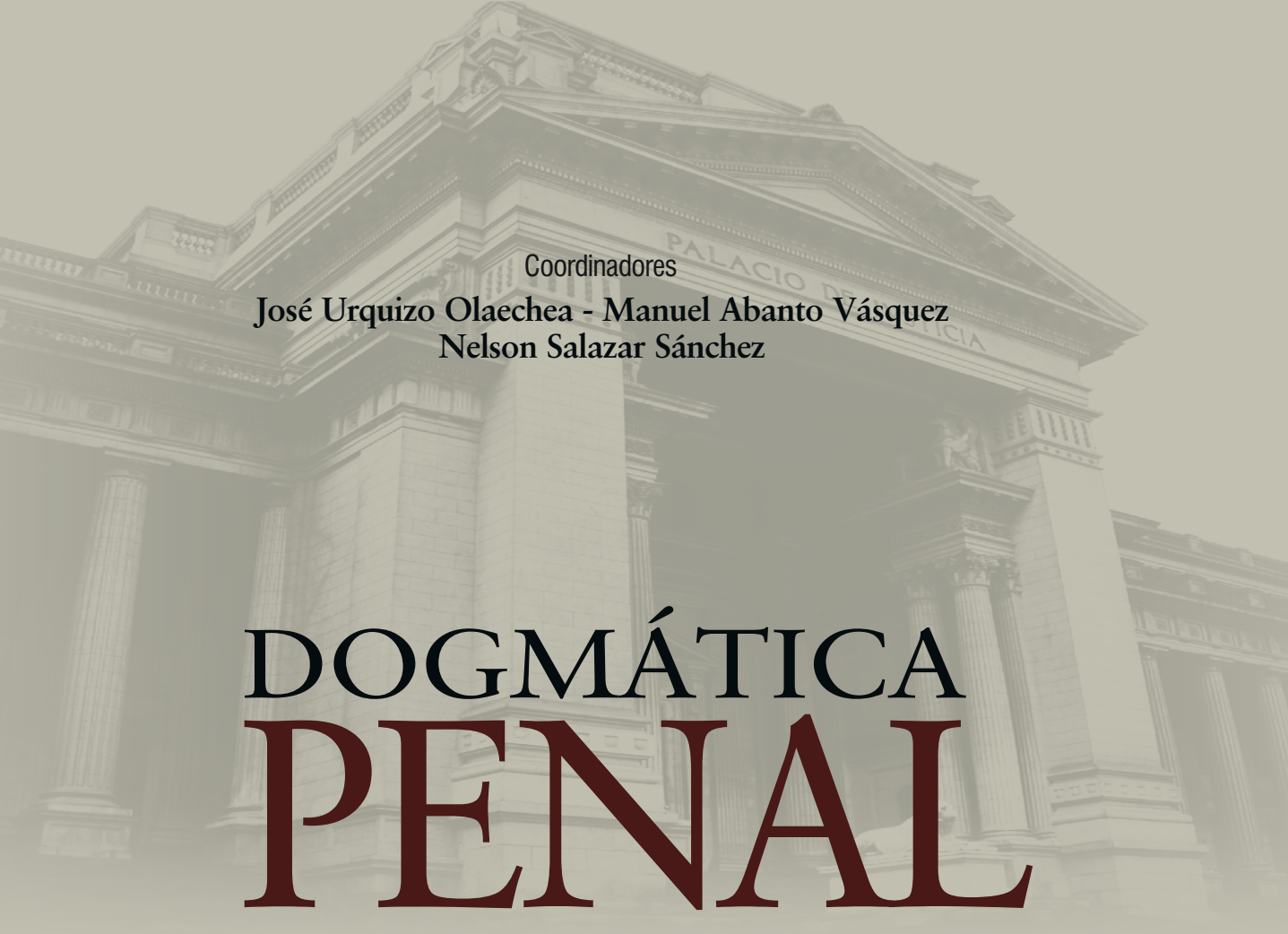




Coordinadores

José Urquiza Olaechea - Manuel Abanto Vásquez
Nelson Salazar Sánchez

DOGMÁTICA PENAL

de Derecho Penal Económico
y Política Criminal

TOMO II

Homenaje a
Klaus Tiedemann

DOGMÁTICA PENAL DE DERECHO PENAL ECONÓMICO
Y POLÍTICA CRIMINAL

Coordinadores

José Urquiza Olacoea - Manuel Abanto Vásquez
Nelson Salazar Sánchez

DOGMÁTICA PENAL

de Derecho Penal Económico
y Política Criminal

TOMO II

Homenaje a
Klaus Tiedemann

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

 (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

**GACETA
PENAL**
& procesal penal

DOGMÁTICA PENAL DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y POLÍTICA CRIMINAL TOMO II
SEGUNDA EDICIÓN MARZO 2015 6,210 ejemplares PRIMERA EDICIÓN ENERO, 2011
© José Urquiza Olaechea Manuel Abanto Vásquez Nelson Salazar Sánchez © Gaceta Jurídica S.A.
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DERECHOS RESERVADOS D.LEG. N° 822
HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ 2015-04523 LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED ISBN OBRA COMPLETA: 978-612-311-236-3 ISBN TOMO II: 978-612-311-237-0 REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL 31501221500413
DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA Martha Hidalgo Rivero DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES Gabriela Córdova Torres

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526-MIRAFLORES
LIMA 18-PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201-Surquillo
Lima 34-Perú

TERCERA PARTE

Política Criminal

Respuesta penal frente a la criminalidad violenta *desde las tinieblas del Derecho Penal ordinario*

María ACALE SÁNCHEZ
(España)

SUMARIO: I. Acercamiento. II. Supuestos antecedentes de la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad en el Código Penal español vigente. 1. La tesis jurisprudencial frente al toxicómano declarado imputable. 2. La respuesta legal frente a la inimputabilidad sobrevenida. III. Nuevas vías para luchar contra la criminalidad violenta: la libertad vigilada. 1. Introducción. 2. La medida de libertad vigilada en la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 3. El régimen de imposición conjunta de pena y medida de seguridad para el imputable en el Proyecto de reforma del Código Penal del 15 de enero de 2007. 4. Especial referencia al Anteproyecto de reforma del Código Penal del 14 de noviembre de 2008. 4.1. Acercamiento. 4.2. Las concretas modificaciones previstas. 4.3. Los presupuestos para el nacimiento de la nueva pena de libertad vigilada. a) La reinserción social como pretexto. b) La alarma social como fundamento. IV. La configuración de la pena de libertad vigilada en el marco de la reinserción social: propuesta de *lege ferenda*. V. Bibliografía.

I. ACERCAMIENTO

La respuesta penal que ofrecen los Códigos Penales de los países de nuestro entorno cultural ante la criminalidad violenta no coincide. Así, si en unos casos se procede al endurecimiento de la consecuencia punitiva mediante la agravación cuantitativa de la pena (a lo que se suele acompañar además de una posterior agravación de carácter cualitativo, endureciendo las condiciones de cumplimiento de las cada vez más largas –y más frecuentes– penas privativas de libertad), en otros, se recurre a la duplicación de la consecuencia jurídica a imponer, sumando penas y medidas de seguridad al sujeto declarado imputable en sentencia.

La discrepante respuesta frente al mismo problema obedece a la falta de consenso sobre cuál es el presupuesto que se requiere para la imposición de una

pena y/o de una medida de seguridad, en tanto tampoco se coincide en torno a la identificación de los fines que a través de una y otra, han de alcanzarse⁽¹⁾.

Así, por un lado, se afirma que mientras que el presupuesto –y el límite– de la pena es la culpabilidad del autor, el de la medida de seguridad es su **peligrosidad criminal**, manifestada a través de la comisión de un delito, siempre que exista un pronóstico de reiteración de semejantes conductas en el futuro cuando el autor –además– sufre una alteración mental o un déficit de socialización que le impiden comprender la realidad de los hechos delictivos realizados o, comprendiéndolos, comportarse de acuerdo a dicha comprensión: en ambos casos, pena y medida de seguridad tienden a alcanzar la reinserción social del penado. Estos ordenamientos jurídicos han procedido durante los últimos años a agravar las penas, no así las medidas de seguridad porque en sentido estricto, estas no pueden agravarse en atención a las demandas punitivas de la sociedad, sino solo al ritmo que marque la recuperación del inimputable, al amparo además de un conjunto de límites legalmente establecidos.

Frente a ello, en otros ordenamientos jurídicos, se tiene en consideración para la imposición de la pena y/o la medida de seguridad en sentido estricto la misma imputabilidad del autor, si bien, además, se diseñan otras “medidas de seguridad” para los responsables de determinados delitos, cuyos hechos levantan un amplio rechazo social, siendo en este caso la **peligrosidad social** su fundamento y la neutralización del delincuente –a través de su ino-cuización– su finalidad^{(2) (3)}.

El Código Penal español, al día de hoy, y después de una evolución legislativa que ha durado muchos años, se enmarca en el grupo de aquellos que tiene en consideración para imponer la pena o la medida de seguridad, la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto. Solo en los supuestos de imputabilidad disminuida se procede a través de un concreto sistema vicarial a la imposición conjunta de pena y medida de seguridad (art. 99), pero con tales garantías, que se evita que se vulnere el principio non bis in ídem (descontando el tiempo de medida cumplido, para el de la pena impuesta) y el de dignidad de la persona (dando prioridad a la medida), desde una perspectiva puramente garantista con los derechos de los inimputables.

(1) ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”. En: *Revista de Derecho penal y Criminología*. 2009/1, p. 205 y ss.

(2) F. v. LISZT. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III, 3ª ed.; ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, sin fechar, (traducción QUINTILIANO SALDAÑA), p. 213 y ss.

(3) A todas luces, si se combinan ambos modelos, esto es, si a la vez que se agrava la pena, se impone conjuntamente una medida de seguridad de carácter puramente ino-cuizadora, se estaría violando el principio non bis in ídem.

Partiendo por tanto de dicha premisa, la vía que ha seguido el legislador español durante los últimos años para hacer frente a la alarma social que levantan determinados delitos, ha sido la del endurecimiento cuantitativo y cualitativo de la pena para determinados autores condenados por unos concretos delitos: en el ojo del huracán se sitúan los terroristas, los miembros de organizaciones criminales, los hombres que maltratan a sus mujeres, así como los reincidentes, habituales y profesionales del delito; a ellos se ha sumado en los últimos intentos de reforma del Código Penal, los pedófilos. Si se analiza qué tienen en común estos sujetos, no se podrá responder más que son delincuentes que levantan un gran rechazo social, por el delito concreto cometido y por su personalidad. Semejante punto en común determina que la lista de la “criminalidad violenta” quede siempre parcialmente abierta, al albur de las demandas punitivas de la sociedad.

La lectura conjunta de todas las reformas que ha sufrido el Código Penal⁽⁴⁾, así como las que simultáneamente se han practicado de la Ley Orgánica 1/1979, **General Penitenciaria**⁽⁵⁾, pasado el tiempo, pone de manifiesto que más que prevenir la comisión de delitos, han provocado como consecuencia un claro endurecimiento de la respuesta punitiva. Este efecto se ha logrado no solo mediante la tipificación de conductas que hasta entonces no eran constitutivas de delito (como las amenazas o coacciones leves), sino también mediante el recurso más frecuente a la cada vez más aflictiva pena de prisión, en tanto en cuanto se ha procedido a dismantelar institutos puramente resocializadores, como el tercer grado o la libertad condicional. Dicho endurecimiento se constata cuando se comprueba que al día de hoy hay más personas en prisión, por más tiempo y por una pluralidad de figuras constitutivas de delito que requieren una evidente diversificación del tratamiento penitenciario⁽⁶⁾. Es lo que se ha denominado por el Defensor del Pueblo Andaluz “la prisonización del sistema penal español y de nuestra política

(4) Fundamentalmente, las operadas a través de las Leyes Orgánicas 7/2003, del 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; 11/2003, del 29 de setiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; 15/2003, del 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal; 1/2004, del 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género; 15/2007, del 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.

(5) En adelante, LOGP; reformas operadas a través de las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, mencionada anteriormente, así como a través de la LO 5/2003, de 27 de mayo, que procedió a crear la figura de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria.

(6) Véase en extenso ACALE SÁNCHEZ, M. “Del Código Penal de la democracia, al Código Penal de la seguridad”. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (coord.). *Serta in memoriam Alesandri Baratta*. Ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1197 y ss. Pueden verse los datos correspondientes a los años 2006-2008 relativos a la evolución de la población penitenciaria española facilitados por la Secretaría de Estado de Instituciones penitenciarias en <www.mir.es/INSTPEN>.

criminal”, lo que nos lleva “a tener la tasa de reclusión más alta de Europa, a pesar de nuestros bajos índices de criminalidad”⁽⁷⁾.

En este estado de cosas, recientemente en España han visto la luz dos proyectos de reforma del Código Penal, y en ambos se ha ofrecido una respuesta distinta frente al mismo fenómeno de la criminalidad violenta: la primera, ha consistido en disponer un régimen de imposición conjunta de pena y medida de seguridad; la segunda, en el cumplimiento sucesivo de las penas privativa de libertad y la nueva de libertad vigilada, por este concreto orden. Semejante respuesta especial se liga directamente no ya con el concreto delito cometido, sino a las características de su autor: se trata, pues, de un derecho penal a la medida de aquellos. Con ello, el legislador español da el salto que debía dar para situarse al lado de ordenamientos jurídicos con el alemán⁽⁸⁾,

(7) Informe del Defensor del Pueblo Andalúz sobre 2007, hecho público en junio de 2008 <http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_anuales/informe_2008/indexIA2008.html>. De ahí que ellos apostaran por incrementar los indultos parciales a propuesta de Instituciones penitenciarias e insistían en la necesidad de mejorar la reintegración social de los excarcelados una vez extinguidas sus penas o finalizadas sus estancias en prisión.

(8) El párrafo 66 del StGB prevé la aplicación de la custodia de seguridad sin limitación temporal, como medida de seguridad que se impone tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, cuya finalidad es puramente inocuizadora; esta medida ha visto su aplicación ampliada a través de la aprobación en 1998 –posteriormente reformada en 2002– de la *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten* que permite la imposición conjunta de la custodia de seguridad y la prisión perpetua (en el entendimiento, por otro lado, de que esta no es perpetua). El segundo párrafo del párrafo 66 permite la imposición de la custodia de seguridad además al sujeto que ha cometido varios delitos, aun cuando todavía no se haya pronunciado sentencia condenatoria por ellos. Puede verse, por todos K. LAUBENTHAL (“Die Renaissance der Sicherungsverwahrung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004/116, p. 704), donde se señalaba la “disociación entre los datos estadísticos y la atmósfera social que desembocó en Alemania en la Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten del 26 de enero de 1998”. A favor de este tipo de medidas puede verse: G. JAKOBS, “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, *Indret*, Revista para el Análisis del Derecho, www.indret.com, febrero 2009, p. 1 y ss; allí el autor se pregunta: “¿son legítimas las medidas de seguridad complementarias a la pena, esto es, aquellas añadidas a la pena impuesta al autor y que se ejecutan con posterioridad a la pena? Existen planteamientos filosóficos que permiten fundamentar una reacción cognitiva frente a sujetos que no ofrecen la fiabilidad cognitiva necesaria para ser tratados como personas, esto es, sujetos que no muestran en conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho”. Si se entiende que la pena no es más que la reacción ante la violación del ordenamiento jurídico, “quien quiere participar como persona en Derecho, como ciudadano, tiene una prestación debida que ha de cumplir permanentemente: tiene que general fiabilidad cognitiva. Si esta obligación no se cumple de modo imputable y de una manera cualificada (...), la sociedad civil tiene que conseguir coactivamente la fiabilidad cognitiva, precisamente mediante medidas de seguridad complementarias a la pena que excluyen de determinadas actividades sociales”. En su opinión, la comisión de un delito provoca una “abolladura transitoria en la personalidad”, que si se convierte en permanente, hace que la condición personal de esta persona pase a una segunda fila y que sea visto como una “fuente de peligro”. Ante estos supuestos, el ordenamiento “actúa por precaución ya ahora contra la persona (deformada) como futura fuente de peligro (esto es, se reacciona frente al mero peligro de un injusto futuro”. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán en Sentencia del 5 de febrero de 2004 ha afirmado que la custodia de seguridad indeterminada no lesiona la dignidad humana puesto que dicha medida persigue la resocialización; que no es desproporcionada puesto que una vez transcurridos 10 años se incrementa las exigencias para la prolongación de la medida; y que no lesiona el principio de confianza, puesto

el francés⁽⁹⁾ o el italiano⁽¹⁰⁾, que prevén la imposición de una forma de controlar la libertad recuperada –ya se denomine pena o medida de seguridad–, que sin embargo, no es todavía definitiva^{(11) (12)}, solo prestada.

Antes de pasar a analizar estas cuestiones debe dejarse sentado que tanta reforma parcial del Código Penal español, sin que todas ellas obedezcan a un mismo patrón político criminal, ha hecho surgir cierto estado de desconcierto

que pesa más que el interés colectivo a la seguridad en relación a los bienes jurídicos fundamentales: véase el análisis que realiza de esta Sentencia: GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia y delincuencia habitual*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 56 y ss. Véase también sobre la legislación alemana: SILVA SÁNCHEZ, J.M. “El retorno de la inocuización”. En: ARROYO ZAPATERO, L. e BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, eds. Universidad de Castilla La Mancha y de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 699 y ss; R. ROBLES PLANAS, “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, www.indret.com, octubre de 2007, p. 6 y ss.

No sin razón se refieren a ella MAURACH/GÖSEEL/ZIPF. *Derecho Penal. Parte General* 2, ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 877 como “la medida más gravosa del Derecho Penal” (p. 877), calificándola –y justificándola– simultáneamente como “la última ratio, para los casos poco frecuentes de autores especialmente peligrosos” (p. 878). Por su parte añade JESCHECK (*Tratado de Derecho penal. Parte General*, ed. Comares, Granada, 2002, p. 889, –Traducción: M. Olmedo Cardenete–) que se trata de un medio para “contención de peligros abstractos de reincidencia”, dirigida fundamentalmente a “determinados tipos de autor”.

- (9) El art. 131-36.1 del *Code pénal* prevé la obligación de sometimiento a control del penado a través de medidas de vigilancia y asistencia cuya finalidad no es otra que la de prevenir la reincidencia, a través de la inocuización –control– del penado (la última reforma que ha sufrido esta disposición la ha llevado a cabo la *Lou n° 2004-204*, 09/03/2004). Sobre la reincidencia, véase: ÁLVAREZ, J. “Prison et récidive”, *Revue de science criminelle et de Droit pénal comparé*, 2008/3, p. 667 y ss; sobre el tratamiento en prisión de los agresores sexuales: ÁLVAREZ, J. y GOURMELON, N. “La prise en charge des auteurs d’agressions sexuelles par l’administration pénitentiaire”. En: *Revue de science criminelle et de Droit pénal comparé*. 2007/3, p. 618 y ss.
- (10) A pesar de que el art. 85 del *Codice penale* consagra el principio de culpabilidad, como límite de la pena y los preceptos siguientes señalan a los inimputables como los destinatarios de las medidas de seguridad, posteriormente el art. 109 determina la imposición de otras medidas de seguridad a quienes tengan tendencia a delinquir o sean delincuentes habituales o profesionales, como la asignación a una colonia agrícola o a una casa de trabajo, el internamiento en un reformatorio judicial o la libertad vigilada. Sobre la regulación de la reincidencia, véase: G. RICCARDI, “La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative”, *L’Indice Penale*, 2007/luglio-diciembre, p. 509 y ss.
- (11) A. v. HIRSCH, “La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos”, en: J. CID, E. LARRAURI (coords.), *La delincuencia violenta: ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 191 y ss. FARALDO CABANA, F. *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 211 y ss. ver también el “Document de treball elaborat per la subcomissió jurídica” de la Comissió per a l’estudi de les mesures de prevenció de la reincidència en delictes greus, en prensa.
- (12) El régimen establecido en el Código Penal peruano es muy similar al español. En efecto, se establece que las medidas de seguridad se imponen al inimputable que haya cometido un hecho constitutivo de delito y que del hecho y de la personalidad del agente, pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 72); asimismo se consagra la proporcionalidad de la medida con la “peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado” (art. 73); estableciendo un régimen vicarial para el semiimputable en el art. 77, en virtud del cual se ejecuta antes la medida de seguridad, siendo así que “el periodo de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio que el juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento”.

y de desconfianza en torno a si, como establece el art. 25.2 de la Constitución las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad han de estar orientadas hacia la reeducación y la reinserción social del condenado. Ello ha dado lugar a Tamarit Sumalla a afirmar que hoy “la reinserción social es concebida no (solo) como derecho del penado, sino como deber, de modo que su deuda con la sociedad no queda saldada con el cumplimiento de la pena proporcionada al injusto culpable cometido, sino que se le exige una garantía de no reincidencia”⁽¹³⁾. A lo largo de este trabajo se pondrá de manifiesto que parece llegado el momento en el que, a pesar de lo establecido en el texto constitucional, “desde las tinieblas del Derecho Penal ordinario”⁽¹⁴⁾, se puede haber dado ya el paso para considerar que la reinserción, de **puro derecho**, ha pasado a convertirse en **mera obligación** que contrae el delincuente con el Estado a través de la comisión del delito: con ello, parece que cualquier respuesta legal frente a un sector concreto de la delincuencia queda en sí misma santificada, aunque, como se verá, no siempre legitimada.

II. SUPUESTOS ANTECEDENTES DE LA APLICACIÓN CONJUNTA DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL VIGENTE

Sentado pues que al día de hoy el ordenamiento jurídico español separa las consecuencias jurídicas a imponer al imputable y al inimputable, ha de reconocerse no obstante que existen dos supuestos en los que “formalmente” se recurre a la imposición de medida de seguridad al declarado completamente imputable.

Como se verá continuación: uno es fruto de una interpretación jurisprudencial analógica favorable al reo; el otro, fruto de una regulación muy confusa en torno a la imputabilidad sobrevenida.

1. La tesis jurisprudencial frente al toxicómano delincuente imputable

El Código Penal español concede una gran importancia al consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas por parte del imputado. Así, dentro de los supuestos de inimputabilidad se incluye en el art. 20.2 al que “al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos,

(13) TARAMIT SUMALLA, J.M. Presentación de la mesa “Evaluación de la política criminal en relación con la criminalidad violenta: nuevas necesidades y nuevos instrumentos”. En: las Jornadas *La respuesta penal a la violencia: prevención y gestión del riesgo*. Organizadas por el Área de Derecho Penal de la Universidad de Lleida, Lleida, 10 y 11 de abril de 2008, en prensa.

(14) TIEDEMANN, K. “Constitución y Derecho Penal”. En: *Revista española de Derecho Constitucional*. 1991/33, p. 149 (traducción ARROYO ZAPATERO, L.).

siempre que no haya sido buscado con propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión”. El art. 21.1, por su parte, regula la eximente en su forma incompleta “cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”. Finalmente, el art. 21.2 incorpora al catálogo de circunstancias atenuantes “la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior”⁽¹⁵⁾.

La atenuante analógica genérica del art. 21.6, si bien ha sido alegada por algunas defensas, no ha sido aplicada en beneficio de la específica atenuación que lleva a cabo el legislador en el art. 21.2. Es necesario recordar que en el Código derogado no se hacía expresa mención a la toxicomanía en los términos que ahora lo hacen los artículos 20.2 y 21.2, lo que no fue impedimento para entender que estos supuestos –ahora expresamente contemplados– encontraban asidero en la eximente de enajenación mental del art. 8.1, en la eximente incompleta del art. 9.1 y en la atenuante analógica del art. 9.10⁽¹⁶⁾ para dar debida acogida a la anulación o disminución de la imputabilidad constatada del sujeto delincuente consumidor de drogas⁽¹⁷⁾. En este último supuesto, se recurría a ella cuando, si bien no se apreciaban los requisitos necesarios para la exención de culpabilidad, se ponía de manifiesto la dependencia del sujeto de las sustancias referencias y la relación medio a fin con el delito cometido, articulándose desde este momento la teoría de la delincuencia funcional a la toxicomanía. Las SSTS del 21 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9.551) y del 30 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8.112) entienden que desde la aprobación del Código Penal de 1995, la atenuación de la pena en casos de toxicomanía ha de venir por la vía de la atenuante específicamente incorporada en el art. 21.2⁽¹⁸⁾. Ello conlleva en la práctica que no quepa admitir circunstancia atenuante análoga a las dispuestas en los artículos 20.2 y 21.1: la circunstancia atenuante analógica a ellas es la adicción grave que expresamente ha tipificado el legislador en el art. 21.2, lo que ha determinado, como se examinará posteriormente, que la jurisprudencia interprete dicha atenuación específica en los

(15) ACALE SÁNCHEZ, M. *Salud pública y drogas tóxicas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 99 y ss.

(16) Vid en este sentido, la STS del 14 de julio de 1999 (RJ 1999/6.177).

(17) TERRADILLOS BASOCO, J.M. *La culpabilidad*, ed. Indepac, México, 2002, pp. 53 y 54.

(18) Sobre el tratamiento de la enajenación mental incompleta, por la ingesta de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en aplicación del Código Penal español derogado, puede verse la consulta a la Fiscalía General del Estado núm. 1/1990, del 30 de abril de 1990, sobre los efectos de la enajenación mental incompleta, en su forma de intensa adicción a la heroína, sobrevenida después de la sentencia.

mismos términos en los que venía interpretándose vigente el texto derogado la atenuación analógica del viejo art. 9.10.

Los efectos de la calificación de una toxicomanía como eximente, semi-eximente o atenuante son de sobra conocidos: no imposición de pena aunque sí de medida de seguridad si se dan los requisitos exigidos por el art. 95, imposición de medida de seguridad y pena a través del sistema vicarial que determina la prioridad de la primera sobre la segunda y la imposición de la pena en la mitad inferior a la establecida por el legislador para el delito de que se trate⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾, respectivamente.

La distinción entre todas ellas ha sido analizada detalladamente por la jurisprudencia⁽²¹⁾. Su estudio pone de relieve una parca aplicación de la eximente tanto en su forma completa como incompleta, y el recurso más frecuente⁽²²⁾ a la atenuación del art. 21.2.

El hecho de que en el Código Penal vigente se haga expresa referencia en el art. 20.2 a la exención de responsabilidad criminal al estado de intoxicación plena o al síndrome de abstinencia no significa que sea inaplicable a supuestos de consumo de esta clase de sustancias la eximente del número 1 cuando la anomalía o la alteración psíquica hayan sido producidas por el factor exógeno del consumo de drogas tóxicas; así, afirma Suárez-Mira Rodríguez “el uso crónico de cannabilones puede hacer emerger una esquizofrenia latente, y el de anfetaminas producir cuadros de psicosis paranoide similares a la esquizofrenia”⁽²³⁾. No obstante, en este caso, la exención de la responsabilidad criminal vendría determinada por el padecimiento de la enfermedad, tenga causa endógena o exógena y sea esta la que fuere. Así, la STS del 3 de marzo de 2000 (RJ 2000/2.273) que “el consumo de drogas puede ocasionar verdaderas psicosis con deterioros cerebrales que eliminan la imputabilidad del sujeto. La solución legal para el caso de que se cometa un delito, en tal estado, se encuentra en la aplicación del art. 20.1, como incurso en ‘anomalías o alteraciones psíquicas’, siempre que concurra el requisito de no comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión”.

(19) A no ser que se aprecie como circunstancia atenuante muy cualificada en cuyo caso, según dispone el art. 66.4, se impondrá pena inferior en uno o dos grados en la extensión que el Juez o Tribunal estime pertinente.

(20) En estos supuestos, si se dan los requisitos establecidos en el art. 87, podrá dejarse en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

(21) Vid las SSTS de 16 de octubre de 2000 (RJ 2000/9.260), 16 de junio de 2000 (RJ 2000/4.741), 30 de abril de 1999 (RJ 1999/4.876) y de 19 de junio de 1999 (RJ 1999/5.973), y los autos de 29 de junio de 2001 (RJ 2001/7.147) y del 3 de marzo de 2000 (RJ 2000/2.273).

(22) Por el número de veces que se aplique, no porque se suavicen los requisitos exigidos por la jurisprudencia para su apreciación.

(23) SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *La imputabilidad del consumidor de drogas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 154.

La exención de responsabilidad prevista en el art. 20.2 puede ser calificada como un estado de inimputabilidad de causas tasadas que, quizás por la novedad y por la reticencia con que venía aplicando la jurisprudencia la eximente de enajenación mental del viejo art. 8.1 en estos supuestos⁽²⁴⁾, está siendo interpretada en términos muy estrictos; tan estrictos que viene entendiéndose como una pura causa de falta de acción más que de inimputabilidad. Así, la STS del 9 de julio de 1993 (RJ 1993/8.486) afirma que la eximente completa es un supuesto “casi impensable en que la abolición de las facultades intelectivas y volitivas es total, de manera que en delito de actividad comisiva agitada y violenta, la conducta del sujeto se acerca a la comisión por omisión o con actuación automatizada por la droga”⁽²⁵⁾. Con ello, se viene a afirmar que solo en los delitos omisivos podría aplicarse esta eximente de responsabilidad criminal cuando el sujeto a causa de su estado de intoxicación plena, no actúa⁽²⁶⁾. Esta interpretación jurisprudencial tan restrictiva viene a hacer inaplicable el mecanismo expresamente dispuesto por el legislador, burlándose así su voluntad⁽²⁷⁾ y ha de ser rechazada por inocular la eficacia de la eximente. Los propios delitos omisivos incorporan como elemento típico que el omitente tenga capacidad de acción y precisamente de la mano de la interpretación realizada por la Sentencia objeto de examen, se está reconociendo que ha de faltar dicha capacidad: la eximente de responsabilidad criminal por encontrarse en estado de intoxicación plena requiere que el sujeto tenga capacidad de acción y que actúe en estado de inimputabilidad, algo distinto a la interpretación que de la misma hace la Sentencia examinada.

Como afirma Suárez-Mira Rodríguez “la ingestión del tóxico en cantidades determinadas afecta a las facultades psíquicas, alcanzándose niveles de anormalidad análogos a los producidos por otros déficits característicos de la enfermedad mental”⁽²⁸⁾; por lo tanto, si se admite que el enfermo mental tiene capacidad de acción habrá que admitirse esa misma capacidad en los supuestos referenciados en el art. 20.2. Solo hay que pensar en el supuesto del

(24) TERRADILLOS BASOCO, J.M. *La culpabilidad*. Ob. cit., p. 52.

(25) Cita entre otras muchas: las Sentencias del Tribunal Supremo del 21 de marzo de 1986 (RJ 1986/1.673), 14 de diciembre de 1987 (RJ 1987/ 9.668), 3 de enero de 1988 (RJ 1988/217), 28 de setiembre de 1989 (RJ 1989/6.804), citadas en la sentencia de 3 de marzo de 1991 (RJ 1991/3.538) y en la del 14 de mayo de 1991 (RJ 1991/3.624).

(26) Esta es la interpretación que realizan de esta eximente: SÁNCHEZ ILLERA, I. “Título IV. Capítulo I”. En: VIVES ANTÓN, T.S. (coord.) *Comentarios al Código penal de 1995*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 124; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A. *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo I, Artículos 1-37, Madrid, 1997, p. 610; ORTIZ VALERO, T. y LADRÓN DE GUEVARA Y GUERRERO, J. *Lecciones de Psiquiatría forense*, ed. Comares, Granada, 1998, p. 63.

(27) En el mismo sentido: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *La imputabilidad del consumidor de drogas*. Ob. cit., p. 163.

(28) SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *La imputabilidad del consumidor de drogas*. Ob. cit., p. 160.

sujeto que se vale de otro que se encuentra en un estado de inimputabilidad plena por el consumo de estupefacientes para cometer un delito en régimen de autoría mediata con instrumento doloso no culpable.

En este sentido, la STS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999/6.177) realiza una interpretación más apropiada de la eximente comentada entendiéndola aplicable “en supuestos de extraordinaria dependencia psíquica y física del sujeto agente que elimine totalmente sus facultades de inhibición”. Ejemplifica esta interpretación la Sentencia del mismo Tribunal de 30 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8.112) con los casos en que “el drogodependiente actúa bajo la influencia directa de un alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente”.

Parte del rigor con que está siendo aplicada, se deriva de los requisitos que, de forma constante viene exigiendo la jurisprudencia para aplicar la eximente en su forma completa –junto al requisito temporal de que la intoxicación plena se produzca en el momento de la comisión de la infracción penal–: una causa biopatológica, consistente en el propio estado de intoxicación derivado de la previa ingesta o consumo de drogas o estupefacientes y que como efecto psicológico de esa ingestión carezca el sujeto de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho, o de actuar conforme a esa comprensión de forma “total”⁽²⁹⁾; esto es, los mismos requisitos exigidos para eximir de responsabilidad por el padecimiento de cualquier anomalía psíquica. Con razón afirma Terradillos Basoco que la referencia expresa en el art. 20.2 a la intoxicación plena y al síndrome de abstinencia son innecesarias pues nada impide entenderlas incluidas en la exención prevista en el art. 20.1⁽³⁰⁾.

Estos mismos requisitos biopatológicos y psicológicos son exigidos para la apreciación de la eximente de síndrome de abstinencia o toxifrenia. Entiende la STS de 30 de setiembre de 2000 (RJ 2000/8.112) que la exención de responsabilidad criminal será completa si el drogodependiente actúa “bajo la influencia indirecta de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido”.

(29) En este sentido, las SSTs del 29 de junio de 2001 (RJ 2001/7.147), 16 de junio de 2000 (RJ 2000/4.741), 30 de abril de 1999 (RJ 1999/4.876), 30 de setiembre de 2000 (RJ 2000/8.112) y del 16 de octubre de 2000, (RJ 2000/9.260).

(30) TERRADILLOS BASOCO, J.M. *La culpabilidad*. Ob. cit., p. 54.

Esta posibilidad legal de que un sujeto que sufra un síndrome de abstinencia se encuentre en situación de inimputabilidad, ha de ser aceptada⁽³¹⁾. Como afirma Rodríguez Montañés, “es posible afirmar que, al menos en las fases o estadios más avanzados del síndrome, el sujeto puede sufrir profundas perturbaciones psíquicas y físicas que afecten de tal forma a sus ‘capacidades intelectivas y volitivas’ o a su ‘capacidad de motivación’ que obliguen a considerarlo en ese momento, como inimputable”⁽³²⁾.

Si el estado de intoxicación o el síndrome de abstinencia no impiden la comprensión de la ilicitud del hecho o el actuar conforme a esa comprensión, sino que simplemente disminuye ambas posibilidades, será aplicable la eximente pero en su forma incompleta, con los efectos de atenuar la pena y de imponer junto a esta –si concurren los requisitos del art. 95– una medida de seguridad dando preferencia a esta sobre aquella. Aplican esta eximente incompleta las SSTs del 26 de marzo de 1997 (RJ 1997/2.512) y del 21 de mayo de 1983 (RJ 1983/2.748).

En estos supuestos, el efecto sobre la imputabilidad del sujeto no es la total falta de comprensión de los hechos ni la total falta de capacidad de actuar conforme a dicha comprensión. Dice la STS de 16 de octubre de 2000 (RJ 2000/9.260) que en estos casos, “no está totalmente anulada su capacidad de culpabilidad, pues puede resistirse a la comisión del hecho delictivo, aunque con gravísimas dificultades para ello. Supuestos en los que su capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esta comprensión está sensiblemente disminuida o alterada”. Afirma –siguiendo a la doctrina jurisprudencial– que se está ante “supuestos de intoxicación semi-plena o síndrome de abstinencia no totalmente inhabilitante. Y también puede venir determinada dicha eximente incompleta bien por la gravedad de los efectos que provoca la adicción a determinadas drogas (y concretamente, a la heroína), cuando es prolongada, o reciente pero muy intensa, bien en aquellos casos en que la drogodependencia se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacía los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad”.

La distinción entre la forma incompleta y la completa de la eximente examinada no es sencilla, sobre todo en lo que toca en la graduación del

(31) Vide. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *La imputabilidad del consumidor de drogas*. Ob. cit., p. 168.

(32) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. “Síndrome de abstinencia y *actio libera in causa*” (Comentario a la STS del 3 de enero de 1988). *Poder Judicial*. 1989/13, p. 135.

síndrome de abstinencia. Como afirma Suárez-Mira Rodríguez “hallan aquí acomodo, sin lugar a dudas, los estadios primarios del mismo donde la obnubilación mental del sujeto no es tan acusada como en su fase final, y lógicamente todavía no se han perdido de modo total las capacidades de entender y querer”⁽³³⁾.

La STS del 30 de setiembre de 2000 (RJ 2000/8.112) entiende que es aplicable la eximente incompleta en relación con el síndrome de abstinencia “en los casos en los que la acción delictiva venga determinada por severo síndrome de abstinencia, en los supuestos en que la drogodependencia vaya asociada a alguna deficiencia psíquica –oligofrenia, psicopatía– y cuando la adicción a las sustancias estupefacientes haya llegado a producir un deterioro de la personalidad que disminuye de forma notoria la capacidad de autorregulación del sujeto”⁽³⁴⁾.

La última posibilidad que se le ofrece al consumidor de drogas que comete un delito para ver reducida su condena es la aplicación de la circunstancia atenuante del art. 21.2 consistente en cometer el delito a causa de su adicción a las sustancias tóxicas referidas en el art. 20.2, si bien, en sentido estricto, la aplicación de esta circunstancia atenuante lleva aparejada la previa afirmación de la completa imputabilidad del sujeto; con ello se está preafirmando que la simple drogadicción no es causa suficiente de atenuación, como afirma entre otras muchas la STS del 29 de setiembre de 1997 (RJ 1997/6.830): “la condición de toxicómano por sí sola –máximo cuando el consumo es esporádico– no determina la concurrencia de tal circunstancia”.

Como se exige relación funcional entre drogodependencia y delito, no será aplicable la atenuación cuando el toxicómano cometa un delito con un fin distinto a la obtención directa de la dosis o de la cantidad de dinero suficiente para adquirirla; de esta forma se restringe la aplicación del beneficio a aquellos supuestos en los que la drogadicción es la causa del delito cometido. Así el Tribunal Supremo, en Sentencia del 29 de mayo de 2001 (RJ 2001/7.336), no aplicó la atenuante a un sujeto adicto a la cocaína, de profesión industrial, que no le faltaban medios económicos para mantener el consumo que su organismo le reclamaba pues “aun admitiendo la condición de drogodependiente del acusado, tampoco sería posible deducir el efecto

(33) SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *La imputabilidad del consumidor de drogas*. Ob. cit., p. 196.

(34) La STS del 16 de octubre de 2000 (RJ 2000/9.260) en este mismo sentido se refiere a enfermedades como el SIDA o la hepatitis “que producen una considerable modificación de la personalidad que, orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud”.

jurídico pretendido por cuanto dicha relación causal o motivacional no se constata ni puede constatarse en el hecho probado. Es más, en el propio recurso se afirma la capacidad económica del recurrente para procurarse la sustancia prohibida con independencia de las dificultades que entrañan su apreciación en un delito como el presente”⁽³⁵⁾.

Ha sido interpretación jurisprudencial tradicional para aplicar la circunstancia atenuante de grave adicción⁽³⁶⁾ que el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente expuesta, donde, al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada “a causa” de aquella. Quedarían al margen de la atenuante las eximentes –completas e incompletas– de actuación en estado de intoxicación plena o bajo un síndrome de abstinencia en la medida en que si bien también en estos casos el sujeto comete el delito por su adicción a las sustancias tóxicas, lo hace de forma que queda anulada su imputabilidad. Con este razonamiento, como se observa, se está negando que la grave adicción provoque en el sujeto disminución de su imputabilidad.

Ahora bien, la STS del 11 de abril de 2000 (RJ 2000/2.699) ha abierto una línea de interpretación asumida por otras Sentencias del mismo Tribunal⁽³⁷⁾ y que parte de la búsqueda del motivo por el cual el adicto a las sustancias señaladas en el art. 20.2 merece una disminución de pena. Así, frente a la tradicional interpretación de esta circunstancia atenuante en virtud de la cual solo es exigible que la comisión del delito sea funcional a la toxicomanía, se entiende en esta Sentencia que en supuestos de adicción a drogas de las que causa grave daño a la salud –heroína– de larga duración, las facultades intelectivas y volitivas del sujeto necesariamente se presentan también menoscabadas, al igual que en las eximentes de los artículos 20.2 y 21.1. Por ello, se interpreta la circunstancia en función de un presupuesto biopatológico que en estos casos se encuentra en la grave adicción, y en otro de carácter biológico, el actuar a causa de esa grave adicción, “esto

(35) En el mismo sentido, la STS del 16 de octubre de 2000 (RJ 2000/9.260): “este móvil está ausente en los casos de gran narcotráfico en los que el elemento determinante de las acciones delictivas radica exclusivamente en la obtención de sustanciosos beneficios económicos. En estos casos, el impulso lucrativo no está desencadenado por la drogadicción del sujeto activo, sino por el ánimo de lucro”.

(36) Aplican la atenuante de drogadicción entre otras, las SSTS del 27 de marzo de 1999 (RJ 1999/3.126), 6 de abril de 1999 (RJ 1999/3.135), 30 de abril de 1999 (RJ 1999/4.876), 9 de julio de 1993 (RJ 1993/8.486), 19 de junio de 1999 (RJ 1999/5.973), 30 de abril de 1999 (RJ 1999/4.876), 16 de julio de 2000 (RJ 2000/4.741) y la del 3 de marzo de 2000 (RJ 2000/2.273).

(37) Así: SSTS del 30 de setiembre de 2000 (RJ 2000/8.112), 16 de octubre de 2000 (RJ 2000/9.260), 23 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9.557) y del 15 de marzo de 2001 (RJ 2001/1.991).

es, en este supuesto la adicción se relaciona con la actuación delictiva”. De esta forma, se resalta que el adicto a esta clase de sustancia durante un periodo de carencia alto –a esto reconduce la sentencia la “gravedad” que reclama el art. 21.2– padece una alteración psíquica y se ve compelido a la realización de hechos constitutivos de delito para obtener la sustancia de la que es toxicodependiente.

Sentadas las bases para apreciar una disminución de la imputabilidad a los supuestos a que se refiere la atenuación, resalta la Sentencia que el legislador de 1995 no ha dado una respuesta penológica específica a aplicar a estos sujetos que por esa alteración psíquica tienen alterada su imputabilidad, en menor medida que el que actúa bajo la eximente completa o la incompleta, pero alterada a fin de cuentas: ese vacío normativo es suplido en virtud de una interpretación teleológica de los fines de las penas y medidas de seguridad. Se apoya dicha interpretación en virtud de un argumento histórico, esto es, aquel que vigente el Código Penal derogado, permitía a la jurisprudencia aplicar el sistema vicarial de penas y medidas de seguridad a los sujetos a los que se les aplicaba una atenuante analógica (art. 9.10) en relación con los artículos 9.1 y 8.1 “pues los mecanismos previstos por el legislador para atender situaciones de exención o de menor culpabilidad por situaciones de intoxicación, crisis carencial a sustancias tóxicas dirigidas a la rehabilitación y reinserción del toxicómano deben poder ser aplicadas, también, a los supuestos de disminución de la culpabilidad por una situación equiparable, aunque con una menor afectación de las facultades psíquicas”.

Como se señaló más arriba, la regulación expresa de la atenuación prevista en el art. 21.2, ha sido interpretada por parte de la doctrina como la única circunstancia analógica a la eximente incompleta del propio art. 21.1 con relación a las circunstancias descritas en el art. 20, con lo cual, semejante razonamiento, *mutatis mutandis*, tiene respaldo en la propia doctrina jurisprudencial.

En virtud de este razonamiento declara la Sentencia que en estos supuestos –toxicómanos dependientes durante un largo periodo a sustancias que causan tan grave daño a la salud, como la heroína, “la atenuante de grave adicción del art. 21.2 del CP puede suponer el presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad en los términos del art. 104 del CP”, remitiéndose así al régimen vicarial de penas y medidas de seguridad. Ciertamente, la Sentencia acierta en señalar que si la disminución de la imputabilidad en casos de grave adicción es análoga a la que se produce en supuestos de intoxicación plena o de síndrome de abstinencia, las consecuencias jurídicas para ella han de ser también “análogas” y si las necesidades del sujeto en cuestión pasan para su rehabilitación por la imposición de una medida de seguridad de internamiento en un centro para su deshabituación, el silencio de la ley

no es suficiente para impedirlo. Ahora bien, ello no ha de entenderse como integración de la circunstancia atenuante dentro de la eximente completa o incompleta, sino solo que el tratamiento de esta última se ha de hacer extensivo a los supuestos en los que se declare culpable a un sujeto de forma disminuida, en el entendimiento de que la referencia se hace al contenido de la medida, y no a la “medida de seguridad” como tal consecuencia a aplicar a los inimputables y a los semiimputables.

Así, se ofrece una solución político-criminal al hecho de que el legislador de 1995 no haya previsto una consecuencia jurídica precisa para estos sujetos. No obstante, la cuestión que ha de ser tenida en consideración en este momento es que quizás si el sujeto necesariamente en estos supuestos de dependencia a drogas que causan tanta dependencia y por tanto tiempo, más que aplicarle analógicamente el sistema previsto para quienes son inimputables, lo que se debería es recurrir a valorar en sentido estricto su imputabilidad, pues lo que la sentencia determina es que se trata de un semiimputable.

Por ello, como se afirmaba al inicio de este apartado, en puridad de principios no cabe afirmar que en estos supuestos se impongan medidas de seguridad al imputable, pues con el recurso a las medidas de seguridad en estos casos y con la concreta fundamentación dada por la jurisprudencia lo que se está poniendo de manifiesto es que se trata de un sujeto que, por definición, tiene su imputabilidad si no anulada, indudablemente disminuida.

2. La respuesta legal frente a la inimputabilidad sobrevenida

El único supuesto en el que formalmente el Código Penal español recurre a la imposición de una “medida de seguridad” al declarado imputable en sentencia es el previsto en el art. 60, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, en cuyo interior se regula la inimputabilidad sobrevenida durante el cumplimiento de la pena⁽³⁸⁾.

(38) En el que se establece: “1. Cuando después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de vigilancia penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias. El Juez de Vigilancia Penitenciaria comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

2. Restablecida la salud mental del penado, este cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente”.

En este sentido, caso de que después de pronunciada la sentencia condenatoria, sobrevenga una situación en la que el sujeto sea incapaz de comprender el sentido de la pena⁽³⁹⁾, concurriendo los requisitos allí exigidos, aquella se deja de cumplir y se sustituye por otra consecuencia. Así, si la que estaba cumpliendo era privativa de libertad, se impondrá la medida de seguridad que sea necesaria para su sanidad, incluidas las privativas de libertad, siempre que esta última no sea más gravosa que la pena que se le impuso y que se encontraba cumpliendo⁽⁴⁰⁾.

Cuando se trate de una pena de otra naturaleza, el legislador se limita a señalar que el Juez de Vigilancia Penitenciaria después de analizar si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena, esto es, después de constatar la inimputabilidad sobrevenida, “suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias”, sin que se establezca limitación alguna, a diferencia del supuesto anterior, lo que puede ser

Por su parte, la Disposición adicional primera a la que se remite el segundo párrafo del número 1 de este artículo establece que “cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1 y 3 del art. 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil”.

Como se observa, se trata solo de hacer frente a la inimputabilidad sobrevenida de quien está cumpliendo una pena: la inimputabilidad durante la tramitación de la causa, se esté o no en prisión provisional, quedarían fuera del presupuesto y se resolverían atendiendo a lo establecido en el art. 383.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de este lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia”. Al respecto, véase: GARCÍA ALBERO, R. “Artículo 60”. En: G. QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.). *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Thomson-Aranzadi, Elcano, 2005, p. 414 y ss; VIZUETA FERNÁNDEZ, J. “El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del Código Penal”, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*. RECP09-04 (2007), p. 2; MATEO AYALA, E.J. *La medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Su ejecución y control*. Ed. Servicio de publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, pp. 185-186. En particular, pueden verse los razonamientos que sobre la inimputabilidad sobrevenida a la comisión del delito y previo al momento de la sentencia realiza el Tribunal Constitucional en su Sentencia 191/2004, de 2 de noviembre de 2004. Respecto a la regulación anterior al Código Penal de 1995, véase: GÓMEZ COLOMER, J.L. “Aspectos procesales”. En: CARBONELL MATEU, J.C., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MENGUAL I LULL, J.B. *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 75 y ss.

(39) Con ello, está exigiendo el legislador, además de un efecto psiquiátrico –el trastorno mental grave y duradero– otro de carácter psicológico –que le impida comprender el sentido de la pena, esto es, que no pueda comprender que se encuentra cumpliendo con una pena privativa de libertad o con una pena de otra naturaleza que está orientada a la reinserción social, como consecuencia de haber cometido un hecho constitutivo de delito–. Ver al respecto: VIZUETA FERNÁNDEZ, J. “El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del Código penal”. Ob. cit., p. 6 y ss; MATEO AYALA, E.J. *La medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Su ejecución y control*. Ob. cit., p. 177.

(40) Véase: MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 166-169.

interpretado de distinta forma. Así, en primer lugar, cabría entender que las limitaciones establecidas para las penas privativas de libertad, también han de regir en el caso de que se trate de penas de otra naturaleza, de forma que al condenado a las mismas, no se le podría imponer medidas de seguridad privativas de libertad, pues estas son más gravosas que las penas privativas de otros derechos o la pena de multa que estaba cumpliendo⁽⁴¹⁾: solo a través de medidas de seguridad ambulatorias se podría por tanto tratar la causa de la inimputabilidad sobrevenida en este caso, con independencia de las necesidades que presente el penado; esta interpretación sería además la adecuada, si se tiene en consideración que como regla general, en aplicación de las medidas de seguridad, establece el art. 6 que la impuesta no puede ser más grave –ni por su naturaleza, ni por su duración– que la pena que le hubiera correspondido de ser declarado imputable. Pero también cabría interpretar en sentido contrario que se abre la puerta a que se pueda imponer cualquier medida de seguridad, privativa o no de libertad, en atención a las necesidades de recuperación de su salud mental del penado.

A pesar de la nueva redacción dada al precepto por la LO 15/2003, todo apunta a que en su interior se incluye la resolución a un conflicto que no ha sido correctamente resuelto, pues la respuesta que allí se da peca por exceso, pero también por defecto, en lo que se refiere a las previsiones que se realizan para los casos de condenados a penas privativas de libertad y para los condenados a penas de distinta naturaleza, respectivamente. Todo ello sin desconocer que en puridad de principios en este caso no puede hablarse de la “peligrosidad criminal” que da lugar a la imposición de las medidas de seguridad, pues no se deduce de la comisión de un hecho delictivo, sino del propio estado de inimputabilidad del sujeto sobrevenido a la pena. Además, ha de recordarse que las medidas de seguridad se rigen por el principio de jurisdiccionalidad, con lo cual debería ser el Juez Sentenciador, no el de Vigilancia Penitenciaria, quien la impusiera en sentencia –no a través de un auto, al resolver un mero incidente durante la ejecución de la pena impuesta–⁽⁴²⁾.

En efecto, como se decía, ante la inimputabilidad sobrevenida de quien está cumpliendo una pena privativa de libertad, el art. 60 peca por exceso

(41) En este sentido, R. GARCÍA ALBERO, “Artículo 60”. Ob. cit., p. 418; VIZUETA FERNÁNDEZ, J. “El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del Código Penal”. Ob. cit., p. 12.

(42) Véase: CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 303; GARCÍA ALBERO, R. “Artículo 60”. Ob. cit., p. 416; VIZUETA FERNÁNDEZ, J. “El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del Código Penal”. Ob. cit., p. 9; MATEO AYALA, E.J. En: *La medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Su ejecución y control*. Ob. cit., p. 178 y ss.

en la medida en que más que establecer límites a la clase de “medida de seguridad” a imponerle –privativa de libertad, que no pueda sobrepasar dichos límites– lo que debió hacer el legislador fue remitirse a los supuestos de internamiento involuntario regulados en el art. 763 la Ley de Enjuiciamiento Civil⁽⁴³⁾, en cuyo caso a través del procedimiento allí establecido, se puede decretar aquel y por tanto, sin consentimiento ni del “paciente”, ni de sus familiares.

Respecto a quien está cumpliendo con la pena no privativa de libertad, también peca el legislador aunque en este caso por defecto, en la medida en que señala que se le aplicará la “medida de seguridad que estime necesaria”, con independencia de si es o no privativa de libertad, en tanto que de nuevo, más que a las medidas de seguridad en sentido estricto, lo que se debió hacer en el seno de esta disposición fue remitirse al internamiento involuntario, así como a sus presupuestos.

Todo apunta, finalmente, a que la inclusión de las medidas de seguridad en el interior del art. 60 no se ha hecho en sentido técnico, sino más bien, lo que aquí se hace es una remisión al contenido material de la medida, no a la medida en si misma considerada. De lo contrario, habría que entender con García Albero que en su interior se “inaugura una nueva vía de imposición de medidas que no responde a los principios y a la lógica del sistema”⁽⁴⁴⁾.

En este sentido, parece que ha de concluirse este apartado afirmando que la disposición contenida en el art. 60 no es un antecedente de la imposición conjunta de pena y medida de seguridad al imputable.

III. NUEVAS VÍAS PARA LUCHAR CONTRA LA CRIMINALIDAD VIOLENTA: LA LIBERTAD VIGILADA

1. Introducción

En la línea de los Códigos Penales alemán, italiano o francés, los últimos intentos de reforma del Código Penal español para hacer frente a la criminalidad violenta pasan por introducir en el ordenamiento jurídico una consecuencia jurídica –que como a continuación se examinará se le cambia con facilidad la etiqueta de “pena” y la de “medida de seguridad”– a ejecutar con posterioridad de la pena privativa de libertad impuesta: la libertad vigilada.

(43) En similares términos: MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Ob. cit., p. 168; MATEO AYALA, E.J. *La medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Su ejecución y control*, cit., p. 179; SÁNCHEZ YLLERA, I. “Artículo 60”. En: VIVES ANTÓN, T.S. (coord.). *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I. Ob. cit., p. 361.

(44) GARCÍA ALBERO, R. “Artículo 60”. Ob. cit., p. 418. En opinión de VIZUETA FERNÁNDEZ (“El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del Código Penal”, Ob. cit., p. 11) se trata de una nueva categoría de estado peligroso.

En efecto, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal del 15 de enero de 2007⁽⁴⁵⁾ incorporaba a su articulado, como nueva consecuencia jurídica derivada del delito, la libertad vigilada. Se puede decir que la confianza puesta por el legislador en esta nueva forma de sancionar al autor del delito era casi ciega, en la medida en que aparecía repetida varias veces a lo largo de las reformas que se proyectaba realizar del Libro I del Código. Así, aunque el art. 33 la incluía en atención a su naturaleza y duración entre las penas menos graves y el art. 39 la calificaba como una pena privativa de derechos, posteriormente volvía a recurrir a ella al incluirla como instrumento idóneo para hacer frente a la delincuencia habitual (art. 94), como medida de seguridad (art. 96, apartado 3, regla 12), como nueva modalidad de la pena de alejamiento y como pauta de comportamiento a los efectos de la sustitución de penas (art. 87.2). De la amplitud de supuestos en los que se recurría a ella, se deducía la confianza –casi ciega– del legislador en la idoneidad de una sanción penal que consiste en mantener en libertad al penado, pero de forma vigilada, de ahí la multiplicación de su naturaleza.

Poco tiempo después, ha visto la luz el Anteproyecto de reforma del Código penal del 14 de noviembre de 2008. En su interior se vuelve a conceder un lugar propio a la libertad vigilada, si bien, de forma muy distinta a su predecesor, en la medida en que si bien, por un lado, se le concede carta de naturaleza dentro del catálogo de penas del art. 33 –ahora como pena grave o menos grave, según su naturaleza y duración–, se elimina del de medidas de seguridad, de las modalidades del alejamiento y del de pautas a imponer en materia de sustitución de penas, de forma que sale a relucir con luz propia su naturaleza: el de pena accesoria a imponer –o, cuanto menos, así lo deja señalado el legislador–, por ende, al declarado imputable o semiimputable. El hecho de que se trate de una pena que nace con un concreto cronograma ejecutivo, en virtud del cual, será después del cumplimiento de la pena privativa de libertad, cuando tenga lugar su ejecución, pone en evidencia que con ello, se expande en el tiempo la respuesta punitiva, amplificándola⁽⁴⁶⁾.

Con todo, las diferencias entre ambas regulaciones tan cercanas en el tiempo son amplias, y ponen de manifiesto que si bien parece que el legislador confía en que la libertad vigilada es al día de hoy una forma idónea de sancionar penalmente al responsable de un delito, no se acierta en su

(45) Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, de 15 de enero de 2007.

(46) Como afirma BRANDARIZ GARCÍA. *Política Criminal de la exclusión*. Ed. Comares, Granada, 2007, p. 161, la imposición de consecuencias jurídicas derivadas del delito que sobrepasan al tiempo de duración de la pena privativa de libertad es una muestra de la “expansión del Derecho Penal”.

configuración concreta dentro del catálogo de consecuencias jurídicas, poniendo de manifiesto que se trata de una pena sobre cuya configuración no existe antecedente alguno en el Código Penal español, lo que la convierte en una consecuencia fácilmente moldeable, aunque también y, por ello mismo, fácilmente manipulable, al albur de los fines que se pretendan alcanzar con ella, olvidando, no obstante, que al día de hoy, la “libertad vigilada” es ya medida a aplicar en el marco de la **Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores**.

Una y otra propuesta de *lege ferenda* vienen a coincidir en los destinatarios: los autores de esa criminalidad violenta que tanto rechazo social levanta en el conjunto de la sociedad, en particular, terroristas, delincuentes organizados, reincidentes y pedófilos.

2. La medida de libertad vigilada en la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁽⁴⁷⁾

En efecto, la libertad vigilada es un instrumento al que recurre en varias ocasiones y conceptos la LORRPM⁽⁴⁸⁾. Así, es medida principal no privativa de libertad principal (art. 7.1 h), es fase de cumplimiento de las medidas de internamiento (art. 7.2), también es medida cautelar (art. 28) y finalmente, instrumento eficaz para llevar a cabo el control de la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40.2 c)⁽⁴⁹⁾. A todo ello, habrá de añadirse el régimen específico para menores sancionados por la comisión de determinados delitos, para quienes se prevé su cumplimiento posterior al de la medida de internamiento impuesta, tras la reforma operada de los artículos 2.4, 10, 11.2, 20.4 y 54.1 párrafos 2 y 3 por la LO 8/2006, del 4 de diciembre.

La Exposición de Motivos establece que la concreta finalidad que pretende alcanzar esta medida es que el menor “adquiera las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social”. No puede olvidarse que el conjunto de la Ley parte del mejor interés del menor, como criterio de determinación –y por ende, de orientación– de su propio contenido, así como de la aplicación judicial de la misma y por tanto, dentro de este, el correcto desarrollo personal y social del menor no es más que un paso. Si se analizan conjuntamente el fin de la

(47) En adelante, LORRPM.

(48) Medida no desconocida en la anterior normativa en materia de justicia penal de menores, que provenía directamente de la regulación contenida en su predecesora Ley 4/1992, del 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores.

(49) Vide. CADENA SERRANO, F.A. “Las medidas de la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal del menor”. En: BOLDOVA PASAMAR, M.A. (ed.). *El nuevo Derecho penal juvenil español*. Ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2002, p. 108; CRUZ MÁRQUEZ, B. *La medida de internamiento y sus alternativas en el Derecho Penal juvenil*. Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 115-140.

LRRPM y la regulación legal de la medida de libertad vigilada, se constata que esta última calza perfectamente en el camino al que va dirigida aquella, por lo que su funcionalidad no puede ser negada en abstracto. Como resaltó en su momento Landrove Díaz “al cumplirse la medida en los propios núcleos de socialización del menor no se produce el desarraigo del mismo de su entorno familiar y social, centrándose la intervención socio-educativa y de control en ayudarlo a superar los factores que determinaron la infracción cometida”⁽⁵⁰⁾.

En efecto, como medida no privativa de libertad, viene definida en el art. 7.1.h) como el “seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquella a superar los factores que determinaron la infracción cometida”. Su ejecución será programada por parte del juez de menores, el cual puede obligar al menor a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad encargada de la ejecución –sea una entidad pública o un profesional–; el sometido está obligado a mantener entrevistas con el profesional encargado de la ejecución y al cumplimiento –caso de que así se acuerde– de reglas de conducta, que podrán ir desde la obligación de asistir con regularidad al centro docente, o someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares, prohibiciones de acudir a determinados lugares o ausentarse de otros, comparecer personalmente ante el juez o profesional que se designe para informar de las actividades realizadas y justificarlas, así como “cualesquiera otras obligaciones que el juez, de oficio o a instancia del ministerio fiscal estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad (...)”⁽⁵¹⁾.

A todas luces, para que la libertad vigilada –que supone una intervención sobre el menor prolongada en el tiempo– sea eficaz es necesario con personal suficiente y especializado. Lo contrario, significaría dejar vacía de contenido la medida y, por ende, sin “sanción” al menor⁽⁵²⁾.

(50) LANDROVE DÍAZ, G. “Medidas aplicables a los menores infractores”. En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R. (coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*. Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 78. Vid. en el mismo sentido, M.C. GÓMEZ RIVERO, “La nueva responsabilidad penal del menor”. *Revista penal La Ley*. 2001/9, p. 20.

(51) Disposición desarrollada por el art. 18 del *Real Decreto 1.774/2004, del 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LORRPM*. “Pautas” que recuerdan muchísimo a las previstas en el art. 83 del Código penal en caso de suspensión de la ejecución de la pena. De ahí que CRUZ MÁRQUEZ (*La medida de internamiento y sus alternativas en el Derecho Penal juvenil*. Ob. cit., p. 122) afirme que es claramente indicativo de su “orientación controladora”.

(52) CRUZ MÁRQUEZ, B. *La medida de internamiento y sus alternativas en el Derecho Penal juvenil*. Ob. cit., p. 115.

Como se decía, además de cómo medida no privativa de libertad principal y única, en este ámbito de la justicia penal de menores se recurre de nuevo a la libertad vigilada como fase de cumplimiento de las medidas de internamiento. En este sentido, se establece en el art. 7.2 que estas últimas constarán de dos periodos: “el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el juez (...)”; ha de resaltarse que la libertad vigilada viene a suponer una fase del cumplimiento de la medida de internamiento, con la singularidad de que el menor sancionado cumple su medida en el medio abierto. Las similitudes con la libertad condicional como última fase de ejecución de la pena privativa de libertad en el ámbito de la justicia de mayores no puede negarse, y como esta, viene a suponer en este caso un apoyo al menor para que no cometa delito una vez recuperada –provisionalmente– la libertad, preparándole para el momento en el que definitivamente la alcance⁽⁵³⁾.

Pero además, se vuelve a recurrir a ella cuando se regula la suspensión de la ejecución del fallo, según el art. 40.2.c) “el juez puede establecer un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión (...)”. Como afirma Feijoo Sánchez, “se trata de una condición potestativa que puede no ser adoptada por el juez, pero que en la práctica suele acompañar a la concesión de la suspensión”⁽⁵⁴⁾; durante esta fase tiene la finalidad de evitar que el menor incumpla con las condiciones impuestas: la principal, que será que no vuelva a delinquir y las secundarias, caso de que se le hayan impuesto pautas de comportamiento adicionales.

El hecho de que entre todo el catálogo de medidas a imponer a los menores infractores, la libertad vigilada sea la más aplicada⁽⁵⁵⁾, pone de manifiesto que, efectivamente, es una óptima medida y que los jueces de menores recurren a ella confiados en que con su ejecución, se alcance el mejor interés del menor. Para ello, sin duda, va a contar el juez, analizadas las circuns-

(53) CRUZ MÁRQUEZ, B. *La medida de internamiento y sus alternativas en el Derecho Penal juvenil*. Ob. cit., p. 116.

(54) FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Título V.- De la sentencia”. En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., FEIJOO SÁNCHEZ, B. y POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 428.

(55) Véase: CRUZ MÁRQUEZ, B. *La medida de internamiento y sus alternativas*. Ob. cit., p. 129 y ss; FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Título II.- Las Medidas”. Ob. cit., p. 144; GARCÍA PÉREZ, O., DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., PÉREZ JIMÉNEZ, F. y GARCÍA RUIZ, S. *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de menores*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 175; DEFENSOR DEL PUEBLO. *El primer año de vigencia de la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*. Ed. Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, en relación a la CCAA de Andalucía: p. 61 y ss; HAVA GARCÍA, E. y RÍOS CORBACHO, J.M. “Las medidas aplicables a menores en la Ley 5/200”. En: RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. y NAVARRO GUZMÁN, J.I. *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 164-167.

tancias del caso concreto y el mejor interés del menor, con la posibilidad de someterlo a una serie de pautas de comportamiento que dirijan su proceso de reinserción social.

Finalmente, el art. 10 tras la reforma de la LORRPM operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre –que derogó la Disposición adicional cuarta– establece que “cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a 15 años, el juez deberá imponer las medidas siguientes: a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años; b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto solo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los arts. 13, 49 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta”.

El régimen excepcional previsto en este caso se completa además de con la imposición de la “medida de inhabilitación absoluta” (?) en el número 3, con la siguiente previsión establecida en el número 4 de dicho artículo: “las medidas de libertad vigilada previstas en este artículo deberán ser ratificadas mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas del cumplimiento de las penas”. A salvo el hecho de que su contenido no puede variar, con lo cual, el menor será sometido a seguimiento, y controlada su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, procurando ayudarlo a superar las pautas socioeducativas que hayan sido señaladas en el marco del programa de intervención elaborado al efecto, así como podrá ser sometido al cumplimiento de una serie de reglas de conductas establecidas en el régimen general, lo que expresamente señala el art. 10.4 es que el control de las medidas se llevará a cabo “por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas”, en vez de por la “entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento”. Con ello, más que ponerse de manifiesto el cambio en el control de la libertad vigilada, parece que la redacción dada al art. 10.4 es fruto del endurecimiento del trato que ofrece el

legislador a estos menores infractores, olvidándose que, en cualquier caso, no se trata de penas, sino de “medidas”.

No obstante, en previsión de lo establecido en el art. 14, si el menor sometido a la medida de internamiento en régimen cerrado cumple la mayoría de edad –lo que será la regla general, vista la duración de las medidas impuestas, en atención a la gravedad del delito cometido–, el juez de menores podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario “si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia”. En estos casos, según establece el art. 14.4, “cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedarán sin efecto el resto de medidas impuestas por el Juez de menores que estuvieren pendientes de cumplimiento sucesivo o que estuviera cumpliendo simultáneamente con la de internamiento, si estas no fueren compatible con el régimen penitenciario, todo ello sin perjuicio de que excepcionalmente proceda la aplicación de los arts. 13 y 51 de esta ley”. El hecho de que el menor haya pasado a cumplir su “medida” de internamiento cerrado a una prisión, puede hacer que la posterior libertad vigilada, que no es incompatible con la pena de prisión, sea controlada no ya según lo establecido por la Ley del menor, sino todo apunta a que serán los servicios pospenitenciarios, que no están preparados para ejecutar una libertad vigilada, y tenderán en todo caso a que se cumpla en la forma de una libertad condicional más.

En estos casos, como es sabido, el legislador deja a un lado ese fin primordialmente educativo de la medida y se centra en el sancionatorio, pues sin duda, el mejor interés del menor se deja al lado a favor de que la medida cumpla con otro tipo de finalidades retributivas y de prevención general, finalidades estas últimas que no encajan dentro de aquel. Basta con leer la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, cuando afirma “el interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y a favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no solo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”.

Es preciso resaltar que es la propia LORRPM la que proporciona todo el marco de ejecución de la medida de libertad vigilada, sin dejar casi nada en manos del Reglamento, de forma respetuosa con el principio de legalidad penal, que se limita en el art. 18 a concretar los datos que han de incluirse

en el programa individualizado de ejecución de la medida por parte del personal encargado de su control.

Con esta regulación, y para el ámbito concreto de la justicia penal de menores, parece que se está poniendo de manifiesto que la libertad vigilada es una forma idónea de sancionar al menor, buscando su mejor interés, dada la amplia versatilidad con la que se ha configurado.

Pero también, visto el antecedente de la Ley Orgánica 8/2006, se ha podido comprobar que se trata de una consecuencia jurídica fácilmente manipulable por el legislador y que no puede afrontarse su estudio si no es desde los límites infranqueables que tiene el *ius puniendi* del estado en un Estado social y democrático de derecho.

3. El régimen de imposición conjunta de pena y medida de seguridad para el imputable en el Proyecto de reforma del Código Penal de 15 de enero de 2007

El Proyecto de reforma del Código del año 2007 incluía dentro del art. 33 como pena menos grave, la libertad vigilada, de naturaleza privativa de otros derechos (según establecía su art. 39.j), que obligaba al penado “a facilitar de manera efectiva y constante su localización”, de ahí que su contenido aflictivo fuera mínimo, pues no obligaba a nada más⁽⁵⁶⁾.

El hecho de que no se recurriera a ella como pena principal, parecía suponer que se trataba de una pena de carácter accesorio; no obstante, tampoco se llegó a modificar el catálogo de las mismas. Con ello, su ámbito de aplicación se reducía drásticamente, al ser, en todo caso, pena sustituyente de las penas privativas de libertad inferiores a uno o a dos años, con una duración de seis meses a un año, según la modificación que se preveía realizar del art. 88. De esta forma, se trataba de una pena que en este punto nacía como forma de actuación penal sobre los condenados a penas privativas de libertad de corta duración, por lo que, por lógica, se trataba de una delincuencia de escasa gravedad.

Su escueto ámbito de aplicación en concepto de pena, se completaba con su inclusión dentro del catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad dentro de una nueva regla 12ª del apartado 3 del art. 96.

(56) Ello determinó que el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de reforma del Código afirmara que “la justificación de la implantación de esta nueva figura resulta por ello muy cuestionable, pues se la dota de un perfil plano, de muy escasa capacidad correctora o rehabilitadora, inhábil para lograr ningún fin útil, ni desde el punto de vista preventivo general, pues sustituir una pena de prisión por una pena de este tenor implica su volatilización, ni preventivo especial, pues no se alcanza a ver qué influencia positiva puede ejercer una medida de contenido tan tenue en la formación de la personalidad del reo, dado que no conlleva ni un reforzamiento externo de sus habilidades sociales y adaptativas ni un control real de su conducta” <<http://www.codigo-civil.org/archives/197>>.

Pero sin duda alguna, la cuestión más discutida dentro del Proyecto de reforma de Código Penal de enero de 2007 fue la previsión de aplicación sucesiva de pena y medida de seguridad para el imputable. En efecto, frente al actual sistema monista de imposición de penas o medidas de seguridad para el imputable o el inimputable, respectivamente, junto con el régimen vicarial previsto para los semiimputables⁽⁵⁷⁾, el art. 94 del Proyecto mencionado dispuso un régimen especial para los delincuentes reincidentes y habituales. Así, se establecía un paquete complejo de disposiciones de carácter penal –limitando las posibilidades de decretar la suspensión o la sustitución de las penas–, junto a otro de contenido puramente penitenciario –consistente en retrasar la clasificación en tercer grado y el acceso a la libertad condicional–, el sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo, así como finalmente “cumplida la condena, decretar la libertad vigilada por tiempo de hasta dos años”⁽⁵⁸⁾, una disposición muy similar a la incorporada por la LO 8/2006 en el ámbito de la LRRPM para los menores condenados a medidas de internamiento cerrado por la comisión de delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales o por delitos de terrorismo de los arts. 571 a 580.

Del paquete de medidas penal-penitenciario previsto⁽⁵⁹⁾, lo que más llamó la atención fue la imposición sucesiva de pena de prisión y posterior “libertad vigilada de hasta dos años”, pues no quedaba del todo aclarado si esta se adoptaba en concepto de pena, en cuyo caso la disposición comentada carecería de carácter novedoso alguno, pues al día de hoy ya se prevé que parte de la pena de alejamiento se cumpla en todo caso, una vez cumplida la prisión, o de medida de seguridad⁽⁶⁰⁾, en cuyo caso, se trataría de una novedad dentro del ordenamiento jurídico penal español, pues con ello se daría entrada a un sistema dual de imposición conjunta de pena y medida de seguridad para el imputable, rompiendo pues con la regulación actual del Código

(57) Por todos, véanse: TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Peligrosidad social y Estado de Derecho*. Ed. Akal, Madrid, 1981; SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003; MUÑOZ CONDE, F. “Penas y medidas de seguridad: monismo *versus* dualismo”, en el mismo, *Derecho Penal y control social*. Ed. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera, 1985, p. 78 y ss.

(58) Esta respuesta jurídico penal cuenta en el ordenamiento español con el antecedente del Proyecto de Reforma del Código Penal de 1980, que establecía la posibilidad en el art. 150 de imponer a los delincuentes habituales “como complemento de la pena correspondiente al delito cometido, el internamiento en un centro (...)”. La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, que previó en su art. 100 para los casos de delincuentes habituales “además de la pena correspondiente, el internamiento durante 5 años en un centro de terapia social (...)”, sin que dicho internamiento computara a los efectos de la pena de prisión impuesta. Véase el comentario de F. MUÑOZ CONDE, “Penas y medidas de seguridad: monismo *versus* dualismo”. Ob. cit., p.78 y ss.

(59) Que GUIASOLA LERMA (*Reincidencia y delincuencia habitual*. Ob. cit., p. 114) califica como “consecuencias progresivas”.

(60) GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia y delincuencia habitual*. Ob. cit., p. 127.

Penal. En efecto, son muchas las diferencias que separan al sistema vigente de aplicación conjunta de pena y medida de seguridad –sistema vicarial– y al propuesto en 2007.

De todas ellas, ha de partirse de que la libertad vigilada ejecutada con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad no podía –ni puede– ser considerada en el marco del sistema vicarial una medida de seguridad, puesto que de ser así, el sujeto debería haber sido declarado semiimputable en sentencia. Sentado lo anterior, ha de señalarse que, en primer lugar, mientras que en el régimen vicarial el tiempo de medida de seguridad cumplido se descuenta para el de la pena impuesta, en el régimen propuesto la pena y la medida tenían un tiempo de cumplimiento independiente una de la otra; en segundo lugar, mientras que en el vicarial es de preferente ejecución la medida de seguridad sobre la pena que, por otro lado solo se ejecutará si no afecta negativamente a los logros alcanzados con el tratamiento, en el otro se preveía que cumplida la pena, posteriormente se cumpliría la medida; y en tercer lugar, mientras que en el régimen vicarial la medida de seguridad ha de ejecutarse antes que la pena, en el propuesto, esta se ejecutaba en primer lugar, y con posterioridad, en todo caso la medida⁽⁶¹⁾. Quedaba con ello de manifiesto que no se trataba sin más de una ampliación del régimen vicarial a los delincuentes habituales, sino de una puesta en escena de un sistema dualista de imposición de penas y de medidas de seguridad⁽⁶²⁾. La propuesta planteaba pues muchas aristas.

En la línea marcada por el Proyecto, afirma Asúa Batarrita que la actual regulación del alejamiento como consecuencia jurídica no es más que un nuevo fraude de etiquetas, en virtud del cual, se disfraza con el nombre de penas lo que no son más que medidas de seguridad⁽⁶³⁾. Ello le lleva a plantear que la doble vía del Derecho Penal, y con él, la separación entre las penas y las medidas de seguridad, deberían ser objeto de replanteamiento. No obstante, si se tienen en cuenta los riesgos que se corren con planteamientos como este, que retroceden a situaciones pasadas en las que se ha constatado en muchos casos una intervención estatal en materia penal ilegítima, nada respetuosa con los derechos fundamentales, se debería huir de la unificación, en la medida en que entre el estado de imputabilidad y el de inimputabilidad existe

(61) Véase: SANZ MORÁN, A.J. (coords.). “El tratamiento del delincuente habitual”. En: ARANGÜENA FANEJO, C. y SANZ MORÁN, A.J. *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 115 y ss.

(62) Véase un análisis de la aplicación de las medidas de seguridad en España a lo largo de la historia del derecho positivo español en TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*. Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, p. 285 y ss.

(63) ASÚA BATARRITA, A. “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la Reforma de la LO 11/2003, del 29 de setiembre”. *Cuadernos penales José María Lidón*. 2004/1, p. 85.

una barrera que los separa claramente. Confundirlos –en el sentido de mezclarlos– supone acabar con el sistema de la doble vía en Derecho Penal, que tantos logros ha alcanzado para los ciudadanos frente al poder estatal. A su vez, la uniformización de la respuesta penal con independencia de la imputabilidad del autor daría lugar a la instrumentalización del imputable, al tratarse como si no lo fuera, vulnerándose por tanto su dignidad personal. Imponer pena y medida de seguridad al declarado imputable supone confundir el fundamento de las penas y de las medidas de seguridad⁽⁶⁴⁾. Todo apunta a que esta *sui generis* “medida de seguridad” no está basada ya en un pronóstico individualizado de peligrosidad criminal deducido de los hechos delictivos cometidos, sino de una presunción legal de peligrosidad del autor que requiere, por ende, que el control penal sobre el mismo dure más allá que el tiempo que dure la prisión.

Y esta es la cuestión a la que se debe prestar atención: ¿está preparado el Código penal español para imponer consecuencias jurídicas que se fundamenten en la mera contención del peligro que el delincuente pudiera representar para la sociedad, presumiéndola *ex ante* en virtud de sus características personales? ¿No se violarían de esta forma principios básicos del Derecho penal como el de proporcionalidad, el de protección de bienes jurídicos, respeto a la dignidad personal, culpabilidad o el principio *non bis in idem*? Téngase en particular en consideración que parece que el Título preliminar del Código somete a las medidas de seguridad a los mismos principios que rigen en el ámbito de las penas. En este sentido, y en relación con la Propuesta de Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 1983 se preguntaba Muñoz Conde lo siguiente: “¿hasta qué punto no constituye este proceder una infracción y una burla de las garantías jurídico políticas y de los principios limitadores del poder punitivo estatal característicos de un Derecho penal liberal, entendido en el mejor sentido de la palabra por von Listz como ‘la infranqueable barrera de la Política criminal’?”⁽⁶⁵⁾.

En similares términos se manifestó el Consejo General del Poder Judicial en su **Informe** sobre la regulación que se le sometía a examen: “El Consejo considera que la libertad vigilada presenta en el texto informado una naturaleza sumamente confusa, pues siendo formalmente pena, se permite su aplicación –en casos de reincidencia– a tipos delictivos que no la contemplan como tal, quebrantando el marco penal establecido en la Parte Especial para ellos, y como medida de seguridad es de imposible encaje en un

(64) En contra de aplicar penas y medidas de seguridad al imputable se ha manifestado la Comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves de la Generalitat de Catalunya.

(65) MUÑOZ CONDE, F. “Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo”. Ob. cit., p. 60; en el mismo sentido TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Peligrosidad social y Estado de Derecho*. Ob. cit., p. 178 y ss.

sistema dualista como el español, en el que las medidas de seguridad se aplican a inimputables o semiimputables. Su contenido, por otra parte, es banal y de nula eficacia preventivo general o especial, por lo que como sustitutivo de la pena de prisión resulta de difícil asimilación. Estas razones militan a favor de su pura y simple supresión, salvo que lo que se pretenda abordar sea una reforma de amplio alcance del sistema de medidas de seguridad postdelictuales, que afecte a su propio fundamento, propósito que en modo alguno aparece anunciado en el presente texto”⁽⁶⁶⁾.

Como se verá a continuación, en atención a los grandes cambios que se incorporan en el Anteproyecto de reforma del Código Penal del 14 de noviembre de 2008, parece que semejante crítica, ha sido tenida en consideración.

4. Especial referencia al Anteproyecto de reforma del Código Penal del 14 de noviembre de 2008

4.1. Acercamiento

El Anteproyecto de reforma del Código Penal del 14 de noviembre de 2008 ha dado –en tan poco tiempo– un gran salto en lo que a la configuración de la libertad vigilada en el ordenamiento jurídico español se refiere, restringiendo en gran medida el alto vuelo emprendido por el Proyecto de reforma de 2007. A pesar de ello, parece pacífico admitir que, el hecho de que de nuevo se vuelva a recurrir a ella (y de forma tan distinta), pone de manifiesto el consenso en la operatividad de esta pena que no priva, pero mantiene vigilada la libertad del condenado.

Es decir, ahora se le confiere a la libertad vigilada tratamiento **como si** fuera solo pena, sorteando así las críticas recibidas por su antecesor. Aunque simultáneamente se ha dejado en el camino la posibilidad de aplicarla como medida de seguridad o como pena sustituyente⁽⁶⁷⁾, finalmente ha nacido una consecuencia jurídica híbrida, que tiene más de pena, que de medida de seguridad, aunque por el concreto contenido que se le ha dado, no parecen muy distintas unas y otras. Y a la vez ha planteado nuevos interrogantes que quedan de manifiesto desde que la propia Exposición de motivos del Anteproyecto se refiere a ella.

En efecto, son dos las razones aducidas por el legislador para incluir la pena de libertad vigilada en los concretos términos que establece en el ordenamiento jurídico español. La primera de ellas es el fracaso actual de la pena

(66) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe al Proyecto de reforma del Código Penal del 15 de enero de 2007*, <<http://www.codigo-civil.org/archives/197>>.

(67) Aquel régimen específico que establecía el Proyecto de 2007 para los delincuentes habituales y reincidentes, como se verá, no está completamente al margen de la propuesta que ahora se hace.

de prisión en lo que se refiere a la consecución del fin de reeducación y reinserción social que reclama para ella el art. 25.2 de la Constitución. Así, se afirma que “si bien es cierto que la pena privativa de libertad cuenta entre sus fines el de satisfacer las exigencias de la prevención especial, no lo es menos que en numerosas ocasiones no logra responder plenamente a este objetivo”. La segunda, la alarma social que han levantado determinados “sucesos”. En este sentido, se trata de una pena accesoria que nace especialmente para hacer frente en particular a “los casos de delincuentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento. Esta circunstancia hace necesaria la creación de una nueva pena accesoria, denominada libertad vigilada cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad”.

Las referencias contenidas en la Exposición de motivos a la finalidad de esta nueva pena son muy llamativas. En este sentido, se afirma que en la medida en que su fin “prioritario” es la “prevención especial”, “la aplicación de la misma durante un plazo prolongado no es susceptible de lesionar derechos fundamentales, puesto que se trata de una mínima restricción de las libertades que se mantendrá en tanto la pena aún no haya podido satisfacer el fin de rehabilitación que se propone”.

Su naturaleza queda también en entredicho cuando en la misma Exposición de motivos se afirma que “se dará a la ejecución de esta pena preferencia al carácter correctivo de la intervención frente al meramente asegurativo, con lo que la contraposición entre los deberes de protección de la seguridad colectiva y de los derechos de los individuos que conciernen al Estado se resolverá con una adecuada distribución de cargas entre individuo y sociedad”. Con ello, el propio legislador saca a relucir el doble filo de la espada con la que pretende atravesar el ordenamiento jurídico esta nueva pena: uno meramente corrector, herencia del correccionalismo español liderado por Jiménez de Asúa o Concepción Arenal; otro meramente inocuidador, como reclamara en su momento v. Liszt en relación al fin que ha de desempeñar las penas sobre el delincuente habitual incorregible, olvidando el legislador que uno y otro fin han sido ampliamente superados por el moderno Derecho Penal actual.

4.2. Las concretas modificaciones previstas

La libertad vigilada es objeto de atención por el legislador en dos preceptos muy concretos: los arts. 49 bis y 57 bis, cada uno de los cuales hace referencia a un régimen distinto; en el primero, como pena accesoria de determinadas penas privativas de libertad y, en el segundo, como pena accesoria de determinados delitos de imposición obligatoria por parte del juez.

El art. 49 bis establece que la libertad vigilada será una pena que en todo caso actuará “siempre” como “accesoria”. Sin embargo, se guarda silencio en torno a quién sea su principal, en la medida en que se ha olvidado hacer referencia a los supuestos en los que ha de ser de aplicación. En efecto, es el art. 54 el que establece que las penas de “inhabilitación” son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras pena las llevan consigo. La libertad vigilada no es una pena de inhabilitación, sino “privativa de derechos”, con lo cual no puede entenderse subsumida en este precepto. Pero además es que el legislador ha olvidado modificar los artículos 55 y 56, y por tanto no señala de qué pena de prisión va a ser accesoria la libertad vigilada, si de las superiores (art. 55) o las inferiores (art. 56) a 10 años, por lo que nace como una pena abocada a no aplicarse porque no está previsto por la Ley, como establece, en todo caso, el art. 54. Se impone pues en esta fase de elaboración la corrección del error detectado. Una vez sea objeto de corrección, habrá que tenerse en consideración que como tal pena accesoria de una pena privativa de libertad, si esta queda en suspenso, también habrá que dejarse en el mismo estado aquella, a no ser que expresamente se señale lo contrario.

Por su parte, el art. 57 bis establece un régimen especial de la pena de libertad vigilada en los casos en los que el autor haya sido condenado por la comisión de unos concretos delitos: esto es, cuando “el autor haya sido condenado por uno o más delitos del Título VIII del Libro II de este Código”, es decir, en los delitos contra la libertad sexual; o cuando el “autor haya sido condenado por un delito de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII de este Código, a una pena privativa de libertad igual o superior a diez años, o por dos o más delitos de terrorismo de la citada sección habiéndose apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos”. Como se observa, en este segundo supuesto, se trata pues de una accesoriidad distinta a la anterior, pues depende no de una pena privativa de libertad principal impuesta, sino del concreto delito cometido, de forma similar al régimen de accesoriidad de la pena de alejamiento en el vigente art. 57; con ello, se puede estar ante un hecho delictivo en el que corresponda imponer como penas accesorias en atención al delito cometido, el alejamiento en alguna de las modalidades del art. 48, y además la libertad vigilada⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾.

(68) Esto ha dado lugar a que el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL en su “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre del Código Penal”. En: <www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm> entienda que “debido a la prohibición constitucional de bis in idem, es indiscutible que, dada la identidad de fundamento, ambas clases de penas accesorias no pueden ser impuestas a la vez a la misma persona por el mismo hecho”.

(69) La duración en el tiempo de la pena se establece teniendo en consideración si el delito principal es uno grave, en cuyo caso será de entre 10 y 20 años, o menos graves, supuesto en el que será de entre 1 y 10

Según su naturaleza –que es la de privativa de derechos, pues así lo dispone el legislador al incluirla dentro del art. 39– y duración, será pena grave, cuando tenga una duración superior a cinco años (con el límite máximo de 20 años) y menos grave cuando no llegue a los cinco años (límite mínimo 1 año)⁽⁷⁰⁾.

Desde el punto de vista del contenido afflictivo de la pena, consiste en el sometimiento del condenado al control del juez de vigilancia penitenciaria durante el tiempo que el juez sentenciador señale en la sentencia de condena. Si se tiene en consideración que entre el momento de la imposición y el del cumplimiento de la libertad vigilada existe un intervalo de tiempo durante el cual se cumple la pena de prisión, se constata que el legislador parte de que las posibilidades de que la pena privativa de libertad favorezca la reinserción social del penado son nulas. El hecho de que en el supuesto específico del art. 57 bis se prevea en todo caso la imposición en sentencia, con independencia de las necesidades del penado, choca con el régimen tan flexible durante su ejecución.

Durante el tiempo de cumplimiento de la libertad vigilada, el juez de vigilancia penitenciaria puede imponer al condenado durante la “fase de ejecución”, “todas o alguna de las siguientes obligaciones”: estar siempre localizado; presentación periódica en el lugar que se establezca; comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo; prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida; no aproximarse o no comunicarse con la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal; no residir en determinados lugares; no desempeñar determinadas actividades

años. La determinación concreta de la pena se sustrae al juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en la medida en que se establece un régimen específico. Así, se impondrá la pena en su mitad superior, esto es, de 15 años y 1 día a 20 años en el primer caso, y de 5 años y 1 día a 10 años en el segundo, cuando concurren las circunstancias de “reincidencia”, “habitualidad”, “pluralidad de delitos” o “extrema gravedad de los mismos”.

Respecto a la reincidencia nótese que habrá determinado que la pena de prisión se aplique en su mitad superior y además determinará el mismo efecto en relación con la duración de la libertad vigilada. Nada se dice en torno a si se trata de la reincidencia simple o a la cualificada. En relación con la habitualidad, por un lado, va a determinar un régimen específico en materia de sustitución de la pena y, por otro, la imposición de la libertad vigilada en su mitad superior, siendo así que no es una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

La pluralidad de delitos determina que se aplique las reglas de los concursos y la “extrema gravedad de los mismos” queda completamente en manos del juez su determinación y concreción.

A este régimen específico en torno a la determinación judicial de la pena se añade otro, en virtud del cual, en el resto de supuestos “la pena se impondrá en la extensión que el juez estime adecuada”, en atención no ya al catálogo genérico de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sino “a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo”. Sin que se sepa muy bien porqué se sustrae al régimen general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

(70) Así lo señala expresamente el art. 40, apartado 5, según la reforma proyectada.

que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza; participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares, y, finalmente, seguir tratamiento médico externo. Si se observa, todas ellas –que son viejas conocidas en el Código Penal español, pues ya se encuentran en similares términos en otros lugares del Código (como penas, medidas de seguridad o como obligaciones a los efectos de la suspensión o sustitución de penas)– suponen una forma de materializar el control que supone la pena de libertad vigilada. Quizás por su flagrante inconstitucionalidad debería resaltarse el sometimiento a tratamiento médico obligatorio, pues se recuerda que va dirigido al sujeto que es declarado imputable en sentencia, tratándole como si no lo fuera, por lo que se menoscaba su dignidad personal⁽⁷¹⁾.

El régimen de cumplimiento es muy flexible, pues el juez de vigilancia puede ir modificando tanto su contenido como su duración en el tiempo, en virtud de un “pronóstico positivo de reinserción social” que recuerda en mucho a las medidas de seguridad. Así, se prevé que durante la fase de ejecución que aquel, oído el Ministerio Fiscal, no así el reo, concretará las obligaciones, “pudiendo modificarlas en lo sucesivo conforme a la evolución del reo, y controlará su cumplimiento, requiriendo periódicamente los informes que considere necesarios a las Administraciones públicas correspondientes”: nótese como el penado no tiene ningún papel activo durante la aplicación de esta pena, pues ni se le consulta en el momento de determinar su contenido, ni se le pide su colaboración durante la ejecución. Al igual que ocurre en materia de medidas de seguridad, se prevé que el juez de vigilancia, oídos el Ministerio Fiscal y –ahora sí– el “interesado” –parece que deja de ser considerado como un penado poniendo con ello de manifiesto que quizás no sea tal pena, sino otra medida de seguridad– podrá en cualquier momento reducir la duración de la libertad vigilada –lo que supone ir en contra del principio de ineludibilidad de la pena o simplemente valdría para poner de manifiesto que en sentido estricto, no se trata de una pena, pues esta es ineludible, a no ser que se recurra a la vía del indulto, sino de una medida de seguridad– o dejarla sin efecto siempre que “en vista del pronóstico positivo de reinserción se considere innecesaria la continuidad de las obligaciones impuestas”.

El momento ejecutivo viene tasado, en la medida en que es una pena que llega al Código con un concreto cronograma. En este sentido, se establece que la pena de libertad vigilada se empezará a computar “a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad”. Esto significa que se ejecutará

(71) ZULGADÍA ESPINAR, J. M. “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”. Ob. cit., p. 209.

solo cuando se haya alcanzado el licenciamiento definitivo de la prisión y, por tanto, una vez transcurrido completamente el plazo de libertad condicional. El diseño ejecutivo de la pena de libertad vigilada supondrá un claro alargamiento del tiempo durante el cual el condenado está sometido a la red del control penal, y a la vez abre las puertas al debate en torno a la cadena perpetua⁽⁷²⁾: ¿qué otra cosa supone el tener en prisión al condenado en los casos de concurso real de delito hasta 40 años y una posterior libertad vigilada de hasta 20 años, si no una vida dedicada al cumplimiento de la pena? Como afirma Tiedemann, “la prisión perpetua destruye la personalidad y con ello la dignidad del preso”⁽⁷³⁾, así como no ha demostrado aún “ganancia mensurable alguna en intimidación”⁽⁷⁴⁾: basta comprobar como el hecho de que en unos países se dispongan cadenas perpetuas o penas privativas de libertad muy largas en el tiempo para castigar las mismas conductas que en otros países se castigan con penas privativas de libertad más cortas en el tiempo, no determina la eliminación –ni siquiera la reducción– de los supuestos en los que los mismos se cometen.

Con ello además se puede estar consagrando la paradoja de que la libertad vigilada a cumplir con posterioridad a la prisión impuesta como pena principal suponga una mayor restricción de la libertad del penado que la que este sufra durante la fase de la libertad condicional, lo que chocaría frontalmente con el sistema progresivo de ejecución de las penas privativas de libertad en el ordenamiento jurídico español, consagrado en la LOGP. Entiende en este sentido el Consejo General del Poder Judicial que la libertad vigilada no puede ser más gravosa que la libertad condicional, al entender en vigor también en este punto el régimen progresivo de pena la pena privativa de libertad. Así propone que solo quienes no hayan disfrutado de la

(72) A favor de una cadena perpetua revisable se ha manifestado el Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo (vid. *Lavanguardia.es*, 15/08/2008). Sobre este tema, el Tribunal Constitucional español ya ha afirmado en distintas ocasiones en relación con la concesión o no de la extradición a países que mantienen en sus ordenamientos jurídicos “nominalmente” la pena de cadena perpetua (Argelia, Italia, Turquía, Venezuela): pueden verse las Sentencias 351/2006, del 11 de diciembre; 49/2006, del 13 de febrero; 181/2004, del 2 de noviembre; 148/2004, del 13 de setiembre; 32/2003, del 13 de febrero; 162/2000, del 12 de junio; 91/2000, del 30 de marzo; así como los Autos 434/2006, del 23 de noviembre; y 165/2006, del 22 de mayo. Es doctrina constitucional consolidada en atención a las anteriores resoluciones que “a pesar de reconocer que la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 del CE, a los efectos de la corrección constitucional de las resoluciones judiciales que declaren procedente la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se le impondrá esta pena, este Tribunal tiene declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que en caso de imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida”. A ello añade la STC 91/2000 que “la calificación de pena inhumana o degradante no viene determinada exclusivamente por su duración: depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta revista”.

(73) TIEDEMANN, K. “Constitución y Derecho Penal”. Ob. cit., p. 159.

(74) Ídem.

libertad condicional, cumplan tras la pena privativa de libertad, de la de libertad vigilada⁽⁷⁵⁾.

Falta hacer mención al hecho de que se prevé que el juez de vigilancia penitenciaria podrá decretar la utilización de “medios electrónicos que permitan la localización y seguimiento permanente del reo”.

Finalmente, tampoco queda clara la respuesta del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de una o varias de las obligaciones impuestas, en la medida en que según se establece (art. 49 bis.6) determinará que el juez de vigilancia penitenciaria, a la vista de las circunstancias concurrentes y oído el Ministerio Fiscal, podrá, o bien “modificar las obligaciones”, o “deducir testimonio para proceder de conformidad con lo establecido en el art. 468”, esto es, dos respuestas bien distintas ante el mismo problema. En este sentido, el Anteproyecto también prevé modificar el delito de quebrantamiento de condena, incluyendo en su interior la referencia al quebrantamiento de la libertad vigilada⁽⁷⁶⁾. El hecho de que en un caso se afirme que si se produce el quebrantamiento se podrá o bien modificar las obligaciones impuestas o bien dar lugar a un delito de quebrantamiento de condena es contradictorio, pues solo cabrá una u otra cosa⁽⁷⁷⁾.

4.3. Los presupuestos para el nacimiento de la nueva pena de libertad vigilada

a) La reinserción social como pretexto

Si se tiene en consideración que el legislador reconoce en la Exposición de Motivos que “si bien es cierto que la pena privativa de libertad cuenta entre sus fines el de satisfacer las exigencias de la prevención especial, no lo es menos que en numerosas ocasiones no logra responder plenamente a

(75) En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial ha propuesto, cuanto menos que se restrinja la aplicación de la libertad vigilada a aquellos condenados que no hayan disfrutado de libertad condicional, afirmando que deben ser condiciones imprescindibles para la ejecución de la pena de libertad vigilada “que el penado no haya cumplido antes la parte correspondiente de la pena de prisión en régimen de libertad condicional, por no haber reunido los requisitos correspondientes, salvo que exista un pronóstico de peligrosidad posterior e inexistente en esta fase previa de cumplimiento de la pena de prisión y, en segundo lugar, con el mismo fundamento y con la misma salvedad, que se excluya la posibilidad de ejecutar esta pena mediante obligaciones o sistemas de control que supongan un régimen de vida más restrictivo que el del tercer grado penitenciario, en caso de que el penado haya accedido a él”: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Ob. cit.

(76) En este sentido se afirma en el apartado 2 del art. 468 –en la redacción dada por el Anteproyecto– que “se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en los procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la pena de libertad vigilada”.

(77) Así lo ha resaltado también el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL en su “*Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre, del Código Penal*”. Ob. cit.

este objetivo. Esta situación destaca por su gravedad, en los casos de delincuentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento”, se compartirá que se trata de una nueva pena que, de ser así, entrará en el ordenamiento jurídico de forma bastante desorientada, en la medida en que, según se afirma, el motivo principal por el cual se incluye es el fracaso de la pena privativa de libertad en alcanzar los fines previstos en el art. 25.2 de la Constitución; de esta forma, la libertad vigilada vendría a cubrir los vacíos dejados por la de prisión. Con esta base, podrá entenderse por tanto que ha sido diseñada de forma funcional a una verdadera falacia.

En efecto, dicho fracaso no es consustancial a la propia pena de prisión, ni se debe a una especial complejidad de su ejecución, sino fruto de la adulteración legal que ha sufrido –reforma tras reforma–. Es más, puede decirse que el actual diseño de esta pena obedece a las últimas reformas de la pena de prisión a través de la Ley Orgánica 7/2003⁽⁷⁸⁾, limitando el acceso al tercer grado o a la libertad condicional, con independencia del pronóstico de reinserción social del penado; al que se le exige un compromiso ineludible con el Estado de saldar la deuda de reinserción social que ha contraído con la comisión del delito; y otorgando voz en el ámbito del Derecho penitenciario a la propia víctima del delito que como es notorio, actuará motivada por las ansias de mayor castigo, nunca en atención a las demandas de reinserción social del penado⁽⁷⁹⁾. También la LOGP

(78) La articulación de la libertad vigilada que lleva a cabo el Anteproyecto de reforma del Código de 14 de noviembre de 2008 no difiere en absoluto de la propuesta realizada por GUIASOLA LERMA (*Reincidencia y delincuencia habitual*. Ob. cit., 2007, pp. 159 y 160): “podría pues considerarse la previsión de la medida de libertad vigilada, posterior al cumplimiento de la pena de prisión e, insisto, para el caso de delincuentes reincidentes o habituales y por condenas o delitos graves contra la vida, integridad física y libertad sexual. Dicha medida podría ser impuesta en los citados casos, si bien su contenido se concretaría en el momento de su licenciamiento definitivo, incorporando una serie de medidas u obligaciones conectadas con los factores de riesgo de reincidencia. Así, entre otras, junto a la obligación de notificación de domicilio, traslados de este, también la vigilancia electrónica en casos muy graves (...) podría rebajar el riesgo de la reincidencia. Sin embargo, deben primar aquellas que estén imbuidas de componentes asistenciales o curativos. Así, el sometimiento a programas de tratamiento de tipo terapéutico o educativo otros similares (sic), después de cumplida la condena, resulta acorde con las líneas básicas de nuestra propuesta (...) Cobran pues especial interés medidas como la sujeción a tratamiento externo en centros (...), o el sometimiento a programas de tipo formativo (...)”. Tampoco se separa mucho de la propuestas realizadas por ZUGALDÍA ESPINAR (“Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”. Ob. cit., p. 205 y ss), ni por GARCÍA ALBERO (“Ejecución de penas en el Proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”. En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (coord.). *La adecuación del Derecho penal Español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal Europea*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 135 y ss).

(79) En extenso, véase: ACALE SÁNCHEZ, M. “Del Código penal de la democracia, al Código Penal de la seguridad”. Ob. cit., p. 1.216 y ss.

sufrió modificaciones de alcance, dirigidas en la misma línea: retrasar la reinserción social del penado en pro de aumentar el castigo cualitativamente. La gota que colmó el vaso y que hizo saltar por los aires a la reinsertión social fue la Ley Orgánica 5/2003, del 27 de mayo, por la se crearon los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria; según establece su Exposición de Motivos, con la creación de los mismos se perseguía “el fin de conseguir una unificación de criterios en el marco del control de las penas en el ámbito de los delitos instruidos y enjuiciados por la Audiencia Nacional”; con ello, se ponía de manifiesto que se aspiraba a alcanzar la unificación de criterios en materia penitenciaria, esto es, lo más opuesto a la reinsertión social que pueda existir.

Todo ello ha convertido a la pena de prisión española en una pena que tiende a que se cumpla dentro del establecimiento penitenciario, dificultándose el acceso a los regímenes penitenciarios más abiertos y por ende, más proclives para alcanzar el fin de la reinsertión social⁽⁸⁰⁾. De lo anterior se deduce que si las últimas reformas practicadas en materia penal penitenciaria han consistido en vaciar de contenido resocializador a la pena privativa de libertad, ahora, defender la inclusión de esta posterior pena “cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinsertión del sujeto a la sociedad”, es decir, a lo que expresamente ha renunciado aquella, no es honesto y está reflejando que el padre de esta disposición no es otro que un legislador pantocrático sentado en el centro del panóptico, desde donde lo controla todo pero desde donde también se deja ver por todos.

Desde ahí se entiende perfectamente el concreto cronograma ejecutivo diseñado: si la pena privativa de libertad ha renunciado a reinsertar socialmente al condenado, y se ha convertido, vacía ya de su finalidad connatural, en una pena puramente retributiva, el Estado tiene la necesidad de intentar a posteriori alcanzar aún dichos fines a través de otros mecanismos: la libertad vigilada. Por eso se establece que será una pena de ejecución posterior al cumplimiento total de la pena privativa de libertad. Por tanto, habrá que terminar de cumplirse la libertad condicional, caso de que el penado haya alcanzado dicha fase de ejecución para poder empezar a cumplir con la libertad vigilada. Y en este punto salen a relucir los puntos en común que tienen la libertad condicional, entendida en sentido estricto y al margen de la actual regulación legal, con la nueva pena de libertad vigilada: ¿qué es la

(80) Véase: BARATTA, A. “Resocialización o control social. Por un concepto de ‘reintegración social’ del condenado”. *No hay Delito*. Año I, 1991/3, Buenos Aires, (disponible en formato electrónico en la página: <<http://justiciapenaladolescente4.blogspot.com/2007/06/resocializacin-o-control-social-baratta.html>>).

libertad condicional, si no una libertad vigilada, de forma que si el condenado comete delito, vuelve al interior de la prisión para terminar de cumplir con la condena impuesta en sentencia?⁽⁸¹⁾ Si se enfoca ahora el estudio hacia las pautas de comportamiento a las que puede someter el juez al condenado, esto es, las establecidas en los arts. 83⁽⁸²⁾ y 96.3⁽⁸³⁾, y las obligaciones que puede imponer el juez al condenado a la pena de libertad vigilada, ni difieren en su contenido, ni tienen una finalidad distinta unas de otras, pues, en todo caso, pretenden ayudar al condenado en su proceso de reinserción social. El hecho, por lo demás, de que tanto cuando se encuentra el penado en libertad condicional, como cuando se le someta a libertad vigilada, las concretas obligaciones y prohibiciones serán determinadas por el juez de vigilancia penitenciaria, siendo así, por otro lado, que ya las imponga en uno o en otro concepto, no van a diferir en demasía unas de otras, dadas las similitudes materiales existentes entre unas y otras, vienen a confirmar las sospechas de salida: no se trata más que de añadir un nuevo periodo a la pena privativa de libertad para que supla el papel que antes de las reformas de 2003 desempeñaba la clasificación penitenciaria en el sistema progresivo de ejecución de la pena privativa de libertad que nació, como es sabido, precisamente en España durante el siglo XVIII y desde aquí fue transportado a la mayoría de los ordenamientos penitenciarios de nuestro entorno cultural.

En este sentido ha de señalarse que según establece el Anteproyecto, “en el supuesto de que exista un pronóstico positivo de reinserción social, se prevé la posibilidad de reducir la duración de la pena o bien que la misma quede sin efecto”. Con ello, el juez de vigilancia es el que va finalmente a determinar la imposición o no de la misma, y por ello, se vulnerará el principio de cosa juzgada que solo se dejaría a salvo si se recurriera al indulto parcial. No debe olvidarse que el juez sentenciador deberá imponer en los casos de terroristas y pedófilos la pena de libertad vigilada en todo caso, con independencia de

(81) Apuesta como forma de luchar contra la criminalidad violenta por una ejecución de la libertad condicional “auténtica”: SILVA SÁNCHEZ, J.M. “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”. Ob. cit., p. 709.

(82) Las prohibiciones de acudir a determinados lugares, o aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o comunicarse con ellas y la de ausentarse sin autorización judicial del lugar donde resida; así como las obligaciones de comparecer personalmente para informar de sus actividades y justificarlas, participar en programas formativos, y “cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de este, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”.

(83) Esto es, las medidas de seguridad no privativas de libertad: la inhabilitación profesional, la expulsión del territorio nacional para los extranjeros no residentes legalmente en España, la obligación de residir en determinado lugar, las prohibiciones de residir en un lugar y de acudir a determinados lugares, la custodia familiar, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la prohibición de aproximarse o comunicarse, la sumisión a tratamiento externo así como el sometimiento a programas de tipo formativo.

las necesidades preventivas del penado. Lo que por otro lado supone consagrar a priori un fracaso de la pena de prisión pues se entiende que sigue teniendo las finalidades establecidas en el art. 1 de la LOGP.

De su mano, la legislación penal española vuelve a transitar por la senda de aquellos planteamientos positivistas que postulaban la sentencia indeterminada, que defendían la inexistencia de topes en la pena impuesta en la sentencia así como su concreción en fase posterior de ejecución, en función de la evolución del condenado y de su reeducación⁽⁸⁴⁾. Se comparta o no lo anterior, ha de resaltarse su contradicción con las reformas operadas en el Código penal a través de la Ley Orgánica 7/2003, cuya Exposición de motivos justificaba el endurecimiento punitivo que llevaba a cabo amparándose en el derecho que tiene la sociedad a saber con certeza la pena que otro va a cumplir: la nueva libertad vigilada supondría diluir dicha certeza en torno al fin.

Y todo ello sin desconocer que se está afirmando que la reinserción social, lejos de ser un derecho del delincuente, es una obligación que ha contraído con el Estado mediante la comisión del delito. El cambio de paradigma dado es por tanto lo que va a santificar su vigencia. Cuando la reinserción se convierte en deuda, deja de ser patrimonio del condenado y pasa a situarse en el haber del Estado. Una vez cumplido –la obligación que tiene el condenado– de la reinserción, “el plazo establecido inicialmente en la sentencia no representará obstáculo alguno para la reducción temporal de la medida”: esta última referencia pone en entredicho si se trata de una “pena”, o de una “medida” y de ser esto último, si es posdelictual, al haber cometido un delito –y por ende haber contraído la deuda con el Estado– o si es predelictual, en previsión de nuevos delitos y con una finalidad puramente inocuizadora, que hace resurgir a la incapacitación del penado como fin de la pena privativa de libertad, aunque, como afirma Brandariz García, se trataría más bien de una funcionalidad inocuizadora para determinados sectores de la criminalidad y/o en relación con ciertos segmentos de infracciones⁽⁸⁵⁾.

Todo lo anterior parece venir a confirmar las sospechas de partida: la libertad vigilada, tal y como ha sido prevista en el Anteproyecto de reforma del Código Penal del 14 de noviembre de 2008 persigue no la mejor reinserción social del condenado, sino el mejor control penal del mismo, volviéndose en el mejor de los casos a una nueva visión de la inocuización del condenado como efectiva finalidad de la pena privativa de libertad para el delincuente peligroso una vez que la prisión ha renunciado a priori a reinsertar

(84) MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Ob. cit., p. 244.

(85) BRANDARIZ GARCIA, J.A. *Política criminal de la exclusión*. Ob. cit., pp. 93 y 96.

socialmente a nadie⁽⁸⁶⁾,⁽⁸⁷⁾: el Derecho Penal del futuro tiene todavía menos de “derecho” y más de “penal” que el vigente; en efecto, como acertadamente ha afirmado Donini, “está en juego lo penal como “derecho”. Todavía más: está en juego, el Estado de derecho, respecto al nacimiento de un estado de prevención”⁽⁸⁸⁾. Paso necesario ha sido volver a confundir el concepto de peligrosidad criminal con el denostado de peligrosidad social⁽⁸⁹⁾, que se creía superada en el ordenamiento jurídico español.

La virtualidad que ha tenido la opción que se presenta es que ha dejado a la vista de todos, la verdadera configuración actual de la pena de prisión; en efecto, esta aparece hoy regulada como una pena puramente retribucionista, que mira al delito cometido, sin tener en consideración nada que esté situado más allá de los propios muros carcelarios, convirtiendo el tiempo de estancia en prisión en puro castigo por el delito cometido⁽⁹⁰⁾. Desde esta perspectiva cobra todo su sentido el periodo de seguridad, cuya única finalidad es limitar la reinserción social del condenado⁽⁹¹⁾. Y todo ello, con inde-

(86) Insiste en el carácter inocuizador en relación con la vigente regulación del alejamiento FARALDO CABANA, P. *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*. Ob. cit., p. 150: “la imposibilidad de valorar la procedencia o no de la aplicación de la prohibición da lugar a que, materialmente, nos encontremos ante una suerte de medida de seguridad postdelictiva no asociada a la inimputabilidad ni a la semiimputabilidad, sino a una peligrosidad presunta, que se aplica a sujetos imputables una vez cumplida la pena impuesta y que es desconocida en nuestro Derecho histórico”.

(87) Respecto de los condenados por delitos contra la libertad sexual, no puede dejarse al lado el debate social paralelo en torno a la castración química; con ello, se está poniendo de manifiesto la escasa esperanza en la recuperación de estas personas. No obstante, en este punto, quizás el Derecho Penal debería replantarse hasta dónde debe prolongar su intervención: si se trata de una persona que por ejemplo, padece una enfermedad –una desviación sexual– que le impide comprender la realidad de sus hechos o comprendiéndola es incapaz de comportarse de acuerdo con dicha comprensión, es que el sujeto es un inimputable, al que a través del régimen de las medidas de seguridad, se le debería imponer una medida de seguridad –caso de que concurriesen el resto de requisitos–: si cumplida esta, se sigue en el mismo estado, habrá que proceder a la incapacitación civil, pero el Derecho Penal habrá terminado para entonces su trabajo. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M. “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, cit., p. 708; ROBLES PLANAS, R. “‘Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad”, cit., pp. 8 y ss; J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, cit., p. 207. Véase las reticencias que plantea SANZ MORÁN, A.J. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*. Ob. cit., p. 39. Como afirma GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO (“Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”. En: *Revista Penal*. 2006/17, p. 151) la castración química es una pena inhumana porque supone “la destrucción de componentes esenciales de la personalidad del sujeto”.

(88) Vid.: DONINI, M. “Sicurezza e diritto penale”. *Cassazione penale*. 2008/10, p. 3.558.

(89) Vid.: TERRADILLOS BASOCO, J.M. *La culpabilidad*. Ob. cit., p. 76.

(90) BARATTA, A. “Resocialización o control social. Por un concepto de ‘reintegración social’ del condenado”. Ob. cit., sin paginar.

(91) Más claro aún es el tratamiento previsto para los condenados por delitos de terrorismo, en la medida en que el mayor número de requisitos que se les exige para alcanzar el tercer grado o la libertad condicional, fuerzan el cumplimiento de condenas muy largas en el tiempo la mayor parte del cual se pasa en primero o en segundo grado de tratamiento penitenciario –los más prisonizadores de todos los

pendencia de que como afirma Cid Moliné, los condenados a penas privativas de libertad que acceden a la libertad condicional directamente, corren más riesgo de reincidir⁽⁹²⁾. Se asiste pues, como afirma Schünemann, ante la “sorprendente eterna vuelta de lo mismo”⁽⁹³⁾.

b) La alarma social como fundamento

Lo primero que ha de señalarse, es que no se alcanza a comprender desde un punto de vista de prevención especial, qué tienen en común los condenados por delitos contra la libertad sexual y los condenados por delitos de terrorismo para que se prevea un régimen específico para ellos. Pero por otro lado, desde un punto de vista preventivo general, tampoco parece que tengan en común algo que les haga diferentes del resto de delitos: ¿acaso los delitos relacionados con la violencia de género, o los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, no tienen la gravedad de aquellos?⁽⁹⁴⁾ Todo apunta a que más que a hacer frente a fin de la pena alguno, lo que sí tienen en común estos “casos” es que levanta una gran alarma social. Esto no es más que hacer reformas legales a la vista de las demandas punitivas de la sociedad y por ende es puro reflejo de una política criminal puramente populista. Más que “especial peligrosidad”, queda claro que está haciendo referencia a “mayor reprochabilidad” en ese concreto contexto punitivista.

grados penitenciarios-, y en muchos casos, se va a estar ante la circunstancia de la puesta en libertad directamente desde el primer o segundo grado, sin pasar por el tercero y, por ende, por la libertad condicional.

- (92) Véase: CID MOLINÉ, J. “¿Es la prisión criminógena?”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2007/19, pp. 442 y ss; otro estudio sobre la reincidencia desde un punto de vista empírico, entendida como el nuevo contacto con la administración penitenciaria o con la encargada de la ejecución de medidas penales alternativas a la prisión, puede verse en VILLACAMPA ESTIARTE, C., TORRES ROSELL, N. y LUQUE REINA, M.E. *Penas alternativas a la prisión y Reincidencia: un Estudio empírico*. Ed. Thomson-Aranzadi, Barcelona, 2006; LUQUE REINA, E. “La reincidencia penitenciaria”. En: CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. y GARCÍA ESPAÑA, E. (coordas.). *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*. Ed. Comares, Granada, 2007, p. 213 y ss. También puede verse la referencia que realiza GUIASOLA LERMA (*Reincidencia y delincuencia habitual*. Ob. cit., pp. 157-158) a los estudios realizados en la Central de Observación de la Dirección de Instituciones penitenciarias en 2001, en cuya virtud “una de las consecuencias del régimen cerrado previsto para los internos más peligrosos es la relación directa entre primer grado y reincidencia. Según los autores del estudio aquellos que han estado en régimen cerrado tienen un porcentaje de reincidencia al cabo de los tres años siguientes a su salida de un 57% frente a un 42% de reincidencia entre los que no han estado en primer grado. En las conclusiones del estudio se afirma que los datos demuestran que los antecedentes de cumplimiento más rígido, la mayor desadaptación en prisión, la no participación en actividades programadas, así como las graves consecuencias psicológicas de vivir aislado de todo y de todos, así como la indeterminación temporal del aislamiento son causas determinantes de una mayor reincidencia”.
- (93) SCHÜNEMANN, B. “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*. <www.INDRET.COM>, abril 2008, p. 3.
- (94) Recuérdese que la Ley Orgánica 7/2003 sometió al mismo régimen jurídico a los condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, y los condenados por delitos de terrorismo de los arts. 571 a 580 (arts. 36, 78, así como el art. 72 de la LOGP).

Por otro lado, la específica referencia a que los “casos” de “delincuentes sexuales” y de –delincuentes– “terroristas” (no los delitos contra la libertad sexual y los delitos de terrorismo) revelan una “especial peligrosidad por parte de sus autores” y “presentan una gran dificultad en su tratamiento” ha de ser sometida a mayor reflexión. Así, nótese como no se trata de hacer frente a los delitos contra la libertad sexual, ni a los de terrorismo, sino a sus “casos”, poniendo con ello de manifiesto que no es más que la alarma social a lo que se está haciendo frente con un fervoroso punitivismo conformado según los medios de comunicación, y sus propias necesidades (índices de audiencias, línea editorial, necesidades de concretar un titular, etc.).

Tampoco se sabe muy bien por qué en particular los “casos” de estos delitos presentan esa “gran dificultad en su tratamiento”: en este sentido, por lo que se refiere a los “casos” de delincuentes sexuales, no se entiende por qué se afirma que se trata de autores que “presentan una gran dificultad en su tratamiento”, en la medida en que el art. 116.4 del Reglamento penitenciario establece que “la Administración penitenciaria podrá realizar programas específicos de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual a tenor de su diagnóstico previo y todos aquellos otros que se considere oportuno establecer. El seguimiento de estos programas será siempre voluntario y no podrá suponer la marginación de los internos afectados en los Centros penitenciarios”⁽⁹⁵⁾. La vía para luchar pues contra esa gran dificultad no es otra que mejorando dichos programas, no ignorándolos, con el consuelo de que recuperada provisionalmente la libertad, otra medida penal venga a intentar ponerlos en marcha.

IV. LA CONFIGURACIÓN DE LA PENA DE LIBERTAD VIGILADA EN EL MARCO DE LA REINSERCIÓN SOCIAL: PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

La inclusión de la pena de libertad vigilada en el ordenamiento jurídico español vigente no puede llevarse a cabo si no es previamente sometiendo a la regulación de la pena privativa de libertad a una serie de reformas necesarias para que la misma vuelva a desempeñar a priori las finalidades preventivo especiales que le marca la Constitución. En particular, como afirmara Barbero Santos, es preciso volver a reinterpretar el concepto de resocialización de forma minimalista, conformándose el ordenamiento jurídico con que el condenado en un futuro no vuelva a cometer delitos, con independencia de

(95) Sobre los programas de recuperación en prisión véase: ROBLES PLANAS, R. “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”. Ob. cit., p. 10 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J.M. “El retorno de la inocuización”. Ob. cit., p. 699 y ss.

que piense en su foro interno de una manera u otra⁽⁹⁶⁾. En este sentido, con carácter previo, ha de eliminarse el periodo de seguridad, de forma que sea de aplicación a todos los condenados las previsiones contenidas en la LOGP en torno a la clasificación de grados según la evolución del tratamiento rehabilitador. Asimismo, han de someterse a revisión el resto de requisitos exigidos por la LOGP para la clasificación en tercer grado para los condenados por delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales, sin que se supedite la misma a que el penado asuma un credo, colaborando activamente con la administración de justicia, sino conformarse con que no vuelva a colaborar activamente con la organización criminal⁽⁹⁷⁾. Escudarse en las dificultades que presenta el tratamiento de determinados delincuentes, para así, renunciar a ella, no es una solución respetuosa con los derechos humanos de las personas que –transitoriamente– se encuentran privadas de libertad.

Una vez que el ordenamiento jurídico deje de impedir que la pena privativa de libertad ofrezca a los internos un proceso de reinserción social, no será necesario suplir dichas finalidades incorporando al ordenamiento otras penas –o medidas de inocuización disfrazadas bajo la etiquetas de “penas” o de “medidas de seguridad”– de cumplimiento sucesivo a aquella. Por su duración –hasta 20 años– y por la duración de los delitos a los que se hace referencia –que en los casos del art. 57 bis, habrán visto acumuladas sus penas por el régimen previsto en los artículos 76 y 78–, la pena de libertad vigilada prevista en el Anteproyecto de reforma del Código Penal del 14 de noviembre de 2008 supone un paso más en la inclusión de la cadena perpetua efectiva en el ordenamiento jurídico español para sujetos que en su mayor parte, saldrán de prisión después de haber estado privados de libertad muchos años, cumplidos, como regla general, en primer y segundo grado de tratamiento penitenciario, dadas las dificultades legales existentes para que accedan de forma individualizada a formas de vida penitenciarias menos prisonizadoras.

Normalizado así el debate, se estará en condiciones científicas de plantearse el nacimiento de esta nueva pena. Ahora bien, son otra clase de problemas, como el hacinamiento en las prisiones, la escasez de programas de tratamiento, la frecuencia con la que el legislador recurre a la pena de prisión, la imposibilidad en muchos casos de ponerlos en práctica en el caso de condenados a penas privativas de libertad de corta duración, el rechazo connatural del privado de libertad a la prisión, los índices de reincidencia, la estigmatización social

(96) BARBERO SANTOS, M. “La pena de muerte, problema actual”. En: *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, p. 170.

(97) ACALE SÁNCHEZ, M. “Del Código Penal de la democracia al Código Penal de la seguridad”. Ob. cit., p. 1.216.

de quien pasa por la prisión, la constatación del dato de que la imposición de penas de distinta naturaleza a la prisión no conllevan los efectos secundarios de aquella, lo costoso de su ejecución, el cada vez más frecuente número de condenados a penas privativas de libertad de larga duración, etc., los que –en sentido estricto– hacen al día de hoy necesario buscar alternativas político criminales a la prisión, en la línea de convertirla en el último recurso⁽⁹⁸⁾, frente a la utilización expansionista que caracteriza al Derecho Penal español vigente.

En este sentido, como es sabido, el Derecho Penal está regido por una serie de principios de naturaleza constitucional de los cuales no puede sus- traerse ninguna alternativa de *lege ferenda*. Entre ellos, los principios de úl- tima ratio, proporcionalidad, culpabilidad, non bis in ídem y humanidad de la pena⁽⁹⁹⁾, esencialmente, deben estar presentes en el Derecho penal ordina- rio, que tiene derecho a salir de las tinieblas en que se encuentra por la de- cisión de unos legisladores más preocupados con ganar votos, que en hacer política criminal.

Y en esta línea, todo apunta a que dicha pena tendrá mucho que dar de sí dentro de nuestro ordenamiento jurídico⁽¹⁰⁰⁾ para hacer frente a la delin- cuencia menor, como alternativa a las penas cortas privativas de libertad. En- tre otras cuestiones porque supone tener vigilado al condenado más [allá] de un espacio físico, involucrándolo y responsabilizando personalmente aún más de su destino. Por lo tanto, como pena en sí misma considerada ha de ser bien recibida porque se convertirá en una verdadera alternativa a la sa- turación de las prisiones, teniendo en consideración –por otro lado– el ca- rácter aflictivo de la misma para quien la sufra, pues conlleva “la sensación de libertad coagulada”⁽¹⁰¹⁾. Si se observa, se trata de una pena similar a la ac-

(98) CID MOLINÉ J. y LARRAURI PIJOÁN, E. “Introducción”, en los mismos (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 12.

(99) TIEDEMANN, K. “Constitución y Derecho penal”. Ob. cit., p. 146 y ss.

(100) Véanse las opiniones que se recogen en <www.diarioprogresista.es/noticia.asp?ref=11235>; *Diario El País* del 9 de setiembre de 2008 <www.elpais.com/articulo/espana/Expertos/penales/cuestionan>; *Diario El País*, del 10 de setiembre de 2008 <www.elpais.com/articulo/espana/terrorista/seran/vigilados>. A favor de su introducción se manifestó la Comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves de la *Generalitat de Catalunya*: “La Comisión propone la reforma del Código Penal en el sentido de añadir la vigilancia de conducta entre las medidas que puede acordar el juez o tribunal a la hora de dictar sentencia condenatoria. La vigilancia de conducta o libertad vigilada, dada su naturaleza material más próxima a las medidas de seguridad, podría ser, en su caso, adoptada bajo la fórmula de las penas accesorias, ya existente en el Código Penal. Dicha medida, que se impondría junto con la pena correspondiente al tipo de delito cometido, debería estar prevista legalmente de forma limitada en una lista determinada de delitos y sometida a límites precisos de duración en función de la gravedad del delito. La concreción de las obligaciones que se impondrían al condenado debería dejarse en manos del órgano judicial competente”.

(101) MAPELLI CAFFARENA, B. “El sistema de penas en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”. En: ARANGÜENA FANELO, C. y SANZ MORÁN, A.J. (coords.). *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*. Ob. cit., p. 106.

tual de la localización permanente regulada en el art. 37 del Código Penal español, en la medida en que el penado en libertad vigilada está localizado permanentemente, si bien no en su domicilio o en un lugar determinado por el juez en la sentencia, sino en cualquier lugar, pues de la capacidad de movimiento, por sí misma, no priva.

Ahora bien, para que esta pena llegue a desempeñar el papel de verdadera alternativa a la pena privativa de libertad es básico que en su ejecución se empleen medios efectivos de control⁽¹⁰²⁾: la única posibilidad de que una persona que ha cometido un delito y ha sido condenada a una pena de libertad vigilada sienta el contenido aflictivo de la pena es precisamente a través del férreo control, control que deberá ser implementado a través de medios humanos y telemáticos, a través de los cuales se asegurará de forma efectiva la ejecución de esta pena, y se la dotará de la suficiente entidad como para ser entendida como tal pena: la falta de control, fue el motivo por el que en 1995 se eliminaron del Código las penas de destierro, confinamiento, extrañamiento y de arresto domiciliario pues sin él, se convierten en penas completamente inútiles. Sin embargo, como se observa en el texto del Anteproyecto del 14 de noviembre de 2008, la utilización de los mismos es una mera posibilidad queda en manos del juez, pero no según su prudente arbitrio, ni por la gravedad de los hechos, ni por el peligro que el delincuente represente, sino según las posibilidades económicas con las que cuente la Administración de justicia.

En la configuración de la todavía *non nata* pena de libertad vigilada ha de tenerse mucho cuidado en lo que a su diseño ejecutivo se refiere, así como a las instancias encargadas de su control. En este sentido, habría que tener en consideración si es o no conveniente encargar del mismo a la policía, o si por ejemplo sería más operativa la creación de un cuerpo de ejecución de penas, más cercano al condenado, con más conocimientos que los de mera técnica policial. El sometimiento a control telemático no debería dejarse al albur del juez sentenciador: este es, en definitiva, el contenido aflictivo de una pena que mantiene en libertad al condenado, pero de forma vigilada. Su puesta en marcha deberá ir acompañada de las correspondientes partidas presupuestarias para sufragar los medios de ejecución penal específicos que se requieren.

La propuesta de *lege ferenda* que aquí se hace sigue los pasos de la realizada por el Grupo de Estudios de Política Criminal, que incluyó la “libertad

(102) Véase: TORRES ROSELL, N. “La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado”. En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. 2008/19, p. 71 y ss; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

vigilada” dentro del catálogo general de penas, entendiendo por tal “la obligación de someterse a supervisión y ayuda por un agente de ejecución de penas, de acuerdo a sus necesidades de reeducación y reinserción. Su duración no podrá exceder de dos años”. La fundamentación que acompañaba a la propuesta era la siguiente: “se trata de una pena que pertenece al elenco de las ‘penas de cumplimiento en comunidad’, de gran arraigo en el ámbito anglosajón en el marco de las *community orders*. Facilita la adaptación flexible de la pena al caso concreto cuando por la menor gravedad del delito y las circunstancias del sujeto aparezca como una restricción suficiente para apoyar su reinserción social. Se considera que esta pena puede ofrecer grandes servicios en el objetivo de la resocialización. Pero la eficacia de estas penas ‘en la comunidad’ viene condicionada por la existencia de programas de ayuda a la inserción social que presten las instituciones locales o próximas al condenado, y requiere la coordinación con dichos programas y su correspondiente estructura organizativa”.

Y todo ello, sin duda alguna se verá consolidado si el penado, tal como propuso el Grupo de Estudios de Política Criminal, es sometido a su vez a “programas de ayuda”⁽¹⁰³⁾, lo que no es más que someterlo a tratamiento, renunciando eso sí a alcanzar a toda costa el objetivo de la reinserción social: esta, se repite, no es más que un derecho del delincuente.

Con ello, como afirman CID/LARRAURI, quizás se esté poniendo de manifiesto que “el logro de efectos de reducción de la prisión mediante las alternativas no es un proceso natural sino más bien un objetivo difícil de conseguir”⁽¹⁰⁴⁾, pero nada impide –por lo menos– intentarlo.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., “Del Código Penal de la democracia, al Código Penal de la seguridad”. En: F. PÉREZ ÁLVAREZ (coord.), *Serta in memoriam Alesandri Baratta*. Ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ÁLVAREZ, J., “Prision et récidive”. En: *Revue de science criminelle et de Droit pénal comparé*. 2008/3.

(103) GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*. Ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga, 2005, p. 43.

(104) CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOÁN, E. “Introducción”. Ob. cit., p. 17.

ÁLVAREZ, J., y GOURMELON, N., “La prise en charge des auteurs d’agressions sexuelles par l’administration pénitentiaire”. En: *Revue de science criminelle et de Droit pénal comparé*. 2007/3.

ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la Reforma de la LO 11/2003, del 29 de setiembre”. *Cuadernos penales José María Lidón*. 2004/1.

BARATTA, A., “Resocialización o control social. Por un concepto de ‘reintegración social’ del condenado”. *No hay Delito*, año I, 1991/3, Buenos Aires, (disponible en formato electrónico en la página: <<http://justiciapenaladolescente4.blogspot.com/2007/06/resocializacin-o-control-social-baratta.html>>).

BARBERO SANTOS, M., “La pena de muerte, problema actual”, en el mismo, *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Política Criminal de la exclusión*. Ed. Comares, Granada, 2007.

CADENA SERRANO, F.A., “Las medidas de la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal del menor”. En: M.A. BOLDOVA PASAMAR (ed.), *El nuevo Derecho Penal juvenil español*. Ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2002.

CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CID MOLINÉ, J., “¿Es la prisión criminógena?”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2007/19.

CID MOLINÉ, J., y LARRAURI PIJOÁN, E., “Introducción”, en los mismos (coords.), *Penas alternativas a la prisión*. Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal*. En: <<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>>.

CRUZ MÁRQUEZ, B., *La medida de internamiento y sus alternativas en el Derecho Penal juvenil*. Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

DEFENSOR DEL PUEBLO. *El primer año de vigencia de la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*. Ed. Defensor del Pueblo, Madrid, 2002.

DONINI, M., “Sicurezza e diritto penale”. En: *Cassazione penale*. 2008/10.

FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Título II.- Las Medidas”. En: DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J., FEIJOO SÁNCHEZ, B. y POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*. Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008.

GARCÍA ALBERO, R., “Artículo 60”. En: G. QUINTERO OLIVARES (dir.) y F. MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, ed. Thomson-Aranzadi, Elcano, 2005.

GARCÍA ALBERO, R., “Ejecución de penas en el Proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (coord.), *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La Política Criminal europea*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA PÉREZ, O., Díez RIPOLLÉS, J.L., PÉREZ JIMÉNEZ F., y GARCÍA RUIZ, S., *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de menores*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “Aspectos procesales”. En: CARBONELL MATEU, J.C., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MENGUAL I LULL, J.B. *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*. Ed. Civitas, Madrid, 1987.

GÓMEZ RIVERO, M.C., “La nueva responsabilidad penal del menor”. En: *Revista penal La Ley*, 2001/9.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo I, Artículos 1-37, Madrid, 1997.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga, 2005.

GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO, F., “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”. En: *Revista penal*. 2006/17.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GUISASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

HAVA GARCÍA, E., y RÍOS CORBACHO, J.M., “Las medidas aplicables a menores en la Ley 5/200”. En: L.R. RUIZ RODRÍGUEZ, y J.I. NAVARRO GUZMÁN, *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

HIRSCH, A. v., “La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos”. En: CID, J. y LARRAURI, E. (coords.). *La delincuencia violenta: ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

JAKOBS, G., “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”. En: *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, <www.indret.com>, febrero de 2009.

LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”. En: ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R. (coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*. Ed. Colex, Madrid, 2001.

LAUBENTHAL, K., “Die Renaissance der Sicherungsverwahrung”. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004/116.

LISZT, F. v., *Tratado de Derecho Penal*. 3ª edic., ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, Tomo III, sin fechar, (traducción Quintiliano Saldaña).

LUQUE REINA, E., “La reincidencia penitenciaria”. En: CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. y GARCÍA ESPAÑA, E. (coords.). *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*. Ed. Comares, Granada, 2007.

MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema de penas en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”. En: ARANGÜENA FANEGO, C. y SANZ MORÁN, A.J. (coords.), *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2008. p. 106.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

MATEO AYALA, E.J., *La medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Su ejecución y control*, ed. Servicio de publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.

MAURACH, R., GÖSSEL, D., y ZIPF, H., *Derecho Penal. Parte general 2*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

MUÑOZ CONDE, F., “Penas y medidas de seguridad”, en el mismo, *Derecho Penal y control social*. Ed. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera, 1985.

ORTIZ VALERO, T., y LADRÓN DE GUEVARA Y GUERRERO, J., *Lecciones de Psiquiatría forense*. Ed. Comares, Granada, 1998.

RICCARDI, G., “La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative”, *L'Indice Penale*, 2007/luglio-dicembre.

ROBLES PLANAS, R., “Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, <www.indret.com>, octubre de 2007.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Síndrome de abstinencia y *actio libera in causa* (Comentario a la STS del 3 de enero de 1988)”. *Poder Judicial*. 1989/13.

SÁNCHEZ ILLERA, I., “Título IV. Capítulo I”. En: VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

SÁNCHEZ YLLERA, I., “Artículo 60”. En: VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. I. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

SANZ MORÁN, A.J., “El tratamiento del delincuente habitual”. En: ARANGÜENA FANEGO, C. y SANZ MORÁN, A.J. *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008.

SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003.

SCHÜNNEMANN, B., “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. *InDret*, *Revista para el análisis del Derecho*, <www.indret.com>, abril 2008.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M., “El retorno de la inocuización”. En: ARROYO ZAPATERO, L. e BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*. Vol. I, eds. Universidad de Castilla La Mancha y de Salamanca, Cuenca, 2001.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *La imputabilidad del consumidor de drogas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

TARAMIT SUMALLA, J.M., Presentación de la mesa “Evaluación de la política criminal en relación con la criminalidad violenta: nuevas necesidades y nuevos instrumentos”, en las Jornadas “La respuesta penal a la violencia: prevención y gestión del riesgo”, organizadas por el Área de Derecho penal de la Universidad de Lleida, Lleida, 10 y 11 de abril de 2008, en prensa.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La culpabilidad*. Ed. Indepac, México, 2002.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*. Ed. Akal, Madrid, 1981.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*. Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980.

TIEDEMANN, K., “Constitución y Derecho Penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1991/33, (traducción Arroyo Zapatero, L.).

TORRES ROSELL, N., “La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho Comparado”. En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. 2008/19.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., TORRES ROSELL, N., y LUQUE REINA, M.E., *Penas alternativas a la prisión y Reincidencia: un Estudio empírico*. Ed. Thomson-Aranzadi, Barcelona, 2006.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del Código Penal”. En: *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*. RECP09-04 (2007).

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2009/1.

Política Criminal y Estado de Derecho en las sociedades contemporáneas^(*)

Prof. Dr. h. c. mult. Luis ARROYO ZAPATERO
(España)

SUMARIO: I. Los derechos humanos del mundo de las ideas al orden jurídico-mundial. II. De los derechos humanos al Derecho Penal Constitucional. III. Un proceso con derechos. IV. El moderno incremento de la criminalidad. V. La aparición de una criminalidad bien moderna. VI. Derecho Penal clásico vs. Derecho Penal “moderno”. VII. Una nueva representación social de la criminalidad. VIII. Victimología. Entre el olvido por los liberales y la última ratio contra el liberalismo. IX. Una opinión pública mundial y la política criminal. X. Armonización internacional del Derecho Penal y nuevas formas de Derecho Comparado.

Se trata en esta contribución de identificar la esencia de lo que es la situación actual del Derecho Penal y de los derechos humanos en el mundo desde la Segunda Guerra Mundial hasta estos primeros años del nuevo siglo a fin de identificar las tareas actuales de Política Criminal y del Derecho Comparado, así como los campos, las fuerzas y los caminos de la armonización penal. El intento es, por lo tanto, excesivo, pero a ello me anima el ejemplo de nuestro homenajeado, quien desde la solidez de su formación inicial en el Derecho procesal y en su compromiso con la *gesamte Strafrechtswissenschaft* no vaciló en los últimos años 60 en intentar abordar lo que habría de ser el hoy conocido como “nuevo” Derecho Penal, que entonces apenas se describió como *Nebenstrafrecht*, y a lo que Klaus Tiedemann aplicó toda la potencia de la energía de la dogmática penal y la apertura de miras de una formación en París que le indujo a pensar que no cabía limitarse a una Ciencia del Derecho Penal de “un solo país”, que es mucho mas que un Derecho Penal Comparado. Una

(*) Versión española de la contribución al Festschrift, puesta al día a 1 de mayo de 2009.

conclusión que hemos disfrutado en el *Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht de Freiburg in Breisgau* varias generaciones de penalistas de la Europa del Mediterráneo y de Hispanoamérica, desde su inmensa generosidad compartida con Inge y todos sus colaboradores. Por ello esta contribución tiene en la cabeza a Europa y muy especialmente también a América Latina.

I. LOS DERECHOS HUMANOS DEL MUNDO DE LAS IDEAS AL ORDEN JURÍDICO-MUNDIAL

Lo fundamental que creo que deja como poso el periodo de tiempo que podemos identificar entre los finales de la Segunda Guerra Mundial y el momento actual, es que desde 1945, lo que fue un reclamo político, incluso un reclamo cultural: como fue la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente francesa en 1789, se ha convertido en un elemento material de la realidad jurídica de los pueblos y de la consciencia jurídica del conjunto de los pueblos del mundo.

Y este cambio sustancial que ha experimentado la idea de los derechos humanos desde hace sesenta años al momento actual, revela el formidable valor de las ideas, o lo que Mireille Delmas Marty podría llamar “el valor y el poder imaginante o creador que tiene el derecho”⁽¹⁾.

¿Cuál ha sido el resultado final de ese proceso que comienza con el ajuste de cuentas con los mayores crímenes contra la humanidad producidos a lo largo de la historia y que representan el mundo del fascismo y del nazismo? En primer lugar creo que el resultado es, particularmente en el espacio cultural de Europa y América del norte y del sur, el que se condensa en la transformación de la vieja declaración de derechos humanos parisina al ser renovada por Naciones Unidas en la Carta de San Francisco en 1945 y reduplicada en la Carta Europea de Derechos Humanos en 1950 y en la Convención Interamericana en 1969, con la singularidad de que en los dos instrumentos últimos citados ambos tienen la pretensión de vigencia directa.

II. DE LOS DERECHOS HUMANOS AL DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL

Esa idea de los derechos humanos, que naturalmente tiene plasmaciones diferentes en las formulaciones jurídicas en el mundo anglosajón y en el mundo latino en el que nos encontramos, da lugar a lo que podemos llamar

(1) Para una aproximación v. DELMAS MARTY, Mireille. “Estudios comparados e internacionalización del Derecho”. En: “*Revista Penal*”. 15, enero 2005, p. 46 y ss., también en Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, <www.cienciaspenales.net, /áreas temáticas/ fundamentos de las ciencias penales/ política criminal>. A fondo *La misma, Les forces imaginantes du droit* (2003), *Le Relatif et l’Universel*, Seuil 2004, y II *Le pluralismo ordonné*, Paris, Seuil 2005.

un Derecho Penal del Estado de derecho, incluso del Estado social, porque esa idea del Derecho Penal que se establece a partir de 1945 tiene elementos del Estado de derecho, en el fundamento y límites de la responsabilidad, en el de los principios, pero también de lo moderno, de lo social, de la lucha por la igualdad material, que se plasma de manera fundamental, sobre todo en los fines de la pena y en la resocialización, aunque también en la incorporación de nuevos bienes jurídicos. Naturalmente la vida cotidiana está llena de excepciones a lo que digo, pero todas son claramente excepciones que confirman la regla y cada vez que un pueblo mejora, cada vez que un país avanza, se reconstituye lo que les estoy enunciando: un Derecho Penal garantista, un derecho penal de los bienes jurídicos.

En los países dotados de constituciones, sea por nuevas constituciones en la transición democrática de la Europa mediterránea a fines de los 70, sea por efecto de las transformaciones políticas de la Europa del Este en los 90, sea como en el caso de América Latina por la renovación de las constituciones desde Río Grande a la Patagonia, también en la misma década, puede hablarse propiamente de un Derecho Penal constitucional⁽²⁾. Son años en los que en las constituciones integran –a veces a golpe de martillo– el valor universal, pero valor jurídico directo, de las declaraciones de derechos humanos. Y digo a golpe de martillo porque en ocasiones han sido los propios constituyentes o legisladores de los países, como por ejemplo Colombia y México, pero a veces tienen que ser los magistrados de las cortes supremas –cuando existen– que utilizan el martillo y declaran que los derechos fundamentales están por encima en términos jurídicos de cualquier ley, aunque se llame de punto final⁽³⁾.

Esta es la hermosa realidad del presente de lo que fue un reclamo precipitado de los revolucionarios franceses en el atractivo París de la revolución francesa⁽⁴⁾.

III. UN PROCESO CON DERECHOS

También pertenece a lo consolidado en este tiempo la idea de que la justicia penal tiene que realizarse a través de lo que se llama el proceso debido (*due process*)⁽⁵⁾. Pienso que es la gran contribución de los Estados Unidos de

(2) V. mi texto *Cultura, Constitución y Derecho Penal*, en Sergio García Ramírez, coordinador. *Memoria del Congreso Internacional de cultura y sistemas jurídicos comparados*. I, *Derecho Penal*. Ed. UNAM, México 2005, p. 3 y ss.

(3) Así la s. de la Corte Suprema de Argentina del 14 de junio de 2005, por la que se declara la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y de obediencia debida.

(4) Es de celebrar la versión en español de la monumental obra de MARGERIT, Robert. *La révolution*. 4 vols., Phebus, Paris 1989, ed española: *La Revolución*, en cuatro tomos, por Edhasa, Barcelona 2005.

(5) Vide. GOLLWITZER, W. *Menschenrechte und Strafverfahren*. MRK und IPBPR Kommentar, De Gruyter, Berlin 2005, con referencias en p. 277 y ss.

América al progreso de los derechos humanos en su elaboración teórica. El debido proceso y una mutación en la idea de la política criminal, que por resumirlo en términos germánicos podríamos decir que si la política criminal moderna se originó en los textos de von Liszt, se madura en la concepción de Derecho Penal y Política Criminal de Roxin, pero que también puedo formularlo desde lo que a mí me corresponde: en los postulados de la moderna Defensa Social, especialmente tras la *Addenda* de 1983.

A veces se piensa que hemos llegado en algunos países a una cierta orgía garantista cuando se ve como y en que condiciones los tribunales, aplicando la doctrina constitucional de las pruebas prohibidas, optan por la libertad incluso en casos de culpabilidad manifiesta. Pero tiene razón Zaffaroni cuando dice que en realidad el Estado, por bueno que parezca, siempre es Estado y tiende al exceso y que todo esfuerzo por que se encapsule ese poder del Estado es justo y necesario. A mí esta idea en su momento⁽⁶⁾ me pudo parecer excesiva, pero dejó de parecérmele cuando el instrumento de la política criminal más respetado del mundo, que se le llama Scotland Yard, disparó a matar sobre un joven brasileño, que solo quería tomar a tiempo el Metro. Y es que desde el punto de vista de los derechos humanos no se puede uno fiar ni del Scotland Yard.

Tras el 11 de setiembre se ha producido un retroceso impresionante de los derechos de los ciudadanos, especialmente respecto de la persecución penal y policial: Secuestros en traslados ilegales a Guantánamo y otros lugares por conocer, ejecuciones extrajudiciales, entregas o extradiciones ilegales, vulneración del derecho internacional humanitario, consagración de la tortura como método de averiguación de la verdad y como prueba penal, etc. Aunque sin esperar cambios en los Estados Unidos los Tribunales de distintos países han reaccionado y se han visto obligados a declarar de nuevo que no pueden ser admitidas como prueba en un proceso penal las declaraciones obtenidas bajo tortura en otro país. La Cámara de los Lores tuvo que declarar prohibido el uso en juicio de pruebas obtenidas en otro país mediante la tortura⁽⁷⁾,

(6) Era el de su doctorado *honoris causa* en Toledo, que se producía en el antiguo convento de San Pedro Mártir, en su tiempo cuartel general de los Dominicos y sede del **disco duro** de la Inquisición y hoy Paraninfo de la Universidad de Castilla La Mancha en Toledo. Publicado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004.

(7) Resolución de la Cámara de los Lores de Gr. Br. del 8 de diciembre de 2005, *El País* del 9, en UKHL 71 (2005). En el mismo sentido el TS de España, ponente. Joaquín Giménez: S. 20/07/2006, F. de D. 6: toda diligencia o actuación practicada en ese escenario –Guantánamo–, debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente.

Sobre la ejecución preventiva de terroristas del IRA en Gibraltar por fuerzas de seguridad británicas v. COMISIÓN DE DERECHO HUMANOS, NACIONES UNIDAS, E/CN.4/1998/68/Add.1, *Informe del Relator Especial* Bacre Wali Ndiaye.; Sobre las de Israel v. sentencia del Tribunal Supremo de Israel del 14 diciembre 2006.

con o sin rapto previo y traslado del secuestrado de uno a otro país. El asunto es bien conocido. En consecuencia, no nos encontramos ante un exceso del garantismo. En verdad, a la vista de lo que ocurre, todo garantismo es poco. Ahora bien, sin perjuicio de los excesos mencionados de la “guerra contra el terror”, lo cierto es que el mas fuerte movimiento armonizador se está produciendo en la esfera mas sensible para los derechos del acusado en el proceso, como es en el paso agigantado de la sustitución del los restos del proceso inquisitivo por el acusatorio. En verdad en Europa y America Latina el juez de instrucción tan querido por Napoleón está a punto de la plena jubilación⁽⁸⁾.

Lo que sí es bien cierto es que nos encontramos con un incremento de la criminalidad y con una representación social de la misma bien diferente.

IV. EL MODERNO INCREMENTO DE LA CRIMINALIDAD

De igual modo pertenece a la esencia del tiempo contemporáneo el incremento de la criminalidad, al menos para la Consejo Científico Criminológico del Consejo de Europa, es un valor entendido⁽⁹⁾. Hay un incremento de la criminalidad equivalente al incremento del producto interior bruto en todos los países. Se ve en la experiencia española del paso de la dictadura a la democracia que la criminalidad se multiplicó por tres. Decían los enemigos de la democracia que era el fruto de la misma. Naturalmente que la democracia da libertad a sus enemigos y, por lo tanto también al crimen, pero resultaba que el mismo incremento se había producido en el resto de Europa, que había tenido el privilegio de no pasar ese trance, en esos mismos años⁽¹⁰⁾. La debilidad o miseria de la estadística criminal de todos los países nos impide hacer un juicio sereno, pero en países del mismo espacio geográfico nos encontramos con esa circunstancia como constante⁽¹¹⁾.

V. LA APARICIÓN DE UNA CRIMINALIDAD BIEN MODERNA

En verdad, no solamente se ha incrementado la criminalidad, sino que hay una criminalidad de nuevo tipo. La podemos llamar criminalidad “moderna” por distinguirla de la tradicional: del robo, del hurto, de las lesiones,

(8) Una visión sobre la mayoría de países de America Latina vid. en *Jornadas iberoamericanas de oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*. Inacipe, Mexico2ª ed. 2008.

(9) HENRI BOLLE, V Pierre. *Dimensions, formes et évolution de la criminalité en Europe et principaux problèmes de sa prévention*, en *Melanges en l'honneur de François Knoepfler*, HELBING & LICHTENHAHN. Basilea 2005, p. 469 y ss.; SHAW/VANDIJK/RHOMBERG. “Tendencias de la delincuencia y la justicia en el mundo”. En: *Foro sobre el delito y la sociedad*. 3, dic. Naciones Unidas, 2003, p. 37 y ss.

(10) Ver, p. ej., el caso de Alemania en *Zweiter periodischer Sicherheitsbericht*, Kurfassung, Berlin 2006, p. 9.

(11) ARROYO ZAPATERO, Luis. *Criminality and urban context in Spain*. In Jay Albanese, *Current issues in international crime prevention and criminal justice*, ISPAC, Bangkok U.N. 11th. Congress on Crime Prevention, CNPDS Milan 2004, p. 193 y ss.

de las violaciones, de los homicidios y de los asesinatos. En lo nuevo está el terrorismo actual, que nada tiene que ver el terrorismo clásico del anarquista casi aislado, con el de la organización terrorista ETA, la banda Baader Meinhof o las Brigadas Rojas o con la postmoderna, incluso en las formas organizativas, organización terrorista red Al Queda, en su forma de red conectada a la de las comunicaciones y deslocalizada a lo ancho del Mundo y con el novísimo elemento del terrorista “suicida” para lo que no hay sistema preventivo que sea suficientemente eficaz, pues todo el sistema policial y penal está programado contra un delincuente que no quiere ser detenido y menos ser llevado al otro mundo.

Está en lo nuevo está también el tráfico de drogas, patrocinado hoy por un demanda creciente de consumidores y por la cada vez mayor facilidad para su transporte, así como por la aparición de drogas sintéticas o de diseño, que pueden ser fácilmente producidas en el propio país de destino. No son de menor relevancia los conflicto y jaques a los Estados a que somete el crimen organizado de la droga en algunos países. Colombia es bien conocido y con tradición ya compleja, lo moderno es México, en donde se requiere una política general de intervención directa de la fuerza militar. A su vez se presenta el fenómeno de los “narcoestados”, alternativa facil para los Estados “fallidos”, sobre todo de África.

Otro fenómeno nuevo en sus dimensiones cuantitativas es el del tráfico de seres humanos. Naturalmente que no se puede olvidar que existió la esclavitud y el tráfico de esclavos, pero es que entonces no eran considerados seres humanos por la comunidad internacional. Curiosamente, el primer reproche penal se dirigió en exclusiva a la trata de “blancas”⁽¹²⁾. Al margen de las causas y condiciones de las migraciones internacionales, tanto en Río Grande como en el estrecho de Gibraltar, conocemos bien la presencia de materia criminal en el tráfico de personas, tanto de trabajadores migrantes, como de mujeres para la explotación sexual⁽¹³⁾.

Todas estas formas de criminalidad pertenecen al género nuevo del crimen organizado⁽¹⁴⁾. Naturalmente que no se trata de que los delincuentes

(12) Vide: NADJA CAPUS. *La répression de la traite des êtres humains au tournant du XIXème siècle: une illustration de la polyphonie des efforts d'harmonisation pénale*, y ARROYO ZAPATERO, Luis. *De la lutte contre l'esclavage et la traite des blanches à la proscription du trafic d'êtres humains*, ambos en DELMAS MARTY, M., PIEHT, Mark y SIEBER, U. *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law, Société de Législation Comparée*. Paris 2008, p. 81 y ss y 105 y ss, respectivamente.

(13) V. mi trabajo *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*, en Libro Homenaje a M. Barbero Santos, II, Edit. Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, Cuenca 2001, p. 25 y ss. V. en Portal iberoamericano de ciencias penales <www.cienciaspenales.net> ruta: áreas temáticas/problemas actuales/ inmigración y Derecho Penal.

(14) Vide: MENDOZA, Emma. *Delincuencia global*, con prefacios de ZAFFARONI, R. y CARRANZA, E., MEL V, Córdoba (Argentina) 2005. Una información contrastada e impresionante puede verse

hayan descubierto ahora que es mejor organizarse para cometer crímenes. En la legislación española se tuvo la circunstancia agravante tradicional de actuar en “cuadrilla”, y la de banda armada. Pero el crimen organizado de hoy es el producto de la suma y combinación de diversos elementos, teñidos todos por una aplicación de un exceso de inteligencia y de la extraordinaria capacidad de organización que dan todos los medios contemporáneos, tanto de movilidad y de comunicaciones, como la capacidad de daño que el crimen organizado tiene, tanto se trate de operaciones económicas, como de tráfico de sustancias ilegales o de armas. A su vez la esa capacidad de daño que en la actualidad resulta disponible dota al crimen organizado de posibilidades inéditas hasta hoy. Ejemplo de ello es tanto la operativa del secuestro de aviones para lanzarlos sobre los edificios de Nueva York, como la de que con dos modestos componentes a disposición en todo laboratorio universitario y con unos pocos teléfonos celulares se puede provocar una masacre en la estación de trenes de Madrid. Aunque sin duda en este punto lo más radicalmente novedoso es la ya mencionada aparición de los terroristas suicidas.

Pero el crimen organizado de hoy es el producto de la suma y combinación de diversos elementos, teñidos todos por una aplicación de un exceso de inteligencia y de la extraordinaria capacidad de organización que dan todos los medios contemporáneos, tanto de movilidad y de comunicaciones, como la capacidad de daño que el crimen organizado tiene, tanto se trate de operaciones económicas, como de tráfico de sustancias ilegales o de armas. A su vez la capacidad de daño que en la actualidad resulta disponible dota al crimen organizado de posibilidades inéditas hasta hoy. Ejemplo de ello es tanto la operativa del secuestro de aviones para lanzarlos sobre los edificios de Nueva York, como la de que con dos miserables componentes a disposición en todo laboratorio universitario y con unos pocos teléfonos celulares se puede destruir la estación de trenes de Madrid. Aunque sin duda en este punto lo más radicalmente novedoso es la aparición de los terroristas suicidas ya que todo el sistema de prevención policial y penal está programado para la lucha contra delincuentes que procuran a toda costa no ser aprehendidos.

Otro elemento de la moderna criminalidad, distinta de la tradicional, que ya el viejo criminólogo Nicéforo había avanzado con el argumento de que la del futuro sería la criminalidad de la astucia, es todo el llamado derecho penal económico en sentido amplio, desde el núcleo del fraude hasta la corrupción y el delito contra el medio ambiente. Crecimiento económico, globalización, tasas de beneficio, ingeniería financiera, transparencia

en NAÍM, Moisés. *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*. Debate, Barcelona 2006; GLENNY, Misha. *McMafia, el crimen sin fronteras*. Destino, Barcelona 2008; NAPOLEONI, Loretta. *Economía canalla. La nueva realidad del capitalismo*. Paidós, Barcelona 2008.

en el mercado, etc., han producido una nueva criminalidad –que estoy seguro asombraría a Edwin Sutherland– y para luchar contra ella un entero Derecho penal económico⁽¹⁵⁾. Pero cuando apenas comenzaba a asentarse ese Derecho penal económico se impuso la globalización neoconservadora, sin control de los mercados y sin derechos humanos, que ha llevado a una crisis económica y social también global, cuyo estudio hay que dejar para otro día.

VI. DERECHO PENAL CLÁSICO VS. DERECHO PENAL “MODERNO”

Lo último nos permite advertir sobre la consolidación de un Derecho Penal moderno, muy debatido entre los penalistas⁽¹⁶⁾, frente a un Derecho Penal clásico, vinculado a los elementos nucleares o lo que era el núcleo tradicional del Derecho Penal: los delitos contra la vida, los delitos contra los bienes personales. Frente a eso se ha levantado algo, que algunos asombra, a otros asusta y a algunos nos parece que los bienes jurídicos personales y colectivos requieren hoy ese moderno Derecho que tenemos que ser capaces de estudiar y modular.

Otro ámbito que ha experimentado un incremento más que cuantitativo es de los delitos imprudentes. Para empezar los delitos contra la seguridad en la circulación. Desde que hay automóviles hay accidentes, pero los autos nunca han tenido el peso, ni alcanzado la velocidad ni la fuerza de choque y daño resultante de hoy en día. El problema ha dado lugar a un experimento político criminal que merece ser atendido: frente a la incriminación del mero conducir arriesgado y exasperando las penas por la infracción de los reglamentos cuando se producen muertes o lesiones, se ha introducido el llamado carné “por puntos”, de tal manera que la reiteración en infracciones administrativas por conductas arriesgadas indebidas graves puede concluir con la pérdida del permiso de conducir, a lo que sigue la incriminación del que conduce con la licencia retirada, así como la de las conductas arriesgadas mas temerarias, como el exceso descomunal de velocidad y la conducción bajo los efectos de una determinada tasa de alcohol

(15) Consagrado por TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrarechts. Allgemeiner y Besonderer Teil*. Ed. Carl Heymanns Colonia 2004 y 2005, respectivamente.; TIEDEMANN/ ARROYO/ NIETO. *Eurodelitos*, Inacipe, México 2006. Vid. también, GIUDICIELLI-DELAGE, Geneviève (Dir.) *Droit pénal des affaires en Europe*. Puf, Paris 2006. SERRANO-PIEDCASAS, J. R. y DEMETRIO, Eduardo (Dir.) *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Colex, Madrid 2008.

(16) V. con numerosas contribuciones ARROYO ZAPATERO, L., NEUMANN, U. y NIETO, Adán. *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*. Ed. UCLM, Cuenca 2003; AAVV, *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada 2000, hay una version en alemán: NEUMANN, Ulfrid y PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a.M. 2005. Vid también, *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Peter Lang, Frankfurt a.M. 1995, con versión en español: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Ed. Comares, Granada 1999.

o de drogas. Todo ello constituye un ejemplo de Derecho Penal de última ratio, motivador del cumplimiento de las normas básica y de efectos disuasorios y preventivos, que en España ha comportado la reducción de varios miles de víctimas mortales⁽¹⁷⁾. Pues bien, aún cuando desde hace decenios se ha creado la categoría de delitos llamado contra la seguridad colectiva del tráfico, todavía no resulta generalmente comprendido que dicha seguridad es un bien jurídico material y formalmente diferente del de la vida y la integridad corporal. Lo mismo acontece en relación a no pocos delitos “modernos” relativos al manejo de riesgos, desde los delitos contra la seguridad en el trabajo a los relativos al medio ambiente. Esta criminalidad realmente moderna requiere un Derecho Penal también moderno, así como la aceptación de nuevos bienes jurídicos, salvo que se renuncie la tutela de bienes jurídicos fundamentales.

En realidad, todo lo que se llama Derecho Penal moderno no es más que la adaptación del Derecho Penal a las modernas condiciones de vida social del tiempo contemporáneo que requieren nuevas formas y nuevos instrumentos de protección de esas nuevas necesidades sociales. El Derecho Penal moderno, el Derecho Penal económico, el Derecho Penal del riesgo, no es un capricho de los gobiernos que persiguen medidas meramente simbólicas. Creo que es producto de una sólida necesidad material y jurídica que los penalistas debemos de asumir y construir críticamente.

Lo moderno es, en no pocas ocasiones, antiguo. Creo que en los 15 años en que se discutió la reforma penal española que dio lugar al Código de 1995 todos pensamos que mantener el delito de piratería en el mar era una anti-gualla, y así nos han sorprendido los piratas en el Golfo de Aden y en otros muchos lugares sin delito y punición autónoma⁽¹⁸⁾.

VII. UNA NUEVA REPRESENTACIÓN SOCIAL DE LA CRIMINALIDAD

Naturalmente que siempre ha habido un sector de la sociedad muy contrario a lo que proclamó la primera gran penalista española Concepción Arenal⁽¹⁹⁾: **odia el delito y compadece al delincuente**, un sector que siempre ha odiado también al delincuente. Pero, a la vez que se produce el rechazo del crimen, siempre ha habido sectores sociales proclives a comprender que buena parte de la criminalidad se origina en la pobreza. Y esto lo dice

(17) VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal de la circulación*. Bosch, Barcelona 2008.

(18) JIMÉNEZ PIERNAS, V. Carlos. *Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el Derecho internacional*. Informe ARI del Real Instituto Elcano, 23/12/2008, v. en <www.elcano.org>.

(19) ARENAL, Concepción. *Estudios penitenciarios*. 2 vols, SUÁREZ, Victoriano. Madrid 1895. disponible sus obras completas en <www.cervantesvirtual.net>.

maravillosamente bien Cervantes en *El Casamiento Engañoso*: “la pobreza –dice Cervantes– atropella a la honra, lo que a unos lleva a la horca y a otros al hospital”. Y esto es cierto, siempre en el pensamiento crítico del mundo latino –al menos– hemos tenido esa comprensión sobre el origen social de buena parte de la criminalidad.

En la transición española no se explica de otra manera que la primera ley aprobada por unanimidad, después de la Constitución, es la Ley general penitenciaria; que sigue siendo la ley más progresista de Europa y sin que hechos terribles como los de la acción terrorista sistemática durante años y otros graves crímenes hayan llevado a retrocesos en el sistema de beneficios penitenciarios, al menos en el sistema general, y con excepción del terrorismo, como ha ocurrido con países que tuvieron ese mismo régimen, como es el caso de Italia.

Hoy casi nadie piensa como Cervantes en los países avanzados, y se produce en esas sociedades de la abundancia un rechazo radical de la criminalidad y del delincuente. La resocialización aparece como un esfuerzo innecesario para la mayoría de los delincuentes y respecto de un sector no muy numeroso pero muy activo, absolutamente innecesario. En las mismas sociedades que han sido partidarias de reconocer los orígenes sociales de delincuencia revive la idea de la inocuización, si no en general, por lo menos ante los delitos sexuales y ante los delitos violentos en general⁽²⁰⁾. Y el gran reto de los países desde el punto de vista de una política criminal humanista como proclama la *Société Internationale de Défense Sociale*, está precisamente, más en el régimen penitenciario que en el Código Penal. En el desarrollo o persistencia de los beneficios penitenciarios y en el establecimiento de condiciones en la privación de libertad que al menos no hagan imposible la resocialización.

En el ámbito de las penas se han producido en este más de medio siglo notables avances, aunque a veces los retrocesos aislados nos nublen la vista. El más relevante avance civilizatorio es el retroceso de la pena capital⁽²¹⁾. En Europa el más determinante instrumento ha sido el Protocolo número 6

(20) SILVA SÁNCHEZ, V. J. M. “El retorno de la inocuización”. En: *Libro Homenaje a Marino Babero Santos*. I. Publicación de UCLM-USAL, Cuenca 2001, p. 699 y ss.

(21) Por efecto de los protocolos de Naciones Unidas y de la Unión Europea vid Stefano MANACORDA. *L'abolition de la peine capitale en Europe: le cercle vertueux de la politique criminelle et les risques de rupture*, en *Revue de Sciences Criminelles et droit pénal comparé*, 2008, p. 563 et ss.; Vid. Declaración de la SidS para la moratoria internacional de su aplicación en *Cahiers de Défense sociale*, 2007-2008, p. 51. Ha sido abolida abolida en México en 2006; v sobre uno de los procesos que cercan a los partidarios de la muerte: TRINIDAD NÚÑEZ, P. *La prohibición de la pena capital a los menores de 18 años en el Derecho internacional: Un paso hacia la abolición universal?* en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Sevilla, nº 19-20, 2001-2002, p. 219 y ss.; COHEN-JONATHAN, G./SCHABAS, W. *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*. Ed. Panthéon-Assas, París 2003.

a la Convención europea de derechos del hombre del año 1983, con entrada en vigor en 1985, así como el Protocolo 13 de 2002 respecto a la abolición para tiempos de guerra y la *non nata* Constitución europea, que ha producido efectos incluso antes de ser sustituida por el Tratado de Lisboa en debates europeos recientes como los habidos en Polonia, en la que en la anterior legislatura se ha pretendido reinstaurar y en relación a Turquía, que demanda su ingreso en la Unión sin derogarla. En la esfera propiamente internacional debe mencionarse la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre de 2007 instando una moratoria a la aplicación de la pena capital. La abolición es un factor de civilización. Y así se puede advertir cuando el TS de los Estados Unidos suprime la aplicación de la pena de muerte a menores o cuando China anuncia en 2008 que sustituirá el fusilamiento por la inyección letal. Creo efectivamente que la pena capital está de retirada y constituye un gran avance moral de las sociedades contemporáneas.

En esa nueva representación de la criminalidad, con consecuencias para las penas, cuenta la entrada en escena de la víctima, que ha comenzado abriéndose paso fustigando a los liberales: ¡desde 1789 os habéis olvidado de las víctimas! A partir de ahí, se ha desarrollado un argumento en corren riesgos principios fundamentas levantados costosamente contra la Ley del Talión, ejercida directamente por la *sippe* o por interposición del Estado⁽²²⁾.

VIII. VICTIMOLOGÍA. ENTRE EL OLVIDO POR LOS LIBERALES Y LA ÚLTIMA RATIO CONTRA EL LIBERALISMO

Debemos ser conscientes de que, ante todo, el Derecho Penal liberal no ha olvidado a las víctimas. El derecho penal liberal es precisamente la superación de la venganza privada, que estaba administrada por el rey en nombre de las víctimas y con olvido por completo del delincuente. Esto no fue casual, fue una gran conquista intelectual y política de la humanidad. No hay más que ver las condiciones sociales y culturales de los países en los que la víctima tiene un papel hegemónico. Pero el problema radica en que efectivamente sí ha habido aspectos relativos a la víctima que las legislaciones han olvidado. Y no ha sido sino hasta tiempo reciente cuando se ha instrumentado en algunos países la indemnización de las víctimas de los delitos violentos o de determinadas víctimas, como, por ejemplo, las víctimas del terrorismo. Muy destacable es en este punto la Decisión Marco de la Unión Europea

(22) RODRÍGUEZ MANZANERA, V. Luis. *Victimología*. (8ª) Porrúa, México 2003; TAMARIT SUMALLA, J. M. *Estudios de Victimología*. Tirant lo Blanc, Valencia 2005. Un reciente y completo estudio de Derecho Comparado y conclusiones puede verse en GIUDICIELLI-DELAGE, Geneviève y LAZERGES, Christine. *La victime sur la scène pénale en Europe*. Puf, París 2008.

sobre el estatuto de la víctima en el Derecho Penal de 2001 y la Directiva de 2004 sobre indemnización a víctimas de delitos violentos.

Hay que ajustar a la protección de las víctimas todo el Derecho Penal, pero las víctimas no se pueden apoderar del Derecho Penal. Vivimos en un “tiempo de las víctimas”⁽²³⁾ y no es que esta compulsión social y política en favor de la víctima sea un capricho antiliberal del momento, sino que es fruto de algo que cualquier experto en teoría de la comunicación audiovisual explicaría bien: La televisión –sobre todo cuando ha perdido los pudores– coloca en la mesa familiar del almuerzo o de la cena las víctimas desgarradas en sus carnes por el efecto de una bomba. Y esa presentación en vivo y en directo del horror ha generado una tensión social de rechazo de la criminalidad, de solidaridad ciega con las víctimas, una exigencia al Estado de tutela total, y, a su vez, una ausencia total de recelo frente al Estado.

Esos efectos de los medios y modos de comunicación modernos son elementos de la realidad que los penalistas debemos tener en cuenta para hacer frente a los reclamos de la inocuización, para hacer frente a políticas criminales de telediarismo, de derecho penal puramente simbólico, y también para evitar el recurso atolondrado a medios taumatúrgicos modernos. Así, por ejemplo, con el “descubrimiento” de las nuevas tecnologías, y la pretensión de disponer el uso de pulseras de control telemático a miles de personas condenadas, cuando todos los pocos especialistas en el asunto saben hoy ya que esos medios de control solamente se pueden aplicar con éxito sobre aquellos que están dispuestos a someterse voluntariamente al control⁽²⁴⁾.

Todo expuesto forma parte de nuestro mundo moderno. El Estado tiene que garantizar a la sociedad, sacudida por el impacto de los medios, que hace algo. Lo que hay que procurar es que haga las menores barbaridades posibles y los penalistas hemos de comunicar a la sociedad que el Estado lo hace y lo hace con los costos sociales menos elevados. Pero en todo caso, lo que no nos podemos permitir los penalistas ni la Sociedad es que haya en las normas penales espacios en los que la víctima no esté protegida, debiendo estarlo.

(23) ELIACHEFF, V. Caroline y SOULEZ LARIVIÈRE, Daniel. *Le temps des victims*. Ed. Albin Michel, París 2007. BARBERO, Marino y DIEGO, Rosario (coord.). *Medios de comunicación y proceso penal*. Société Internationale de Défense Sociale, Univ. De Salamanca, 2000; Jacques Francillon, *Medias et Droit pénal. Bilan et perspectives*, en *Rev.sc.cim* (1) 2000. p. 59 y ss.

(24) V. un informe con referencias LEVI, René. “Le placement sur surveillance: Bilan de la phase de expérimentation”. En: “Question pénales” 2003, junio, ruta en <www.cesdip.org/publication/questions_penales>; JAPIASSÚ, C. E. A. “A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica”. En: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. 2007.

IX. UNA OPINIÓN PÚBLICA MUNDIAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL

En realidad todo lo que se enuncia como novedades del Derecho Penal no es más que una parte del cambio del paisaje global de nuestro mundo cultural que tiene aspectos jurídicos, como los que se han mencionado, así como políticos y económicos. Los económicos son los más determinantes, pero los criminales también. De todo este cambio de paisaje, hay algo que se debe destacar en esta aproximación a los elementos más sobresalientes de lo nuevo pero consolidado de este cambio de paisaje. Lo primero es que se puede afirmar que hoy existe claramente una opinión pública mundial; que existe una cierta sensación de ciudadanía de mundo; que esa idea de las cosas del mundo estaba limitada, hasta hace muy poco tiempo a los dirigentes de los países.

Así lo hemos podido percibir en varios casos penales por excelencia: el caso del genocidio en Yugoslavia, el caso Pinochet⁽²⁵⁾, y, especialmente, el caso de la guerra de Irak o, mejor, el caso de las tres consecuencias básicas que aquí interesan de la guerra de Irak: concepto de guerra de agresión, Guantánamo⁽²⁶⁾, cárceles secretas y tortura. Hay una opinión pública mundial fundada en los medios de comunicación tradicionales, que hacen incluso páginas completas en ambos lados del océano el mismo día y en el mismo momento, las televisiones que emiten en directo desde cualquier punto del mundo y hacia cualquier lugar, a lo que se une y reduplica la comunicación ya visual de comunicación de internet. Esto es lo que ha hecho posible la generación de una opinión pública mundial. A la opinión pública mundial pertenece la idea de que se ha acabado la impunidad para los dictadores. Lo proclamó con claridad y con alcance, que sin duda superaría la visión de sus jueces, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso “Barrios Altos” vs. Perú, el 14 de 2001⁽²⁷⁾. Lo ha consagrado la condena del ex Presidente Fujimori por la Corte Suprema del Perú el 7 de abril de 2009.

Pertenece pues a la idea de la opinión pública contemporánea, por lo tanto, además de esa exclusión general de la impunidad, la invalidez de las leyes de “punto final”, las autoamnistías. Incluso asuntos tan complejos como internos, como puede ser el caso alemán de los soldados que disparaban a los que huían saltando el muro y de sus gobernantes. Ni esos pueden estar seguros –mucho menos los que los mandan– de que tengan garantizada la

(25) ROHT-ARRIAZA, N. *The Pinochet effect*. Univ. Pennsylvania Press, Philadelphia 2004.

(26) AMAN, Diane Marie. *Abu Ghraib*, U. Pa. *Law Review*. Bd.153 (2004-2005), S. 2085 ff.

(27) *La Corte interamericana de Derechos Humanos - Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 2005, especialmente: SAAVEDRA, Pablo. *La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias*. p. 385 ss.

impunidad. No dejará de tener consecuencias en este orden el debate sobre el tratamiento jurídico de la “guerra contra el terrorismo” después de Bush, ni de algunas formas criminales de realización de la guerra en Oriente Medio, como los hechos de Gaza de finales de 2008. Resulta muy significativo que el primer Decreto del Presidente Obama haya sido el destinado al cierre de Guantánamo y a la supresión de la tortura⁽²⁸⁾.

La presente crisis financiera internacional se encuentra todavía en una fase crítica, pero cuando se avance en sus soluciones es muy probable que lo que eran ideas y políticas criminales de vigencia territorial y cultural limitadas casi al mundo anglosajón se conviertan en postulados universales, como, por ejemplo, el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo cierto es ya que buena parte de lo que llamamos Derecho Penal económico europeo es producto de la americanización de las instituciones y normativas de gobierno de la economía europea, normativa propia de la economía norteamericana de antes del ascenso –y caída– de los neocons y del sistema financiero internacional⁽²⁹⁾.

X. ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO PENAL Y NUEVAS FORMAS DE DERECHO COMPARADO

En definitiva, estamos ante una gran oportunidad para la consolidación de la conciencia internacional de la antijuridicidad respecto de los crímenes más graves. Y además se debe destacar que nos encontramos en un impresionante proceso de armonización internacional de las conductas punibles, de los protocolos de investigación judicial y penal así como del desarrollo de la cooperación judicial y muy especialmente de la extradición⁽³⁰⁾.

Está pues justificada la atención cada vez más intensa a los problemas de la jurisdicción penal universal y a la Corte penal internacional, así como a los Tribunales ad hoc. Son, en efecto, a pesar de las dificultades técnicas y políticas las grandes instituciones políticas de este principio de siglo y la más relevante manifestación de una globalización económica⁽³¹⁾ con derechos humanos.

(28) Ver, con referencias, DANNER, Mark. “The Red Cross Torture Report : what it means”. En: *The new York Review of Books*. 56, nº 7, abril 2009.

(29) Vide: NIETO, Adan. “Americanisation or europeisation of corporate crime?”. En: DELMAS MARTY, M., PIEHT, Mark y SIEBER, U. *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*. Société de Législation Comparée, Paris 2008

(30) Ver ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO, Adan. *La orden de detención y entrega europea*. Ed. UCLM, Cuenca 2006.

(31) HENZELIN, Marc y ROTH, Robert. *Le droit pénal a l'épreuve de l'internationalisation*. Bruylant, Bruselas 2002; DAVID, Perdo. *Globalizzazione, prevenzioni del delitto e giustizia penales*. Giuffrè, Milan, 2001; HÖFFEE, Otfried. *Demokratie im zeitalter der Globalisierung*. BECK, Munich, 2ª ed., 2002 (1ª de 1999).

Pero además de la armonización de reglas e instituciones penales que comportan el principio de la justicia universal y de la Corte Penal Internacional la globalización económica comporta factores de armonización de gran potencia. Es muy significativo lo que acontece en la Unión Europea, en donde se terminará más pronto que tarde constituyendo un verdadero espacio penal común, con normas penales materiales y procesales comunes y con un control judicial europeo común⁽³²⁾. Resulta muy conveniente atender a la evolución reciente de la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo –como bien a estudiado George Antoniu–⁽³³⁾ y de Luxemburgo y sus efectos para el refinamiento y europeización del Derecho Penal de una Europa que más allá de la propia UE alcanza hoy de Lisboa a Vladivostok. El principio de confianza mutua es sin duda el más relevante para la construcción de ese espacio de Libertad y Seguridad en la Unión Europea y su fruto más importante es el de la Euroorden. Solo gracias a esta se ha logrado, por ejemplo, acabar con la impunidad de centenares de mafiosos condenados en Italia y refugiados en la Costa del Sol de España.

Por otra parte otros organismos internacionales proporcionan reclamos de armonización que se cumplen de modo inexorable y con novedosa agilidad. Se trata en primer lugar de los Tratados que produce Naciones Unidas, muy especialmente los más recientes, como los convenios contra el crimen organizado transnacional, contra la corrupción, el tráfico de personas, el lavado de dinero, etc., pero también otras organizaciones internacionales como la Organización para el desarrollo y la cooperación económica (OCDE), la Organización Mundial del Comercio (OMC) con sus convenios contra la corrupción o contra la Cibercriminalidad⁽³⁴⁾. Tales movimientos de armonización resultan en no pocos casos sorprendentes a los países sobre los que se proyectan y se reciben con críticas y defensas de la legislación de estilo nacional. A su estudio u sistematización han dedicado recientemente muy cualificados trabajos un numeroso grupo de profesores dirigidos por Mireille

(32) ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*. Colección BARBERO SANTOS, Marino. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2007. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. *La orden de detención y entrega europea*. Colección Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2007. ARROYO ZAPATERO, L. y MORENO CATENA, V. *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad Seguridad y Justicia Penal*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, Geneviève Giudicelli-Delage. *Droit pénal des affaires en Europe*. Themis, París 2006.

(33) ANTONIU, George. *Implications de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur la loi pénale roumaine*. Revue Roumaine des sciences juridiques no.2/19, p. 11. Idem dans SCJ no.1/1992, p.9 y en los vols. 1/1993, p.8; 2/1993, p.17 y 3/1993, p.13.

(34) Vide: SIEBER, Ulrich. *Mastering complexity in the global Cyberspace: The harmonization of of computer-related Criminal law*. En: DELMAS MARTY, M., PIEHT, Mark y SIEBER, U. *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*. Société de Législation Comparée, París 2008.

Delmas-Marty, Ulrich Sieber y Mark Pieth, bajo el título de *Les Chemins de l'Harmonisation*⁽³⁵⁾.

Y para concluir este homenaje pudiera estar indicado reproducir las palabras que en la presentación del Libro Homenaje a Klaus Tiedemann en Friburgo de Brisgovia, el 12 de abril de 2008 pronuncié en nombre de los discípulos y amigos iberoamericanos:

Los libros homenaje son cosa de colegas, de amigos y de discípulos. Los libros homenaje son para los académicos como el crimen para la sociedad: una cosa normal, como dijo David Matza. Pero, ¿qué es lo que hace de académicos singulares que los colegas y los discípulos se conviertan en general en amigos? Este es el extraordinario caso de nuestro homenajeado Klaus Tiedemann. Del largo elenco de autores de las contribuciones al *Festschrift* la mayoría son, además de colegas, amigos y discípulos. Esta circunstancia extraordinaria es propia únicamente de una reducida élite de profesores: los que poseen una extraordinaria fuerza de atracción intelectual y personal y, a la vez, regalan generosamente su magisterio, su cooperación y su hospitalidad académica y personal. Soy un testigo privilegiado de lo que les digo, en especial desde el sector de los participantes iberoamericanos en cuyo nombre –pero sin representación alguna– uso aquí de la palabra.

De las cualidades de Klaus Tiedemann como cultivador de la Ciencia del Derecho Penal, de estudioso del Derecho Penal económico y de su criminología *avant la lettre*, de su capacidad de enfoque interdisciplinar, de sus condiciones para la creatividad ya se ha hablado en este acto y está muy bien expuesto en el Prólogo al Libro Homenaje que firman sus discípulos germánicos. Yo hablaré de su obra para con los extranjeros y para con los mundos del Derecho que compara, en especial del iberoamericano: Bien es cierto que quien comienza sus estudios de postgrado en París tiene ya casi la mitad del cielo ganado y buena parte del éxito asegurado. No en vano se dice en alemán la expresión admirativa: *ivivir como Dios en Francia!* Seguramente por inspiración de Marc Ancel, –el francés más europeo de su tiempo, del mismo modo que su discípula Mireille Delmas-Marty es hoy la penalista más globalizada de nuestro tiempo– aprendió Klaus Tiedemann que estudiar Derecho Penal extranjero requería también estudiar la sociedad y el funcionamiento real del Derecho del país correspondiente.

Esta inmersión en las sociedades cuyo Derecho Penal ha querido estudiar y comparar la ha llevado a cabo a través del estudio, pero también con el disfrute de la vida *sur place* y de la literatura en la lengua original.

(35) DELMAS MARTY, M., PIEHT, Mark y SIEBER, U. *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*. Société de Législation Comparée, París, 2008.

Leer el *Tartuffe* de Molière en francés, es además conocer un buen tipo criminológico de delincuente económico. Leer al Manzoni de la *Storia della Colonna Infame* permite captar el sistema de manipulación del crimen por parte del poder y de acercamiento a los derechos del acusado.

Leer en español a Cervantes, sentir el *Olor de la Guayaba* de García Márquez, fantasear con *Doña Flor y sus Dos Maridos*, de Jorge Amado, son apasionantes experiencias que acercan al penalista al desorden, pero también lo llevan por el camino de la perfección.

El interés, la capacidad de innovación, de hibridación de técnicas y de conceptos, como se muestra en su exitosa fundación del Derecho penal económico moderno, solo se explica por la adscripción literaria de Tiedemann al realismo mágico del autor cubano-parisino de *El Imperio de este Mundo*, Alejo Carpentier, así como por su preferencia por el *in dubio pro* los más alejados de las posiciones económicas de poder, como su admirado autor de *El Gallo Dorado* o *Pedro Páramo*, Juan Rulfo. Para el Derecho Comparado no es ontológico pero si muy funcional y productivo ir desde Friburgo, para reflexionar y leer, a esquiar a las montañas suizas, pero también el remojar el cuerpo en el Mar Mediterráneo, en su casita catalana de Cambrils, o en el paraíso Atlántico de Río de Janeiro o en la corriente fría del “Niño” en la playas del Perú. A nuestro homenajeado le acompaña siempre la curiosidad apasionada por conocer la vida y la cultura de los países en y sobre los que trabaja, lo que hace las delicias y enamora a los respectivos nacionales. Profunda huella ha dejado también en él el Japón, y seguramente habrá que preparar una versión en chino de su *Wirtschaftsstrafrecht*, como la que ahora ponemos a punto en español sus amigos y discípulos iberoamericanos. Decimos en español que detrás de todo gran hombre hay una gran mujer. En el caso de hoy no está la mujer detrás, sino siempre junto a su marido. Su condición de jurista, su sentido del humor, la inteligencia divertida, la simpatía, la hospitalidad de Inge Tiedemann brillan junto a su esposo y forma parte del regalo de amistad que brindan a sus huéspedes. Y concluyo esta salutación expresando para Klaus e Inge Tiedemann la felicitación de los amigos y discípulos iberoamericanos, nuestro agradecimiento y nuestros mejores deseos para el futuro.

Internacionalización del Derecho Penal y de la Política Criminal: Algunas reflexiones sobre la *lucha* jurídico-penal contra el terrorismo^(*)

Prof. Dr. Manuel CANCIO MELIÁ
(España)

SUMARIO: I. Introducción. II. Procesos de internacionalización (“ideológica”). A. Ciencia del Derecho Penal. B. Pragmatismo e ideología (penal). III. Política Criminal de la lucha contra el terrorismo. A. Eficiencia preventiva y demonización. B. Acción y reacción. C. Consecuencias para el Derecho Penal y la ciencia del Derecho Penal.

Klaus Tiedemann ha impulsado y practicado la apertura internacional de la ciencia del Derecho Penal como ningún otro penalista europeo. Este hecho no solo se manifiesta en los temas abordados en muchas de sus obras jurídico-penales, en sus numerosísimas publicaciones en diversos idiomas, países y sistemas jurídicos, así como en sus múltiples relaciones científicas en todo el mundo (entre las cuales destaca especialmente su intensa actividad de acogida y ayuda de generaciones enteras de penalistas de los más diversos orígenes en su instituto en la Universidad de Friburgo), sino también en su persona: su interés por la cultura de distintos países, mucho más allá de su (impresionante) conocimiento de diversos idiomas (debiéndose destacar aquí, claro está, su permanente apertura vital a todo lo español y latinoamericano), lo convierte en un ciudadano y científico del mundo. Tiedemann, por tanto, no es tanto hijo de su tiempo como uno de los que impulsan al tiempo (científico) a avanzar, hacia un mundo jurídico más **común**: partiendo

(*) El texto es una versión ampliada del trabajo “Internationalisierung der Kriminalpolitik: Überlegungen zum strafrechtlichen Kampf gegen den Terrorismus”, publicado en: Ulrich SIEBER *et al.* (ed.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen - Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, editorial Carl Heymanns, Köln etc., 2008, p. 1489 ss.

de sus raíces en la tradición universitaria alemana –tan decisiva para todo el Derecho Penal hecho en español–, es precursor de una apertura hacia perspectivas externas al respectivo ordenamiento nacional que hoy está alcanzando velocidad de cruce. Quizás, por ello, las reflexiones que a continuación se presentan, relativas a la política criminal respecto del terrorismo –un contexto marcado por una vertiente internacional decisiva– puedan resultar adecuadas para ser incluidas en un libro en el que honramos las aportaciones científicas de Klaus Tiedemann.

I. INTRODUCCIÓN

1. Cuando se habla de la “globalización” o de la “internacionalización” del Derecho Penal, parece que está claro cuáles son los puntos de partida básicos que delimitan y configuran la cuestión: por un lado, el Derecho Penal es considerado generalmente la manifestación jurídica por excelencia de la soberanía del Estado. De modo especialmente destacado en la tradición jurídico-política que se suele denominar **européo-continental**, a la idea de codificación (de las normas penales) –a través del contenido político y jurídico-constitucional del principio de legalidad– le corresponde una relevancia que va mucho más allá que su significación estrictamente técnico-legislativa, al servicio de la seguridad jurídica. El Derecho Penal, y determinados elementos de su configuración jurídico-técnica, por tanto, constituyen, en principio, un bloque (especialmente) particularista en un ordenamiento jurídico estatal. Por otro lado, sin embargo –como se subraya en la bibliografía con cada vez mayor insistencia–, la creciente globalización de la economía (y de la sociedad) no puede producirse sin que se genere también una **criminalidad globalizada**, marcando una nueva agenda para el Derecho Penal: “frente a internacionalização do crime, urge responder com a internacionalização da política de combate ao crime”.⁽¹⁾

Este “crimen internacional(izado)”, como es lógico, afecta sobre todo a ámbitos que se encuentran directamente relacionados con la interconexión económica del mundo, es decir, determinados delitos económicos en sentido estricto, ciertos supuestos transnacionales de responsabilidad por el producto o algunas modalidades de daños medioambientales internacionales. Sin embargo, en este contexto adquiere también especial relevancia el desarrollo de una especie de internacional islamista-terrorista en forma de una red que intercambia informaciones y se coordina sobre todo a través de internet

(1) MIRANDA RODRÍGUES y LOPES DA MOTA. *Para uma política criminal europeia. Quadro e instrumentos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. 2002, p. 15; cfr. también, por ejemplo, PRADEL. *Revue Juridique Themis* (= RJT) 35 (2001), p. 241 y ss.; SCHÜNEMANN, GA. 2003, p. 299 y ss.

—se trata de una nueva fase evolutiva del fenómeno que ya ha sido bautizada como el formato “tercer milenio” del terrorismo⁽²⁾— y que parece haberse constituido para las sociedades de Occidente en el arquetipo de una organización criminal internacional moderna, y, con ello, también del **crimen internacional** de hoy. Los principales sectores de esta criminalidad transnacional —y, con ello, las puntas de lanza de la política criminal occidental del momento— están probablemente en determinadas infracciones económicas con implicaciones internacionales, los delitos relacionados con el tráfico de drogas que tienen lugar a escala internacional, diversas formas de daños medioambientales de carácter transnacional, los delitos producidos en el contexto de movimientos migratorios y, como antes se decía, en la cada vez mayor interacción internacional de algunas organizaciones terroristas⁽³⁾.

En todos estos sectores, el elemento colectivo —bajo el rótulo de la **lucha** contra la **criminalidad organizada**— resulta decisivo para la definición de esas nuevas formas de criminalidad: siempre se trata de organizaciones, que tienen una influencia esencial en la representación mediática y en la valoración del potencial de riesgo por parte de los agentes políticos y de la población, ejerciendo también, en correspondencia, un influjo determinante en la concreta configuración de los contenidos de la política criminal práctica en este ámbito⁽⁴⁾.

Sin embargo, esta preeminencia de las organizaciones en la criminalidad internacional no conduce a que esta se identifique siempre, desde la perspectiva de la extracción social de sus autores, con una pertenencia a estratos dirigentes de la sociedad en cuestión. Por el contrario, la calificación de esta criminalidad en este contexto varía de modo muy notable, entre su entendimiento como *crime of the powerful*⁽⁵⁾ o como *crime of the powerless*⁽⁶⁾:

(2) WALKER, *Crim.L.R.* 2004, p. 314.

(3) Vid., por ejemplo, las secciones previstas para el XVIII congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Estambul, 2009): extensión de las formas punibles de preparación y participación en el delito, financiación del terrorismo, medidas especiales en el proceso penal y derechos humanos, jurisdicción universal (vid. <www.penal.org/new/activites.php?langage=fr&Doc_zone=ACTIVITE&ID_doc=23>). Respecto de las amenazas globales o transnacionales cfr. solo PIETH, *ZStW* 109 (1997), p. 756 y ss., p. 761 y ss.; SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 1ª ed., 1999, 2ª ed., 2001, p. 26 y ss.; SCHÜNEMANN, GA. 2003, p. 302 y ss.; PICOTTI. En: *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, 2005, p. 83 y ss., p. 85 y ss.; BRAUM, en: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main (ed.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. 2007, p. 29.

(4) Vid. solo los diversos puntos de partida en los análisis recientes de los delitos de organización hechos en SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. *La criminalidad organizada*. 2005, pássim; HEFENDEHL, *StV* 2005, p. 152 y ss.; CANCIO MELIÁ. En: PAWLIK/ZAZCYK et ál. (ed.). *Festschrift für Günther Jakobs*. 2007, p. 27 y ss.

(5) Cfr. por todos SILVA SÁNCHEZ. *La expansión* 2 (nota 3), p. 83; MIRANDA RODRÍGUES y LOPES DA MOTA. *Para uma Política Criminal europeia* (nota 1), p. 14.

(6) Así, respecto del terrorismo, VOGEL. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (= AFDUAM) 9 (2005), p. 116.

en este sentido, se piensa tanto en amenazadoras “organizaciones de tráfico de personas” como en los paupérrimos patronos de las embarcaciones de madera que –siendo estos en ocasiones evidentemente autores (materiales) y, a la vez, víctimas– protagonizan la inmigración clandestina en las costas del Sur de Europa; en el tráfico de estupefacientes, aparecen en el imaginario público tanto los temidos “cárteles internacionales de drogas” como la presencia en cárceles occidentales de gran número de pequeños contrabandistas (conocidos en español como “mulas”).

Finalmente, en lo que concierne a las repercusiones de esta criminalidad internacional sobre el Derecho Penal positivo, hay que subrayar ya ahora que ni siquiera está claro si el Derecho Penal **globalizado** supone una ordenación positiva más represiva, o, por el contrario, más laxa: al potencial expansivo de la armonización de ordenamientos penales, subrayada con insistencia en la bibliografía⁽⁷⁾, se contrapone con frecuencia la evidente desregulación que comporta la globalización económica, repercutiendo esta necesariamente también en el Derecho Penal⁽⁸⁾.

2. La tensión político-criminal que, según una generalizada convicción, genera este “crimen internacional” algo amorfo se descarga, como es sabido, sobre todo en **cuatro vías de internacionalización** del Derecho penal⁽⁹⁾: en primer lugar, es necesario mencionar una nueva comprensión, y una intensificación generalizada, en el campo de la cooperación judicial, y, en un sentido más amplio, en la colaboración entre servicios de policía. La tendencia marcha hacia un debilitamiento del principio de territorialidad: de la extradición (corporal) al reconocimiento (ideal) de resoluciones

(7) Es esta la tesis principal de SILVA SÁNCHEZ (*La expansión* 2 [nota 3], pp. 80 y ss., 85) en este contexto; vid. también, por ejemplo, PIETH, ZStW 109 (1997), p. 758; BRAUM, en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), pp. 33 y ss.; respecto del ordenamiento japonés, en la misma línea Ida, en: <www.tokyo-jura-kongress2005.de/Ida_de.pdf>, p. 2 y ss.

(8) Así, por ejemplo, SCHÜNEMANN, GA 2003, pp. 299 y ss., 302, 303, 306 y ss., quien caracteriza esta ambivalencia como coexistencia de un “imperialismo jurídico defensivo” (con ello hace referencia a los obstáculos creados por los EE.UU. al desarrollo de un Derecho Penal internacional efectivo) con un “imperialismo jurídico ofensivo”, o incluso de una “colonización jurídica” (la imposición internacional del programa político-criminal, de nuevo, de los EE.UU. en algunos ámbitos, como el de la persecución internacional de la corrupción privada o el del tráfico de estupefacientes); cfr. también BRAUM. En: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), p. 27 y ss.

(9) Para las presentes reflexiones de carácter preliminar puede quedar fuera de consideración la cuestión de cuál es el grado de incidencia de las normas internacionalizadas sobre la realidad jurídico-aplicativa; si se pretende, en cambio, ofrecer una imagen menos genérica que la que aquí se quiere trazar, es imprescindible llevar a cabo un análisis de conjunto más allá de lo meramente normativo, es decir, teniendo en cuenta el *law in action* en sentido amplio, para poder evaluar la **profundidad** estatal de los distintos factores de internacionalización; cfr. en este sentido, con carácter general respecto de los análisis iuscomparativos, por todos, PERRON, ZStW 109 (1997), p. 290 y ss.; JUNG, JuS 1998, p. 2 y ss., ambos con ulteriores referencias e instructivos ejemplos.

ajenas⁽¹⁰⁾. En segundo lugar, como es natural, el ímpetu internacionalizador se manifiesta también en la armonización formal⁽¹¹⁾ de los ordenamientos nacionales a través de tratados de Derecho internacional, si bien este proceso –precisamente, en lo que atañe a su carácter internacional– frecuentemente queda “más bien oculto”⁽¹²⁾, ya que después de la transposición al Derecho nacional con frecuencia ya no existe una conciencia general del origen de las nuevas normas. En tercer lugar, el proceso supranacional que está teniendo lugar en la UE⁽¹³⁾ –que oscila entre la armonización y la afirmación de una competencia legislativa autónoma de la Unión⁽¹⁴⁾–, evidentemente, es un centro de gravedad esencial de la internacionalización en Europa, y cabe pensar que en el futuro existirán procesos similares en otros contextos geográficos⁽¹⁵⁾. Finalmente, ha de constatarse una intensificación también en el campo del Derecho Penal internacional en sentido estricto: aunque se discute intensamente acerca de la verdadera densidad de este Derecho Penal global, parece claro que también aquí ha comenzado un nuevo ciclo evolutivo⁽¹⁶⁾.

3. Con el breve esbozo hecho queda delimitado el campo en el que, conforme a la opinión generalizada en la discusión teórica, tiene lugar la actual globalización del Derecho Penal. Sin embargo, desde la perspectiva aquí adoptada, junto con estas primeras manifestaciones jurídico-positivas de la internacionalización también cabe constatar la convergencia –permítase de momento una formulación aproximada– de ciertos discursos sobre el Derecho

(10) Como es sabido, esta evolución ha alcanzado particular densidad en el marco de la Unión Europea; vid. solo MIRANDA RODRÍGUEZ y LOPES DA MOTA. *Para una política criminal europea* (nota 1), p. 13 y ss.; AMBOS, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäisches Strafrecht*, 2006, 12/19 y ss., p. 56 y ss.

(11) PRADEL, RJT 35 (2001), p. 241 y ss., p. 248 y ss., denomina a estas tendencias de armonización de los ordenamientos penales nacionales “mondialisation apparente”, en contraposición con la “verdadera” internacionalización que se produciría a través del Derecho Penal inter o supranacional.

(12) PERRON, ZStW 109 (1997), p. 281.

(13) Según SIEBER (en: SIEBER/ALBRECHT [ed.], *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, 2006, p. 91 y s.), a pesar del fracaso del proyecto de Constitución no se aprecia que el proceso se haya detenido.

(14) Sobre el estado de la cuestión vid. últimamente, por ejemplo, desde distintas perspectivas, BÖSE, GA 2006, p. 211 y ss.; BRAUM, wistra 2006, p. 121 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ (ed.), *Constitución Europea y Derecho Penal económico*. 2006, p. 326 y ss.; NIETO MARTÍN, RGDP 4 (nov. 2005), <www.iustel.com>.

(15) Vid. por ejemplo la exposición en AMBOS. *Internationales Strafrecht* (nota 10), §§ 9 y ss.; TIEDEMANN, ZStW 116 (2004), p. 945 y ss. En el marco de esta discusión, las olas de la polémica suelen alcanzar dimensiones considerables; a quienes se manifiestan críticos respecto de la evolución europea en el ámbito del Derecho Penal, con frecuencia se les reprocha de modo bastante genérico una actitud de **europesimismo** (y, con ello, también una perspectiva nacionalista). También en este caso, parece que será de utilidad optar por más descripción y menos polémica. En este sentido, parece que el mejor servicio al europeísmo está en una actitud sosegada: la constatación de que en la construcción de casas resulta más conveniente comenzar con los fundamentos que con el tejado no supone un rechazo del proyecto de construcción de la casa (vid. solo CANCIO MELIÀ. En: *Constitución Europea* [nota 14], p. 270 y ss.).

(16) Cfr. solo AMBOS. *Internationales Strafrecht* (nota 10), §§ 5 y ss.

Penal, es decir, en cierto modo, del entorno ideológico del Derecho positivo. En lo que sigue, se intentará llevar a cabo alguna reflexión sobre estos discursos penales internacionalizados. Primero desde una perspectiva general (*infra* II.), después específicamente (y a modo de ejemplo) respecto del terrorismo (*infra* III.).

II. PROCESOS DE INTERNACIONALIZACIÓN (“IDEOLÓGICA”)

A. Ciencia del Derecho Penal

En el momento actual, uno de los objetos esenciales de la ciencia del Derecho Penal en nuestra tradición, la dogmática jurídico-penal (concretamente: la dogmática de origen alemán, practicada tanto en Portugal como en España), parece estar (de nuevo) en crisis. Sin embargo, si en el pasado más reciente la utilidad del trabajo dogmático se puso en tela de juicio más bien desde la teoría –en una época en la que estaba extendida la esperanza de poder llegar a marginalizar la pena en sentido estricto a través de la resocialización–, ahora predomina la impresión de que la evolución que cuestiona las bases tradicionales de la dogmática es impulsada, ante todo, por el propio legislador, de modo que, una vez convertido el impulso político-criminal en Ley, se estaría minando **desde dentro** la elaboración dogmática. No es ya un programa alternativo al Derecho penal, abolicionista, el que pone en cuestión instituciones básicas de la dogmática jurídico-penal, sino que son ciertas inserciones modernas en el Derecho positivo los generadores de la crisis: en el plano del injusto, diferencias en los marcos penales (piénsese, por ejemplo, en ciertas penas amenazadas para delitos graves contra bienes jurídicos personalísimos en comparación con las penas previstas en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas) que carecen de toda posible explicación racional; en la redacción de los tipos, anticipaciones de la punibilidad que prácticamente dinamitan categorías dogmáticas enteras, como las de autoría y participación, tentativa y consumación u otras instituciones centrales de la teoría de la imputación.

A pesar de que esta evolución, como es sabido, tiene lugar simultáneamente en muchos ordenamientos penales occidentales, la “cuestión de fe”⁽¹⁷⁾ de si está teniendo lugar una convergencia científica de entidad comparable probablemente deba ser contestada negativamente⁽¹⁸⁾; en lo esencial, parece aún plenamente adecuada la imagen trazada por Fletcher, quien ve un mundo jurídico-penal (occidental) fundamentalmente bipolar, fraccionado en el

(17) Así VOGEL, AFDUAM 9 (2005), p. 124.

(18) HIRSCH, ZStW 116 (2004), p. 835 y ss., propone distinguir entre ciencia nacional y ciencia internacional del Derecho Penal.

círculo jurídico anglosajón y en el círculo jurídico continental, ubicándose en torno al segundo varios círculos concéntricos alrededor de la ciencia del Derecho Penal alemana, especialmente influyente⁽¹⁹⁾. Es cierto que en los últimos años cabe constatar dentro del “primer círculo” (en el que habría que mencionar quizás junto a Alemania a Italia, Portugal, América latina y España) un mayor intercambio; en particular, la ciencia del Derecho Penal alemana muestra últimamente cierta tendencia a tener en cuenta también trabajos publicados en otros idiomas⁽²⁰⁾, y también puede decirse que en todo el **continente** jurídico-penal hay mayor interés por la teoría jurídico-penal hecha en lengua inglesa; sin embargo, no puede decirse que se haya progresado hacia un verdadero conocimiento mutuo. Si, por ejemplo, se compara la relativa homogeneidad de los sistemas jurídico-penales latinoamericanos –y la relativa facilidad con la que circulan las obras teóricas escritas en español en los países del área– con la situación en la UE, con sus enormes diferencias sistemáticas y la incomunicación generalizada fuera de algunos pocos países, esta se asemeja a una verdadera Torre de Babel jurídico-penal⁽²¹⁾. En este sentido, es significativo que a pesar de los rápidos avances en la europeización de los ordenamientos penales estatales y de la aparición de los primeros signos de un futuro Derecho Penal europeo, los ordenamientos europeos no han sido aún objeto de un estudio comparado en profundidad⁽²²⁾.

B. Pragmatismo e ideología (penal)

Como antes se ha esbozado, uno de los factores desencadenantes de la internacionalización del Derecho Penal parece estar en el desarrollo (y en la percepción social) del crimen transnacional. En consecuencia, se constata respecto de los impulsos legislativos en los campos **internacionalizados** del Derecho Penal una orientación que sería ante todo pragmática⁽²³⁾, dirigida a la

(19) En: ESER/HASSEMER/BURKHARDT (ed.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. 2000, p. 235 y ss.; adopta una posición crítica respecto de un “pensamiento (de separación) demasiado esquemático” y de una perspectiva exclusivamente **occidental**, por ejemplo, JUNG, JuS 1998, p. 3 y s.

(20) Crítico respecto de la actitud contraria TIEDEMANN, GA 1998, p. 107 y ss.; vid. sobre la cuestión también HIRSCH, ZStW 116 (2004), p. 851 y ss.; ROXIN, en: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft* (nota 19), p. 378 y ss., 381.

(21) Vide: solo la argumentación de KÜHL, ZStW 109 (1997), p. 777 y ss., 792 y ss.; cfr. también las distintas perspectivas sobre el problema recogidas en TIEDEMANN (ed.). *Wirtschaftsstrafrecht in der europäischen Union. Rechtsdogmatik - Rechtsvergleich - Rechtspolitik (Freiburg-Symposium)*, 2002.

(22) Parece significativo que en lo que se alcanza a ver, no se ha vuelto a alcanzar el nivel de las “Vergleichenden Darstellungen” alemanas publicadas a principios del s. XX; constatan una especial necesidad de llevar a cabo estudios de Derecho comparado en el momento especial, por ejemplo, JUNG (JuS 1998, pp. 1, 7); ROXIN (en: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft* [nota 19], p. 378 y ss., p. 381 y ss.) o SIEBER (en: SIEBER/ALBRECHT [nota 14], p. 80 y ss., p. 93 y s.).

(23) En particular, bajo el decisivo influjo de la visión estadounidense del sistema penal; así, por ejemplo, VOGEL, AFDUAM 9 (2005), p. 118.

satisfacción de las necesidades de persecución existentes⁽²⁴⁾. Desde esta perspectiva, parece comprensible que los frentes científicos permanezcan más o menos rígidos a pesar de la internacionalización de facto: no es necesario un acercamiento científico si el encuentro entre los diversos ordenamientos jurídicos se produce en su periferia respectiva, en el campo sectorialmente limitado del combate contra el crimen internacional. De acuerdo con esta imagen, el Derecho Penal globalizado tan solo afecta a los sectores de regulación globalmente relevantes, constituyendo así un segmento jurídico-penal no esencial, agrupado en la periferia de un núcleo que seguiría siendo estatal y estable. En efecto, parece evidente que el factor de la lucha preventiva efectiva y de orientación policial ocupa una posición central en la comunicación pública acerca de los fenómenos de globalización del Derecho Penal. Sin embargo, no se hace justicia a la verdadera profundidad del proceso de internacionalización si se concibe como una especie de deformación pragmática en los márgenes del ordenamiento penal. Si el Derecho (Penal) es un sistema social, su situación no puede divergir radicalmente del sistema económico globalizado, de carácter dominante, no puede separarse de la “producción material”; por el contrario, también la “producción intelectual” es globalizada: “Los productos intelectuales de las diversas naciones se convierten en bien común. La limitación y unilateralidad nacionales son cada vez más imposibles”⁽²⁵⁾. También la internacionalización penal tiene su sustrato ideológico-programático: no todo es mero pragmatismo de los agentes estatales en el plano de la persecución. Por el contrario, lo cierto es que bajo la trepidante actividad interestatal puede constatararse una larvada internacionalización de la política criminal, o, más concretamente, de las perspectivas de teoría de la pena que están en la base de aquella (lo que puede denominarse “ideología penal”); es esta circunstancia la que explica –quizás como la consecuencia de mayores efectos prácticos de toda la evolución– la infiltración de nuevas concepciones penales en la política criminal práctica dentro de los Estados. Esta globalización de la política criminal (y no política criminal de la globalización [económica]), por lo tanto, se presenta de modo puramente pragmático, pero presenta también un sustrato ideológico (de teoría de la pena).

Esta política criminal internacionalizada parte de una evolución en la que el Derecho penal pasa a primera línea de la política cotidiana, en un clamor que demanda en todas partes una mayor intervención de la pena pública, y puede caracterizarse –muy sintéticamente– a través de dos tesis básicas:

(24) Cfr. solo SILVA SÁNCHEZ. *La expansión* 2 (nota 3), p. 82 y ss.; VOGEL, JZ 1995, p. 331 y ss., 336; en consecuencia, SIEBER (en: SIEBER/ALBRECHT [nota 14], p. 92) ve una de las ventajas del proceso de internacionalización en una “persecución efectiva de la criminalidad transnacional”.

(25) MARX y ENGELS. *Manifest der Kommunistischen Partei* [1848], 54ª ed., 1987, p. 49 y ss.

en primer lugar, la **percepción social de los sucesos delictivos se reduce progresivamente a la perspectiva de la víctima**: ya el tratamiento jurídico-dogmático de la figura de la víctima concreta –en el plano de la aplicación, por tanto– muestra que se trata de un elemento extraordinariamente ambivalente en términos político-criminales: se plantea un verdadero **dilema victimológico**, en el que la introducción de este factor oscila entre la retirada de la protección del poder público (privatización) que puede significar atribuirle responsabilidad (*blaming the victim*) y la exacerbación de la desvaloración jurídico-penal de la conducta del autor que puede implicar colocar en primera línea de un supuesto el sufrimiento individual de la víctima⁽²⁶⁾. Esta ambivalencia es expresión de la relevancia estructural que para el moderno Derecho Penal público tiene la posición de la víctima: Hassemer ha llegado a vincular el mismo nacimiento de este Derecho Penal a la “neutralización de la víctima”, a su disolución en el Estado como una especie de “víctima general”⁽²⁷⁾. Pues bien: cualquier análisis superficial de la comunicación acerca de los fenómenos criminales muestra que esta se centra, progresivamente, en la perspectiva de la víctima. En el tratamiento de los sucesos acaecidos (víctima concreta) en los medios de comunicación, y en el discurso político-criminal activista en el que se adopta la posición –compartida por casi toda la población– de posible víctima, de víctima potencial⁽²⁸⁾. Parece claro cuál es el sesgo que toma tal reducción unilateral de la perspectiva acerca del delito: la absolutización de la **prevención fáctica**; la víctima (potencial) –definida solo como tal– lo que desea es no llegar a serlo⁽²⁹⁾. En segundo lugar, **existe consenso político y social en el discurso político-criminal expansivo (...) o eso parece**. Aún sin entrar aquí en la concreta génesis de estos procesos de evolución político-criminal⁽³⁰⁾, puede afirmarse que es un verdadero lugar común sostener que existe un amplísimo **consenso social** respecto de segmentos decisivos de la nueva legislación penal. El consenso se convierte en práctica unanimidad, en particular, en lo que se refiere a la regulación

(26) Vide: solo CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*. 2ª ed., 2001, p. 221 y ss., p. 229 y ss.

(27) *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2ª ed., 1990, p. 70.

(28) Vide. por todos SILVA SÁNCHEZ. *La expansión 2* (nota 3), p. 52 y ss. El ejemplo más acabado de este proceso, con una movilización social (autónoma) más que notable, hay que verlo en el “movimiento de defensa de los derechos de las víctimas” en los EE.UU., que ha tenido una influencia decisiva en la adopción de reglas de *three strikes* en muchos estados; cfr. solo DUBBER. *Victims in the War on Crime. The Use and Abuse of Victims' Rights*, 2002.

(29) Vide: por todos, la exposición de SILVA SÁNCHEZ. *La expansión 2* (nota 3), p. 52 y ss.

(30) Vide: CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS y CANCIO MELIÁ. *Derecho Penal del enemigo*. 2ª ed., 2006, p. 90 y ss., con referencias. En todo caso, debe subrayarse aquí que en el plano fáctico, cabe constatar que ese consenso político-criminal es a veces un consenso inducido, fabricado: vid. solo los *case studies* respecto del ámbito estadounidense (comenzando por la famosa utilización de la llamada *war on drugs* en la campaña presidencial de Bush I) contenidos en BECKETT. *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*. 1997. *pássim*.

de las infracciones en materia de terrorismo⁽³¹⁾. Parece claro, a grandes rasgos, que la población es favorable a “reacciones firmes”; pero es muy discutible que pueda darse por probada la existencia de ese pretendido consenso social respecto de concretas medidas o instituciones jurídico-penales. En este ámbito, aparte de la utilización política del fenómeno criminal, entra en juego la propia posición y dinámica de los medios de comunicación de masas, en particular, de la televisión. En todo caso, puede constatarse que la demanda indiscriminada de mayores y “más efectivas” penas ya no es un tabú político para nadie; en todo Occidente, y en agentes políticos de muy diversa orientación, el discurso que fía al Derecho Penal un papel decisivo en la prevención fáctica del delito es ubicuo⁽³²⁾.

III. POLÍTICA CRIMINAL DE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Finalmente, se harán algunas reflexiones acerca de la ideología penal de la internacionalización con base en el caso de los delitos de terrorismo: un ámbito en el que lo drástico de la más reciente evolución ha producido una aceleración y una especial densidad en la globalización de los discursos. Estas consideraciones muestran que a pesar de la invocación manifiesta de un solo pilar de apoyo –como antes se ha esbozado: prevención fáctica– cabe constatar también un elemento de ideología penal de características distintas: un mecanismo **normativo** distorsionado, una **construcción** de identidad social. A continuación, se abordará la política criminal práctica en materia de delitos de terrorismo (*infra* A.). Después se recordarán algunas de las características empíricas del terrorismo como fenómeno social (*infra* B.). Sobre esta base, finalmente, podrá hacerse alguna valoración de las consecuencias de la ideología penal subyacente sobre el ordenamiento jurídico-penal (*infra* C.).

A. Eficiencia preventiva y demonización

1. Si algo ha mostrado el debate generado acerca del concepto del “Derecho Penal” del enemigo (un sector de regulación en el que se adelanta al

(31) “Desde luego, el ciudadano se acostumbra ante el trasfondo de determinados escenarios... [de acciones terroristas] a la completa abolición de su libertad sin reconocer el círculo vicioso: los Estados reaccionan frente al injusto con un mega-injusto” (ALBRECHT, ZStW 117 [2005], p. 854); los orígenes de esta evolución son, claro está, muy anteriores a la última década; vid. solo el relato respecto de la evolución en el espectro político español en los años ochenta del siglo pasado contenido en TERRADILLOS BASOCO. *Terrorismo y Derecho. Comentario a las LL.OO. 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1988, p. 31 y ss. En todo caso, debe subrayarse que este consenso es difuso –como no podía ser de otro modo–, no técnico, que se agota normalmente en pedir una “respuesta contundente”; vid. a continuación en el texto.

(32) Cfr. la sintética caracterización de la situación por HASSEMER, en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), 113; vid. también CANCIO MELIÁ, ZStW 117 (2005), p. 267 y ss., p. 273 y ss.

máximo la barrera de criminalización, se elevan las penas de modo drástico y se restringe sensiblemente el estatuto procesal del imputado⁽³³⁾) para las infracciones en materia de terrorismo, es que la estrella en el arsenal argumentativo a favor de reglas completamente distintas para los **enemigos** (terroristas) está –de modo paralelo a lo que sucede en otros sectores de regulación implicados en esta evolución político-criminal, pero aquí con mucho mayor intensidad– en la cuestión de la **peligrosidad** de los actos de los terroristas y en la consiguiente necesidad de su prevención instrumental⁽³⁴⁾, al tratarse de una fuente de peligro especialmente significativa⁽³⁵⁾. Dicho en las palabras del actual Ministro federal del interior alemán: “En la lucha contra el terrorismo tenemos que hacer uso efectivo de todos los instrumentos que están a disposición del terrorismo. El Derecho Penal es parte de una misión de seguridad del Estado de orientación preventiva. Tenemos que combatir el terrorismo, también con el Derecho Penal, allí donde comience a ser peligroso, y no solo una vez que se hayan producido atentados”⁽³⁶⁾. Dicho en una frase: aquí es especialmente evidente que se produce un “cambio de orientación fundamental, desde la policía reactiva de acontecimientos hacia la policía proactiva y la gestión de riesgos”⁽³⁷⁾.

2. Como es sabido, la internacionalización antes esbozada, tanto del Derecho Penal como de los discursos penales, es especialmente intensa en este campo: en lo que se refiere a una internacionalización **del Derecho Penal**, sobre todo después de los ataques del 11/09/2001 puede hablarse de una

(33) Sobre la situación político-criminal general, vid. por todos la fundamental síntesis elaborada por SILVA SÁNCHEZ, *La expansión 2* (nota 3), pássim, y, muy recientemente, el profundo estudio de BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación*. 2007. En este contexto, en la discusión ha adquirido enorme protagonismo la noción de “Derecho Penal del enemigo”; sobre el concepto, vid. solo JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 753 y ss.; Idem, HRRS 3/2004; Idem, *Die Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 40 y ss.; Idem, en: CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, t. 2, p. 93 y ss. Subrayando la potencia analítica del concepto, y en contra de su compatibilidad con un Derecho (Penal) de un estado de Derecho CANCIO MELIÁ, ZStW 117 (2005), p. 267 y ss.; Idem, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo 2* (nota 30), p. 85 y ss. Desde el punto de vista aquí adoptado, la polémica internacional generada en torno a este concepto está siendo muy fructífera; vid. solo los numerosos trabajos recogidos en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho Penal del enemigo*. 2 volúmenes (vid. *supra*).

(34) Vid. en Alemania solo JAKOBS, en: Idem/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, 1ª ed., 2003, p. 42; también Idem, ZStW 117 (2005), p. 847; en el mismo sentido ROELLECKE, JZ 2006, p. 265 y ss., 269; SCHÄUBLE, ZRP 2006, p. 71; acepta estos términos de discusión, aún partiendo de una posición opuesta, por ejemplo, ALBRECHT, ZStW 117 (2005), p. 855.

(35) Cfr., por ejemplo, en términos más generales, SILVA SÁNCHEZ (en: *La expansión 2* [nota 3], p. 163): “fenómenos (...) que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado”; “reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves” (ibíd., p. 166).

(36) SCHÄUBLE, ZRP 2006, p. 71.

(37) WALKER, Crim.L.R. 2004, p. 315.

actividad frenética en los esfuerzos internacionales de armonización⁽³⁸⁾ y en las iniciativas de armonización y de cooperación en el marco de la UE⁽³⁹⁾. Sin embargo, la cosecha de internacionalización real, iuspositiva, es más bien escasa: a pesar de que la implosión de la URSS debería haber facilitado el camino, aún no se ha alcanzado el denominador mínimo común que debería suponer una definición internacional del terrorismo; incluso dentro de la UE, en lo que se alcanza a ver, la Decisión Marco sobre la cuestión no ha conducido a modificaciones decisivas en los ordenamientos penales (con exclusión de aquellos que carecían de toda regulación) estatales, aunque sí ha generado problemas de coherencia internos de las distintas regulaciones⁽⁴⁰⁾. Por otro lado, parece claro que los **discursos** penales relativos al terrorismo –y, en la base de estos, la representación en los medios de comunicación, que garantiza (sobre todo, cuando hay imágenes) a los actos terroristas en todo el mundo una posición preferente en la prensa convencional, en televisión y en internet– son verdaderamente globales. En ellos queda condensada toda la problemática de un modo que puede denominarse **terminal**, por las dimensiones apocalípticas que asume casi siempre en el discurso público la referencia a la peligrosidad de los terroristas: ante los modos completamente irrestrictos que muestra el más reciente terrorismo de inspiración religioso-política de orientación islámica, condensados en los atentados del 11 de setiembre de 2001, del 11 de marzo de 2004 y del 7 de julio de 2005⁽⁴¹⁾, la cuestión que se plantea es, nada más y nada menos, la de si nuestra sociedad está dispuesta a sucumbir ante los riesgos emanados del terrorismo, o estará, en cambio, preparada para asumir **recortes en las libertades**⁽⁴²⁾.

3. A pesar del dominio prácticamente incontestado de esta argumentación preventivista, sin embargo, ya en el **plano empírico** hay que constatar que no hay certeza alguna acerca de la eficacia preventiva de determinadas

(38) Cfr. por ejemplo CHERIF BASSIOUNI (ed.). *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*. 2005.

(39) Vide: ante todo la Decisión Marco del 13/06/2002; cfr. AMBOS. *Internationales Strafrecht* (nota 10), 12/17.

(40) Se manifiestan en sentido crítico sobre la relevancia intrínseca de la Decisión Marco (y/o su transposición al Derecho del Estado miembro) respecto de los distintos ordenamientos estatales FIGUEIREDO DIAS y PEDRO CAIERO, RLJ 135 (2005), p. 70 y ss., p. 88 y ss.; GARCÍA RIVAS, RGDP 4 (2005), p. 1 y ss., p. 13 y ss., p. 19 y ss.; PICOTTI, en: *Criminalità transnazionale* (nota 3), p. 115 y ss.; STEIN, GA 2005, p. 433 y ss., p. 444 y ss.; WALKER, Crim.L.R. 2004, p. 324.

(41) Si se examinan las páginas que dedica LAQUEUR en una obra general al terrorismo en Europa en el año 1992 (*Europe in Our Time. A History 1945-1992*, p. 446 y ss.), llama poderosamente la atención la tranquilidad de espíritu con la que se examina el fenómeno en comparación con la impronta de las aproximaciones en estos momentos.

(42) Vid. solo la formulación dramática de JAKOBS (en: JAKOBS y CANCIO MELIÁ. *Derecho Penal del enemigo* 2 [nota 30], p. 75 y ss.): “(...) quien defiende la posición de que en el Estado de Derecho siempre **todo** debe convertirse en realidad, debería saber que aquel ‘todo’ en la realidad concreta se ve acompañado por un ‘o nada’”.

medidas jurídico-penales. Así, por ejemplo, no está claro si en el proceso de disolución de las organizaciones terroristas surgidas en los años sesenta y setenta del siglo pasado tuvieron algún papel significativo las normas de excepción introducidas en el ordenamiento penal⁽⁴³⁾. Aquí el punto de partida ha de estar, por el contrario, en la constatación de que es muy difícil evaluar cuál ha sido el papel concreto de la existencia de determinadas reglas jurídico-penales (mientras que sí parece razonable pensar que podrá cuantificarse, en alguna medida, la influencia de la organización de los servicios de policía preventiva⁽⁴⁴⁾): esta cuestión, como en otros ámbitos de regulación, se sustrae a afirmaciones empíricas de cierta consistencia. Por otra parte, no hay que subrayar especialmente que las cuestiones de prevención negativa y de eficiencia de la persecución penal se presentan de un modo completamente diverso al habitual (es decir: mucho peor⁽⁴⁵⁾) cuando se trata del nuevo terrorismo al que al principio se ha hecho referencia: de terroristas suicidas⁽⁴⁶⁾ de orientación religiosa⁽⁴⁷⁾, organizados en pequeños grupos de acción autónomos, pero con conexiones transnacionales⁽⁴⁸⁾. En este sentido, respecto de sus formas de organización en la actualidad, en efecto, se ha dicho que su estructura obedece más al modelo de la franquicia orientada en un sistema de nodos sin jerarquía vertical “clásica”⁽⁴⁹⁾. Parece claro que en el caso de

- (43) Ese parece ser el caso, en particular, en la República Federal de Alemania, del paso de la “primera generación” de la “Fracción del Ejército Rojo” [RAF, *Rote Armee Fraktion*] a las sucesivas oleadas de miembros de ese grupo terrorista; cfr., por ejemplo, DENCKER, StV 1987, p. 117 y ss.; DÜX, ZRP 2003, p. 191 y s.; respecto del caso paralelo de la legislación antimafia por todos MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., 1997, p. 53 y ss.
- (44) Así, por ejemplo, WALKER, Crim.L.R. 2004, p. 327. Vid. solo los perturbadores datos que ofrece SCHEERER (*Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien*, 2002, p. 67 y ss.) en torno a lo concretas que eran las predicciones de diversos ámbitos expertos respecto de la inminente producción de un atentado como los ocurridos el 11/09/2001; igualmente perturbadores son los fallos en el sistema de inteligencia y judicial que pudieron advertirse en el caso español con posterioridad a los atentados de Madrid de 11/03/2004; vid. solo DE LA CORTE IBÁÑEZ, *Athena Paper* 21 (11/2007), p. 9 y ss., con ulteriores referencias.
- (45) SCHÜNEMANN en HEGER, ZStW 117 (2005), p. 882, afirma que en este ámbito el Derecho Penal fracasa en todo caso.
- (46) Una modalidad de actuación de especial poder propagandístico en el interior del “campo” del terrorista, ya que “(...) el rol del mártir integra las mejores virtudes de los otros dos estereotipos (...): el de las víctimas y el de los héroes o guerreros” (DE LA CORTE, en: BLANCO/DEL AGUILA/SABUCEDO, *Madrid 11-M. Un análisis del mal y de sus consecuencias*, 2005, p. 204). En todo caso, como subraya AULESTIA URRUTIA, *Historia general del terrorismo*, 2005, p. 237 y ss., hay que diferenciar orígenes y orientaciones diversas dentro de lo que podría denominarse terrorismo suicida y no perder de vista que no es un fenómeno nuevo (op. cit., pp. 239 y ss.).
- (47) Cfr. sobre este fenómeno solo WALDMANN, *Terrorismus. Provokation der Macht*, 1998, p. 61 y ss., 63; JUERGENSMEYER, *Terror in the Mind of God. The Global Rise of Religious Violence*, 3ª ed., 2003, pássim; LUTZ/LUTZ, *Global Terrorism*, 2004, p. 82 y ss.; SAGEMAN, *Understanding Terror Networks*, 2004, pássim; ALONSO, en: *Madrid 11-M* (nota 46), p. 113 y ss., p. 123 y ss., p. 128 y ss.
- (48) Subraya este rasgo de las nuevas formas de terrorismo, por ejemplo, REINARES, *Terrorismo y antiterrorismo*, 1998, p. 211 y ss.
- (49) De hecho, lo normal es referirse a estas organizaciones, en particular, a Al Quaida, como “red”; vide: solo LUTZ/LUTZ, *Global Terrorism* (nota 47), p. 82 y ss.; DE LA CORTE/JORDÁN, *La yihad terrorista*.

estos grupos, resultaría imposible desarticular –usando solo medios de persecución criminal y duraderamente– una organización multicéntrica y carente de una verdadera estructura funcional en su conjunto.

4. La fijación político-criminal por la prevención fáctica, por lo tanto, no se halla respaldada por la comprobación de los efectos reales de determinadas medidas penales. Esto es indicativo de que esta fundamentación permanece en la superficie, mientras que otros elementos decisivos de la evolución del discurso jurídico-penal quedan latentes. Dicho en una frase: bajo la apariencia de la toma de medidas (dolorosas, pero) eficaces, del discurso preventivista, en realidad aparece el motor de la **demonización** como multiplicador social del Derecho Penal del enemigo⁽⁵⁰⁾. Este proceso de definición de la identidad social mediante exclusión de determinadas categorías de sujetos, convertido en línea directriz del Derecho Penal, explica algunas de las características del proceso de internacionalización que antes se ha esbozado con carácter general. En este sentido, sobre esta base es posible comprender la preeminencia del elemento colectivo en todos los ámbitos de la nueva política criminal: el mecanismo de categorización, de definición de un (amenazante) colectivo como **enemigo** solo funciona si se refiere a grupos de autores, no a individuos. También queda claro cómo es posible que solo algunos de los factores de criminalidad transnacional ingresen verdaderamente en la agenda político-criminal, y otros no: solo aquellos segmentos de criminalidad que puedan identificarse como cometidos por categorías de sujetos amenazantes para la identidad social. En lo que aquí interesa, entonces, basta con constatar que la fundamentación de la especificidad de las infracciones de terrorismo no puede descansar exclusivamente en la espiral interminable de la “necesidad” preventivo-fáctica. Para progresar en el análisis, parece conveniente tener en cuenta el funcionamiento del delito terrorista como estrategia de comunicación, como **provocación del poder**⁽⁵¹⁾.

B. Acción y reacción

1. Como es sabido, los delitos de terrorismo pretenden provocar **reacciones del Estado**, hasta alcanzar, como punto de llegada de su estrategia, la **rebelión popular**. Esta estrategia no solo implica la acción hacia los **enemigos**,

2007, cap. 6, respectivamente, con ulteriores referencias. Sobre los cambios en los modos de actuación y organización de este *nuevo terrorismo* vid. solo ALONSO, en: *Madrid 11-M* (nota 46), p. 113 y ss., p. 123 y ss., p. 128 y ss.; específicamente en relación con la red asentada en España que organizó el los atentados del día 11.3.2004 en Madrid, JORDÁN, en: op. cit., p. 79 y ss., p. 83 y ss. (cfr. el cuadro, especialmente significativo por sus diferencias radicales con un *organigrama* clásico, en p. 85), 89 y ss., 97 y ss., p. 101 y ss.; DE LA CORTE/JORDÁN, *La yihad terrorista*, cap. 7.3, respectivamente, con ulteriores referencias.

(50) Vide: con más detalle CANCIO MELIÁ, ZStW 117 (2005), p. 267 y ss.

(51) Es esta una tesis extendida a la hora de comprender el terrorismo en el campo de las ciencias sociales; vid., por ejemplo, WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), p. 27 y ss., con ulteriores referencias.

que deben ser intimidados, sino también frente a los **amigos**: como indica Scheerer, la estrategia del terrorismo no estatal consiste desde sus orígenes sobre todo en alcanzar la hegemonía en su “propio campo” a través de la espiral acción-reacción⁽⁵²⁾. Con carácter más general, es constante la referencia al terrorismo, ante todo, como mecanismo de comunicación social⁽⁵³⁾, es decir, como “método” de acción política utilizado por muy diversos grupos⁽⁵⁴⁾; esta comunicación se dirige tanto hacia el propio “campo” como hacia el ajeno, con diversos mensajes: “en lugar de tratar los actos de terrorismo como ‘violencia sin sentido’”, deben considerarse más bien “(...) como una especie de lenguaje violento”⁽⁵⁵⁾. El fenómeno del terrorismo no puede aprehenderse si no se tiene en cuenta la estrategia de comunicación que se halla después de los actos de violencia: “(...) esta es la dialéctica de la estrategia de la lucha antiimperialista: que mediante (...) la reacción del sistema, la escalada de la contrarrevolución, la transformación del estado de excepción político en un estado de excepción militar el enemigo de identifique, (...) y así, mediante su propio terror, levante las masas en su contra, intensifique las contradicciones, haga inevitable la lucha revolucionaria”⁽⁵⁶⁾. Aún en el argot específico, la cuestión está clara: la intención fundamental en la provocación del poder, en la concreta estrategia política, es ante todo obtener un cambio de estatus simbólico: dicho en una palabra, el reconocimiento de la condición de beligerante, como elemento definitivo para ampliar su influencia social en su “campo”. Para ello, son los terroristas los primeros interesados en muy diversas facetas de militarización del lenguaje y de los modos de actuación, también en relación con sus acciones hacia el exterior: los atentados son “acciones” u “operaciones”, los presos, “prisioneros”, pequeños grupos de sujetos aislados que se ocultan bajo nombre falso pretenden ser “ejércitos”⁽⁵⁷⁾.

2. Sin embargo, como es obvio, esta estrategia de comunicación depende del establecimiento de una ficción: las organizaciones terroristas precisamente **no** están en condiciones de hacer uso de instrumentos verdaderamente **militares** en su confrontación con el Estado⁽⁵⁸⁾. El terrorismo es siempre el

(52) *Zukunft des Terrorismus* (nota 44), pp. 34 y ss., 50 y ss.

(53) Cfr. últimamente, por ejemplo, la definición propuesta por DE LA CORTE IBÁÑEZ. *La lógica del terrorismo*. 2006, p. 42 y ss.

(54) Vid., por ejemplo, DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica del terrorismo*. (nota 53), p. 32.

(55) SCHMID/DE GRAAF. *Violence as Communication. Insurgent Terrorism and the Western News Media*. 1982, p. 1; vid. también, por ejemplo, WALDMANN. *Terrorismus* (nota 47), p. 49 (recordando la autoidentificación del terrorismo anarquista de finales del siglo XIX como “propaganda a través del hecho”), p. 29 y ss., p. 56 y ss. (en cuanto al papel de los medios de comunicación); DE LA CORTE IBÁÑEZ. *La lógica del terrorismo* (nota 53), pp. 42, 48 y ss.

(56) Texto de la RAF (1977), recogido en: WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), p. 27.

(57) Vide: solo WALDMANN. *Terrorismus* (nota 47), p. 171 y ss.

(58) Por ello puede decir WALZER, Michael. (*Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos* [trad. de la 3ª ed. en inglés], 2001, p. 269) desde la perspectiva militar que “(...) el terrorismo

recurso de una organización débil en términos de fuerza militar⁽⁵⁹⁾. Por ello, necesita de un equivalente funcional a esa fuerza militar⁽⁶⁰⁾. Este equivalente está precisamente en el uso de los medios específicamente **terroristas**: la selección de distintos objetivos a los que agredir con el objetivo de generar una **intimidación masiva** que equivalga a la amenaza de uso del poder militar⁽⁶¹⁾. Con independencia de cuál sea el criterio de selección de los objetivos⁽⁶²⁾ (miembros de un ejército o de las fuerzas de seguridad; representantes políticos o de los poderes económicos; ciudadanos de una determinada nacionalidad o pertenecientes a un determinado grupo social o étnico) en la **última frontera** que a este respecto representa el terrorismo milenarista-islámico: todos los **infieles**), este mecanismo depende esencialmente de que los efectos de atemorización se extiendan mucho más allá de las personas efectivamente atacadas. Por ello, es esencial en la estrategia el carácter **aleatorio**⁽⁶³⁾ de la identificación concreta de los individuos dentro de la categoría **neutralizada** y elegida como “objetivo” (término al que, de nuevo en paralelismo al ámbito militar, se le suele añadir el adjetivo “legítimo”)⁽⁶⁴⁾.

es una manera de evitar el combate con el enemigo. Representa una forma extrema de la estrategia del ‘acercamiento indirecto’. Vide: en el mismo sentido WALDMANN. *Terrorismus* (nota 47), p. 35.

- (59) Cfr., por ejemplo, WALDMANN. *Terrorismus* (nota 47), p. 35; vid. los criterios que propone DE LA CORTE IBÁÑEZ. *La lógica del terrorismo* [nota 53], p. 46 y ss. para diferenciar la actividad terrorista de otras formas de violencia política (la guerra convencional y la guerra de guerrillas).
- (60) Un detalle significativo en este sentido es que uno de los precedentes más lejanos del uso de la intimidación masiva como estrategia política, el de la actuación del grupo sectario de los asasinis en la Edad Media en Oriente próximo, surgió –en cuanto organización dedicada al asesinato político masivo– precisamente una vez constatada la debilidad del grupo en sus inicios de actividad militar “regular” (vide: solo DE LA CORTE IBÁÑEZ. *La lógica del terrorismo* [nota 53], p. 24). En general, el carácter de “equivalente funcional” del método terrorista en el marco de estrategias de subversión violenta viene demostrado por la combinación del uso del terrorismo con métodos militares como la guerra de guerrillas; vid. solo DE LA CORTE IBÁÑEZ. Ob. cit., pp. 33, 44 y ss. En este ámbito, parece adecuado distinguir –una vez definido el terrorismo fundamentalmente como un determinado **método** de actuación política violenta– entre el uso táctico-ocasional y el uso estratégico del terrorismo; vid., por ejemplo, REINARES, *Terrorismo y antiterrorismo* (nota 48), p. 20 y ss.
- (61) WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas* (nota 58), p. 269 y ss., p. 271 y ss., estima que el terrorismo como violencia aleatoria generalizada (por contraposición al asesinato político, que en su opinión habría caracterizado las acciones de militantes anarquistas a finales del siglo XIX y principios del siglo XX) surge solo una vez que, en la segunda guerra mundial, se incorpora al arsenal de opciones operativas militares.
- (62) Puede afirmarse que en la selección de las víctimas de los ataques por parte de las organizaciones terroristas se ha producido un proceso de profundización en la despersonalización en el terrorismo moderno; de criterios de selección más próximos al asesinato político, va pasándose a una selección cada vez más amplia de los “enemigos”, hasta incluir el conjunto de la población; vide: solo WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), pp. 49, 49 y ss.; WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas* (nota 58), p. 271 y ss.
- (63) “Esa aleatoriedad es la característica determinante de la actividad terrorista”, WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas* (nota 58), p. 269.
- (64) Precisamente puede pensarse que en este cálculo terrorista (**usar** bienes jurídicos individuales de máxima categoría para hacer ilegítimamente política, convirtiendo la violencia en parte de una representación) está el fundamento de un injusto de específica gravedad en los delitos terroristas; vid. próximamente CANCIO MELIÁ, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, en prensa para: GARCÍA VALDÉS et ál. (ed.). *Libro homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig* (4/2007).

C. Consecuencias para el Derecho Penal y la ciencia del Derecho Penal

1. Que el Estado no debe acomodarse a esta apuesta de acción-reacción planteada por la organización terrorista es evidente desde una **perspectiva principialista-normativa**, pensando en el **Estado de Derecho** como conjunto de principios estático y asentado, contra el cual precisamente se dirige el programa político de la actividad terrorista. Con toda claridad, este riesgo fue presentado por Rudolphi hace ya casi treinta años: “Si se quiere evitar que el Estado de Derecho sea vaciado y minado desde dentro por la lucha contra el terrorismo, ha de prestarse una estricta atención a que no se renuncie de ningún modo a los principios propios del Estado de Derecho. Hay que evitar que nuestro Estado de Derecho ni siquiera por aproximación se convierta en aquella imagen que los terroristas, desconociendo radicalmente la realidad, presentan ya ahora injuriosamente de él. Pues también esto en última instancia supondría el triunfo de los terroristas sobre el Estado de Derecho”⁽⁶⁵⁾. Esta consideración también debe ser tenida en cuenta en el plano fáctico-político. En este sentido, un Derecho Penal exacerbado puede convertirse en un factor real que potencie la persistencia⁽⁶⁶⁾ de infracciones terroristas al integrarse en el diseño de acción de las organizaciones: “(...) como nadie ignora, una práctica común en la estrategia de las organizaciones terroristas consiste en inducir al Estado de derecho a entrar en esa destructiva forma de conflicto consigo mismo que representa el recurso a medidas excepcionales”⁽⁶⁷⁾. Esta consideración no deriva de una determinada tradición jurídica (continental), sino afecta a las bases comunes del Estado **occidental**: dicho en las (ya famosas, a pesar de recientes) palabras de Lord Hoffmann, miembro de la Cámara de los Lores británica, incorporadas a la sentencia referida a la Ley antiterrorista británica del año 2001, según la cual esta sería incompatible con la Constitución británica en la formulación aprobada por el Parlamento: “Tal facultad [de detención sin plazo y sin existencia de indicios judicialmente verificados], en cualquier forma, no es compatible con nuestra Constitución. La verdadera amenaza a la vida de la nación, en el sentido de un pueblo viviendo de acuerdo con sus leyes y valores políticos tradicionales, **no proviene del terrorismo, sino de leyes como estas. Esta es la verdadera medida de lo que el terrorismo puede llegar a lograr. Es el Parlamento quien debe decidir si otorga a los terroristas tal victoria**”⁽⁶⁸⁾.

(65) ZRP 1979, p. 214.

(66) GIMÉNEZ GARCÍA, JpD 30 (1997), p. 20, habla de la posibilidad de que la reacción jurídico-penal se convierta en un “elemento de cohesión del terrorismo”.

(67) Voto particular (magistrados MARTÍN PALLÍN, GIMÉNEZ GARCÍA y ANDRÉS IBÁÑEZ) a la STS 197/2006, de 20/02/2006, noveno *in fine*.

(68) [2004] UKHL 56, para. 97 (*Lord Hoffmann*), sin cursiva en el original. *On appeal from: [2002] EWCA Civ 1502 A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department*

2. En todo caso, es difícil que se pueda aislar para un análisis “eficientista” solo la cuestión de la efectividad preventiva: en efecto, es un auténtico lugar común la idea de que dentro de este balance debería tenerse en cuenta de modo muy especial que las normas de estas características tienden a contaminar otros ámbitos de incriminación –como muestran múltiples ejemplos históricos–⁽⁶⁹⁾, de modo que hay buenas razones para pensar que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho Penal (el Derecho Penal de ciudadanos y el Derecho Penal de enemigos) que puedan compartir espacio vital en un mismo ordenamiento jurídico: “(...) lo más grave de la legislación antiterrorista... es que da la imagen distorsionada de que se va a aplicar solo y exclusivamente a los terroristas”⁽⁷⁰⁾.

En efecto: el argumento del **control mediante juridificación** que esgrimen quienes se muestran partidarios de sectores de regulación de estas características no puede convencer⁽⁷¹⁾. En este contexto, podría pensarse en una especie de tesis de los **vasos comunicantes**: en cuanto menos estricto el Estado de Derecho, menos crimen de Estado **en las cloacas** –aunque, en lo que se alcanza a ver, tal argumento no es manejado expresamente, parece probable que se tome en consideración implícitamente– debe descartarse de plano: aparte de que tampoco aquí existe evidencia empírica que indique que los Estados que **relajan** determinados criterios de imputación –o precisamente por ello– optan por un menor nivel de actuación ilegal a través de mecanismos jurídicamente más **opacos** (servicios de inteligencia u organismos militares), hay indicios de que puede llegar a ocurrir lo contrario (o al menos, que puede afirmarse esto con la misma justificación o falta de ella que la tesis del control por juridificación). Piénsese solo, en el momento actual, en la convivencia, dentro de la política de los EE.UU., del abierto reconocimiento de zonas de intervención sobre sujetos sin derechos formales (la doctrina de los *enemy combatants* como *tertium* junto con delincuentes y prisioneros de guerra)⁽⁷²⁾ no ha impedido la existencia de zonas de actuación de hecho sin más, y secretas (un ejemplo actual lo constituyen los

(Respondent) del 16/12/2004. Cfr. el texto completo de la resolución en: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>>; el pasaje concreto de la argumentación de Lord HOFFMANN, en: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-6.htm>>.

(69) Vide: por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO. *Terrorismo y Derecho*. (nota 31), pp. 33, 56: “innegable vocación expansiva”.

(70) Así BUSTOS RAMÍREZ, en: LOSANO y MUÑOZ CONDE. *El Derecho ante la globalización y el terrorismo. ‘cedant arma togae’*. 2004, sintetizando el peligro para el valor seguridad jurídica, pp. 403 y ss., 406 y ss., 408.

(71) Vide: TERRADILLOS BASOCO. *Terrorismo y Derecho*. (nota 31), pp. 33, 56; SANDER. En: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), p. 260 y ss., p. 262; BRANDARIZ GARCÍA. *Política Criminal de la exclusión* (nota 33), p. 199 y ss., p. 249 y ss.

(72) Vide: solo las amplias referencias contenidas en <<http://web.amnesty.org/pages/guantanamobay-index-eng>>.

traslados especiales a centros de tortura en terceros países investigados en estos momentos por el Parlamento europeo en lo que se refiere a su tránsito por territorio de la UE⁽⁷³⁾. Y ejemplos paradigmáticos de la convivencia de un Derecho penal (formal) de combate y las vías de hecho de diversos servicios parapoliciales lo ofrecen numerosas dictaduras históricas⁽⁷⁴⁾. De hecho, parece que el pronóstico más razonable es el contrario: que no podrán **convivir pacíficamente** porque la presencia de una regulación en términos de Derecho Penal del enemigo acaba extendiendo su lógica más allá del campo de regulación inicial.

3. Si, finalmente, en el ámbito de la ciencia penal, se intenta traducir el paradigma internacionalizado de **combate** de la ideología penal dominante al lenguaje de la teoría, parece evidente que aquí se plantea la cuestión básica de todo Derecho Penal moderno acerca de los límites del cometido social de la prevención para el sistema jurídico-penal: se trata de las “devastaciones de la prevención”⁽⁷⁵⁾. Es esta una cuestión que, desde luego, no es nueva en la discusión teórica. Si un problema central de la teoría de la pena, sometido a análisis desde muy diversas perspectivas durante toda una larga tradición, es el eje central de una evolución político-criminal actual, y esta venerable discusión prácticamente no aparece de ningún modo en la discusión pública, parece claro que el déficit es de carácter fundamental. El discurso unilateral de la política criminal práctica debe ser contestado por un análisis de los concretos fines de la pena en cada caso. Más aún, en un plano internacional: debe haber menos mera técnica regulatoria y más debate acerca de los fundamentos para generar un debate (científico) internacional.

Con esto no se ha avanzado mucho, claro está, en el acompañamiento (o en la limitación) de la internacionalización expansiva en los términos que corresponden en un Estado de Derecho; sin embargo, al menos parece constatar que la fijación (social y política) generalizada del Derecho Penal internacionalizado en objetivos que quedan fuera de su alcance (de modo manifiesto, en la prevención fáctica; de manera latente, en una construcción forzada de identidad social mediante exclusión de categorías de autores-enemigos), en imposibles, no debe quedar sin un contradiscurso científico. Que este no haya tenido demasiado peso hasta el momento no puede explicarse

(73) Cfr. el borrador de informe del diputado *Fava* en <<http://www.statewatch.org/cia/reports/ep-cia-interim-report-english.pdf>>.

(74) Sobre la convivencia y mistificación progresiva de sistema jurídico-penal formal y aparato de represión informal en el caso del régimen nazi, vid. solo MARXEN. En: DIESTELKAMP/STOLLEIS. *Justizalltag im Dritten Reich*. 1988, p. 101 y ss.; STAFF. *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*. 1978, p. 54 y ss., pp. 58, 59 y ss.).

(75) HASSEMER. En: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), p. 103.

sencillamente con base en el rudo *esprit du temps*⁽⁷⁶⁾, que callaría cualquier discurso jurídico; también hay que constatar deficiencias de comunicación en el sistema científico: la ciencia del Derecho Penal debe aprender a hablar⁽⁷⁷⁾, y el discurso deberá referirse a las raíces comunes –tantas veces invocadas precisamente por Klaus Tiedemann– de la tradición jurídica occidental. También la formulación y explicación de la modesta constatación de que existen estrechos límites para posibles efectos preventivo-fácticos del Derecho Penal es una tarea de la ciencia del Derecho Penal.

(76) En este sentido, dice acertadamente NAUCKE. (*Strafrecht. Eine Einführung*. 9ª ed., 2000, 4/21) (respecto de la criminalidad organizada): “(...) las expectativas respecto de los éxitos preventivos de la punición crecen; la tendencia a respetar la delimitación y restricción jurídica de la pena descende”.

(77) Así el título del artículo del periodista PRANTL. En: Eser/Hassemer/Burkhardt (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft* (nota 19), p. 339 y ss.

Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José CEREZO MIR
(España)

En los últimos años se observa en los países europeos una preocupación creciente por la seguridad ciudadana, que ha dado lugar a la introducción de una serie de reformas tendentes a aumentar la eficacia de las penas desde el punto de vista de la prevención general y la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución). En nuestro país dichas reformas fueron introducidas básicamente por las Leyes Orgánicas 7/2003, del 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, 11/2003, del 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y 15/2003, del 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal. Las reformas que aquí nos interesan afectan fundamentalmente a las consecuencias del delito –penas y medidas de seguridad– a las reglas de medición de la pena y al tratamiento de los delincuentes habituales peligrosos. Se ha llegado a decir, si bien con notoria exageración, que con las mencionadas reformas el Código penal de la democracia, como se denominó al nuevo Código penal español de 1995, había sido sustituido por el Código Penal de la seguridad⁽¹⁾.

En la línea de incrementar la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general, concebida, en este caso, como mera intimidación, hay que mencionar en primer lugar la previsión de que pasen a considerarse

(1) Véase un análisis profundo de las actitudes sociales que subyacen al modelo de la seguridad ciudadana, en Díez RIPOLLÉS, José Luis. “La nueva política criminal española”. En: *Eguzkilore*. Nº 17, diciembre de 2003, p. 65 y ss.

como delito cuatro faltas de lesiones, de hurto o sustracción de vehículos a motor o ciclomotores (arts. 147, 234 y 244), no juzgadas, cometidas durante un año⁽²⁾. Este precepto supone una grave infracción del principio de culpabilidad. El incremento de la pena no supone una mayor gravedad de las conductas delictivas realizadas, aunque se exija, en los arts. 234 y 244 que la suma de las cantidades sustraídas o del valor de los vehículos sustraídos rebase el límite de separación entre las faltas y los correspondientes delitos⁽³⁾. El fundamento de la agravación de la pena no se halla en la mayor gravedad de la culpabilidad, sino en la habitualidad, en la peligrosidad del delincuente, o en una presunción de la habitualidad o de la peligrosidad del delincuente.

La preocupación por incrementar la eficacia de las penas desde el punto de vista de la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución) y de la prevención general se refleja también en la reforma de las reglas de medición de la pena (art. 66). Voy a hacer referencia únicamente a la nueva regla 5ª, que supone la introducción de una nueva circunstancia agravante de multireincidencia. De acuerdo con dicho precepto: “Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido”.

El legislador español ha acudido una vez más a una agravante de multireincidencia para hacer frente a la delincuencia habitual como en 1932 y 1944.

La circunstancia agravante de reincidencia ha entrado en crisis sin embargo en la moderna Ciencia del Derecho Penal. Se discute cual sea su fundamento e incluso se pone en tela de juicio su legitimidad. En Alemania fue suprimida por la Ley del 13 de abril de 1986, que derogó el artículo 48 del Código penal de aquel país y en España en el nuevo Código Penal se mantiene únicamente la reincidencia específica. El carácter específico de la reincidencia se cifra en primer lugar en un criterio formal, para atender a las

(2) No es fácil que se dé el supuesto de hecho de aplicación de estos preceptos al ser enjuiciadas las faltas en juicios rápidos (regulados por la Ley 38/2002, del 24 de octubre).

(3) Según el nuevo párrafo segundo del art. 234: “Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.1 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito”; y según el nuevo párrafo segundo del apartado 1 del artículo 244: “Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito”.

exigencias de la seguridad jurídica: que el nuevo delito y aquel por el que el sujeto fue con anterioridad ejecutoriamente condenado estén comprendidos en el mismo título del Código. Este criterio formal se complementa con la exigencia, de carácter material, de que los dos delitos sean de la misma naturaleza. Estos requisitos plantean algunos problemas, que no podemos analizar ahora aquí.

Se discute cuál sea el fundamento de la circunstancia agravante de reincidencia. Son numerosas las teorías formuladas a este respecto. Voy a hacer referencia aquí únicamente a las que han tenido una mayor repercusión en la Ciencia del Derecho Penal española.

Se ha señalado que el fundamento de la agravante de reincidencia se hallaría en la insuficiencia de la pena impuesta por el anterior delito, desde el punto de vista de la prevención especial y la prevención general⁽⁴⁾. Esta teoría es rechazable porque la pena no puede superar nunca en nombre de la prevención la medida de la culpabilidad⁽⁵⁾.

Según un sector de la moderna Ciencia del Derecho penal española la agravante de reincidencia se fundamenta en una mayor gravedad de la culpabilidad. Esta es la opinión, por ejemplo, de Rodríguez Devesa, que considera que es mayor la exigibilidad de otra conducta frente al que ha sido anteriormente condenado⁽⁶⁾. Según Mercedes Alonso Alamo en la reincidencia hay una mayor gravedad de la culpabilidad por la disposición de ánimo, “por el mayor desprecio hacia los bienes jurídicos manifestado en la realización de un nuevo delito después de haber sufrido una condena”⁽⁷⁾.

Según otros penalistas, la agravante de reincidencia se basa en la mayor peligrosidad del delincuente⁽⁸⁾. Cobo del Rosal y Vives Antón⁽⁹⁾ consideran que el fundamento de la agravante de reincidencia no puede ser otro que

(4) Véase, a este respecto, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, p. 382 y RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO. *Comentarios al Código Penal*. T. I, Ariel, Barcelona, 1972, p. 744.

(5) Véase ya, en este sentido, Adela ASÚA BATARRITA. *La reincidencia*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, p. 460.

(6) Véase RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal español, Parte general*. 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 746-747.

(7) Véase Mercedes ALONSO ALAMO. *El sistema de las circunstancias del delito*. Universidad de Valladolid, 1981, p. 673. Aunque señala también que: “Por muy criticable que parezca, de la regulación de la reincidencia, en general, puede extraerse la conclusión siguiente: si bien descansa, ante todo, en la mayor culpabilidad del sujeto, no se ha dejado de tener en cuenta la peligrosidad del autor manifestada en la repetición delictiva”; véase. Ob. cit., p. 674.

(8) Véase, en este sentido, FERRER SAMA. *Comentarios al Código Penal*. T. I, Murcia, 1946, p. 412.

(9) Véase COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN. *Derecho Penal, Parte general*. 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 899 y ss.

una (presunta⁽¹⁰⁾) mayor peligrosidad del delincuente y, en consecuencia, piden su supresión, pues no puede admitirse que la peligrosidad del delincuente fundamente una agravación de la pena⁽¹¹⁾. La pena tiene su fundamento en la gravedad del delito, mientras que la peligrosidad únicamente puede fundamentar la imposición de una medida de seguridad.

Para Mir Puig⁽¹²⁾ el fundamento de la reincidencia se encuentra en “la insuficiente toma de consideración y, en este sentido, mayor **desprecio**, cualificado como **rebeldía** frente a los bienes jurídicos” y puede suponer únicamente una mayor gravedad de lo injusto, pues el delincuente al delinquir por segunda vez está infringiendo dos normas: la implícita en el delito que comete y la que prohíbe especialmente la repetición delictiva tras la condena. Este aumento de injusto es insuficiente, sin embargo, según él, para justificar la existencia de la agravante, pues por un lado estaría demasiado alejado de la idea de lesión o peligro de bienes jurídicos y por otro, en el reincidente se aprecia, o cabe presumir, en general, una disminución de la capacidad de inhibición y por tanto, una menor gravedad de la culpabilidad. Propone, por ello, Mir Puig, en definitiva, la supresión de la agravante de reincidencia y su sustitución por medidas de seguridad vinculadas a la idea de la habitualidad criminal⁽¹³⁾.

La circunstancia agravante de reincidencia no puede hallar su fundamento, a mi juicio, en una mayor gravedad de lo injusto, pues el desvalor de la acción o el desvalor del resultado del nuevo delito no se ven incrementados por la condena anterior. En el Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho la reincidencia solo puede hallar su fundamento en una mayor gravedad de la culpabilidad. Cuando la reincidencia es específica, es decir el nuevo delito es igual o de la misma naturaleza que aquel por el que el sujeto había sido condenado ejecutoriamente con anterioridad, la culpabilidad **suele ser** mayor. El sujeto actúa no solo con un conocimiento seguro de la antijuridicidad, sino incluso de la punibilidad de la conducta. Si se produce un aumento o disminución de la capacidad de autodeterminación solo será comprobable de una manera limitada. Puede

(10) Pues la reincidencia no supone necesariamente una mayor peligrosidad del delincuente; véase, a este respecto, RODRÍGUEZ MOURULLO. En: *Comentarios al Código Penal*. T. I, pp. 743-744.

(11) Según MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. el fundamento de la agravante de reincidencia sería la mera posibilidad de iniciación del hábito de cometer delitos semejantes, considera, como es lógico, este fundamento insuficiente y propone la supresión de la agravante; véase, La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales, Comares-Facultad de Derecho Universidad de Granada, 1999, pp. 194 y ss. y 380.

(12) Véase: MIR PUIG. La reincidencia en el Código Penal. Bosch, Casa Editorial, 1974, p. 527 y ss. y *Derecho Penal, Parte General*. 7ª ed., editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 624.

(13) Propuesta a la que se adhieren COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN. *Derecho Penal, Parte General*. pp. 901-902.

aceptarse, sin embargo, **en principio**, que el conocimiento seguro de la antijuridicidad, el de la punibilidad (que se trata de un ilícito penal, por tanto de especial gravedad), la advertencia implícita en la sentencia condenatoria (la advertencia individual como aspecto de la prevención especial) y el haber recibido de hecho, aunque la reincidencia sea impropia, un tratamiento tendente a conseguir la reinserción social, determinan un aumento de la capacidad de autodeterminación conforme a sentido, conforme a la norma. Estos factores superan generalmente, con creces, la menor inhibición del sujeto que ya ha delinquido a hacerlo de nuevo⁽¹⁴⁾. La exigibilidad de la obediencia al Derecho es, además, en estos supuestos mayor. En el sujeto se apreciará asimismo, generalmente, una actitud de rebeldía frente a las exigencias del ordenamiento jurídico, es decir una disposición de ánimo o talante hostil al Derecho. En la reincidencia genérica, cuando el nuevo delito y el anterior sean de diferente naturaleza estos argumentos tienen, sin duda, menor fuerza. Me parece acertada, por ello, la supresión de la agravante de reincidencia genérica⁽¹⁵⁾.

Hay que reconocer, sin embargo, que incluso en la reincidencia específica en alguna ocasión puede no ser mayor la capacidad de autodeterminación del sujeto, dada su personalidad o por no haber recibido, de hecho, un tratamiento adecuado para conseguir su reinserción social. Puede no darse también, en alguna ocasión, en el sujeto, una actitud de rebeldía frente a las exigencias del ordenamiento jurídico. La circunstancia agravante de reincidencia debería tener, por ello, un carácter meramente facultativo⁽¹⁶⁾. En nuestro Código penal vigente su apreciación es, sin embargo, obligatoria (nº 8 del art. 22 y artículo 66, regla 3ª). Cabría, no obstante, *de lege lata*, una interpretación teleológica restrictiva de la circunstancia agravante, de acuerdo con su fundamento, de modo que se apreciara únicamente cuando pusiera de manifiesto una mayor gravedad de la culpabilidad⁽¹⁷⁾.

(14) ROXIN considera que la agravante de reincidencia es difícil de conciliar con el principio de culpabilidad: "Pues la capacidad de resistir la tentación de cometer nuevos delitos no aumenta sino que disminuye con el número de condenas previas"; véase, C. ROXIN. *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?* *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*. 1987, fasc. 4, pp 360-361.

(15) En el Proyecto de nuevo Código penal de 1992, la apreciación de la reincidencia genérica era facultativa (art. 65), mientras que la de la reincidencia específica resultaba obligatoria (art. 63.3).

(16) Díez Ripollés proponía que también la reincidencia específica fuera de apreciación facultativa, al comentar la regulación de la reincidencia en el Proyecto de 1992; véase DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992*. La Ley, Año XIV, nº 3250, 30 de abril de 1993, p. 4. Adela Asúa consideraba ya, en su tesis doctoral, que de mantenerse la agravante de reincidencia, esta debería tener un carácter meramente facultativo: véase, La reincidencia, Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, pp. 460-461.

(17) Véase un magnífico estudio empírico, criminológico, de la reincidencia en España, sus factores y la influencia en la misma de las prácticas carcelarias, en Justicia penal y reincidencia, de Santiago REDONDO, Jaume; FUNES y Eulàlia LUQUE. *Fundació Jaume*. Callís, Barcelona, 1994.

No cabe objetar a este fundamento de la agravante de reincidencia que “no es adecuado porque hay que tener presente que toda culpabilidad proviene del acto aislado”, que “si justificamos la agravación de la pena en una mayor culpabilidad del reincidente, ese juicio de culpabilidad no se basaría en un acto aislado, sino en el estado total del autor, esto es, en el carácter del reincidente”⁽¹⁸⁾. La culpabilidad es, sin duda, culpabilidad por el hecho, pero a la hora de determinar si la acción u omisión típica y antijurídica realizada le era reproachable al sujeto, y, en caso afirmativo, en qué medida, tienen un valor decisivo una serie de circunstancias personales relativas a su vida anterior, su entorno familiar y social, su educación, su actividad laboral, sus antecedentes penales, su personalidad⁽¹⁹⁾.

Se ha cuestionado en nuestro país la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, por estimarse que infringía, entre otros, los principios de culpabilidad y *ne bis in idem*.⁽²⁰⁾ La cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Juzgado de Instrucción de Daroca (en Aragón), fue resuelta en sentido negativo por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia de 4 de julio de 1991, de la que fue ponente el magistrado D. Luis López Guerra. El Tribunal Constitucional consideró que “la Constitución Española consagra, sin duda, el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor, que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este (...) Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la ‘normalidad de la motivación’”. De otra parte –sigue diciendo el Tribunal Constitucional– tampoco este entendimiento del principio de culpabilidad permite sostener, como afirma el juez proponente, que la compleja regulación de la reincidencia no permite a los ciudadanos aprehenderla normalmente ni prever, por tanto, las consecuencias de sus actos”⁽²¹⁾. El Tribunal Constitucional consideró asimismo que la agravante de reincidencia no infringía el principio *ne bis in idem*, “pues no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores (...) sino única y exclusivamente el hecho posterior”. El criterio es correcto, pues, a mi juicio, la culpabilidad es, gene-

(18) Véase, en este sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político-criminales*. p.178.

(19) Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*. III, Teoría jurídica del delito 2, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 45-46.

(20) ZAFFARONI considera, en Argentina, que la agravante de reincidencia es inconstitucional por infracción de los principios de culpabilidad, *ne bis in idem* y de proporcionalidad; véase ZAFFARONI, E.R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, Parte general*. EDIAR, Buenos Aires, 2000, pp. 1009 y 1013.

(21) Fundamento Jurídico 4a.

ralmente, mayor en el nuevo hecho delictivo realizado, al menos en la reincidencia específica, por las razones anteriormente mencionadas.

La mencionada sentencia del Tribunal Constitucional dio lugar a que el Supremo abandonara la línea jurisprudencial iniciada por la sentencia de 6 de abril de 1990 (art. 3195), de la que fue ponente Bacigalupo. En ella se mantenía el criterio de que la agravante de reincidencia solo se debe aplicar cuando con ello la medida de la pena no resulte más elevada que la medida de la culpabilidad por el hecho, sin tener en cuenta la conducta anterior del sujeto. Partía esta sentencia de la base errónea, a mi juicio, de que la reincidencia no influye en la medida de la culpabilidad y obedece únicamente a consideraciones de prevención especial o prevención general⁽²²⁾. Si así fuera, la agravante de reincidencia sería contraria al principio de culpabilidad y por tanto anticonstitucional.

El planteamiento del legislador español de combatir la delincuencia habitual mediante la agravante de reincidencia o de multirreincidencia es, además, erróneo desde el punto de vista político criminal. El delincuente reincidente se distingue conceptualmente del delincuente habitual. Hay un concepto criminológico de delincuente habitual, del que es preciso partir para conseguir la necesaria clarificación conceptual. Desde el punto de vista criminológico, delincuente habitual es aquel en el que por la comisión reiterada de hechos delictivos se ha creado un hábito de delinquir. El delincuente habitual

(22) El Tribunal Supremo mantuvo este criterio en sentencias posteriores, por ejemplo en la del 2 de diciembre de 1991, que casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada del 6 de junio de 1989, que no había aplicado la agravante de reincidencia por estimarla derogada por el apartado 3 de la disposición derogatoria de la Constitución (“Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución”). La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada se inspiraba básicamente en el pensamiento de Zugaldía, que considera que la reincidencia no supone un aumento de la culpabilidad y puede resultar, por tanto, contraria al principio de proporcionalidad y suponer, a su vez, una infracción del principio *ne bis in idem*; véase ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia”. En: *Poder Judicial*. 2ª época, nº 13, marzo 1989, p. 85 y ss. y El principio de culpabilidad en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en *Estudios de Jurisprudencia*, Año I, 3, nov.-dic. 1992, p. 67 y ss. En la sentencia de 18 de febrero de 1994 (art. 1547) el Tribunal Supremo se manifestó ya, sin embargo, en sentido opuesto, señalando que la aplicación de la agravante es obligatoria en todo caso, pues la reincidencia implica un plus de antijuridicidad y culpabilidad. En la de 2 de noviembre de 1994 (art. 9.001) (con voto particular de Enrique BACIGALUPO) consideró obligatoria la aplicación de la agravante de reincidencia “so pena de que queramos conculcar el principio intangible de legalidad y convertir a los Tribunales de Justicia, no en interpretes de la ley, sino en verdaderos legisladores,” (...) “y ello con independencia de que existan algunas sentencias de este mismo Tribunal en que se opine lo contrario, ya que tales sentencias tienen un carácter puramente esporádico que no demuestran el sentir generalizado y, por tanto, jurisprudencial de esta Sala”. En la sentencia del 23 de julio de 1999 (art. 5731), que invoca, en el mismo sentido las del 8 de julio de 1997 (art. 5538), 17 de octubre de 1998 (art. 6879) y 15 de marzo de 1999 (art. 2400), el Tribunal Supremo no cuestiona la obligatoriedad de la aplicación de la agravante de reincidencia, pero considera que su fundamento consiste en una mayor necesidad de pena por razones de prevención especial, al haberse puesto de manifiesto la inclinación del delincuente a cometer una determinada clase de delitos.

se distingue así claramente del reincidente, ya que para la habitualidad, a diferencia de lo que sucede en la reincidencia, no es precisa condena alguna, lo importante es el hábito de delinquir. En el n° 8 del art. 22 del Código Penal español se define la reincidencia del siguiente modo: “Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”. El delincuente habitual puede ser reincidente, pero no todo reincidente es delincuente habitual.

La apreciación del hábito de delinquir implica riesgos para la seguridad jurídica, por ello en los modernos códigos y leyes penales se exige para aplicar a los delincuentes habituales una medida de seguridad privativa de libertad que hayan cometido y hayan sido condenados por un número mínimo de delitos, a veces se exige, además, que los delitos tengan una cierta gravedad y/o que sean dolosos. En el concepto criminológico de delincuente habitual se introduce, pues, un requisito objetivo como garantía de la seguridad jurídica⁽²³⁾.

El nuevo Código Penal español, que derogó la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social del 4 de agosto de 1970, contiene una definición del delincuente habitual muy defectuosa. Según el art. 94: “(...) se consideran reos habituales los que hubieran cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello”.

El concepto es sumamente angosto, pues se exige que los delitos cometidos estén incluidos en un mismo capítulo, y los capítulos en el nuevo Código tienen dimensiones muy reducidas. Así, por ejemplo, no se podrá considerar delincuente habitual al que cometa dos hurtos y dos robos. Por otra parte se desconoce la naturaleza de esta figura, ya que el elemento básico de la habitualidad no lo constituye la existencia de una condena, a lo que alude únicamente el precepto, sino el hábito de delinquir que se aprecie en el sujeto. Debería haberse mantenido la exigencia adicional que contenía el art. 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de que por las circunstancias de los delitos cometidos se apreciase en el sujeto habitualidad criminal⁽²⁴⁾.

(23) Véase, a este respecto, ANTÓN ONECA. *Derecho Penal, Parte general*. pp. 390-391.

(24) En el Proyecto de Ley Orgánica del 15 de enero de 2007, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, , Serie A Proyectos de Ley, 15 de enero de 2007, n° 119-1), que decayó al no ser aprobado antes de la disolución de las Cortes por la convocatoria de las elecciones generales del 9 de marzo pasado, se formulaba (en el art. 94.5) un nuevo concepto de delincuente habitual, que subsanaba algunos de los defectos de la definición del Código vigente. Se suprimía la exigencia de que los diversos delitos estén comprendidos en el mismo Capítulo y se

La lucha contra la delincuencia habitual debe llevarse a cabo básicamente mediante medidas de seguridad. Uno de los mayores defectos del nuevo Código Penal español consiste precisamente en que no se establecen en él medidas de seguridad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave⁽²⁵⁾.

En la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, derogada por el nuevo Código, se preveía la aplicación de medidas de seguridad a los delincuentes habituales, destacando las privativas de libertad de internamiento en un establecimiento de custodia o de trabajo (art. 5, 1ª). No se crearon, sin embargo, los centros necesarios para su aplicación por lo que en la práctica se habilitaba para estos fines una determinada sección de un establecimiento penitenciario normal.

Entre las medidas aplicables a los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave habría que incluir inevitablemente medidas de seguridad privativas de libertad. Son insuficientes, sin duda, las previsiones, en el reciente Proyecto de reforma de nuestro Código Penal de enero de 2007, de aplicar a los delincuentes reincidentes y habituales, una vez cumplida la condena, la medida de seguridad de libertad vigilada y expulsar a los extranjeros del territorio nacional.

Hay que descartar el internamiento en un establecimiento de trabajo, pues se ha puesto de manifiesto que es ineficaz para los delincuentes habituales de criminalidad grave y es desproporcionado y por tanto rechazable,

admitía la apreciación de la habitualidad aunque todos los delitos que la fundamenten sean objeto de enjuiciamiento en la misma sentencia. Por otra parte, se admitía la apreciación de la habitualidad no solo cuando el sujeto haya cometido tres o más delitos dolosos, sino también, por primera vez, cuando haya cometido el mismo número de delitos de homicidio o lesiones imprudentes, en un plazo no superior a cinco años. Seguía faltando, sin embargo, en la definición del delincuente habitual el requisito fundamental de que, por las circunstancias de los delitos cometidos, se aprecie en el sujeto habitualidad criminal.

- (25) El nuevo Código parte del criterio, equivocado, de limitar el campo de aplicación de las medidas de seguridad a los inimputables y a los semiimputables. Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general*. I, Introducción, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 41, nota 104, Günther KAISER, *Befinden sich die kriminalrechtlichen Massregeln in der Krise?*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, C.F. MÜLLER, 1990, según el cual: “Cualquiera que sea el sentido en que se hable de ‘crisis’ –como notoria insuficiencia para realizar los fines de política jurídica y el programa normativo, como expresión de una configuración defectuosa en función de un programa alternativo implícito, o de una mayor necesidad de legitimación– no se advierte razón alguna que obligue a abandonar las medidas de seguridad y el sistema de la doble vía” (p. 51), y A.J. SANZ MORÁN, *El tratamiento del delincuente habitual*, en *Política Criminal*, revista electrónica chilena, diciembre de 2007, .p. 15, quien afirma “no tenemos inconveniente en mostrarnos partidarios de una respuesta ‘dualista’ al problema del delincuente habitual peligroso de criminalidad media o grave. Opción que se fundamenta en la línea apuntada por Frisch (...) en el dato de que la pena no está en condiciones de asumir con carácter exclusivo las distintas exigencias derivadas de la prevención especial que, en muchos casos, se satisfacen mejor con una adecuada combinación de penas y medidas”.

aunque pueda ser eficaz, para los delincuentes habituales de criminalidad leve (pequeños timadores, carteristas).

Debería incluirse, en cambio, en el elenco de medidas de seguridad, el internamiento en un centro de terapia social⁽²⁶⁾. El éxito de estos centros ha sido discutido, pero predominan, sin duda, los juicios favorables⁽²⁷⁾.

Marino Barbero Santos y J. M^a Morenilla Rodríguez habían solicitado la inclusión de la medida de internamiento en un centro de terapia social en el Anteproyecto de 1979, que dio lugar al Proyecto de Código Penal español de 1980⁽²⁸⁾, pero la ponencia redactora no aceptó su propuesta⁽²⁹⁾.

En la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal español de 1983 se incluía el internamiento en un centro de terapia social en el catálogo de medidas de seguridad (art. 86, 2,5^a) y se preveía su aplicación, como única medida de seguridad privativa de libertad, a los delincuentes habituales. Su campo de aplicación resultaba excesivamente amplio. Cabía oponer, en este

(26) Véase, sobre estos centros, mi artículo, El tratamiento de los semiimputables, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1973, fasc. 1, p. 32 y ss., incluido en mi libro, Problemas fundamentales del Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1982, p. 153 y ss., mis Consideraciones politicocriminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992, Lección inaugural del Curso Académico 1993-1994, Universidad de Zaragoza, p. 39 y ss., el detenido y profundo estudio de la terapia social realizado por Hilde KAUFMANN, en Kriminologie, III, Strafvollzug und Sozialtherapie, Kohlhammer, 1977, p. 152 y ss. (trad. castellana por Juan BUSTOS RAMÍNEZ, Criminología, ejecución penal y terapia social, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 238 y ss.), H. SCHÜLER SPRINGORUM, Problemática de los establecimientos de terapia social, en La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales, Instituto Alemán, Madrid, 1982, p. 121 y ss., Die sozialtherapeutischen Anstalten – ein kriminalpolitisches Lehrstück?, en Gedächtnisschrift für Hilde KAUFMANN, Walter de GRUYTER, Berlín-Nueva York, 1986, p. 167 y ss.

(27) Véase, por ejemplo, H. SCHÜLER SPRINGORUM, Problemática de los establecimientos de terapia social, p. 127 y ss., Die sozialtherapeutischen Anstalten – ein kriminalpolitisches Lehrstück?, p. 178 y ss., G. KAISER, Kriminologie, 3^a ed., C.F. MÜLLER Verlag, Heidelberg, 1996, par. 92, n^o 16, p. 991, G. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, II Strafen und Massnahmen, Verlag Stämpfli, Berna, 1989, par. I, n^o 52, pp. 38-9, JESCHECK-WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5^a ed, Duncker-Humblot, Berlin, 1996, p. 813 (Tratado de Derecho Penal, Parte General, trad. De Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 876), Rudolf Egg, Sozialtherapeutische Behandlung und Rückfälligkeit im längerfristigen Vergleich, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, fasc. 6, 1990, p. 358 y ss. y R. ORTMANN, Zur Evaluation der Sozialtherapie, Z.Str. W., tomo 106, 1994, fasc. 1, p. 782 y ss.

(28) Véase su Dictamen, La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y su reforma, publicado en Doctrina Penal, n^o 6 (abril-junio 1979), p. 217 y ss. y en BARBERO SANTOS, Marino. *Marginación social y Derecho represivo*. Bosch, Barcelona, 1990, p. 155 y ss., especialmente pp. 168 y 170.

(29) Tampoco prosperó mi sugerencia, en el seno de la Comisión General de Codificación, de introducir dicha medida, en los siguientes términos: “El internamiento en centro de terapia social para menores de veintiún años que presenten graves anomalías en su personalidad que guarden relación con la comisión del delito y en los que pueda apreciarse la probabilidad de que se conviertan o sean ya, delincuentes habituales o profesionales de criminalidad grave. La duración del internamiento no podrá exceder de cinco años. El límite de veintiún años era puramente convencional. Se trataba de reducir el campo de aplicación de la medida, dado el elevado coste económico de los centros de terapia social, haciéndola viable en la práctica”. Véase, a este respecto, mi Lección inaugural, Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992, pp. 39-40.

sentido, las mismas objeciones que se formularon en Alemania a una propuesta similar del Proyecto Alternativo de Código Penal⁽³⁰⁾. La aplicación de esta medida de seguridad a todos los delincuentes habituales resultaría imposible, dado el elevado coste de los centros de terapia social y nuestras posibilidades económicas. Por otra parte, como señaló Grünwald, la aplicación de esta medida de seguridad carecería de justificación si el delincuente habitual no presentaba una grave perturbación de su personalidad que hubiera influido en la comisión del delito.

En el nuevo Código Penal debería haberse previsto la posibilidad de aplicar la medida de internamiento en un centro de terapia social a aquellos delincuentes habituales de criminalidad grave menores de veinticinco años, en quienes se aprecie una grave anomalía en su personalidad que hubiera influido en la comisión del delito. El límite de veinticinco años es puramente convencional. Se trata de reducir el campo de aplicación de la medida, dado el elevado coste económico de los centros de terapia social, haciéndola viable en la práctica⁽³¹⁾. La aplicación de la medida debería ser, en todo caso, voluntaria, es decir, debería llevarse a cabo siempre con la anuencia del condenado.

Es preferible la regulación del internamiento en un centro de terapia social como medida de seguridad que como modalidad de ejecución de las penas privativas de libertad, concretamente de las de prisión (como sucede

(30) Véase mi artículo El tratamiento de los semiimputables, Problemas fundamentales del Derecho Penal, pp. 154-5.

(31) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Propone la introducción de la medida de seguridad de internamiento en un centro de terapia social para todos los delincuentes reincidentes peligrosos de 18 a 25 años; véase: *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. pp. 386-387. Es un campo de aplicación demasiado amplio, a mi juicio, pues desborda probablemente nuestras posibilidades económicas y sobre todo porque la aplicación de esta medida carece de justificación si no se trata de delincuentes habituales de criminalidad grave, que presenten graves anomalías en su personalidad que hayan influido en la comisión del delito. El que se trate de delincuentes habituales de criminalidad grave no está garantizado simplemente porque el delito esté sancionado con una pena privativa de libertad, como exige Marín de Espinosa, en función de la errónea regulación del principio de la proporcionalidad en el nuevo Código penal español (art. 6,2); véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, I Introducción, p. 42 y ss. y mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general*, III, *Teoría jurídica del delito* /2, pp. 71-73. Para los delincuentes reincidentes peligrosos mayores de 25 años propone, como medida, la aplicación de la pena en régimen de sentencia relativamente indeterminada (véase ob. cit. p. 387 y ss.). El mínimo y el máximo de la pena estarían en función de la gravedad del delito (coincidirían con el marco penal fijado en la ley para el delito correspondiente), pero su duración concreta dependería de los progresos realizados en la tarea de reeducación y reinserción social, es decir de la peligrosidad del delincuente. Se trata de una nueva propuesta de tercera vía, inspirada en el Código Penal portugués, que implica, como todas ellas, el peligro de una confusión sobre el fundamento y los fines de las penas y las medidas de seguridad. Véase, a este respecto, mi artículo, El tratamiento de los semiimputables, incluido en mi libro Problemas fundamentales del Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 150-151 y mi *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, III, p. 111.

actualmente en Alemania, en los arts. 9 y 123 de la Ley de ejecución de penas)⁽³²⁾, pues de lo contrario el tratamiento y su duración estarían condicionados por la imposición y la duración de la pena.

Por último, debería haberse introducido también en el Código, en el elenco de medidas de seguridad, la de internamiento en un centro de custodia. Es una medida imprescindible para hacer frente a la peligrosidad de los delincuentes habituales de criminalidad grave a quienes no se pueda aplicar la medida de internamiento en un centro de terapia social (por la edad alcanzada, porque presenten graves anomalías en su personalidad que no guarden relación con la comisión del delito, o que no acepten la aplicación de dicha medida). o en que una aplicación de la misma no ofreciera serias perspectivas de contribuir a favorecer la reinserción social. Dado el campo de aplicación que aquí sugiero la custodia de seguridad no debería perseguir **siempre exclusivamente** el fin de aseguramiento⁽³³⁾. En la medida de lo posible, de acuerdo con la personalidad del delincuente, debería aplicarse un tratamiento tendente a conseguir su reinserción social.

Rechaza recientemente, en nuestro país, la introducción de la medida de internamiento en un centro de custodia Gracia Martín⁽³⁴⁾, por estimar, en un planteamiento paralelo al del estado de necesidad, que el mal causado es mayor que el que se trata de evitar. El mal que se quiere evitar (la comisión de delitos futuros) no es inminente y es además de producción incierta, mientras que el mal causado (la imposición de tratos inhumanos o degradantes, el menoscabo del derecho a la libertad, la infracción del mandato de determinación y el olvido del principio de humanidad) es real y efectivo. La medida de internamiento en un centro de custodia sería, pues, contraria al principio de proporcionalidad, que es un principio general del Derecho. Sus argumentos me parecen, sin embargo, discutibles. La incertidumbre de la producción de un mal futuro, de la futura comisión de un hecho delictivo, no invalida el juicio de peligrosidad (que puede ser, según las circunstancias y la personalidad del delincuente muy elevada; piénsese, por ejemplo, en los terroristas y en los violadores). El propio Gracia Martín reconoce, por otra parte, que la custodia de seguridad no implica, como tal, un atentado a la dignidad de la persona humana, un desconocimiento de la condición del delincuente

(32) La Ley del 20 de diciembre de 1984 derogó el artículo 65 del Código Penal, que regulaba la medida de seguridad de internamiento en un centro de terapia social.

(33) Por estimar que se trata de una medida exclusivamente “concebida para hacer frente a la peligrosidad de delincuentes habituales incorregibles con profundas alteraciones en la personalidad”, se opone a su introducción MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. p. 386.

(34) Véase GRACIA MARTÍN, Luis. *Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho*. En: Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 990 y ss.

como ser responsable. La indeterminación de la duración es inherente a las medidas de seguridad (también a las que se aplican a los inimputables y semimimputables). La aplicación del internamiento en un centro de custodia no tiene por qué implicar un trato inhumano o degradante, especialmente si se realiza una revisión periódica en la aplicación de la medida para constatar si ha desaparecido o no la peligrosidad del delincuente, es decir, en la terminología de Pufendorf, que invoca Gracia Martín, si ha adoptado la decisión éticamente libre y responsable de reincorporarse al estado de socialidad⁽³⁵⁾.

Durante muchos años la medida de seguridad de internamiento en un centro de custodia fue objeto en Alemania de numerosas críticas y su aplicación disminuyó considerablemente⁽³⁶⁾. Se le objetaba sobre todo que al perseguir fundamentalmente un fin de aseguramiento y no de reinserción social del delincuente era difícilmente compatible con las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho.

Ante el incremento de la inseguridad ciudadana y de la sensación de inseguridad en los países de la Europa occidental, se ha producido un resurgimiento de la medida de custodia de seguridad⁽³⁷⁾. En Alemania se am-

(35) Cano Paños se manifiesta en contra de la custodia de seguridad por la indeterminación del término "propensión al delito" y del concepto de "peligrosidad", que utiliza el Código Penal alemán en la regulación de la custodia de seguridad (art. 66), que pueden dar lugar a una aplicación arbitraria de la medida; véase CANO PAÑOS, Miguel Ángel. "El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el Derecho Penal Alemán". En: *Cuadernos de Política Criminal*, nº 91, 2007, pp. 239-240 y 249. Realmente la figura del delincuente por tendencia que se introdujo en la nueva Parte General del Código Penal alemán tiene una mayor amplitud y un perfil más difuso que el término delincuente habitual, que se utiliza en el Código Penal español; La seguridad jurídica se ve garantizada, sin embargo, en el Código Penal alemán por la exigencia de la condena o la comisión de un cierto número de delitos dolosos de considerable gravedad. Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal español, Parte General*. III, pp. 172-173. A favor de la introducción de la medida de custodia de seguridad, en cambio, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando G. Junto a otras medidas de seguridad no privativas de libertad, para los delincuentes imputables peligrosos. Sería aplicable, sin embargo, únicamente en lugar de la agravante de reincidencia y en relación con un número reducido de delitos de especial gravedad, pues, según él, su justificación se hallaría únicamente en lo injusto culpable (la reincidencia supondría siempre una mayor gravedad de la culpabilidad) y al presentar el sujeto, en estos casos, una capacidad normal de comprensión de lo injusto de su conducta y de obrar conforme a ese conocimiento y no requerir una tutela o protección especial del Estado. Véase SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando G. Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad, en *Revista Penal*, nº 17, p. 155 y ss. Las medidas de seguridad no hallan su justificación, sin embargo, en lo injusto culpable, sino, a mi juicio, en el interés social preponderante; véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general*, I, p. 41 y ss.

(36) Véase, a este respecto, LAUBENTHAL, Klaus. Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, *Z.Str.W.* tomo 116, 2004, fascículo 2º, p. 712 y ss. y CANO PAÑOS, M. A. El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el Derecho Penal Alemán. Ob. cit., p. 244 y ss.

(37) Véase, a este respecto, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. *El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos*, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Vol. 1º, Cuenca 2001, p. 706, Klaus LAUBENTHAL. *Die Renaissance der*

plió su campo de aplicación, y se eliminó el límite máximo de duración de diez años para la custodia de seguridad impuesta por primera vez, por la Ley para la lucha contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos, de 1998⁽³⁸⁾. y, en el año 2002, por la Ley para la introducción de la reserva de imposición de la custodia de seguridad, se previó la posibilidad de que el tribunal, en la sentencia condenatoria, previera la posibilidad de imponer el internamiento en un centro de custodia al finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad (art. 66 a), si concurrían los requisitos establecidos en el artículo 66 del Código Penal alemán para la aplicación de dicha medida de seguridad. Solo debía imponerse la medida, sin embargo, cuando cupiera esperar que el condenado, al ser puesto en libertad, cometiera delitos de considerable gravedad, que causen un grave daño físico o psíquico a las víctimas, es decir cuando se tratase de delincuentes violentos o contra la libertad sexual.

Pero la evolución ha ido, incluso, más lejos. Se ha introducido recientemente la posibilidad de imponer la medida de custodia de seguridad por el tribunal a posteriori, es decir aunque su imposición no hubiera sido prevista en la sentencia condenatoria. Así ha sucedido en Alemania por la Ley para la introducción de la custodia de seguridad a posteriori, de 23 de julio de 2004⁽³⁹⁾. Se trata de hacer frente a la peligrosidad puesta de manifiesto por hechos conocidos después de la sentencia condenatoria por determinados delitos y antes de finalizar la ejecución de la pena “si de la valoración global del condenado, de sus hechos, y además de su evolución durante la ejecución de la pena, se deduce la gran probabilidad, de que cometa delitos de considerable gravedad, que causen un grave daño psíquico o corporal a las víctimas”; se puede imponer también la custodia de seguridad a aquellos

Sicherungsverwahrung. p. 703 y ss, TRECHSEL, Stefan. Nachträgliche Sicherungsverwahrung. En: *Festschrift für Manfred Burgstaller*. Zum 65. Geburtstag, NWV Wien-Graz, 2004, p. 201 y ss., LUDWIG, Karl, STRATENWERTH, Kunz-Günter. *Zum Bericht der Arbeitsgruppe “Verwahrung”*, separata de Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, tomo 123, 2005, fasc. 1º, p. 2 y ss., ROBLES PLANAS, Ricardo. *Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad, en la revista electrónica In Dret*. Octubre de 2007, p. 6 y ss. y SANZ MORÁN, Ángel José. “El tratamiento del delincuente habitual”. En: *Política Criminal. Revista electrónica chilena*, diciembre de 2007. Cano Paños considera que la ampliación del campo de aplicación de la custodia de seguridad en Alemania no está justificada desde el punto de vista criminológico: “En todo caso no puede venir motivada por un aumento efectivo tanto de los delitos de carácter sexual como de otros delitos de carácter grave”; véase, lug. Ob. cit, p. 248 y el gráfico 1 de la p. 220.

(38) La medida de custodia de seguridad tiene, desde entonces, una duración indeterminada y según el artículo 67 d. 3 del Código Penal alemán puede ser revisada a los diez años y ser dejada sin efecto si el Tribunal considera que ha desaparecido la peligrosidad del delincuente.

(39) Muchos Länder se adelantaron a esta reforma, mediante leyes para el internamiento de delincuentes, de carácter administrativo, para cerrar una laguna, a su juicio existente, en la seguridad ciudadana; véase, a este respecto, LAUBENTHAL. *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*. Ob. cit., pp. 707 y 742 y ss.

delincuentes a los que se hubiera aplicado la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico, al finalizar la aplicación de dicha medida, cuando concurren determinados requisitos “si de la valoración global del condenado, de sus hechos, y además de su evolución durante la ejecución de la medida, se deduce la gran probabilidad, de que cometa delitos de considerable gravedad, que causen un grave daño psíquico o corporal a las víctimas” (nuevo artículo 66 b del Código Penal alemán). Se trata de impedir que el condenado al ser puesto en libertad, una vez cumplida la pena de prisión o la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico, pueda cometer graves delitos contra la vida, la integridad corporal o la libertad sexual. Una disposición similar se introdujo por la mencionada Ley (artículo 4) en el Derecho Penal juvenil. El artículo 106 de la Ley de los Tribunales para jóvenes recibió una nueva redacción para introducir también la posibilidad de la imposición de una medida de internamiento en un centro de custodia no prevista en la sentencia condenatoria.

En Suiza se ha introducido asimismo la imposición a posteriori de la medida de seguridad de internamiento en un centro de custodia. La Ley de reforma del Código Penal y de la Ley penal militar aprobada el 24 de marzo de 2006 y que entró en vigor el día 1 de enero de 2007, prevé la introducción de un nuevo párrafo segundo en el artículo 65, del siguiente tenor: “Si se pone de manifiesto, durante la ejecución de la pena privativa de libertad, por nuevos hechos o medios de prueba, que concurren en un condenado los presupuestos de aplicación del internamiento en un centro de custodia y que se daban ya en el momento de la condena, sin que el Tribunal hubiera podido tener conocimiento de ello, puede el Tribunal ordenar a posteriori la imposición de la custodia. La competencia y el procedimiento se regirán por la regulación del juicio de revisión”⁽⁴⁰⁾.

A favor de la introducción de la imposición a posteriori de la medida de internamiento en un centro de custodia se invoca la necesidad de evitar la puesta en libertad de delincuentes sumamente peligrosos que cometerán probablemente al ser liberados graves delitos contra la vida, la integridad corporal o la libertad sexual. En contra se esgrimen serias objeciones desde el punto de vista del Estado de Derecho. La imposición a posteriori del internamiento en un centro de custodia infringiría el principio de proporcionalidad, el principio de legalidad, el de irretroactividad de la ley penal desfavorable, si se

(40) Por otra parte el 8 de febrero de 2004 se introdujo, mediante un referéndum, una modificación en la Constitución (art. 123 a) para poder aplicar la custodia de seguridad de un modo prácticamente perpetuo a todos “los delincuentes violentos y contra la libertad sexual sumamente peligrosos que no fueran susceptibles de tratamiento terapéutico”; véase, a este respecto, LUDWIG KUNZ, Kart. “Gefährliche Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung. En: *Menschesgerechtes Strafrecht*. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, C. H. BECK, Munich, 2005, pp. 1378-1379.

aplica a los delincuentes peligrosos que hayan delinquido o estén cumpliendo ya condena al entrar en vigor la nueva ley y el principio *ne bis in idem*⁽⁴¹⁾.

Es preciso analizar, aunque sea brevemente, dichas objeciones para ver si la imposición a posteriori de la medida de internamiento en un centro de custodia es o no incompatible con las exigencias del Estado de Derecho.

El principio de proporcionalidad no sería infringido si la medida guarda proporción con la peligrosidad puesta de manifiesto por la gravedad de los delitos cometidos y de los que se considera probable que pueda cometer el sujeto al ser puesto en libertad. No es obstáculo para ello que la custodia de seguridad apenas se diferencie en su aplicación de una pena privativa de libertad, pues la medida de seguridad no debe guardar proporción con la gravedad de lo injusto culpable, sino con la peligrosidad del delincuente⁽⁴²⁾. Tampoco el margen de error en el pronóstico de la conducta futura del delincuente afecta, por sí mismo, a la proporcionalidad de la medida⁽⁴³⁾.

En nuestro Código Penal vigente el problema se plantea, sin embargo, de otro modo, dada la forma en que se regula en él el principio de proporcionalidad. Según el apartado 2 del artículo 6: “Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor” (art. 6,2). Con arreglo a este criterio se condiciona la posibilidad de aplicar medidas de seguridad privativas de libertad a que el delito cometido esté sancionado con una pena privativa de libertad y la duración de la medida no puede exceder de la de la pena que le hubiera sido impuesta al sujeto de haber obrado culpablemente o, en el caso de los semimputables, de la prevista por el Código para el delito de que se trate (arts. 95,2, 101,1, 102,1, 103,1 y 104)⁽⁴⁴⁾. Este criterio impediría, sin duda,

(41) El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha declarado, no obstante, en la sentencia del 10 de febrero de 2004 que la imposición de la custodia de seguridad a posteriori no es contraria a la Constitución; véase, a este respecto, R. ROBLES PLANAS, “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad, ob. cit., p.7 y A. J. SANZ MORÁN, El tratamiento del delincuente habitual, ob. cit., pp. 9-10.

(42) No me parece, por ello, convincente la objeción de LAUBENTHAL; véase: *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, pp.710-711.

(43) Como estima Laubenthal, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, pp. 714 y 749-750.

(44) En el Código de 1995 se establece como límite de duración de la medida de internamiento para los semiimputables la pena abstracta, señalada al delito correspondiente (art. 104), en lugar de la pena impuesta, como sucedía en el n° 1 del art. 9 del anterior Código Penal. Para los inimputables el límite está representado, en cambio, por la pena concreta que les habría sido impuesta de haber obrado culpablemente (arts 101.1, 102.1 y 103.1); véase, a este respecto, mi Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, pp. 71 y ss. y 106 y ss. La formulación del principio de la proporcionalidad en el nuevo Código Penal se basa en el pensamiento de Muñoz Conde; véase MUÑOZ CONDE. *Adiciones a la traducción de la 3ª ed. del Tratado de Derecho Penal, Parte general*; de JESCHECK, I, p. 124, Introducción, a Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, recopilación de artículos de C. ROXIN,

la aplicación de la medida de internamiento en un centro de custodia a posteriori tanto si hubiera sido prevista como si no en la sentencia condenatoria. El delincuente habitual peligroso habría obrado culpablemente y le habría sido impuesta la pena correspondiente a la medida de lo injusto y de la culpabilidad de su conducta. La regulación del principio de la proporcionalidad en nuestro Código me parece errónea, sin embargo, porque las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no tienen que ser **necesariamente** proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente⁽⁴⁵⁾. La referencia a la gravedad del delito cometido, en la formulación del principio de la proporcionalidad, solo puede tener el sentido de que se trata de un síntoma más a tener en cuenta para enjuiciar la peligrosidad del delincuente; un síntoma que puede ser confirmado o desvirtuado por otros. El delito cometido puede ser de escasa gravedad, pero aparecer como sumamente probable la comisión futura de delitos muy graves. Precisamente por evitar este malentendido me parece preferible la formulación del principio de la proporcionalidad en el art. 133 del Proyecto de Código Penal de 1980, donde se exigía únicamente que las medidas

-
- Reus, Madrid, 1981, p. 28, Monismo y dualismo en el Derecho penal español, en Estudios penales y criminológicos, VI, Universidad de Santiago de Compostela 1983, pp. 236-7, Medidas de seguridad en la reforma de 1983 y en la PANC: ¿monismo o dualismo?, en V Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n° 6, monográfico 1983, pp. 502-3 y 505-6, Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo, en Derecho Penal y Control Social, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 69 y ss. y 74 y ss. y Vorschlag eines neuen Maßregelsystems, W. HASSEMER, Strafrechtspolitik Bedingungen der Strafrechtsreform, Verlag Peter Lang, Frankfurt, a. M., Berna, Nueva York, pp. 119 y ss. Se ha adherido a este criterio recientemente J. J. GONZÁLEZ RUS, "Artículo 6". En: *Comentarios al Código Penal I*. Edersa, Madrid, 1999, pp. 208 y ss. y 251 y ss.
- (45) Véase también, en este sentido, GRACIA MARTÍN, Luis. "Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española". En: *Actualidad Penal*. 1993, n° 37, pp. 567-8 y en GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M. A., ALASTUEY DOBÓN, M. C. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch Valencia, 2006, p. 460 y ss, y en GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M. A., ALASTUEY DOBÓN, M. C. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 399 y ss., URRUELA MORA, Asier. "Los principios informadores del Derecho de medidas en el Código penal de 1995". En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° 8, julio, 2001, p. 179 y ss., SANZ MORÁN. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*. Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 179 y ss. y los autores mencionados en mi Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, p. 72, nota 100 (JORGE BARREIRO, A. ha insistido en su crítica, en Crisis actual del dualismo en el Estado Social y Democrático de Derecho, en modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, UNED, Facultad de Derecho, Madrid, 2001, p. 160 y ss.). De otra opinión, CUELLO CONTRERAS, J. (*El Derecho Penal Español, Parte General*. Nociones introductorias. Teoría del delito, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, p. 139 y ss.), para el que "la peligrosidad" que se considera a efectos de la medida es la misma que se considera a los efectos de la pena: **la que cabe extraer del anterior delito cometido** y no la que pueda tener su origen en una suerte de añadido asociado a la personalidad anormal del autor o a sus circunstancias sociales" (ob. cit., p. 142, el subrayado en el original). En: Cuello Contreras este criterio es consecuente con su renuncia a la peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad. No es posible, sin embargo, fundamentarlas en el juicio de culpabilidad y ni siquiera con referencia al mismo, como pretende Cuello Contreras, que se ve obligado a reconocer que: "Otras veces la medida no se relaciona con la culpabilidad el autor por el hecho delictivo (...), sino con la prevención del delito" (p. 140).

de seguridad guardasen proporción “con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer”⁽⁴⁶⁾.

El principio de legalidad es conceptualmente independiente del de irretroactividad de las leyes penales⁽⁴⁷⁾. En sentido estricto, el principio de legalidad exige únicamente que la pena o medida de seguridad que se apliquen estén reguladas en una ley en el momento de su aplicación. Si la imposición a posteriori de la medida de internamiento en un centro de custodia, una vez finalizado el cumplimiento de la pena privativa de libertad o de la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico está prevista en la ley no supone una infracción del principio de legalidad, siempre que concurran en el caso concreto los requisitos exigidos en la regulación legal.

Más discutible es si no supone una infracción del principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables la aplicación a posteriori de la medida de internamiento en un centro de custodia, al finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad o de la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico si el hecho delictivo que fue objeto de la condena o los nuevos hechos conocidos durante el periodo de ejecución de la pena o de la medida y que ponen de manifiesto la peligrosidad del delincuente fueron realizados antes de la entrada en vigor de la ley que prevé la imposición a posteriori de la mencionada medida⁽⁴⁸⁾. En Alemania rige en general el criterio de que tratándose de medidas de seguridad debe aplicarse la ley vigente en el momento del juicio, pero se hace excepción para algunas medidas entre las que se encuentra la custodia de seguridad (art. 2, VI del CP alemán); en estos casos debe aplicarse la ley vigente en el momento del hecho. En España, de acuerdo con la opinión dominante en nuestro país, se aplica a las medidas de seguridad el mismo criterio que a las penas (art. 2 del CP español). Rige el principio de la irretroactividad de las leyes penales y se hace una excepción para las leyes penales favorables al reo. Al tratarse de una ley desfavorable para el reo la que introduce la posibilidad de la imposición a posteriori de la custodia de seguridad, esta no sería posible si el hecho delictivo enjuiciado o los nuevos hechos conocidos durante la ejecución de la pena o de la medida, hubieran sido realizados antes de la entrada en vigor de la nueva ley. El criterio de la opinión dominante en nuestro país y de nuestro Código no

(46) Véase también, en este sentido, ROMEO CASABONA, Carlos M^a. “*El Anteproyecto de Código Penal de 1992*”. En: Presupuestos para la reforma penal, Universidad de La Laguna, 1992, pp. 12-3.

(47) Véase, a este respecto, mi Curso de Derecho Penal español, Parte General, I Introducción, p. 218.

(48) Consideran que con ello se infringe el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables TRECHSEL, Stefan. *Nachträgliche Sicherungsverwahrung*. p. 208, KUNZ-STRATENWERTH. *Zum Bericht der Arbeitsgruppe “Verwahrung”*. pp. 14-15 y CANO PANOS. “*El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung)*” en *el Derecho Penal alemán*. Ob. cit., p. 249.

me parece, sin embargo, convincente. Como señaló ya Rodríguez Mourullo, al tratarse de la aplicación de medidas de seguridad a estados peligrosos, no se plantea el problema de la retroactividad si dichos estados perduran, como es obligado, en el momento del juicio, aunque los hechos reveladores de los mismos sean anteriores a la entrada en vigor de la ley. Estos hechos deberán ser ya delictivos, sin embargo, en el momento de su realización⁽⁴⁹⁾.

Más fundamento tiene, a mi juicio, la objeción de la infracción del principio *ne bis in idem*⁽⁵⁰⁾. Al enjuiciarse al finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad o de la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico si se aprecia en el delincuente la probabilidad de que, al ser puesto en libertad, cometa graves delitos violentos o contra la libertad sexual, deberá hacerse referencia obligadamente en el juicio de pronóstico al delito ya enjuiciado y que fue objeto de la sentencia condenatoria⁽⁵¹⁾. No se dará, sin embargo, una infracción del principio *ne bis in idem* cuando la imposición a posteriori de la custodia de seguridad estuviera prevista en la sentencia condenatoria, aunque se hiciera depender también de la evolución del condenado durante la ejecución de la pena o de la medida. Si la imposición a posteriori de la medida de internamiento en un centro de custodia no guardara relación con el hecho delictivo enjuiciado en la sentencia, sino únicamente con otros hechos posteriores conocidos durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad y que no constituyeran delito estaríamos ante una medida de seguridad predelictual, inadmisibles en un Estado de Derecho y de imposible aplicación en nuestro Código Penal (arts. 6, 1 y 95).

En resumen, *de lege ferenda*, me parece rechazable la introducción de la imposición a posteriori de la medida de internamiento en un centro de custodia, salvo cuando dicha imposición estuviera prevista de antemano en la sentencia condenatoria⁽⁵²⁾. En este último caso la posibilidad de imposición de la custodia de seguridad exigiría una reforma de la regulación del principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad en nuestro Código. La previsión en la sentencia condenatoria de la posibilidad de aplicar la medida de internamiento en un centro de custodia a posteriori podría estimular al recluso a comportarse adecuadamente y a cooperar activamente en el tratamiento para conseguir su rehabilitación y reinserción social⁽⁵³⁾.

(49) Véase, a este respecto, mi Curso de Derecho Penal español, Parte General, I Introducción, pp. 222-223.

(50) Formulada, por ejemplo, por TRECHSEL. *Nachträgliche Sicherungsverwahrung*. p. 208 y ss. y KUNZ-STRATENWERTH. *Zum Bericht der Arbeitsgruppe "Verwahrung"*, pp. 12-13.

(51) Véase, en este sentido, LAUBENTHAL, Klaus. *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*. p. 750.

(52) Véase, en este sentido, KUNZ-STRATENWERTH. *Zum Bericht der Arbeitsgruppe "Verwahrung"*. p. 17.

(53) Véase, en este sentido, LAUBENTHAL, Klaus. *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*. p. 740.

La previsión en la sentencia condenatoria de la posibilidad de imponer a posteriori la medida de internamiento en un centro de custodia, es un medio de hacer frente al problema real de evitar la puesta en libertad de delinquentes muy peligrosos que cometerán probablemente al ser liberados graves delitos contra la vida, la integridad corporal o la libertad sexual. En España nos hemos visto confrontados en los últimos tiempos con este problema, en el llamado caso Parot. Este terrorista de ETA había sido condenado, entre otros delitos, por 150 asesinatos en grado de consumación o tentativa acabada, no había mostrado la más mínima señal de arrepentimiento y su próxima puesta en libertad produjo una considerable alarma social. Había sido condenado siempre con base en el Código Penal de 1973, según el cual el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad era el triple de la más grave y en todo caso no podía exceder de treinta años (art. 70, regla 2ª). Sobre esta llamada “pena de cumplimiento” se aplicaban los beneficios penitenciarios (redención de penas por el trabajo, libertad condicional). El Tribunal Supremo, en su sentencia del **28 de febrero de 2006**, para retrasar la puesta en libertad de Parot hasta el año 2020, rompió con una línea jurisprudencial constante y estimó que los beneficios penitenciarios, en este caso la redención de penas por el trabajo, deben aplicarse no sobre la llamada “pena de cumplimiento”, sino sucesivamente sobre todas y cada una de las diversas penas privativas de libertad impuestas en la sentencia. Mediante la redención de penas por el trabajo, institución que no se incorporó al nuevo Código Penal, se abonaba para el cumplimiento de la pena un día por cada dos de trabajo (art. 100 del anterior Código Penal). Suponía, por tanto, la reducción de la “pena de cumplimiento” en un tercio. Al aplicarse ahora la redención de penas por el trabajo no a la “pena de cumplimiento”, sino sucesivamente a todas y cada una de las penas privativas de libertad impuestas se hace posible el cumplimiento de una pena privativa de libertad de treinta años de duración efectiva⁽⁵⁴⁾. El cambio jurisprudencial, que no solo afecta a los terroristas, sino a todos los delincuentes⁽⁵⁵⁾, puede aplicarse, sin duda, con carácter retroactivo, aun siendo desfavorable para el reo, al no ser la jurisprudencia fuente del Derecho, en el sentido de que no puede crear normas de carácter general de segura aplicación en el futuro⁽⁵⁶⁾. El problema radica, a mi juicio, en que el nuevo criterio jurisprudencial no se ajusta a la

(54) El condenado ha interpuesto el 28 de marzo un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (R. A. 3490/2006).

(55) El mismo criterio ha sido aplicado por el Tribunal Supremo a un delincuente no terrorista en la sentencia del 29 de setiembre de 2006. El sujeto había sido condenado a un total de 116 años por tres delitos de asesinato, un robo con intimidación, una agresión sexual, un delito de violación, maltrato habitual a su esposa, lesiones y amenazas.

(56) Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte general, I Introducción*. pp. 196 y ss y 226.

voluntad de la ley. Es cierto que la mal llamada “pena de cumplimiento” no es una pena nueva, autónoma, en relación con las diversas penas impuestas en la sentencia⁽⁵⁷⁾, pero es una “unidad de ejecución penitenciaria” formada en atención a los fines de la pena (especialmente el de la rehabilitación y reinserción social) y los beneficios penitenciarios (redención de penas por el trabajo, en este caso) sirven también a los mismos fines y han de aplicarse, por tanto, sobre la “unidad de ejecución”⁽⁵⁸⁾. El Tribunal Supremo se pronunció bajo los efectos de una presión social y política irresistible, ante la próxima excarcelación de Parot y otros terroristas asesinos múltiples, pero el respeto al principio de legalidad es una exigencia insoslayable del Estado de Derecho⁽⁵⁹⁾. Por otra parte, es una solución equivocada a un problema real. La

(57) En contra de lo que se afirma en el apartado tercero del voto particular formulado por los ilustres magistrados José Antonio Martín Pallín, Joaquín Giménez García y Perfecto Andrés Ibáñez, según los cuales, “las penas impuestas en la sentencia, tratadas conforme a las reglas de aplicación previstas, se transforman –‘se refunden’–, dice la jurisprudencia– en otra de la misma naturaleza, pero distinta”. Se manifiesta conforme con este criterio MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. En: *Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot*. La Ley, Año XXVII, Núm. 6443, viernes 17 de marzo de 2006, p. 3 y en Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al Caso Parot”), La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, n° 29, julio-agosto 2006, pp. 83 y ss. y 87 y ss.

(58) Véase también, en este sentido, SANZ MORÁN, Ángel J. “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios” (A propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo N° 197/2006, del 28 de febrero). En: *Revista de Derecho Penal* (Lex Nova), n° 18, mayo 2006, p. 30 y ss. y CUERDA RIEZU, Antonio. El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, del 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales. En: *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Cuadernos de Derecho Judicial. VII, 2006, p. 260 y ss.

(59) En ello insisten, con razón, los magistrados que formularon el voto particular (apartado noveno). Por otra parte, tanto los magistrados que formularon el voto particular, como Manzanares señalan, con razón, que el criterio en la aplicación de la redención de penas por el trabajo era una cuestión ajena al objeto del recurso de casación presentado. Ni el fiscal, ni el acusado tuvieron, por ello, la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión. “Algo difícilmente compatible”, señala Manzanares, con la indefensión proscrita por el art. 24.1 de la Constitución” (Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot, p. 3 y Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al Caso Parot”, p. 85). El recurso de casación tenía por objeto conseguir la acumulación de todas las penas privativas de libertad, con el fin de que se estableciera un único límite máximo de cumplimiento de treinta años, en contra del criterio de la Audiencia Nacional (formulado en el Auto de 26 de abril de 2005) de dividir las en dos bloques (por una interrupción de la actividad delictiva durante unos dos años y medio y por haber actuado Parot en ambos periodos formando parte de dos comandos distintos). Según la Audiencia Nacional procedía, por ello, establecer dos periodos de cumplimiento máximo de la pena de treinta años cada uno. Con ello se distanciaba evidentemente del concepto material de conexión, mantenido por el Tribunal Supremo a partir de las sentencias del 15 de abril de 1994 (A. 6000) y 27 de abril de 1994 (A. 4.400), de las que fue ponente Enrique Bacigalupo. Con arreglo a este criterio, sumamente discutible (véase, a este respecto, mi Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, p. 311, nota 27) eran conexos todos los delitos cometidos después de haber recaído la última sentencia condenatoria. Este criterio ha influido, sin duda, en la nueva redacción del apartado 2 del art. 76 del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2003, del 30 de junio: “La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”.

introducción en nuestro ordenamiento de la medida de seguridad de internamiento en un centro de custodia y la posibilidad de prever en la sentencia condenatoria su imposición a posteriori me parece una solución preferible. Preferible, sin duda también a la ampliación desmesurada, en nuestro Código penal vigente de los límites máximos de cumplimiento de las penas privativas de libertad, en la regulación del concurso real de delitos y a la introducción de la prisión perpetua con revisión tras algunos años de cumplimiento efectivo⁽⁶⁰⁾.

(60) Que sugiere MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. En: *Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot*. p. 2 y *Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al Caso Parot)*. p. 77 y ss.

Tratamiento jurisprudencial y legislativo de los delitos relativos a la prostitución

Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ
(España)

SUMARIO: I. “Prostitución”: un término para el debate. II. El concepto jurídico-penal de prostitución. 1. Actos de significación sexual. 2. El precio. 3. La controvertida “habitualidad”. III. El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la prostitución. IV. Prostitución de menores de edad o incapaces. 1. Interpretación penal de “menor de edad” y de “incapaz”. 2. La conducta típica. 3. ¿Son típicos los actos de prostitución con menores cuando el menor ya se hubiera iniciado en dicha actividad con anterioridad? 4. El sujeto activo del delito: en particular la conducta del “cliente”. 5. La irrelevancia del consentimiento del menor de edad o incapaz. 6. El error del sujeto activo sobre la edad del menor o incapacidad de la víctima. V. Prostitución de personas mayores de edad. 1. La conducta típica. 2. Modalidades. VI. La dirección liberalizadora del legislador de 1995 y la pretendida vuelta al pasado del legislador de 2003. VII. El Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal.

I. “PROSTITUCIÓN”: UN TÉRMINO PARA EL DEBATE

Contra lo que algunos pudieran pensar de que la prostitución no necesita ser un tema objeto de debate por ser algo tan antiguo como la propia Humanidad, lo cierto es que lo necesita y mucho. Debate que ha intentado propiciar no tanto la doctrina como el cine que ha recurrido en numerosas ocasiones al tema de la prostitución. Si tuviera que elegir una película donde la polémica se plantee más seriamente, esta sería *La calle de la vergüenza* del cineasta japonés Kenji Mizoguchi. Una película de 1956 que sitúa la historia en un antiguo barrio licencioso de un Tokio minado por la posguerra, donde está a punto de aprobarse una Ley que condenará la prostitución, hecho que causa gran inquietud entre sus habitantes. La película es una crítica devastadora del submundo de la prostitución, que relata la vida de un grupo de mujeres que se han visto reducidas a esa

condición por la falta de oportunidades: por un marido en paro y tuberculoso, por un padre campesino y muerto de hambre, por un amante desaprensivo, etc. Hay una escena magistral donde un diputado intenta convencer a las prostitutas de que lo mejor para ellas es que no se apruebe la ley contra la prostitución porque la misma ley las abocaría a la miseria. Para Mizoguchi parece que no hay lugar ni para la liberación sexual ni para la liberación social. Pocos meses después del estreno de *La calle de la vergüenza*, el Parlamento japonés ilegalizaba la prostitución.

La prostitución está necesitada de un debate serio donde se implique toda la sociedad porque nos encontramos ante un fenómeno social complejo caracterizado principalmente por la enorme hipocresía que le rodea. Hipocresía de determinados medios de comunicación que respaldan en sus editoriales las manifestaciones populares en contra de la prostitución callejera y páginas más atrás insertan publicidad masiva de la misma. Hipocresía de determinados poderes públicos, como es el caso del Ayuntamiento de Barcelona que multa a las prostitutas y a sus clientes. La llamada “Ordenanza de Medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona”, recuerda a la felizmente fallecida Ley de Vagos y Maleantes del franquismo. Según el Alcalde de Barcelona, la Ordenanza no prohíbe la prostitución –lógicamente no la prohíbe porque no puede– sino que “prevé una capacidad de sanción a la oferta y la demanda cuando exista un apoderamiento del espacio público. Es decir, en los casos en los que la prostitución callejera interfiera de forma importante en la convivencia”. La Ordenanza de Barcelona se aplica desde hace algo más de dos años y afectó, sobre todo, a la prostitución que se ejercía en el barrio del Raval y en una zona del Eixample barcelonés. Las multas son de hasta 750 euros por negociar en la calle y de entre 1.500 y 3.000 si la práctica es en el espacio público. En 2007 se impusieron 2.937 multas, 900 de ellas a clientes. Tras Barcelona, Lleida ha seguido los mismos pasos para erradicar la prostitución callejera y ha aprobado en febrero de 2009 una nueva Ordenanza de civismo que prevé multar a las prostitutas y a sus clientes con sanciones que oscilan entre 300 y 3.000 euros. Parece que frente al sistema abolicionista actual se quiere instaurar un modelo reglamentista de la prostitución. Y finalmente, la hipocresía de numerosos ciudadanos cuando se manifiestan sobre el tema de la prostitución.

El Derecho español no declara ilícita la prostitución misma, pero sí una serie de hechos concomitantes. Se sancionan, en definitiva, determinadas conductas de terceras personas relacionadas con la prostitución. Pero, creo que ya a un paso del año 2010, debería la sociedad empezar a plantearse si el término “prostitución” debe seguir siendo utilizado para designar a ese fenómeno social complejo.

Soy consciente de que los cambios de término no llegan a buen fin. Basta recordar que cuando se tramitaba el Código Penal de 1995, el Grupo Socialista se opuso a la utilización del término violación por entender que tradicionalmente había sido equiparado a la penetración vaginal y por no proteger realmente la libertad sexual sino un concepto de sexualidad conectado con la función reproductora de la mujer. Finalmente el Código penal de 1995, rompiendo la tradición histórica, hizo desaparecer el término “violación” del texto punitivo pero por poco tiempo, ya que la reacción ante la desaparición de un término tan emblemático no se hizo esperar y culminó con la Reforma de 1999 que volvía a recuperar dicho término.

Pero, habrá al menos que intentarlo. Principalmente por dos razones. Primera, porque en el lenguaje coloquial al término “prostitución” se le atribuye una significación despectiva, despreciativa, cuando las más de las veces, es una forma de supervivencia y en algunas ocasiones es una profesión libremente aceptada como muestra el debate que acogió el Parlamento Europeo a mediados de octubre de 2005 a favor y en contra de la prostitución, donde algunas prostitutas decían ser felices con una actividad ejercida voluntariamente y definidas por ellas como “oficio digno de un reconocimiento y regulación como cualquier otro”.

Y en segundo lugar, porque además de esa significación despectiva es un término que siempre ha ido unido a la mujer. La palabra “prostitución” ha tenido y tiene una connotación exclusivamente femenina como evidencia, por ejemplo, el hecho de que cuando se quiere despreciar, menospreciar, subestimar, insultar, ofender a una mujer se utiliza la palabra “puta” o “prostituta” y en cambio cuando se quiere ofender, despreciar a un hombre se recurre, no al calificativo “puto”, sino que el calificativo que se usa es el femenino pero con referencia a su madre.

II. EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE PROSTITUCIÓN

El concepto que se maneje de prostitución es importante porque va a servir para interpretar y aplicar los tipos penales.

En el Ordenamiento Jurídico español no se cuenta con un concepto legal del término “prostitución”, a pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dice expresamente: “Reintroducir el delito de corrupción de menores o incapaces por considerar insuficiente las normas relativas a la prostitución, definiendo auténticamente ambos conceptos”, lo cierto es que no se encuentra definición alguna en el nuevo texto.

Desde el punto de vista etimológico prostitución significa “hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otra persona a cambio de dinero” y es ese punto de vista etimológico el asumido por nuestros Tribunales como ponen de manifiesto todas las sentencias del Tribunal Supremo como, por ejemplo, la sentencia del 7 de mayo de 1998, la sentencia del 7 de abril de 2000 o la sentencia del 29 de mayo de 2007 que dice: “La prostitución ha sido definida como la prestación de servicios de índole sexual con tendencia a la reiteración o a la habitualidad y mediante un precio generalmente consistente en una cantidad de dinero”. En este mismo sentido también se pronuncia la jurisprudencia menor. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas del 22 de octubre de 2007 entiende que: “El concepto básico, acerca del cual gira esta figura de delito es el concepto de prostitución que, en síntesis, podemos definir como la situación en que se encuentra una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual a otro a cambio de una contraprestación de contenido económico, generalmente una cantidad de dinero”.

Un concepto de prostitución lo ofrece asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004 cuando afirma: “Es cierto que ‘prostituir’, también según el Diccionario, es ‘hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero’. Pero teniendo en cuenta que en este ‘otras personas’ está semánticamente comprendido todo el que reciba de alguien servicios sexuales mediante precio. Puesto que de este modo hace que ese alguien se prostituya. O lo que es lo mismo, si se prostituye el que comercia con el propio cuerpo, prostituye cualquiera que propicie esa clase de relación; incluido, por tanto, el mismo que se implica en ella como receptor de la prestación sexual”.

Existe además una coincidencia generalizada en la sociedad a la hora de señalar como rasgo primordial de la prostitución la entrega sexual por un precio. La seña de identidad de lo que se conoce como prostitución es el cobro de una contraprestación por realizar una acción sexual o como dice el Tribunal Supremo en su sentencia del 16 de febrero de 1998, “por prostitución se viene entendiendo el comercio carnal mediante precio”.

De esa seña de identidad se extraen dos notas: prestación de naturaleza sexual y percepción de unos honorarios en contraprestación al servicio prestado. Notas que recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas del 22 de octubre de 2007 al afirmar: “comportamiento que, desde esta perspectiva, ha de tener un doble contenido, pues ha de tratarse de realización de acto o actos de significación sexual y, además, a cambio de una contraprestación económica. Sin tal doble contenido no se concibe que pueda haber una incitación a la prostitución”.

1. Actos de significación sexual

La primera nota, la prestación de naturaleza sexual debe ser entendida en un sentido amplio, comprensivo de cualquier variante que pueda ser solicitada, no solo de las más convencionales, de ahí que matice la sentencia del Tribunal Supremo del 11 de abril de 1991 que “la palabra prostitución, por su significado etimológico y actual, no tiene necesariamente que referirse a la realización por precio del acto sexual pleno, sino que puede abarcar cualquier depravación en el comercio carnal de cierta importancia, medida esta por la repulsa social que provoca, debiendo reputarse tal, a juicio de esta Sala, la masturbación hecha a cualquiera, varón o hembra, por otro del mismo o diferente sexo y con un móvil de beneficio económico”.

Por lo tanto, es indiferente la naturaleza y entidad de los actos sexuales practicados: acceso carnal, anal, bucal, masturbación, etc., o como afirma la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de julio de 2003: “Quien permite o da acceso carnal, masturbación, felación, etc., a cambio de dinero, decimos que ejerce la prostitución, cualquiera que sea la clase del acto de significación sexual que ofrece o tolera”. Doctrina que reitera, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas del 22 de octubre de 2007.

2. El precio

La segunda nota esencial del concepto viene constituida por el precio.

La prostitución, en todo caso, tiene declarado el Tribunal Supremo requiere un móvil de beneficio económico en quien la practica (sentencias del Tribunal Supremo del 11 de abril de 1991 o 26 de marzo de 1997), o como dice la sentencia del 13 de junio de 2001: “La prostitución es una relación sexual a cambio de precio, que debe concurrir en quien la practica”.

Hay que entender por precio no solo la entrega de una cantidad de dinero sino también otro objeto o cosa que tenga un valor de mercado, como un automóvil, joyas, abrigo de pieles, etc.

Tengo mis dudas sobre que no se fuerce demasiado el concepto de prostitución al requerir esta segunda nota: el precio. En primer lugar, porque el precio nada tiene que ver con la limitación a la libertad sexual y, en segundo lugar, porque puede llegar a plantear problemas en los casos de falta de prueba del mismo como ocurrió en un caso donde la sentencia de instancia había condenado al acusado por un delito relativo a la prostitución de menor, a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión y multa de 200.000 pesetas. El acusado recurrió en casación y el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de mayo de 1998, declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la que condena al acusado como autor de un delito de abuso sexual a menores en grado de tentativa a la pena de un mes y quince días de prisión.

Para el Tribunal Supremo, con cita en sentencias anteriores, “la prostitución requiere en cualquier caso un móvil de beneficio económico en quien la practica. Por eso, los hechos enjuiciados no pueden ser sancionados, a tenor del tipo penal de inducción a la prostitución, sin perjuicio de que puedan integrar el de abusos sexuales”.

Por tanto, el Tribunal Supremo a falta de móvil económico, tiene que recurrir al tipo de abusos sexuales.

También se ha planteado esta dificultad práctica, de haberse producido el pago, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de marzo de 1998, que juzga el conocido como “caso Arny”, en la que finalmente se absuelve a uno de los acusados entre otras razones porque uno de los testigos “no expresó siquiera que el acusado le diera dinero por ese supuesto acto sexual, faltando pues, un requisito esencial del tipo”.

Por otra parte el delito relativo a la prostitución existe, resultando indistinto que no conste el precio exacto a cambio del cual se mantenían las relaciones sexuales” (sentencia del Tribunal Supremo del 22 octubre de 2001); siendo asimismo irrelevante, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas del 30 de noviembre de 2007, que la contraprestación sea previa o posterior al contacto sexual.

3. La controvertida “habitualidad”

Si hay acuerdo doctrinal y jurisprudencial en torno a las dos anteriores notas, no sucede lo mismo con la pretendida nota de habitualidad.

En un principio la jurisprudencia entendió que las notas que configuraban la prostitución eran la entrega sexual, venalidad, habitualidad y promiscuidad (sentencia del Tribunal Supremo del 18 de junio de 1976). Requisitos que en la sentencia del Tribunal Supremo del 7 de abril de 1999 se reducen al definir la prostitución como “aquella actividad que ejercida con cierto carácter de habitualidad y generalidad, conlleva la prestación de servicios sexuales mediante precio”, destacando las notas de habitualidad y generalidad. Para la Jurisprudencia la prostitución es la entrega sexual de una persona, acto realizado de forma habitual e indiscriminada, a cambio de precio o cosa que lo represente. Se introduce así una tercera nota: la habitualidad.

Otras sentencias no utilizan exactamente el término habitualidad sino el de reiteración como hace la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de julio de 2001: “El concepto básico, acerca del cual gira esta figura de delito, es el concepto de prostitución que, en síntesis, podríamos definir como la situación en que se encuentra una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual

a otro a cambio de una contraprestación de contenido económico, generalmente una cantidad de dinero. Quien permite o da acceso carnal, masturbación, felación, etc. a cambio de dinero, de forma más o menos repetida en el tiempo, decimos que ejerce la prostitución, cualquiera que sea la clase del acto de significación sexual que ofrece o tolera”.

Esta doctrina es reiterada por otras sentencias posteriores, si bien en la sentencia del 22 octubre de 2001, el Tribunal Supremo matiza que es suficiente con uno o dos meses. En este caso se recurre por falta de tipicidad de la conducta enjuiciada por no constar en los hechos probados, la habitualidad, requisito esencial, según se alega, de la prostitución concebida como oficio. Para el Tribunal Supremo: “Tampoco en esto tiene razón la parte recurrente. En el *factum* de la Sentencia impugnada se describe la situación de cuatro mujeres que, por espacio de uno o dos meses, se vieron inducidas u obligadas a ejercer la prostitución, sin que por ello aceptasen que esta tuviese que ser en adelante su forma de vida. El citado lapso de tiempo es más que suficiente para afirmar que las mujeres ejercieron la prostitución en beneficio de los procesados, pues la habitualidad –con independencia de que no aparece en la definición legal del tipo cuestionado– no puede identificarse con una dedicación permanente o definitiva a cierta ocupación ni se desvanece, como característica que tuvo una actividad temporalmente llevada a cabo, cuando quien la ejerció bajo determinados condicionamientos consigue liberarse de ellos y abandonarla”.

El requisito de la habitualidad resaltado en la sentencia del 7 de abril de 1999 ha resultado cuestionado por otras sentencias al entender que en la prostitución “no necesita probarse la habitualidad” (sentencia del 6 de noviembre de 1978) y también la sentencia del Tribunal Supremo del 16 de febrero de 1998 se ha manifestado en contra de la exigencia de este requisito al definir la prostitución como el comercio carnal mediante precio y dice que “el delito tipificado en el actual artículo 187.1, no incluye entre las exigencias para la existencia del delito, el que la conducta inductora, favorecedora o facilitadora de la prostitución se realice habitualmente”. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del 17 de abril de 2000, donde el Tribunal Supremo afirma que se da el delito aunque solo existiese un solo hecho. También la sentencia del Tribunal Supremo del 17 de junio de 2002, para la que basta una sola acción del sujeto activo dirigida y determinada a doblegar la autodeterminación de la víctima y, en consecuencia, su libertad sexual: “La habitualidad a que se refiere el recurrente no es requisito de la conducta típica, pues basta una sola acción del sujeto activo dirigida y determinada a doblegar la autodeterminación de la víctima y, en consecuencia, su libertad sexual, que tenga como efecto el que esta venga a satisfacer los deseos sexuales de otra, para que se consume el delito”.

En las últimas sentencias el Tribunal Supremo ha dejado de aludir a tal requisito. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004: “Es cierto que ‘prostituir’, también según el Diccionario, es ‘hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero’. Pero teniendo en cuenta que en este “otras personas” está semánticamente comprendido todo el que reciba de alguien servicios sexuales mediante precio”.

Aunque el concepto de prostitución es muy discutido, su nota esencial es el hecho de entregarse sexualmente a otra persona mediante precio, y puede ser tanto prostitución masculina como femenina, comprendiendo tanto las relaciones heterosexuales como las homosexuales, mostrándose partidaria la jurisprudencia última de apreciar la prostitución ante un solo acto sexual a cambio de precio, por lo que la nota de habitualidad parece no encajar ya en la línea interpretativa última del Tribunal Supremo.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN

Los delitos relativos a la prostitución están ubicados en el Título VIII del Libro II del Código Penal entre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, lo que constituye un indicio, aunque no determinante, de cuál es el bien jurídico protegido en estos delitos.

Si hacemos un repaso por la historia penal se comprueba que fue la Ley Orgánica 3/1989, del 21 de junio, de Actualización del Código Penal, la encargada de sustituir la expresión “delitos contra la honestidad” contenida hasta entonces en la rúbrica por la de “delitos contra la libertad sexual”. Pero, a pesar del cambio de rúbrica no se cambió demasiado el contenido del Título pues la conservación de algunos tipos penales sin modificación alguna evidenciaban, contrariando lo proclamado en la nueva rúbrica, la presencia de consideraciones de orden moral que nada tenían que ver con la libertad sexual.

Esta constituye la razón principal por la que la jurisprudencia hubo de rechazar que el cambio de rúbrica afectara al contenido de la antijuricidad y a la formulación típica de los delitos relativos a la prostitución o que hiciera desaparecer la ilicitud penal en casos en que no se diera coerción u otro medio atentatorio contra la libertad para determinar la voluntad de la persona prostituida. Para ello el Tribunal Supremo declaró, reiterando la doctrina de las sentencias del 21 de junio de 1993 y 14 de octubre de 1994, que “en los delitos relativos a la prostitución la libertad se entiende de una manera amplia y por ella la ley protege a las personas de la prostitución de la explotación o del peligro de ella” (sentencia del Tribunal Supremo del 27 de enero de 1995); o justificó la amplitud de los tipos por el afán del legislador de

extender la tutela penal a “las zonas periféricas de la voluntad en cuanto se pretende proteger a la persona prostituida de cualquier género de explotación o aprovechamiento por terceros del producto de su tráfico sexual” (sentencia del Tribunal Supremo del 14 de octubre de 1994). En otras resoluciones, sin necesidad de entroncar los tipos penales con la libertad personal como bien jurídico protegido, proclamó sin reservas la justificación de la sanción penal por consideraciones ajenas a la libertad personal, asentadas en categorías morales cuya prevalencia se deseaba por el legislador en las relaciones sociales: así a la moral sexual social se refieren las sentencias del 25 de junio de 1988, 28 de febrero de 1989, 11 de junio de 1990 y 7 de febrero de 1992; a la prostitución considerada como lacra social o como ejercicio degradante de la sexualidad, y a la necesidad de defender a la sociedad contra tan lamentable conducta se refiere la sentencia de 11 de junio de 1990; la sentencia del 7 de febrero de 1992 proclama la obligación de mantener el castigo penal de quienes como intermediarios buscan la explotación del sexo ajeno; y la sentencia del 22 de febrero de 1996 alude a la necesidad de “proteger a la mujer de la explotación o del peligro que para ella supone la prostitución”.

Como era de esperar, esta línea jurisprudencial chocó frontalmente con la realidad social. La constatación de una progresiva aceptación de comportamientos sexuales desde el prisma de la libertad de elección entre personas adultas, restringiendo su reproche a comportamientos sexuales contrarios a la libertad personal, llevó posteriormente al legislador a despenalizar conductas tradicionalmente típicas.

Pero si tras la reforma de 1989, la rúbrica hace referencia a “la libertad sexual”, habrá que empezar por conocer qué se encierra bajo esa expresión o, en definitiva, qué se entiende por “libertad sexual”.

Al bien jurídico protegido en los delitos relativos a la prostitución se refiere la sentencia del Tribunal Supremo del 12 de enero de 1998, en estos términos: “Este bien jurídico como claramente se desprende del enunciado del Título, no es otro que la libertad sexual. Se trata, pues, en los artículos mencionados, de proteger la libertad sexual –y con ella, la dignidad personal– de quienes se encuentran en riesgo de ser compelidos, de cualquier forma, al ejercicio de la prostitución y la de quienes ya la ejercen para el supuesto de que quieran dejar de traficar con su propio cuerpo. (...) Esta libertad se tutela frente a determinadas actividades relacionadas con la prostitución, con mayor o menor intensidad según sea mayor de edad o menor o incapaz la persona en riesgo de prostituirse o ya prostituida”. Por tanto, parece que el Tribunal Supremo entronca la libertad sexual con la dignidad personal. También la sentencia del Tribunal Supremo del 5 de junio de 2006 continúa esta línea al afirmar: “El bien jurídico protegido es, pues, la libertad sexual de la víctima, así como la dignidad de la persona que se ve sujeta a una situación de prostitución”.

La sentencia del Tribunal Supremo del 7 de abril de 1999, se muestra más clara: “La regulación de los delitos relativos a la prostitución en el Nuevo Código Penal se ha realizado desde la perspectiva de que el bien jurídico que debe ser tutelado no es la moralidad pública ni la honestidad como tal, sino la libertad sexual, entendida en sentido amplio. En consecuencia las conductas relativas a la prostitución que se tipifican penalmente son las que afectan a dicha libertad sexual, es decir aquellas en que se fuerce de algún modo la voluntad de las personas adultas, determinándolas coactivamente, mediante engaño o abusando de su situación de necesidad, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella (art. 188.1).

En cuanto a los menores (e incapaces), estima el legislador que la tutela del derecho de los menores a un adecuado proceso de formación sexual, impone procurar activamente su exclusión del mercado de la prostitución, dada la influencia que el precio puede ejercer sobre una voluntad inmadura, viciando su consentimiento”.

Sin embargo, es la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de diciembre de 1999 la más explícita: “El bien jurídico protegido es la libertad sexual, esto es, el derecho de todas las personas a la autodeterminación sexual, si bien tratándose de menores, como sucede en este caso, se extiende a la libre formación de la sexualidad hasta el momento de poder ejercer la autodeterminación”.

Posteriormente, la Ley Orgánica 11/1999, del 30 de abril, que modifica el Título VIII, se encargó de añadir a la rúbrica la expresión “indemnidad sexuales”. Como dice la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica: “las normas contenidas en el Código Penal de 1995 relativas a los delitos contra la libertad sexual no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos”.

Al rezar la nueva rúbrica “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, el Tribunal Supremo, al referirse al bien jurídico protegido por estos delitos, establece diferencias dependiendo de si recaen en mayores o menores. Así la sentencia del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 2004, afirma: “En cuanto al delito relativo a la prostitución del art. 188.1 y 4, debemos

recordar que la realidad criminológica, que constantemente nos pone ante el fenómeno de la explotación de la prostitución ajena, ha obligado a todos los Estados civilizados, incluso mediante Convenios Internacionales puesto que el fenómeno traspasa fácilmente las fronteras de cada nación, a salir al paso y reprimir penalmente una actividad en la que el afán de lucro lleva a convertir en mercancía a la persona, con absoluto desconocimiento de su dignidad, desconociendo o quebrantando, si es preciso, su libertad con especial incidencia en la dimensión sexual de la misma. Esta libertad se tutela frente a determinadas actividades relacionadas con la prostitución, con mayor o menor intensidad según sea mayor de edad o menor o incapaz la persona en riesgo de prostituirse o ya prostituida. Si se trata de una persona mayor de edad –art. 188.1– el delito solo surge cuando se “determine”, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima (...) a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Pero si se trata de una persona menor de edad o incapaz –art. 187– es suficiente para la acción sea delictiva que se induzca, promueva, favorezca o facilite su prostitución, sin duda porque la Ley parte del supuesto de que el consentimiento prestado por el menor o incapaz a los meros requerimientos o facilidades de quienes pretenden su prostitución no puede ser considerado válido ni justificar jurídicamente la conducta de aquellos. El atentado a su libertad sexual existe aunque no se le coaccione ni engañe, aunque no se abuse de su situación de necesidad y aunque el sujeto activo no se prevalega de su superioridad. Basta que se induzca, promueva, favorezca o facilite su prostitución, con independencia de que constituya un delito más grave, art. 188-4, si se emplean los medios comisivos de violencia, intimidación o engaño o abusivos que se detallan en el art. 188.1 del CP, como es el caso que se plantea ante la Sala”.

Con referencia a los menores de edad, añade la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas del 30 de noviembre de 2007: “lo que trata de proteger el tipo penal es el libre desarrollo de todo menor o incapaz, en el sentido de que el hecho mismo de mantener relaciones sexuales, como manifestación que es de la naturaleza humana, se desenvuelva en perfiles justamente de libertad, espontaneidad y autodeterminación, evitándose con ello que en el desarrollo de este tipo de conductas intervengan factores externos que inciten a las mismas más allá de la mera voluntad del sujeto pasivo, lo cual acontece con la existencia de una contraprestación económica o de naturaleza similar (como pueden ser regalos, golosinas, etc.).

También la sentencia del Tribunal Supremo del 29 de noviembre de 2004, se refiere al bien jurídico protegido en estos términos: “La regulación de los delitos relativos a la prostitución en el nuevo Código Penal se realizó desde la perspectiva de que el bien jurídico que debe ser tratado no

es la moralidad pública ni la honestidad como tal, sino la libertad sexual entendida en sentido amplio. Lo que se castiga en el Título VIII del CP son aquellas conductas en las que la involucración de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre, incluyendo los casos en los que la víctima aun no es capaz de decidir libremente o está patológicamente incapacitada para ello”.

Lo que parece desprenderse de las sentencias del Tribunal Supremo es que no se puede defender un Derecho Penal protector de una determinada moral y por tanto el bien jurídico tiene que estar exento de matices moralizantes, siendo el bien jurídico protegido la libertad sexual, entendida como el libre ejercicio de la sexualidad sin más limitaciones que las que deriven del respeto hacia la libertad ajena, y la indemnidad sexual del menor, entendida como el derecho del menor o incapaz a un normal desarrollo de su personalidad en el marco de la sexualidad.

IV. PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD O INCAPACES

El Capítulo V del Título VIII, tras la nueva versión dada por la Ley Orgánica de 1999, distingue dos grupos diferenciados de actividades delictivas: prostitución de menores de edad e incapaces y de mayores de edad (arts. 187 y 188) y otro, el de las infracciones referidas a la explotación sexual y a la corrupción de los dos primeros (art. 189), concepto el de corrupción que no coincide exactamente con el de prostitución y que se puede interpretar como ejecución de actos que perjudiquen la natural evolución de la libido de personas en vías de madurez sexual.

A la prostitución de menores de edad o incapaces se refiere el apartado primero del artículo 187 del Código Penal al castigar:

“El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

La prostitución de menores es un tipo de delincuencia que crece en proporciones alarmantes en todos los países del mundo, especialmente en algunos de los de mayor pobreza, donde muchos menores se prestan a la realización de actos sexuales a cambio de dinero o simplemente de alimentos.

1. Interpretación penal de “menor de edad” y de “incapaz”

El tipo penal se refiere como sujeto pasivo al menor de edad o incapaz.

El término “menor de edad” está tomado en el sentido civil de menor de 18 años. Así dice la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de julio de 2003: “Que el sujeto pasivo sea un menor de 18 años”.

Para la jurisprudencia es indiferente que el menor de 18 años se encuentre emancipado, de ahí la sentencia del Tribunal Supremo del 6 de abril de 1987, que afirma: “el sujeto pasivo son los menores de 18 años, resultando irrelevante que la víctima se encuentre emancipada por razón de matrimonio”.

En cuanto al término “incapaz”, este encuentra su definición en el artículo 25 del Código Penal: “Toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”. A partir de esa definición legal, la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de julio de 2003, dice: “que el sujeto pasivo sea un menor de 18 años o un incapaz, según la definición que nos ofrece el art. 25 del CP, es decir, una persona que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernarse por sí misma, debiendo entenderse, para los casos como el presente, que esa facultad de gobierno ha de referirse al ámbito de lo sexual”.

2. La conducta típica

A diferencia del tipo de prostitución de adultos no se requiere en la prostitución de menores e incapaces el recurso a medios coactivos, basta con involucrar al menor o incapaz en la prostitución aún con su consentimiento. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo del 14 de julio de 1995 considera: “No exige que se ejerzan medios coactivos ni violentos sobre una persona para determinar su prostitución o corrupción, sino, con carácter más amplio y general, que se promueva, favorezca o faciliten esos comportamientos en persona de edad inferior a 18 años, porque lo que se pretende con ese precepto penal es proteger a personas caracterizadas por su inexperiencia y edad juvenil de la explotación ajena de su prostitución e incluso del peligro de ella”.

A los medios comisivos se refiere asimismo la sentencia del Tribunal Supremo del 18 de septiembre de 1996, en estos términos: “Promover equivale a impulsar, a iniciar, a incitar o a estimular. Favorecer consiste en cooperar, fomentar, patrocinar, contribuir, mediar. Facilitar es posibilitar, permitir, simplificar, allanar. Cualquiera de tales verbos, o todos ellos a la vez, están comprendidos en la conducta del acusado cuando dominó la voluntad del menor de edad, sobre los doce y trece años, realizando de manera continua y pertinaz, en un dilatado periodo de tiempo, los distintos actos sexuales que culminaban con la penetración anal”.

Mientras que la sentencia del Tribunal Supremo del 7 de mayo de 1998, se muestra más concisa: “Inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución son formas diversas de prostituir, que etimológicamente significan ‘hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otra persona, a cambio de dinero’”.

3. ¿Son típicos los actos de prostitución con menores cuando el menor ya se hubiera iniciado en dicha actividad con anterioridad?

La respuesta a esta pregunta no ha sido unánime por parte de la jurisprudencia. La primera posición del Tribunal Supremo sostiene que los actos de prostitución con menores, conociendo dicha condición, son atípicos cuando el menor ya se hubiera iniciado en dicha actividad con anterioridad, pues no determina un cambio cualitativo de su condición. En este sentido se muestra la sentencia del 12 de abril de 1993, que tiene su origen en la sentencia de una determinada Audiencia Provincial que había condenado al acusado como autor de un delito relativo a la prostitución. El Ministerio Fiscal recurrió la anterior resolución en beneficio del reo y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la que le absuelve al considerar: “Consignando el hecho declarado probado en la sentencia recurrida el encuentro del acusado con Alicia C., de 14 años de edad, en la calle, cuando esta ejercía la prostitución, a la que se dedicaba desde los doce años, y la realización del acto carnal por precio, que no fue pagado por aquel no obstante haberlo convenido, resulta claro, con tales únicos datos, la imposibilidad de incardinar la referida conducta en el texto expreso del art. 452 bis b) 1. del Código Penal, pues la realización de un solo acceso carnal por precio con persona que se dedicaba desde dos años antes al ejercicio de la prostitución, no supone una acción de favorecimiento de esa determinada persona para tal comercio subsumible en el tipo penal citado más arriba, en cuanto que el encartado, lo que hizo, fue aceptar una oferta de persona que estaba prostituida ya prácticamente desde su infancia y no propiciar su permanencia en tan viciosa conducta, por lo que procede aceptar el recurso interpuesto en beneficio del reo por el Ministerio Público”.

También la posterior sentencia del Tribunal Supremo del 12 de enero de 1998, mantiene igual solución: “En lugar alguno del *factum* se dice que los acusados realizasen actos que pudiesen ser considerados como inducción, promoción o favorecimiento en sentido estricto de la prostitución, ni se dice tampoco que su esporádica –aunque en ocasiones plural– relación con las citadas jóvenes tuviese el efecto de inclinarlas al ejercicio de dicho tráfico in-moral. Al contrario, lo que parece insinuado es que las jóvenes, pese a su temprana edad, ya estaban prostituidas cuando los acusados tuvieron acceso carnal con ellas, dato que se confirma con mayor claridad a través del examen de las actuaciones que esta Sala ha podido hacer”.

Sin embargo, pronto se demostró que este criterio jurisprudencial no podía seguir prosperando al no resultar nada convincente en cuanto que la tutela penal no se limita a los menores “honestos” sino a todos los menores por su mera condición de menores. De ahí que se produzca un cambio en la jurisprudencia a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo del 7 de abril de

1999, que juzga un caso de relaciones sexuales con carácter reiterado con mujer de 14 años por precio, la cual ya estaba iniciada en la prostitución: “Por coherencia con lo dispuesto el art. 188 y en atención a las necesidades de tutela del bien jurídico protegido –que como se ha expresado–, no es la honestidad, sino la libertad sexual ha de entenderse que las referidas conductas son punibles, tanto si tienen por objeto iniciar a un menor en el ejercicio de la prostitución como si tienden a mantenerlo en ella. En efecto la prostitución no puede ser considerada como una especie de “estado irreversible”, por lo que el menor ya iniciado no pierde por ello la tutela del ordenamiento jurídico frente a los comportamientos de los mayores que abusen de su limitada capacidad de conocimiento y voluntad, contribuyendo a mantenerlo en dicha dedicación o ejercicio”.

Este nuevo entendimiento jurisprudencial permite incluir en el ámbito de lo penalmente tutelado a las personas que ya habían sido corrompidas o prostituidas con anterioridad, y que quedaban fuera cuanto lo tutelado era la honestidad.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla del 19 de marzo de 1998 ha insistido en el mismo tema al señalar que “resulta irrelevante que el menor o menores cuya prostitución o corrupción se favorezca se encuentren ya prostituidos ya que siempre se espera o es posible una regeneración que indudablemente se dificulta con los nuevos actos de inducción a la prostitución, que le hunden más, si cabe, en la degradación de su normal desarrollo y libertad sexual”.

También la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de diciembre de 1999 vuelve a reiterar lo mantenido en la sentencia anterior: “En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 187.1 del Código Penal, en relación con la doctrina de esta Sala.

Se alude en el motivo a la Sentencia de esta Sala del 12 de enero de 1998 y se sostiene que no puede cometerse el delito de prostitución con jóvenes que ya están prostituidos.

El motivo no puede prosperar. Ciertamente, esta Sala, en un Pleno celebrado el 12 de febrero de 1999, apreció que una relación sexual con un menor, mediante precio, puede ser constitutiva de delito aunque el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad y habrá que estar a cada caso concreto, atendiendo a la naturaleza de los actos, su reiteración y a la edad temprana del menor para alcanzar el convencimiento de que el ofrecimiento de dinero por el adulto sea determinante de que el menor se mantenga en la prostitución. En este caso uno de los menores tenía dieciséis años y otro diecisiete, queda constatado que dichos menores procedían de las capas sociales más pobres y marginadas, viéndose arrastrados a una prostitución

que les iba a proporcionar, como se les había ofrecido, unos ingresos económicos que para ellos eran inalcanzables de otro modo. Todas estas consideraciones evidencian que caso de que estuvieran ya prostituidos, lo que no se dice en el relato fáctico, quien explota sus favores sexuales, aprovechándose de su incultura, extrema pobreza y sobre todo de su limitada capacidad de conocimiento y voluntad para resistirse al acto de prostitución que se les solicita y por el que podrían obtener un dinero que no estaban en condiciones de poder rechazar, está determinándolos a que se mantengan en la prostitución. Eso lo sabía el acusado que era asiduo visitante de un establecimiento en el que iba a encontrar menores que reunían estas características tan propicias para ceder a una relación sexual a cambio de dinero”.

Doctrina que es la que actualmente prevalece como pone de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas del 2 de mayo de 2008 al decir: “Por coherencia con lo dispuesto en el art. 188 del CP y en atención a las necesidades de tutela del bien jurídico protegido –que no es la honestidad, sino la libertad sexual– ha de entenderse que las referidas conductas son punibles, tanto si tienen por objeto iniciar a un menor en el ejercicio de la prostitución como si tienden a mantenerlo en ella”.

4. El sujeto activo del delito: en particular la conducta del “cliente”

En materia de sujeto activo, el principal problema se ha planteado con los clientes, es decir, quien paga al menor de edad o incapaz, quien solicita sus servicios sexuales, ¿puede ser sujeto activo del delito?, o lo que es lo mismo ¿Induce, facilita o favorece la prostitución infantil el cliente, usuario de los servicios sexuales? Lo que está en juego en la respuesta es la posibilidad o no posibilidad de que los clientes puedan cometer el delito de prostitución con menores.

El problema ha sido resuelto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con criterios dispares, provocando finalmente la remisión al Pleno para unificar criterios.

En un primer momento, el Tribunal Supremo en su sentencia del 12 de enero de 1998, negó relevancia penal a la conducta del cliente con la siguiente argumentación: “La necesidad de ampliar al máximo la tutela de la libertad sexual del menor o incapaz frente a los criminales manejos de quien persiga su prostitución podrá llevar, quizá, a estimar realizado el tipo en cuestión por la inducción, mediante precio, a una actividad sexual con el propio inductor siempre que ello suponga o determine un cambio cualitativo con respecto al anterior comportamiento sexual del inducido. Pero no sería admisible, porque no lo permitiría el principio de legalidad, subsumir en el tipo cualquier acto sexual, conseguido mediante precio, con menor o incapaz”.

En igual sentido se pronunciaron otras muchas sentencias del Tribunal Supremo como la del 7 de mayo de 1998.

Esta interpretación jurisprudencial de no considerar subsumible en el art. 187 la conducta del adulto “usuario” de prostitución de menores que paga a cambio de obtener una prestación sexual, arranca de una interpretación sistemática del mismo precepto penal en el contexto de los delitos sexuales contra menores, según la cual no podía admitirse que fueran castigados contactos sexuales a los que el menor accedía sin darse ninguna condición limitativa de la libertad sexual cuando el legislador prevé como únicos supuestos típicos los abusos sexuales con prevalimiento o engaño, llegando a ser castigados estos incluso con penas inferiores a la del art. 187.1.

No obstante, la exclusión de los clientes fue modificada por la sentencia del Tribunal Supremo del 7 de abril de 1999, que recoge el criterio adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su reunión celebrada el 12 de febrero de 1999, para unificación de criterios jurisprudenciales en torno a la interpretación del art. 187.1 del Código Penal 1995, en los supuestos de prostitución con menores y que llega a la conclusión siguiente: “el ofrecimiento de dinero por parte de un adulto puede considerarse suficientemente influyente para determinar al menor”. Si bien “debe examinarse en cada caso (atendiendo a la reiteración y circunstancias de los actos y a la edad más o menos temprana del menor), si las actuaciones de los ‘clientes’ inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución. En este sentido en los casos de prostitución infantil (joven de 15 o menos años de edad), ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como acción de inducción o favorecimiento subsumible en el art. 187.1, máxime cuando se trata de relaciones reiteradas, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente sobre la voluntad del menor, para determinarla a realizar el acto de prostitución solicitado, estimulando y arraigando su dedicación a dicha actividad. Aplicando dicha doctrina al caso actual, procede desestimar el presente motivo de recurso. En efecto consta que el acusado conoció a la joven Eva María cuando esta tenía solamente catorce años de edad, habiéndose iniciado ya en la actividad de prostitución con ocasión del ingreso de su novio en prisión y con la finalidad de obtener medios para sostener su adicción a las drogas. Pese a la temprana edad de la joven el acusado inició con ella una relación sexual remunerada y de carácter continuado, manteniendo relaciones sexuales completas mediante precio en repetidas ocasiones, unas veces abonando las cinco mil ptas. que ella le solicitó en la primera ocasión (en la que la encontró haciendo *auto-stop* a los automovilistas en una zona

frecuentada por personas que se dedicaban a la prostitución) y otras abonándole el doble de la tarifa inicial, cuando las relaciones tenían lugar en el propio apartamento del acusado, repitiéndose los hechos en cinco o seis ocasiones, además de la primera, a lo largo de unos tres meses. Ha de concluirse, confirmando el criterio del Tribunal sentenciador, que atendiendo a la temprana edad de la joven (14 años) y a la reiteración de los actos, el comportamiento del acusado favoreció objetivamente el mantenimiento de la joven en el ejercicio de la prostitución, reforzando y arraigando su dedicación e induciéndole a permanecer en ella. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado”.

En esta misma línea la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla del 19 de marzo de 1998 dice: “Entendemos que el primer problema de carácter general que debe abordarse no es otro que el de si el tipo del art. 187.1 del vigente Código Penal abarca y sanciona no solo la conducta de quienes explotan o de alguna manera se benefician de la prostitución ajena sino también la de los denominados ‘clientes’ o ‘usuarios’ de la prostitución de un menor de dieciocho años, cuestión que ha de merecer respuesta afirmativa”.

Y la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de diciembre de 1999 afirma: “El art. 187.1 del Código Penal castiga a quien induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz (...) Conducta típica que abarca tanto a quien se enriquece con las relaciones que mantienen terceros con menores como a quien directamente satisface sus deseos sexuales pagando a los menores por ello”.

A partir, por tanto, del Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 12 de febrero de 1999, sujeto activo del delito puede ser cualquiera, tanto el que actúa de intermediario en la operación como el que da el dinero a cambio de su propio goce libidinoso, o cuantos participan en el hecho bien en calidad de cooperadores necesarios o de cómplices. Muy particularmente puede serlo el “cliente” que se beneficia del sexo ajeno y paga el servicio recibido. Haciéndose eco de este Acuerdo la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de julio de 2003, dice “tanto quien se enriquece con las relaciones que mantienen terceros con menores como quienes satisfacen sus deseos sexuales con ellos, pueden cometer este delito porque las acciones sexuales a cambio de dinero u otra recompensa o compensación, realizada con un menor de edad o incapaz constituye un supuesto en el que se favorece o estimula la prostitución”.

En definitiva, y como recoge la sentencia del Tribunal Supremo del 5 de noviembre de 2004, el cliente, el que paga al menor por mantener relaciones sexuales, es también sujeto activo del delito.

5. La irrelevancia del consentimiento del menor de edad o incapaz

Se alega no infrecuentemente por parte del acusado para eximirse de la responsabilidad penal, que el menor consintió la relación sexual. Alegación que en ningún caso puede prosperar, pues el consentimiento del menor de edad o incapaz es irrelevante a efectos penales, como reiteradamente viene reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por ejemplo en sus sentencias del 3 de junio de 1990, 20 de mayo de 1993, 12 de mayo de 1994, 5 de noviembre de 2004, o la sentencia del 20 de diciembre de 2004: “El consentimiento del menor ni es válido ni puede justificar jurídicamente la conducta de quienes pretenden su prostitución”.

También desde los Tribunales inferiores se ha mantenido la misma doctrina, como en el caso de la Audiencia Provincial de Sevilla en su sentencia del 19 de marzo de 1999: “siendo indiferente el consentimiento de estos, pues ha de sobreentenderse que el mantenimiento de esas relaciones no es pleno ejercicio de su libertad sexual, pues esta se ve mediatizada, condicionada o anulada por la entrega a cambio de dinero, tal vez el más poderoso medio para la captación de voluntades”.

6. El error del sujeto activo sobre la edad del menor o incapacidad de la víctima

Otra alegación, tampoco infrecuente, es el error sobre la edad del menor o incapacidad de la víctima. Hay que tener en cuenta que el delito de prostitución de menores es un delito doloso que integra en el tipo subjetivo el conocimiento por parte del sujeto activo de que la persona que se prostituye es menor de edad o incapaz.

No prevista la posibilidad de la comisión imprudente, el error del sujeto activo sobre la edad del menor o incapacidad de la víctima determinará, en su caso, la aplicación del artículo 14 del Código Penal y por tanto, la irrelevancia penal del hecho. En cualquier caso, dicho error ha de ser probado por quien alega tal irresponsabilidad por lo que no es bastante con la alegación y así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en múltiples de resoluciones (sentencias del 24 de mayo de 1990, 7 de febrero de 1992, 1 de octubre de 1993, 9 de diciembre de 1999, etc.).

Para el Tribunal Supremo el conocimiento sobre la edad del menor o incapacidad hay que deducirlo de los elementos externos que están presentes en la relación sexual como puede ser el aspecto físico del menor, su previa relación con su explotador, el lugar donde la relación se desarrolla.

Ahora bien, en aquellos casos en que se pone en cuestión el conocimiento de la edad de la víctima, no puede ser excluido el dolo eventual al poder afirmarse el conocimiento y consciencia del alto grado de probabilidad de

que realmente fueran menores de edad y a pesar de ello el sujeto interviene en los hechos.

V. PROSTITUCIÓN DE PERSONAS MAYORES DE EDAD

El Código Penal español castiga en el apartado primero del artículo 188 la prostitución de personas mayores de dieciocho años al establecer:

“El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”.

1. La conducta típica

Se trata de conductas que afectan a la libertad sexual, es decir, aquellas en que se fuerce de algún modo la voluntad de las personas adultas, determinándolas empleando violencia, intimidación, etc. a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella.

Emplea el legislador a la hora de definir la conducta típica el término “determinar”. Pero, ¿qué sentido tiene dicho término? La jurisprudencia tras señalar que “en la nueva normativa penal reguladora de los delitos relativos a la prostitución de personas mayores de edad, la única conducta constitutiva de delito es la que consiste en determinar”, añade que “determinar tiene, entre otros posibles sentidos, el de hacer tomar una resolución coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, al ejercicio de la prostitución o a mantenerse en ella” (sentencia del Tribunal Supremo del 5 de febrero de 1998).

Por lo tanto, como dice la sentencia del 20 de diciembre de 2004: “En relación al art. 188.1, tras la reforma de la LO 1999, la conducta típica ofrece dos alternativas: o bien determinar a la persona a ejercer la prostitución, caso de no haberla ejercido nunca y tratarse de la primera vez, o de haberla ejercido con anterioridad pero haber abandonado ya dicha práctica, o bien determinarla igualmente para hacer que se mantenga en ella, caso de estar ya previamente inmersa en esta actividad”.

Los medios comisivos pueden ser de múltiples y de muy diversa índole aunque legalmente equiparados a efectos punitivos. La ambigua expresión utilizada por la redacción originaria del Código Penal de 1995 “determine coactivamente (...)”, fue sustituida, tras la reforma de 1999, por otra más

clara y contundente en lo que concierne a su interpretación “determine, empleando violencia, intimidación o engaño”.

El primer medio comisivo, violencia, equivale a fuerza física, directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo o sufrir malos tratos en el futuro si no se dedica a la prostitución, es decir, la llamada *vis compulsiva*, mientras el segundo, la intimidación, se corresponde con la fuerza psíquica o moral, es decir, con amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas, en tanto el tercero, el engaño, es sinónimo de fraude o maquinación fraudulenta. Junto a ellos se añaden diversas modalidades de abusos, que no son sino relaciones específicas de prevalimiento del sujeto activo con la víctima, y que se originaria, bien en una situación de superioridad respecto a ello (v. gr. superior jerárquico), bien en su estado de necesidad en el que esta se encuentra (v. gr. penuria económica, drogodependencia, etc.), bien en su específica vulnerabilidad (v. gr. por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar).

2. Modalidades

Un ejemplo de modalidad engañosa típica se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo del 7 de abril de 1997. Se trata en esta sentencia de un supuesto donde el esposo, con el propósito de enriquecerse, trató sin éxito de convencer a su mujer, de procedencia árabe, de que mantuviera relaciones sexuales con otros, diciéndole que era costumbre en España que las mujeres contribuyeran de esa forma a sufragar los gastos de la familia.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo del 3 de febrero de 1999, se refiere a un supuesto que podemos considerar como ejemplo de abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, en el que los acusados se aprovecharon de la extremada juventud de una joven checa, de su desconocimiento del idioma y las costumbres españolas, de su ausencia de amistades de confianza y de su situación ilegal en España, para negarle sus ganancias y obligarla así a continuar ejerciendo la prostitución, que quería dejar, bajo su control y beneficio.

La sentencia del Tribunal Supremo del 7 de octubre de 1998, refiere un supuesto similar de “importación” de una joven colombiana para el ejercicio de la prostitución en condiciones engañosas, con retención de pasaporte, exigencia de devolución de una suma exagerada en concepto de compensación por gastos de viaje y estancia, control de salidas, etc. que dieron lugar al abandono voluntario de la prostitución de la joven y al intento frustrado de obligarla a volver por la fuerza al lugar donde se ejercía la prostitución. La sentencia señala que concurren en el caso cuantos presupuestos se exigen en la figura delictiva del artículo 188 del Código Penal por cuanto se ha

empleado violencia física e intimidación para determinar a una mujer mayor de edad a mantenerse en la prostitución, existiendo además abuso de una situación de necesidad y superioridad.

La sentencia del Tribunal Supremo del 26 de noviembre de 1999, contempla el caso de traer a súbditas extranjeras desde sus países, sin que supieran que venían a ejercer la prostitución y una vez en España eran obligadas a permanecer en su club y ejercer el comercio carnal. En definitiva, como señala la sentencia del Tribunal Supremo del 23 de setiembre de 2000, el delito del artículo 188.1 es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, solo que, además ataca a otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2004, se refiere a un caso en el que Julieta de 19 años de edad y de nacionalidad colombiana, decidió venir a España ante la situación económica precaria que padecía. Puesta en contacto con otra joven esta le propone que una persona tiene trabajo para ella como camarera en un bar sirviendo copas, que la pagarían el billete de avión y a cambio tendría que abonar, una vez en España y con el producto de su trabajo, el importe del billete más 400.000 pesetas. Julieta comenzó a mantener relaciones sexuales con algunos clientes negándose en algunas ocasiones a ello, siendo recriminada.

VI. LA DIRECCIÓN LIBERALIZADORA DEL LEGISLADOR DE 1995 Y LA PRETENDIDA VUELTA AL PASADO DEL LEGISLADOR DE 2003

Los delitos contra la libertad sexual han sido objeto de numerosas reformas. Reformas enmarcadas todas ellas en un creciente proceso de liberalización y modernización de nuestro Derecho Penal sexual desde la restauración de la democracia.

Antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la doctrina y la jurisprudencia ya habían denunciado la incongruencia de mantener el castigo de ciertas conductas favorecedoras de la prostitución consentida de personas adultas, que solo bajo la antigua rúbrica de “delitos contra la honestidad” podían justificarse. Conductas, en su caso, contrarias a una moral sexual tradicional que ya no encontraba apoyo, ni formalmente en nuestras leyes, ni materialmente en nuestra sociedad.

El Código Penal de 1995 simplificó considerablemente el número de comportamientos constitutivos de delito y despenalizó conductas tradicionalmente típicas relacionadas con la prostitución de mayores de edad como la tercería locativa, proxenetismo, rufianismo, etc., limitando la sanción penal a la prostitución de menores e incapaces y a las conductas que, con relación

a la prostitución de mayores de edad, se describen en el artículo 188 como restrictivas o contrarias al ejercicio de la libertad en la esfera de la autodeterminación sexual. Se emprende así una dirección liberalizadora que supone de hecho la despenalización de todas aquellas conductas relacionadas con la prostitución de adultos que no supongan, al menos, una limitación de la libertad sexual de las personas que ejercen la prostitución.

Tras el Código Penal de 1995 si el hombre o la mujer que ejercen la prostitución lo hacen como consecuencia de una decisión libre, de una decisión voluntaria adoptada autónomamente, no hay por qué extraer consecuencias delictivas.

Sin embargo, antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y adelantándose al mismo, encontramos el voto particular del Magistrado Martín Pallín a la sentencia del Tribunal Supremo del 6 de junio de 1990. La Audiencia Provincial había condenado por un delito relativo a la prostitución. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Según los hechos probados los recurrentes eran propietarios del denominado “Club El Aro”, y las camareras que trabajaban en él estimulaban a los clientes al consumo de bebidas alcohólicas, participando al cincuenta por ciento del importe de las consumiciones y realizando con ellos o con alguno de ellos el acto sexual mediante precio en habitaciones especialmente dispuestas para este trato lascivo. El Tribunal Supremo confirma la sentencia condenatoria por conductas de terceraía locativa.

Esta sentencia va acompañada de un voto particular con segunda sentencia en la que absuelve a los procesados del delito relativo a la prostitución por considerar implícita la despenalización de estas conductas relativas a la prostitución voluntariamente consentida de mayores de 18 años de edad. Para el Magistrado disidente con la mayoría:

“El cambio en la titulación del bien jurídico protegido es el reflejo de la voluntad del legislador de resaltar el valor de la libertad sobre los comportamientos o conductas morales de difícil o imposible concreción a efectos penales. Este nuevo espíritu y finalidad de las normas nos obliga a realizar su interpretación en el contexto social al que van dirigidas, sin que ello suponga variación o modificación del tipo punitivo contemplado en el artículo 452 bis d) del Código Penal”.

Justifica el Magistrado su decisión en que: “El Parlamento Europeo, en Junio de 1986, ha dado pasos no solo en el sentido de la descriminalización de la prostitución y de quienes la ejercen, poniendo el acento de sus recomendaciones en la persecución y castigo de los actos violentos o intimidativos sobre las prostitutas. En la mencionada Recomendación se puede leer:

“Teniendo en cuenta la existencia de la prostitución, invita a las autoridades de los Estados miembros a tomar medidas jurídicas encaminadas a:

1. Despenalizar el ejercicio de esta profesión.
2. Garantizar a las prostitutas los derechos de que gozan los otros ciudadanos.
3. Proteger la independencia, la salud y la seguridad de las personas que ejercen esta profesión.
4. Reforzar las medidas que puedan tomarse frente a las personas responsables de actos de intimidación o violencia contra las prostitutas, en particular contra aquellos que obligan a las mujeres a practicar la prostitución en su beneficio.
5. Ayudar y fomentar los grupos de autoasistencia formados por prostitutas y sensibilizar a la policía y al poder judicial sobre la necesidad de mejorar la protección de las prostitutas bajo denuncia”.

Tras la entrada en vigor del Código Penal del 95 ya no se prevé la responsabilidad penal del dueño de un local en el que se ejerza la prostitución como refleja la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de noviembre de 1996. En este caso los hechos objeto de enjuiciamiento consisten básicamente en que la recurrente percibía una proporción de los ingresos obtenidos por unas jóvenes que ejercían la prostitución en un piso regentado por la misma. Para el Tribunal Supremo “la conducta objeto de enjuiciamiento no afecta a menores o incapaces ni conlleva la utilización de métodos coactivos, engañosos o abusivos, limitándose a la percepción de cantidades por permitir el ejercicio de la prostitución en el piso que regentaba la recurrente a mujeres mayores de edad y que actuaban libremente. En consecuencia dicha conducta es atípica con la regulación actual”.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo del 19 de diciembre de 1996 considera que ya no es delito el mero hecho de cooperar o proteger la prostitución de una o varias personas mayores de 18 años por lo que absuelve a quienes tenían organizada una agencia dedicada a la prostitución, quedándose con un 50 por ciento de los ingresos.

También la sentencia del 18 de marzo de 1997, dice:

“(...) el vigente Código no prevé la responsabilidad penal del dueño de un local en el que se ejerza la prostitución, supuesto que doctrina y jurisprudencia denominan tercería locativa ya que cuando se trata de la prostitución de personas mayores de edad solo permanece tipificada la conducta de quien determine, coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad,

a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Situación que no concurre en el caso que nos ocupa, siendo mayores de edad las mujeres que ejercían la prostitución en el local que regentaba el recurrente”.

Sin embargo puede estarlo si va acompañada de actos de cooperación como reconoce la sentencia del 5 de octubre de 1998, en un caso en el que se traen chicas extranjeras obligándoles a ejercer la prostitución y reteniéndolas en los clubes con tal fin.

La sentencia del Tribunal Supremo del 31 de marzo de 1997, fundamenta esta descriminalización en los siguientes términos:

“Los recurrentes regentaban un local donde se ejercía la prostitución. Esta conducta era punible en el Código Penal anterior, aun cuando gozaba de un amplio margen de tolerancia hasta el punto de que, como es notorio, estas actividades se anunciaban profusamente en los medios publicitarios. Su persecución selectiva constituía una fuente de inseguridad jurídica, arbitrariedad e incluso corrupción, siendo doctrinalmente criticado el mantenimiento de unos tipos delictivos que se estimaba no respondían a la realidad social, como la propia aceptación de dicha publicidad venía a demostrar. En consecuencia el legislador ha estimado procedente modificar la regulación de los delitos relativos a la prostitución desde la perspectiva del bien jurídico que se debe tutelar es la libertad sexual (en sentido amplio, incluida la protección de quienes no tienen plena capacidad de autodeterminación sexual, es decir, menores e incapaces) y por ello las conductas relativas a la prostitución que deben sancionarse criminalmente son únicamente las que afectan a menores e incapaces y las que atentan a la libertad de los mayores a través de la coacción, engaño y abuso de superioridad o de necesidad”.

No solo se considera atípica la tercería locativa sino también la localista, en la que el agente, además de facilitar la habitación sirve de intermediario y cobra por ello (sentencia del Tribunal Supremo del 24 de enero de 1997). Se considera asimismo atípica la cesión temporal de habitaciones para que otro ejerza la prostitución (sentencia del 1 de octubre de 1998).

A la despenalización del rufianismo (vivir en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explote) se refiere la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de mayo de 1997, que declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la que absuelve al recurrente “pues los hechos objeto de condena ya no son punibles en la nueva normativa”.

No obstante, la sentencia del 2 de abril de 2004 del Tribunal Supremo deja entrever una crítica al legislador en la que puede estar el origen de la reforma de 2003: La Audiencia Provincial de A Coruña, con fecha 5 de febrero de 2003, dictó sentencia en la que condenó a los acusados como autores y cómplices responsables criminalmente de cuatro delitos de prostitución, a las penas de cuatro, tres años, catorce y doce meses de prisión, respectivamente.

Contra la anterior Resolución los condenados interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, dictando segunda sentencia en la que declara la absolución pues “La reforma del Código Penal de 1995 configuró el delito del art. 188, 1 del CP como un delito contra la libertad, extrayendo de esa manera las consecuencias de su inserción en el título octavo del libro segundo del CP. Esta decisión del legislador tuvo como consecuencia que ciertas formas de los delitos relativos a la prostitución que formaban parte de los tipos penales anteriores a 1995, al no afectar directamente la libertad sexual de la persona prostituida carecían de razón de ser, al menos en el contexto en el que el legislador consideraba estos delitos. La promoción, favorecimiento y facilitación de la prostitución (art. 425 bis b) así como la protección de la prostitución o la cooperación en el reclutamiento de personas para tales fines (art. 452 bis a) CP de 1973), en tanto no afectaba la libertad sexual, pues era irrelevante para la tipicidad si dichas personas habían consentido la dedicación a la prostitución, carecía de espacio dentro de un capítulo que protege básicamente la libertad en una esfera determinada.

El actual artículo 188, 1 del CP constituye, dado el texto del mismo, un delito contra la libertad en sentido estricto. Dado que la Ley prevé como medios típicos de ejecución de este delito la violencia, la intimidación, el engaño y el abuso de superioridad sea por la situación del autor o por la vulnerabilidad de la víctima, es necesario, por lo tanto, que de las circunstancias probadas se pueda demostrar la existencia de estos elementos. Es cierto que este tipo penal del derecho vigente es expresión de una política criminal que puede ser objeto de discusión y que puede ser, inclusive, poco adecuada al tratamiento de estos complejos fenómenos sociales. De todos modos no es esta una cuestión que pueda ser resuelta por el tribunal que aplica la norma, dado que el texto legal es un límite que nos vincula por efecto del principio de legalidad”.

Tras el Código Penal de 1995, la Ley Orgánica 11/2003, del 29 de septiembre, introduce algunas modificaciones en estos delitos. En primer lugar, deja fuera del texto del artículo 188 su antiguo apartado 2, relativo a un supuesto delictivo que creó la reforma de 1999, esto es, el favorecer directa o indirectamente la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas con el propósito de su explotación sexual. La reforma de 2003 reenvía este supuesto típico, la trata de blancas o fenómeno conocido como tráfico

sexual de seres humanos, al artículo 318 bis que lleva por rúbrica “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. El legislador de 2003 integra así en una misma estructura típica dos conductas estrechamente vinculadas en su morfología comisiva.

Además, la Ley Orgánica 11/2003, del 29 de setiembre, tipifica en el inciso final del art. 188.1, los comportamientos consistentes en lucrarse mediante la explotación de la prostitución ajena, aunque fuera con el consentimiento de la víctima. El legislador de 2003 introduce de esta forma en el Código Penal el delito de explotación de la prostitución con fines lucrativos, delito que no estaba previsto en el texto legal y que responde a una enmienda surgida durante la tramitación parlamentaria. El legislador recupera con este nuevo inciso la histórica figura del rufianismo, si bien no exactamente si tenemos en cuenta que el viejo delito de rufianismo se vinculaba a conductas de cooperación a la prostitución que, además, supusieran una participación en los beneficios de la actividad.

Las razones de esta nueva incorporación al Código Penal son recordadas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de diciembre de 2005:

“En cuanto al delito relativo a la prostitución del art. 181.1 del CP debemos recordar que la realidad criminológica que constantemente nos pone ante el fenómeno de la explotación de la prostitución ajena, ha obligado a todos los Estados civilizados, incluso mediante Convenios Internacionales puesto que el fenómeno traspasa fácilmente las fronteras de cada nación, a salir al paso y reprimir penalmente una actividad en la que el afán de lucro lleva a convertir en mercancía a la persona, con absoluto desconocimiento de su dignidad, desconociendo o quebrantando, si es preciso, su libertad con especial incidencia en la dimensión sexual de la misma. Esta libertad se tutela frente a determinadas actividades relaciones con la prostitución, con mayor o menor intensidad, según sea mayor o menor de edad o incapaz la persona en riesgo de prostituirse o ya prostituida”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja del 15 de octubre de 2007 agrega al respecto que:

“En este precepto se ha pretendido equiparar ambos tipos de delitos relativos a la prostitución, imponiendo idéntica pena a los fuerzan a otra persona prostituirse y a los que explotan y se benefician con esa prostitución, dada la trascendencia que en relación con la posesión ha de darse aquellas conductas de quienes se dedican a explotar esta actividad, ejercida por otra persona, sancionándose dicho ilícito proceder, generador de indebido e ilícito beneficio”.

Este nuevo inciso ha sido, sin embargo, cuestionado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante del 17 de julio de 2007, se refiere al mismo como “un polémico inciso” y es que, no cabe duda que la irrelevancia del consentimiento de la víctima hace de por sí rechazable este delito. Por este motivo, la citada sentencia considera que “el inciso final del art. 188 del CP no puede interpretarse al margen del bien jurídico que lo intitula, la libertad sexual, de manera que cuando una persona se lucre de la prostitución ejercida libremente por otra, sin violencia ni intimidación alguna, las conducta no deberá reputarse típica. A lo sumo, para dar contenido a inciso en cuestión, podría entenderse que la conducta a la que se refiere, aun sin violencia física ni psíquica, consiste en lucrarse de la prostitución en la que otra persona está involucrada, sin que esta controle personalmente los actos, las ocasiones y las personas a las que debe prestar sus servicios, sino que le sean impuestos sin posibilidad real de rechazo, lo que tampoco ocurre en nuestro caso”.

Por el contrario, otro sector jurisprudencial entiende, como hace la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 15 de octubre de 2007, que es indiferente que la víctima explotada consienta que otro se lucre, pues su consentimiento está viciado, esto es, se considera que el consentimiento de la víctima está viciado cuando una persona se prostituye y además consiente que otro se lucre con ello.

No cabe duda de que tal y como está redactado el precepto, la inseguridad jurídica está servida, pues puede entenderse que cualquier establecimiento abierto al público donde se ejerce la prostitución con consentimiento del dueño cuando se obtenga con ello un beneficio, está ahora comprendido en el tipo penal.

VII. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 2008 POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DEL 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

El Anteproyecto de reforma del Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros en noviembre de 2008 ha sido presentado en sociedad como la reforma penal más dura de la democracia. Las palabras de la vicepresidenta del Gobierno pretendían reflejar esta contundencia cuando afirmaba que “no habrá ningún resquicio para la impunidad”.

La futura ley introduce muchas reformas de las que no se libra el ámbito de la prostitución. En este sentido, el Anteproyecto de 2008 endurece las penas e incorpora nuevas modalidades delictivas como la incriminación del cliente cuando la relación sexual se lleve a cabo con un menor o incapaz.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se justifica esta nueva reforma en los siguientes términos:

“En el ámbito de los delitos sexuales, el acaecimiento en los últimos tiempos de casos de especial gravedad ha provocado en la sociedad la reapertura del debate en torno a las respuestas jurídicas previstas para los delincuentes sexuales, en particular en aquellos supuestos en los que las víctimas son menores de edad. A esta circunstancia se suman tanto la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, del 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, como la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el día 3 de junio de 2008, por la cual se insta al Gobierno a realizar determinadas modificaciones legales en materia de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales contenidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal.

(...)

En el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil, la traslación de la Decisión Marco a nuestro ordenamiento determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la ‘captación’ de niños para que participen en espectáculos pornográficos, que queda incorporada a la regulación en el artículo 189.1. Lo mismo sucede con la conducta de quien se ‘lucra’ con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el apartado 1. a) del artículo 189. En relación al delito de prostitución, se incorpora la conducta del cliente en aquellos casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz”.

Tras esta justificación, en el artículo trigésimo del Anteproyecto, el legislador realiza en el actual artículo 187 los siguientes cambios:

En primer lugar, traslada los vigentes apartados 2 y 3 a los apartados 3 y 4.

En segundo lugar, los apartados 1 y 2 son modificados, quedando con el siguiente tenor literal:

“1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz.

2. El que realice las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años”.

En tercer lugar, se añade un nuevo apartado 5 que dice:

“Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores e incapaces”.

En el artículo trigésimo primero del Anteproyecto se acomete el cambio del artículo 188, para ello el legislador traslada el actual apartado 4 al apartado 5 y modifica los apartados 2, 3 y 4, que quedan redactados como sigue:

“2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de 4 a 6 años.

3. El que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de 13 años será castigado con la pena de prisión de 5 a 10 años.

4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. En este caso de aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años.

b) cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

c) cuando el culpable hubiere puesto en peligro, dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima”.

Derecho Penal, Estado y sociedad –referente a la privatización de tareas de la justicia criminal–

Dieter DÖLLING
(Alemania)

El respetado jubilado también se refirió a cuestiones básicas del derecho penal en su amplia obra⁽¹⁾. Por lo tanto, en la presente reseña se debatirá un problema fundamental para la justicia criminal. Se trata de las cuestiones que en los últimos años están cada vez más en el centro del interés, hasta qué punto las tareas de la justicia criminal deben ser cumplidas por el Estado y hasta qué punto pueden ser transferidas a privados y si tal transferencia es recomendable. Primero se echará un vistazo a los elementos ya existentes de una participación privada en la justicia criminal. Luego se hará referencia a los actuales esfuerzos realizados en Alemania de privatizar otras partes de la justicia criminal. Finalmente se tratarán algunos criterios en cuanto a la evaluación de este desarrollo.

Después de que la reacción a la violación del derecho originalmente estaba en manos del dañado y su familia, en el transcurso de los siglos la acción penal pasó a manos del Estado⁽²⁾. Sin embargo, los privados continuaban participando en la justicia criminal fundamentalmente estatal⁽³⁾. Las

(1) Véase p. ej. TIEDEMANN. *Gleichheit und Sozialstaatlichkeit im Strafrecht*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. 1964. p. 353 y ss.; el mismo *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991.

(2) Comp. las descripciones sobre el desarrollo del derecho penal alemán en JESCHECK/WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. Ed. 5, 1996, p. 90 y ss., y MAURACH/ZIPF. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Volumen 1, Ed. 8, 1992, p. 41 y ss.

(3) Véase GROß *Bewährungshilfe* 2001, p. 99 (100 y ss.); WALTER. *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*. 1998. 3 ss.; referente a prisiones de gestión privada en la historia del ejecución penal comp. GIEFERS-WIELAND *Private Strafvollzugsanstalten in den USA. Eine Perspektive für Deutschland?* 2002, p. 17 y ss.; NIBBELING. *Die Privatisierung des Haftvollzugs*. 2001, p. 41 y ss.; referente a la

investigaciones penales generalmente son iniciadas debido a una denuncia presentada por personas privadas⁽⁴⁾. En el caso de delitos perseguibles por querella, la petición del solicitante privado de ejecutar la acción penal es condición de procedibilidad, siempre que la acción penal no pudiese ser ejecutable también oficialmente debido al interés público, como p.ej. según § 230 Código Penal⁽⁵⁾. En el caso de los delitos privados del § 374 Código de procedimiento penal, el dañado mismo puede ejercitar la demanda e impulsar la condenación del acusado⁽⁶⁾. Mientras tanto, la posición del querellante se amplió de modo importante⁽⁷⁾. En el caso de un arreglo de autor del delito-víctima, que es aplicable como reacción a un delito tanto en el derecho penal general como también en el derecho penal juvenil⁽⁸⁾, puede actuar como mediador un organismo privado libre⁽⁹⁾. El trabajo de beneficio común, con el cual según art. 293 ley de introducción del código penal de la CE es evitable la ejecución de una prisión subsidiaria, puede ser gestionado por un organismo privado⁽¹⁰⁾. Según § 56d inc. 5 Código Penal y § 24 inc. 1 P. 2 ley de tribunales juveniles, la asistencia en la libertad condicional puede ser proporcionada por delegadas o delegados de la libertad vigilada honoríficos. Una terapia de drogas, que permite postergar la ejecución procesal penal según § 37 ley de estupefacientes o aplazar el ejercicio de una acusación según § 37 ley de estupefacientes, puede realizarse en una institución privada⁽¹¹⁾. En el cumplimiento, los presos trabajan con frecuencia en empresas mantenidas por privados (§ 149 Incs. 3 y 4 ley general penitenciaria)⁽¹²⁾ o fuera de la prisión según § 39 ley general penitenciaria en condición de empleo libre en empresas privadas⁽¹³⁾. Como asistentes ejecutivos para los presos, las personas privadas presentan ofertas en la prisión, entre otras, en el ámbito del

historia de la asistencia privada a delincuentes véase KERNER (Edit.) *Straffälligenhilfe in Geschichte und Gegenwart*. 1990; KÖTTER. *Private Elemente in der Strafvollstreckung*. 2004, p. 17 y ss.

(4) Referente al significado de una querella para la acción penal comp. KAISER. *Kriminologie*. Ein Lehrbuch, Ed. 3, 1996, pp. 357 y ss., 558 y ss.

(5) Véase referente a la querella JESCHECK/WEIGEND (n. al pie de pág. 2) p. 906 y ss.

(6) Referente a la querella comp. ROXIN *Strafverfahrensrecht*, Ed. 25, 1998, p. 491 y ss.

(7) Por último, la acción accesoria también fue declarada como permitida hasta cierto punto por la Segunda Ley para la modernización de la justicia del 22/12/2006 (BGBl. I P. 3416) también en procesos criminales contra juveniles.

(8) Comp. § 46a StGB (Código Penal), §§ 153a Inc. 1 P. 2 N° 5, 153b, 155a, 155b StPO (código de procedimiento penal), §§ 10 Inc. 1 P. 3 N° 7, 45 Inc. 2 y 3 JGG (ley de tribunales juveniles).

(9) Véase KERNER/HARTMANN/LENZ. *Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung*. 2005, p. 4.

(10) Comp. KAWAMURA-REINDL. *Neue Kriminalpolitik*. 2006, p. 14 y ss.; KÖTTER (n. al pie de pág. 3) p. 48 y ss.

(11) Véase KÖTTER. *Betäubungsmittelgesetz. Arzneimittelgesetz*. Ed. 6, 2007, § 35 BtMG (ley de estupefacientes) nota marginal 121 ss.; § 37 BtMG (ley de estupefacientes) nota marginal 9.

(12) Comp. LAUBENTHAL *Strafvollzug*, Ed. 4, 2007, p. 208 y ss.

(13) Véase SCHÖCH. En: KAISER/SCHÖCH (Edit.), *Strafvollzug. Lehr- und Handbuch*. Ed. 5, 2002, p. 303.

aprovechamiento del tiempo libre⁽¹⁴⁾, y los presos puestos en libertad frecuentemente son asistidos por asociaciones privadas para la asistencia de presos.⁽¹⁵⁾ El § 154 inc. 2 ley general penitenciaria obliga al ejecutor a la cooperación con estas asociaciones. Además de los jueces profesionales, también son jueces en causas penales los jueces laicos⁽¹⁶⁾. El § 38 inc. 1 ley de tribunales juveniles prevé que la asistencia judicial a la juventud no solo puede ser desempeñada por el departamento de juventud, sino también por asociaciones privadas para la asistencia a la juventud⁽¹⁷⁾. A pesar de la múltiple participación de privados, las tareas básicas de la justicia criminal actualmente son satisfechas por el Estado.

Actualmente se están intensificando los esfuerzos para transferir las tareas de la justicia criminal a privados. Es así que el land Baden-Wurtemberg, después de una “fase experimental” en los distritos de los juzgados de primera instancia de Stuttgart y Tübingen y en el distrito del juzgado municipal de Stuttgart, transfirió al nivel territorial las tareas de la asistencia en la libertad condicional y judicial a la Neustart gGmbH, una filial al cien por ciento de la Asociación Neustart en Austria, con efecto al 1 de enero de 2007⁽¹⁸⁾. El fundamento legal para esta transmisión son los §§7 y 8 de la ley autónoma de Baden-Wurtemberg sobre la asistencia en la libertad condicional y judicial, así como el trabajo social en el penal⁽¹⁹⁾. Los delegados de libertad vigilada y los asistentes judiciales empleados por el land fueron adscriptos para el servicio a los organismos libres. El organismo libre recibió el poder directivo profesional y ejerce la supervisión profesional de los delegados de libertad vigilada y los asistentes judiciales. A su vez, el organismo libre está sujeto a la supervisión profesional por el ministerio de justicia⁽²⁰⁾.

Además, los actuales esfuerzos de privatización se extienden a la ejecución penal⁽²¹⁾. Las penitenciarías son construidas por empresas privadas y luego

(14) Véase LAUBENTHAL (n. al pie de pág. 12) p. 144 y ss.

(15) Comp. SCHÖCH (n. al pie de pág. 13) p. 480.

(16) Referente a la participación de jueces laicos en la justicia criminal véase DÖLLING Festschrift R. Böttcher, 2007, p. 41 y ss.

(17) Véase BRUNNER/DÖLLING Jugendgerichtsgesetz, Ed. 11, 2002, § 38 nota marginal 2.

(18) Información mediática del Ministerio de justicia Baden-Wurtemberg del 06/12/2006.

(19) Del 01/07/2004, GBl. (Boletín oficial) pp. 469, 504.

(20) Comp. STEINDORFNER Bewährungshilfe 2004, 242 (247).

(21) Véase referente a las penitenciarías de conducción privada en los EEUU GRIEFERS-WIELAND (n. al pie de p. 3) p. 36 y ss.; NIBBELING (n. al pie de p. 3) p. 65 y ss.; comp. referente a penitenciarías de conducción privada en Inglaterra SMARTT. *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*. 2001, p. 67 y ss.; véase referente a penitenciarías parcialmente privadas en Francia WAGNER *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 2000, p. 169 (170).

puestas a disposición remunerable del Estado para su uso⁽²²⁾. En el nuevo penal de Hesse en Hünfeld, la privada Serco GmbH, filial del consorcio británico de servicios Serco Group, asumió tareas tales como el mantenimiento de edificaciones, limpieza, cocina, asistencia médica y pedagógica, así como la organización y el funcionamiento de los talleres⁽²³⁾. Un procedimiento similar se planea en otros Estados federados⁽²⁴⁾. Además, en algunos Estados la ejecución de medidas privativas de libertad fueron transferidas a instituciones privadas⁽²⁵⁾. Son dos los motivos que se indican en particular para estas privatizaciones. Por una parte se espera un ahorro de costos⁽²⁶⁾. De tal modo, la privatización de la asistencia en la libertad condicional y judicial en Baden-Wurtemberg podría producir una “rentabilidad real” del 10 al 15 %⁽²⁷⁾. Además se supone que la privatización conducirá a una mejora de la calidad del trabajo⁽²⁸⁾. Estos esfuerzos para privatizar las tareas jurídico-penales suceden en un tiempo, en el que frecuentemente se exige la represión del Estado y se apunta al efecto de autorregulación de la sociedad⁽²⁹⁾. En el ámbito de la protección preventiva de bienes jurídicos, ya son varias las tareas diligenciadas por empresas privadas de seguridad⁽³⁰⁾.

Al evaluarse los esfuerzos de privatización en el ámbito jurídico-penal, en primer lugar deberán considerarse los límites constitucionales⁽³¹⁾. La justicia criminal es una tarea clave del Estado. Del principio de derecho resulta la obligación constitucional del Estado a una acción penal eficaz⁽³²⁾.

(22) Tal el establecimiento penitenciario en Waldeck (Mecklenburg-Vorpommern), comp. aquí BURMEISTER. *Kriminalpädagogische Praxis*. 1997, p. 11 y ss.

(23) Véase el informe en la Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe 2006, p. 46, así como KIRSCH. *Kriminologisches Journal* 2005. p. 128 y ss.

(24) Comp. Der Vollzugsdienst 1/2007, p. 1 (2).

(25) Véase al respecto LEYGRAF en: KRÖBER/DÖLLING/LEYGRAF/Saß (Edit.) Handbuch der Forensischen Psychiatrie, Tomo 1, 2007, p. 341 y ss.; OSTENDORF Neue Kriminalpolitik 2006, p. 38 y ss.

(26) El establecimiento de prisiones privadas en los EEUU y en Inglaterra a partir de los años ochenta del siglo pasado se debe especialmente a la repleción de las penitenciarías por la creciente cantidad de presos y la tensión sobre los gastos resultante para el aparato penitenciario, comp. GIEFERS-WIELAND (n. al pie de pág. 3) p. 40 y ss.; NIBBELING (n. al pie de p. 3) p. 65 y ss.; SMARTT (n. al pie de p. 21) p. 67. Según WAGNER (n. al pie de pág. 21), los potenciales de ahorro para la ejecución penal al menos son evidentes.

(27) STEINDORFNER (n. al pie de pág. 20) p. 249.

(28) En lugar ind., p. 244.

(29) Véase JUNG. *Goltdammer's Archiv* 1996. pp. 507 (509 y ss.), quién también hace referencia a que p.ej. en el ámbito de la seguridad interna se demandan al Estado exigencias mayores.

(30) Comp. referente a esto PITSCHAS. *Polizei und Sicherheitsgewerbe*. 2000; WALTER. *Neue Kriminalpolitik*. 2003, p. 128 y ss.

(31) Véase en general referente a la privatización de tareas del Estado BURGI. *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*. 1999; GRAMM. *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, 2001; KÄMMERER *Privatisierung*, 2001; Weiß *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002.

(32) Comp. BVerfGE (Tribunal Constitucional Federal) 19, 342 (347); 29, 183 (194); 33, 367 (383); 44 353 (374); 51, 324 (343); 80, 367 (375); véase referente a esta jurisprudencia TIEDEMANN *Verfassungsrecht und Strafrecht* (n. al pie de p. 1), p. 24 y ss.

El legislador estatal debe crear las normas del Derecho Penal y los órganos estatales de la justicia criminal deben imponer estas normas. La obligación de la justicia criminal le compete al Estado, para asegurar por una parte una acción penal eficaz en son del interés del bien común y para evitar por otra parte intervenciones no justificadas en los derechos de los acusados y otros ciudadanos afectados por la acción penal. La acción penal de privados se superó legítimamente, puesto que las víctimas débiles no podrían imponerse y en el caso de víctimas fuertes existe el peligro de reacciones excesivas⁽³³⁾. Lo básico en sí de las tareas de la justicia criminal deben ser satisfechas por el Estado. La acción judicial requiere la sanción y la ejecución coercitiva; puesto que el monopolio ejecutivo compete al Estado, solo el Estado es convocado para esto⁽³⁴⁾. Esto se recalca por el art. 33 inc. 4 de la constitución que dice que el ejercicio de las funciones de soberanía deben ser transferidas por regla general a funcionarios del servicio público que desempeñan una relación de servicio y de lealtad de Derecho Público⁽³⁵⁾. Por lo tanto, las investigaciones jurídico-penales, el juzgamiento y la ejecución de sanciones deben estar fundamentalmente en manos del Estado. No debe entregárselos a privados. Con respecto a la justicia criminal, al Estado, en principio, no solo le compete una responsabilidad de garantía, sino también una responsabilidad de cumplimiento⁽³⁶⁾. Únicamente las tareas que no se refieren al ámbito clave de la acción penal que debe ser prestada por el Estado pueden ser transferidas a privados. Si el estado lleva a cabo tal transmisión, debe seleccionar cuidadosamente los privados y controlar el cumplimiento debido de las tareas por los privados⁽³⁷⁾. En el ámbito de la justicia criminal no es posible una privatización de tareas en el sentido de que el Estado se retira totalmente de una tarea y deja su cumplimiento al “libre albedrío” del mercado⁽³⁸⁾.

Según ello, los establecimientos penitenciarios operados por empresas privadas no son compatibles con el derecho constitucional⁽³⁹⁾. La ejecución

(33) Comp. JUNG. En: El Mismo/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (Edit.). *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*. 1996, pp. 69 (76).

(34) DI FABIO. *JuristenZeitung*. 1999, pp. 585 (592); GRAMM. *Verwaltungs-Archiv*. 1999, pp. 329 (320 ss., 359); Weiß en: STÖBER (Edit.), *Neues Sicherheitsdenken und neue Sicherheitsmärkte*. 2005, p. 9 (19).

(35) Véase referente a la interpretación del art. 33 inc. 4 GG (constitución) GUSY. *Juristen Zeitung*. 2006, 651 (655 y ss.); von MÜNCH/KUNIG. *Kommentar zum Grundgesetz* (Comentario sobre la constitución). Tomo 1, Ed. 5, 2001, art. 33 nota marginal 39 y ss.

(36) Comp. Weiß (n. al pie de p. 34) p. 18 y ss.

(37) Véase GRAMM (n. al pie de p. 34) p. 338, GUSY (n. al pie de p. 35) p. 660 y ss.

(38) Comp. respecto al término privatización de tareas WEINER. *Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben*. 2001, p. 67.

(39) ARLOTH. *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*. 2002, 3 (4); BARK *Juristen Zeitung* 2000. pp. 435 (437); CALLIES/MÜLLER-DIETZ *StrVollzG*, Ed. 10, 2005, Introd. nota marginal 45, § 155 nota marginal 2, DI FABIO (n. al pie de p. 34); GRAMM (n. al pie de p. 34) p. 342 s.; GUSY (n. al pie

de la reclusión y las decisiones básicas sobre su planeamiento y organización, la concesión de flexibilidad y el ordenamiento y ejecución de medidas coercitivas y disciplinarias son funciones de soberanía reservadas al Estado. Una privatización de la ejecución se permite únicamente para las tareas con carácter de servicio⁽⁴⁰⁾. La difícil cuestión, si la actividad de la asistencia en la libertad condicional y judicial puede ser privatizada, requiere una larga discusión que no es posible realizar dentro del presente marco⁽⁴¹⁾.

Si la privatización de una tarea de la justicia criminal está permitida, se deberá evaluar si la privatización es recomendable o si es mejor que la tarea siga siendo realizada por el Estado. No es posible contestar esta cuestión de modo global, sino que más bien depende de la respectiva tarea y las posibilidades disponibles para su ejecución estatal o privada. La calidad del cumplimiento de la tarea debe estar en el primer plano de la evaluación. El intento de ahorrar costes, no justifica la selección de una regulación que no corresponda con los requisitos exigidos de la justicia criminal. En el caso de ciertas tareas en parte se supone que una conservación o mejora de la calidad solo puede esperarse con la ejecución por privados⁽⁴²⁾. Aquí se apuesta especialmente al empuje de la competencia y la mayor flexibilidad en privados. Ciertamente deberá considerarse que, si una empresa privada desempeñó una tarea de la justicia criminal por un tiempo prolongado, además ha desarrollado una organización apropiada y adquirió una extensa experiencia con el cumplimiento de las tareas, las empresas no activas en este campo hasta el momento apenas pueden ser competitivas, de modo que no se presentará una real situación de competitividad⁽⁴³⁾. Como “medio de coacción” quedaría la posibilidad de que el Estado reasuma la tarea. Sin embargo, hacer uso de esta posibilidad le resultaría difícil a los políticos que en primer lugar se habían decidido por una privatización. Además, sería de muy corto alcance comparar el cumplimiento de tareas por privados solo con el cumplimiento estatal de tareas, con lo cual “todo permanece a la antigua”. Aun

de p. 35) p. 363 ss.; KRUIS. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 2000, pp. 1 (3); LAUBENTHAL (n. al pie de pág. 12) p. 22 y ss.; a.A. KULAS. *Privatisierung hoheitlicher Verwaltung*. Ed. 2, 2001, p. 41 y ss.; 111 y ss. En cuanto a la inconstitucionalidad también de la transmisión de la ejecución de medidas a empresas privadas BISCHOFF/WILLENBRUCH. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2006, p. 1776 y ss.

(40) GROß (n. al pie de pág. 3) p. 109.

(41) En cuanto a la admisibilidad de la privatización de la asistencia en la libertad condicional y judicial KÖTTER (n. al pie de pág. 3) p. 122 y ss.; en cuanto a la admisibilidad de la asistencia en la libertad condicional, pero no de la asistencia judicial GROß (n. al pie de pág. 3) p. 107; en cuanto a la admisibilidad de la privatización de la asistencia en la libertad condicional y judicial STERZEL *Bewährungshilfe* 2007, p. 172 ss.

(42) Así STEINDORFNER (n. al pie de pág. 20) p. 244, en cuanto a la asistencia en la libertad condicional y judicial.

(43) Véase también NIBBELING (n. al pie de pág. 3) p. 88, según el cual, en el mercado americano para prisiones conducidas por privados aparentemente continúa la tendencia a una formación de monopolio.

en el contexto de la justicia criminal estatal son posibles procesos de cambio prometedores⁽⁴⁴⁾, de modo que en casos individuales deberá evaluarse detenidamente, si un cumplimiento de las tareas por el Estado o privado puede lograr mejores resultados⁽⁴⁵⁾.

Si no existen diferencias importantes entre el cumplimiento estatal y privado de tareas, deberá evaluarse que forma de cumplimiento de tareas es más económica. Ciertamente, las comparaciones exactas de costos son complicadas en el ámbito de la justicia criminal. Es así que, p.ej., no solo debe considerarse en el cálculo de los costos de una colocación de una orden a un organismo privado la remuneración pagada a este, sino también los costos de la licitación y preparación del contrato y para el control del cumplimiento de la tarea por el privado⁽⁴⁶⁾. Por lo tanto, puede ser poco claro cual forma de cumplimiento es más ventajoso. De tal forma, los resultados de las investigaciones respecto a la cuestión, si las prisiones privadas en los EE.UU. trabajan de modo más económico que los establecimientos penitenciarios estatales, no son uniformes y los resultados se evalúan de modo diferente⁽⁴⁷⁾. Por lo tanto, aun la cuestión de los costos no puede ser decidida globalmente a favor de un cumplimiento estatal o privado de tareas sin otra evaluación cuidadosa más⁽⁴⁸⁾.

En la evaluación de la cuestión, si es recomendable la consultación de privados para la ejecución de tareas de la justicia criminal, también deberá considerarse que con la inclusión de privados puede aprovecharse la intervención social en la justicia criminal y, de tal modo, habilitarse un potencial importante para la justicia criminal⁽⁴⁹⁾. Esto se aplica especialmente en la asistencia de delincuentes y su integración en la sociedad. No obstante, aquí deberá cuidarse que se cumplan los requisitos profesionales requeridos para el trato de delincuentes.

(44) Comp. Beß/KOOB-SODTKE. *Bewährungshilfe*. 2006, p. 14 y ss., referente a la reforma estructural de la asistencia estatal en la libertad condicional en Baviera.

(45) Véase JUNG (n. al pie de p. 29) p. 511 y ss.

(46) Comp. HOFFMANN-RIEM. *JuristenZeitung*. 1999. pp. 421 (428).

(47) Véase las exposiciones de investigaciones americanas en BOSCH/REICHERT. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113 (2001), pp. 207 (230 y ss.), según cuya evaluación no se obtuvo ninguna prueba para un ahorro de costos por la privatización de las prisiones, y en NIBBELING (n. al pie de pág. 3) p. 151 ss., quien conjetura que existen fuertes indicios para un ahorro de costos por la privatización de prisiones. De acuerdo al metaanálisis de PRATT/MAAHS *Crime & Delinquency* 1999, p. 338 ss., las prisiones de conducción privada no son más económicas que los establecimientos estatales. Según SMARTT (n. al pie de p. 21) p. 69 y WAGNER (n. al pie de pág. 21), en Inglaterra los costos para establecimientos de conducción privada son menores que los de las prisiones estatales.

(48) Comp. KERNER. *Bewährungshilfe*. 2006, pp. 43 (45).

(49) Véase JUNG (n. al pie de pág. 29) p. 513, que en los esfuerzos de privatización estipula una “vía de participación” además de una “vía de mercado”.

Es difícil predecir que efectos tendrá la transmisión de tareas de la justicia criminal a organismos privados. Tanto más importante es evaluar cuidadosamente los proyectos en los cuales se efectúa una privatización⁽⁵⁰⁾. De tal modo, es posible adquirir reconocimientos importantes para otras decisiones sobre privatizaciones. En la evaluación se deberán examinar tanto los posibles efectos positivos como los eventuales negativos de una privatización. También deberán ser consideradas eventuales consecuencias mediatas⁽⁵¹⁾. De ser posible, la evaluación debe ser realizada por un organismo independiente y no por los organismos privados y sus clientes. Estos están interesados en dar una apariencia exitosa al proyecto. Por lo tanto, en la “autoevaluación” existe el peligro de no profundizar lo suficiente en las partes negativas del proyecto. Al llevarse a cabo proyectos de privatización sin una evaluación suficiente, se desperdician oportunidades valiosas para una discusión fundada profesionalmente, basada en reconocimientos garantizados empíricamente con la problemática de la privatización.

Aun cuando la ejecución de tareas individuales de la justicia criminal es transferida a privados, la responsabilidad del estado en cuanto a la justicia criminal entera sigue intacta. El Estado debe garantizar un sistema jurídico-penal eficaz y de funcionamiento jurídico-estatal. Al incluir a privados, debe someterlos a un control. El debate de privatización no debe ocultar a la vista el hecho de que la acción penal básicamente es y debe ser cumplida por el Estado mismo. Con este fin, debe ponerse a disposición de los órganos de la justicia criminal suficiente personal y materiales. Esta es una obligación constitucional⁽⁵²⁾. El Estado no puede evadir la misma, aduciendo escasos recursos financieros. Los delitos también son cometidos por autores económica, política y socialmente poderosos. Aun contra estos debe ejecutarse el derecho penal⁽⁵³⁾. Los órganos de la justicia criminal deben estar dotados debidamente para tal fin. Al “matar de hambre” financieramente la justicia criminal, no solo se menoscaba su eficacia. Entonces existe el peligro del intento de equilibrar el déficit de efectividad por leyes penales duras que despiertan

(50) Referente al significado de medidas político-criminales, comp. KURY en: DÖLLING (Edit.). *Prävention von Jugendkriminalität*. 2006, p. 25 (32 y ss.).

(51) Véase referente a los posibles efectos de una privatización de la asistencia judicial y en la libertad condicional en el sistema complejo de la asistencia a delincuentes STELLY/THOMAS en: DÖLLING (Edit.) *Zwischen Rationalität und Rationalisierung - Jugendstrafrechtspflege und Jugendhilfe auf neuen Wegen?* 2007, pp. 65, 77 y ss.

(52) Comp. BverfGE (Tribunal Constitucional Federal) 116, 69 (89), para el cumplimiento de la pena de juveniles.

(53) Véase referente a esto los numerosos trabajos del jubilado en cuanto al derecho penal económico, como *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, Ed. 2, 2007, y *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, 2006.

la impresión de capacidad de actuar⁽⁵⁴⁾ y por regulaciones jurídico-estatales dudosas para la “aceleración y simplificación” del proceso penal. Por lo tanto, una justicia criminal efectiva es un requisito ineludible de justicia y de Estado de derecho debida a la comunidad. El respetado jubilado ha realizado aportaciones importantes al desarrollo posterior del derecho penal orientado en estos valores.

(54) Comp. referente al derecho penal simbólico HASSEMER. *Festschrift Roxin*. 2001, p. 1001 y ss.

Tough on crime - ¿Una receta exitosa para la limitación de la criminalidad? Resultados de la investigación sobre reincidencia y efectos

Wolfgang HEINZ
(Alemania)

SUMARIO: I. Saber empírico sobre los efectos penales –requisito para un Derecho Penal orientado a las consecuencias–. II. ¿Coinciden la expectativa y la realidad? El examen mediante la estadística de reincidencia. III. ¿Producen efectos las sanciones? Estudios sobre la medición de relaciones causales. 1. Problemas metodológicos de la investigación sobre tratamientos y resultados. 2. Resultados de la investigación de sanciones sobre el efecto de prevención general de la amenaza, la imposición y la ejecución de la pena. 3. Resultados de la investigación de sanciones sobre el efecto de prevención especial de las sanciones penales. 3.1. Investigación sobre los efectos de prevención especial en el área del Derecho Penal de menores. 3.2. Investigación sobre los efectos de prevención especial en el área del Derecho Penal común. 4. Resultados de los análisis secundarios americanos. IV. Resumen.

I. SABER EMPÍRICO SOBRE LOS EFECTOS PENALES –REQUISITO PARA UN DERECHO PENAL ORIENTADO A LAS CONSECUENCIAS–

En su orientador informe para la 49ª Jornada de Juristas Alemanes “¿Qué medios penales se recomiendan para una lucha efectiva contra la criminalidad económica?” aseguraba el homenajeado: “el empleo de la pena criminal como el medio estatal intencional más agudo está sometido al principio constitucional de la proporcionalidad; la pena criminal para la lucha contra la criminalidad económica tiene que ser adecuada y necesaria en un sentido tal que otros medios menos gravosos para la lucha contra el comportamiento que se aparta de la norma jurídica económica no sean suficientes”⁽¹⁾. Estos

(1) TIEDEMANN, Klaus. “Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?” En: *Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages*, Tomo 1. Munich 1972, C33.

principios no solo son válidos para el Derecho Penal económico sino para todo el derecho penal. Con ellos el homenajeado tomó una posición digna de aceptación en la discusión sobre las teorías de la pena.

En Alemania existe hoy en día un amplio consenso en cuanto a que la idea de la venganza ya no puede justificar el empleo de la pena. La justificación de la pena estatal solo puede resultar del objetivo estatal general. En un Estado Social y Liberal de Derecho el Estado tiene únicamente la misión de garantizar la convivencia libre de peligros para todos los ciudadanos. Asimismo, la pena como medio para la realización de este objetivo, solo puede servir a la protección preventiva de bienes jurídicos. Su empleo está justificado cuando se demuestra como un “medio de prevención efectivo e imprescindible para la protección jurídica”⁽²⁾. Por consiguiente, solo es posible emplear la pena, primero, donde el objetivo de prevención sea alcanzable por medio de ella (idoneidad), y segundo, donde no se pueda alcanzar el objetivo de otra manera igualmente efectiva pero menos gravosa para el individuo (necesidad).

La culpabilidad es un requisito y también una limitante para la imposición de la pena. Si el empleo de la pena solo está legitimado por su idoneidad para materializar la protección de bienes jurídicos a través de la prevención, entonces esto significa, en la terminología de las teorías penales, que el derecho penal sirve a la prevención general⁽³⁾, y a la prevención especial, donde se aplica sobre un autor concreto (Teoría Unificadora Preventiva)⁽⁴⁾. Con esto se quiere decir que los efectos esperados con la pena pueden basarse, por una parte, en la influencia sobre autores potenciales a quienes se les hace desistir de la comisión de delitos a través de la impresión que genera la amenaza de la pena, de la persecución penal, del castigo, de la ejecución de la pena y de su cumplimiento (prevención general negativa). Por otra par-

(2) GALLAS, Wilhelm. *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 1968, p. 3.

(3) En general es válido que debe verse el fin de la amenaza de la pena en el sentido de la prevención general, es decir, en la afirmación y el aseguramiento de normas fundamentales. Esta dirección también afecta la imposición de las sanciones porque la prevención general en sí colapsaría si detrás de ella no estuviera la realidad. Si las reflexiones acerca de la prevención general y la prevención especial condujeran a resultados diferentes, la prevalencia le corresponde a la prevención especial, e incluso por razones constitucionales. La ayuda al delincuente es un mandato de la ley fundamental que se deriva de la Dignidad Humana y del principio de Estado Social.

(4) Hoy en día, las teorías de la unión son defendidas mayoritariamente; sin embargo, las concepciones divergen entre sí fuertemente en cuanto a las particularidades (cfr. el panorama en ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Bd. 1, 4 Ed., Munich 2006, § 3 Rdnr. 33 y ss.). La teoría preventiva de la unión (sobre esto en detalle ROXIN, § 3 Rdnr. 37 y ss.; MEIER, B.-D.: *Strafrechtliche Sanktionen*. 2. Ed., Berlin et ál. 2006, p. 33 y ss.), defendida aquí no es la predominante, lo son más bien las teorías aditivas de la unión (sobre su crítica ROXIN, § 3 Rdnr. 33 y ss.).

te, estos efectos pueden basarse en que el autor condenado sea resocializado (prevención especial positiva), en que sea disuadido de cometer otros delitos, o en que se asegure a la comunidad jurídica frente a este autor (prevención general negativa).

Para un sistema penal que pretenda a través del castigo proporcionar un equilibrio (compensación de la culpa, represalia, expiación, etc.) frente la lesión jurídica ocasionada, las consecuencias de una sanción son (y pueden ser) indiferentes. Por el contrario, un derecho penal preventivo tiene que someterse a la verificación empírica porque en un sistema orientado a las consecuencias, la pena solo está justificada cuando ella es fundamentalmente idónea y necesaria para alcanzar los objetivos de prevención; lo que requiere, de nuevo, un conocimiento adecuado al respecto. En tanto falten conocimientos confiables y seguros sobre qué sanción, para qué problema y bajo qué condiciones obtiene los mejores resultados, no es posible una decisión racional entre las alternativas. Bajo las concepciones del Estado de Derecho no basta simplemente esperar los efectos más favorables de una sanción de intervención intensiva, debe haber puntos de referencia verificables empíricamente y suficientemente seguros de que tal intervención es idónea y necesaria (es decir, que no es concebible una alternativa de intervención menos intensiva con el mismo efecto).

El homenajeado señaló acertadamente en su informe de 1972, la reducida fundamentación empírica de la pregunta acerca de la idoneidad del derecho penal en aquel tiempo⁽⁵⁾. Desde entonces la investigación criminológica ciertamente no se ha quedado inactiva; entretanto el conocimiento fundamentado empíricamente ha aumentado, como se pretende mostrar con la presente contribución dedicada al homenajeado. Ya por razones de espacio este panorama tendrá que limitarse solo a la pregunta sobre la idoneidad general del derecho penal. La necesidad, correctamente destacada por el homenajeado, de diferenciar según grupos de destinatarios, por ejemplo, el círculo de destinatarios del derecho penal económico⁽⁶⁾, haría necesaria una investigación aparte.

(5) TIEDEMANN (nota 1), C40.

(6) Cfr. TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsdelinquenz und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und der Bundesrepublik Deutschland*. Tübingen 1978, p. 24 y ss. "Das Grunddilemma heutigen Kriminalrechts besteht ja gerade darin, dass das staatliche Strafen einerseits im herkömmlichen Bereich des Diebstahls, des Mordes usw. real gesehen wenig nützt und dass es andererseits in neueren Bereichen wie dem der Wirtschaftskriminalität zwar erhebliche Effektivität entfalten könnte, aber eben weithin nur zögernd eingesetzt wird" (p. 26).

II. ¿COINCIDEN LA EXPECTATIVA Y LA REALIDAD? EL EXAMEN MEDIANTE LA ESTADÍSTICA DE REINCIDENCIA

En el año 2006 se realizó en Alemania, para casi 700.000 personas, un sobreseimiento incondicionado del procedimiento penal por razones del principio de oportunidad (conforme a los §§ 153, 153b StPO, 45 I, II JGG, 31a BtMG) y para otras 314.000 se realizó un sobreseimiento condicionado (conforme a los §§ 153a StPO, 45 III, 47 JGG, 37 BtMG). Fueron condenadas en firme 752.000 personas, 65.000 de ellas a una sanción estacionaria⁽⁷⁾. En total se llegó a un pronóstico de sanción explícito o implícito para más de 1.7 millones de personas. ¿Con base en qué conocimiento se produjeron estos pronósticos? En la recomendación del Comité de Ministros del Consejo Europeo para los Estados Miembros aprobada en 2003, se menciona por ejemplo, en lo relativo a los autores juveniles, que su “tratamiento (...) debe basarse, en la medida de lo posible, en evidencia científica sobre aquello que produce efectos, para quién y bajo qué circunstancias”⁽⁸⁾.

Sin embargo, hasta hace poco no se encontraba ninguna información sobre si de alguna manera y en qué medida se logra el objetivo perseguido de la prevención de la reincidencia. Pues si bien las estadísticas de la administración de justicia penal contienen indicadores de trabajo de las instancias, no presentan indicadores sobre el resultado de dicho trabajo, en especial tampoco sobre una eventual reincidencia⁽⁹⁾. La administración de justicia penal es así comparable a una empresa con contabilidad defectuosa y en parte poco fiable, en la que nadie sabe exactamente si se trabaja con ganancias o pérdidas, y menos aún qué tan altas son.

Esta misma preocupación condujo ya hace más de 100 años, a la exigencia de llevar una estadística de reincidencia como “la parte materialmente más importante pero también metodológicamente más difícil de la criminalística

(7) Penas privativas de la libertad o penas a menores sin posibilidad de libertad condicional, pena de arresto no suspendida (conforme a la Wehrstrafgesetz) así como el arresto de menores.

(8) Recomendación Rec(2003)20. En la recomendación del Comité de Ministros del Consejo Europeo para los estados miembros sobre nuevas vías para el tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la jurisdicción de menores, II.5 (Impreso con traducción alemana en: Bundesministerium der Justiz [Berlin], Bundesministerium für Justiz [Wien], Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement [Bern] [Eds.]: Die Empfehlungen des Europarates zum Freiheitsentzug 1962-2003, Mönchengladbach 2004, p. 211 y ss.).

(9) Los datos sobre condenas previas contenidos en las estadísticas individuales no dicen nada sobre los reincidentes. Los datos sobre condenas previas indican cuántos de los ahora condenados, fueron condenados **anteriormente**. Los datos sobre los reincidentes, por el contrario, indican algo sobre cuántos de los condenados (por ejemplo en un año determinado) fueron condenados **de ahí en adelante** (es decir, después de la sanción impuesta para impedir la reincidencia).

en conjunto”⁽¹⁰⁾. Los primeros datos estadísticos sobre reincidencia fueron recolectados entre 1882 y 1914⁽¹¹⁾. Entre otras cosas se constató que:

- La tasa de reincidencia era bastante estable con el transcurso de los años,
- Con el número de antecedentes no solo aumentaba la tasa de reincidencia sino que se acortaba el intervalo de reincidencia,
- Las reincidencias eran más frecuentes en el primer año y después disminuían paulatinamente.

Por lo demás, sobre los resultados de la estadística de reincidencia para los años 1892-96 Franz von Liszt apoyó su afirmación: “Cuando un joven o también un adulto cometen un delito y los dejamos libres es menor la probabilidad de que cometan de nuevo otro delito, a cuando los castigamos. Si lo dicho es cierto (...), con ello se expone de la manera más contundente el colapso, la bancarrota de toda la administración de justicia penal actual”⁽¹²⁾.

Recién en los años 80 se realizó de nuevo durante cinco años una estadística de reincidencia por parte del Registro Central Federal (Bundeszentralregister –BZR por sus siglas en alemán–), limitada a las sanciones privativas de la libertad, es decir, a menos del 10 % de todos los condenados⁽¹³⁾.

A mediados de los años 90 el Ministerio Federal de Justicia contrató la elaboración de una estadística de reincidencia que se refiriera a todas las sanciones⁽¹⁴⁾.

- Se abarcaron allí todas las condenas, las órdenes de medidas correccionales y de seguridad, los sobreseimientos conforme a los §§ 45, 47 JGG así como el levantamiento de las sanciones privativas de la libertad y de las medidas de seguridad.

(10) KÖBNER, Otto. *Die Methode einer wissenschaftlichen Rückfallstatistik als Grundlage einer Reform der Kriminalstatistik*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 1893, p. 738.

(11) Cfr. las referencias en: HEINZ, Wolfgang. “Rückfall als kriminologischer Forschungsgegenstand - Rückfallstatistik als kriminologisches Erkenntnismittel”. En: HEINZ, Wolfgang; JEHLE, Jörg-MARTIN (Eds.). *Rückfallforschung*, Wiesbaden. 2004, p. 11 y ss.

(12) LISZT, Franz von. “Die Kriminalität der Jugendlichen”. En: LISZT, Franz von: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Bd. 2, Berlin 1905, p. 339.

(13) Sobre el surgimiento y la concepción, cfr. SEITHER, Wolfgang. “Voraussetzungen und Anlage der Justizdaten zur Rückfalldelinquenz aus dem Bundeszentralregister”. En: JEHLE, Jörg-MARTIN (Eds.): *Datensammlungen und Akten in der Strafrechtspflege*. Wiesbaden 1989, p. 231 y ss. La publicación de las cinco estadísticas de reincidencia para los años de referencia 1980 hasta 1984 se realizó por medio del Fiscal General ante el Tribunal Federal Supremo, sección de Registro Central Federal.

(14) Cfr. la exposición resumida de la estadística de reincidencia y sus resultados en el Zweiten Periodischen Sicherheitsbericht (Bundesministerium des Innern; Bundesministerium der Justiz (Eds.): *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht*, Berlin 2006 <http://www.bka.de/lageberichte/ps/psb2_langfassung.pdf>), p. 640 y ss.

- Se incluyeron además los datos de edad, sexo y nacionalidad, todos los registros previos así como los registros ocurridos hasta el punto de sorteo en julio/agosto de 1999, a fin de que tanto los registros previos, de manera retrospectiva, como las sentencias subsecuentes, de manera prospectiva, pudieran ser estudiadas según su clase y gravedad.
- Con el fin de evitar déficits por cancelaciones temporales por prescripción de los registros en el BZR se limitó el periodo de reincidencia a cuatro años.
- Se valoró como reincidencia una nueva inscripción en el BZR dentro del periodo de reincidencia⁽¹⁵⁾.
- En teoría se consideran en capacidad de reincidir todas las personas que dentro del periodo de reincidencia, estando de nuevo en libertad, pueden incurrir en un delito⁽¹⁶⁾. Este criterio fue implementado en la estadística de reincidencia de manera que como totalidad base de las sentencias constitutivas, respecto de las cuales se calculaban las sentencias subsecuentes (reincidencia), se consideraran todas las personas que en 1994 fueron condenadas a una sanción ambulatoria (incluido el arresto juvenil) o a quienes en ese mismo año se les levantó una medida privativa de la libertad.

De la compleja base de datos con información sobre estadísticas de reincidencia para el año 1994 se elaboró –como una de las posibilidades de análisis⁽¹⁷⁾– la estadística de reincidencia. Con ella se presentaron por primera

(15) El criterio de reincidencia es, en este respecto, la nueva aparición ante la justicia para la que se acepta una sospecha de comisión del hecho suficiente por lo menos para elevar la acusación. En todo caso, incluso este criterio de reincidencia puede ser medido de manera limitada con respecto a formas leves de reincidencia porque en el registro juvenil del BZR tienen que consignarse los sobreseimientos de acusados menores de edad conforme a los §§ 45, 47 JGG, pero en el registro central no tienen que consignarse los que se hacen según los §§ 153 ff. StPO. La alternativa de solo considerar las nuevas condenas como reincidencia, no se justificaría con la práctica sancionatoria actual. Porque entretanto, para más de la mitad de los acusados bajo sospecha grave se llega a un sobreseimiento conforme a los §§ 153, 153a, 153b StPO, §§ 45, 47 JGG o por el § 31a BtMG.

(16) En teoría deben considerarse como no reincidentes todas las personas que dentro del periodo de reincidencia fallecen antes de cometer un nuevo delito, abandonan el territorio federal o –a causa de su internamiento– no tienen la posibilidad de ser reincidentes en libertad. Por la falta de datos correspondientes en el BZR los dos primeros grupos de personas no pueden excluirse de la totalidad base. Este error sistemático conduce a una infravaloración de las tasas de reincidencia.

(17) Sobre análisis especiales cfr. HARRENDORF, Stefan. “Rückfälligkeit und kriminelle Karrieren von Gewalttätern”. In: HEINZ, Wolfgang; MARTIN JEHLE, Jörg (Eds.). *Rückfallforschung, Wiesbaden*. 2004, p. 289 y ss.; JEHLE, Jörg-MARTIN; KIRCHNER, MARTIN. *Effizienz der strafrechtlichen Sanktionen, Blutalkohol*. 2002, 39, p. 243 y ss.; JEHLE, Jörg-MARTIN; WEIGELT, Enrico. *Rückfall nach Bewährungsstrafen - Daten aus der neuen Rückfallstatistik*. *Bewährungshilfe* 2004, p. 149 y ss.; JEHLE, Jörg-MARTIN; HOHMANN-FRICKE, Sabine. “Rückfälligkeit exhibitionistischer Straftäter”. En: Elz, Jutta; JEHLE, Jörg-MARTIN; KRÖBER, Hans-LUDWIG (Eds.). *Exhibitionisten - Täter, Taten, Rückfall*. *Wiesbaden*. 2004, p. 133 y ss.; JEHLE, Jörg-MARTIN; HOHMANN-FRICKE, Sabine. *Junge*

vez para Alemania datos estadísticos de reincidencia para todas las sanciones y para un año de referencia consolidado.

Como resultados más significativos⁽¹⁸⁾ –en relación con todas las personas abarcadas en la estadística de reincidencia con un periodo de reincidencia de exactamente cuatro años– se deben considerar:

- La reincidencia es la excepción, no la regla. Solo un poco más de un tercio de todos los condenados (35,7 %) fue registrado nuevamente ante la justicia dentro del periodo de cuatro años (cfr. **Tabla 1**, fila 1, columna 4).
- Las tasas de reincidencia están distribuidas –al igual que la carga de criminalidad– de manera bastante desigual dependiendo de la edad. Los individuos jóvenes muestran una carga de criminalidad claramente más alta que la de adultos. Conforme a las expectativas, las tasas de reincidencia de individuos jóvenes también son claramente más altas que las de adultos. Las tasas de reincidencia de los condenados conforme al derecho penal de menores son, con un 59,3 % (**Tabla 1**, fila 7, columna 4), casi dos veces más altas que las tasas de reincidencia de los condenados conforme al derecho penal común, con un 32,6 % (**Tabla 1**, fila 2, columna 4). Solo las tasas de reincidencia según el sobreseimiento incondicionado por razones del principio de oportunidad, en derecho penal de menores (§§ 45, 47 JGG) se acercan con un 40,3 % (**Tabla 1**, fila 19, columna. 4) a las tasas medidas para el derecho penal común.

Verkehrstäter - Erscheinungsformen und Rückfälligkeit. ZJJ 2006, p. 286 y ss.; KIRCHNER, MARTIN. “Rückfallkriminalität von Verkehrsstraftätern”. In: HEINZ, Wolfgang; MARTIN JEHL, Jörg. (Eds.): *Rückfallforschung*, Wiesbaden, 2004, p. 261 y ss.; SUTTERER, Peter. *Möglichkeiten rückfallstatistischer Auswertungen anhand von Bundeszentralregisterdaten - zur KOSIMA*, Konzeption von. En: HEINZ, Wolfgang; JEHL, Jörg-MARTIN (Eds.). *Rückfallforschung*, Wiesbaden. 2004, p. 173 y ss.; SUTTERER, Peter y SPIESS, Gerhard. *Rückfall und Sanktion - Möglichkeiten und Grenzen statistischer Auswertungen mit Bundeszentralregisterdaten*. En: HEINZ, Wolfgang; JEHL, Jörg-MARTIN (Eds.). *Rückfallforschung*, Wiesbaden. 2004, p. 215 y ss.

(18) Sobre presentaciones detalladas de los resultados cfr. JEHL, Jörg-MARTIN; HEINZ, Wolfgang; SUTTERER, Peter (con colaboración de Sabine HOHMANN, MARTIN KIRCHNER y SPIESS, Gerhard): *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen - Eine kommentierte Rückfallstatistik*. Mönchengladbach 2003 <<http://www.bmj.de/media/archive/443.pdf>>.

Tabla 1: Libertad condicional y reincidencia según el Derecho Penal común y el Derecho Penal de menores. Año de referencia 1994.

Sentencias constitutivas (SC)			Reincidencia*		Sentencia subsecuente más grave ** (en el porcentaje de las respectivas sentencias de reincidencia)			
			Total	(en % de las corresp SC)	Pena privativa de la libertad / pena para menores		(otras) Sanción formal	§§ 45, 47 JGG
					Condi- ciona- das	Sin condi- ciones		
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
(1) SC en total		946.107	337.853	35,7	13,9	23,3	56,1	6,8
(2) SC formales según el Derecho Penal común		717.758	234.059	32,6	14,9	25,9	59,1	0,1
(3) Totalidad de penas privativas de la libertad		105.011	49.205	46,9	37,4	28,6	34,0	0,0
(4) Penas privativas de la libertad sin libertad condicional		19.551	11.028	56,4	52,1	22,9	24,9	0,0
(5) Penas privativas de la libertad con libertad condicional		85.460	38.177	44,7	33,2	30,2	36,6	0,0
(6) Multa		612.747	184.854	30,2	8,9	25,2	65,8	0,1
(7) SC formal según el Derecho Penal de menores		62.254	36.907	59,3	19,8	25,1	48,0	7,2
(8) Totalidad de penas a menores		11.941	7.715	64,6	38,5	25,4	33,8	2,2
(9) Penas a menores sin libertad condicional		3.265	2.541	77,9	57,9	22,7	19,0	0,4
(10) Penas a menores no suspendidas, pero susceptibles de suspensión		1.597	1.304	81,7	59,0	23,4	17,2	0,5
(11) Penas para menores no susceptibles de suspensión de más de 2 años de duración		1.668	1.244	74,6	56,8	22,0	21,0	0,2
(12) Suspensión de la pena restante		1.900	1.473	77,5	51,7	24,2	23,7	0,4
(13) Penas cumplidas en su totalidad		1.365	1.068	78,2	66,5	20,6	12,6	0,3
(14) Penas para menores con libertad condicional		8.676	5.174	59,6	29,0	26,7	41,1	3,2
(15) Arresto de menores		9.607	6.726	70,0	25,2	29,7	39,3	5,8
(16) Arresto de tiempo libre o de corta duración		4.275	2.956	69,1	18,5	27,6	47,56	6,3
(17) Arresto de larga duración		5.332	3.770	70,7	30,5	31,4	32,9	5,4
(18) Medidas de los jueces de menores		40.701	22.464	55,2	11,7	23,6	55,5	9,3
(19) Sobreseimiento en el derecho penal de menores (§§ 45, 47 JGG)		166.093 ²⁾	66.886	40,3	7,1	12,9	49,8	30,1

Leyenda:

- 1) Multa, arresto a menores, medidas educativas, medios de corrección § 27 JGG y medidas aisladas.
- 2) Número corregido que excluye otras decisiones frente a la tabla de panorama 4.3a (Jehle, Heinz und Sutterer, 2003) Se conservan las dimensiones.

Ayuda para la lectura (con el ejemplo de la fila):

* De un total de 946.107 personas que en 1994 fueron condenadas a una sanción ambulatoria o a quienes se les suspendió una pena privativa de la libertad o una pena para menores, (columna 2), reincidieron 337.853 (columna 3) (=35,7 %) (columna 4).

** De estas 337.853 personas, dentro de cuatro años nuevamente registradas en el BZR (columna 3), el 13,9 % (columna 5) fueron condenados a una pena privativa de la libertad o una pena para menores sin posibilidad de libertad condicional.

Fuente de los datos: Jehle, Jörg-Martin; Heinz, Wolfgang; Sutterer, Peter [con la colaboración de Sabine Hohmann, KIRCHNER Martin y SPIESS Gerhard]. *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen - Eine kommentierte Rückfallstatistik*. München/Gladbach 2003, Tabla de panorama 4.1.a, S. 121, 4.3.a, S. 123.

- Si se llega de nuevo a una condena, una sanción privativa de la libertad es la excepción. La probabilidad de que un hecho de reincidencia sea sancionado con tal severidad, es la más alta en el caso de las penas para menores ejecutadas (58 %) (Tabla 1, fila 9, columna 5), después de un sobreseimiento es la más baja (7 %) (Tabla 1, fila 9, columna 8).
- Las tasas de reincidencia aumentan en la tendencia, de acuerdo con la gravedad de la sanción: entre más dura sea la sanción impuesta, más altas son las tasas de reincidencia.
- Después de una pena privativa de la libertad o de una pena para menores suspendida bajo libertad condicional, la tasa de reincidencia (de acuerdo con lo esperado) es claramente más baja que una pena para menores no suspendida (Tabla 1, filas 4, 5, 9, 14, columna 4).

Con respecto a las características personales de los condenados, así como de la probabilidad de reincidencia específica para cada delito, la estadística de reincidencia confirma los resultados conocidos:

- La dependencia de la criminalidad a la edad y al género es uno de los hallazgos seguros de la criminología. Esta dependencia se presenta también frente a las tasas de reincidencia. Los individuos jóvenes presentan las tasas más altas de reincidencia y estas van disminuyendo cuando la edad aumenta. Esto concuerda con que las tasas de reincidencia en el derecho penal de menores son más altas que en el derecho penal común. La correlación debería existir más con la edad que con la tipo de sanción.
- No solo la comisión de delitos depende del género, sino también lo hace la probabilidad de reincidencia. Los hombres no solo son registrados frecuentemente de manera sobre proporcional por la comisión de delitos, sino que también muestran una tasa de reincidencia perceptiblemente mayor que las mujeres.
- La tasa de reincidencia aumenta claramente con el número de registros previos: la tasa de reincidencia de los que son registrados por primera vez asciende al 37 %, para autores con tres o más registros previos es del 80,2 %⁽¹⁹⁾. En todo caso, esto también significa que cerca del 20 % de los reincidentes en cuatro o más ocasiones, no fueron registrados de nuevo penalmente; incluso los reincidentes múltiples logran, según la estadística, salir de la criminalidad.
- La tasa de reincidencia (en su totalidad, es decir, bajo consideración de la reincidencia de diferentes clases) es la más alta en las formas del hurto

(19) Cfr. Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht (cita 14), p. 653 y ss., tabla 6.4-7.

agravado (§§ 243, 244 StGB) con un 59 % y en el hurto con violencia sobre las personas (58,5 %)⁽²⁰⁾. Unas de las tasas más bajas se presentan en el homicidio y en el homicidio agravado (26,9 %). En este sentido, para las diferencias podrían ser menos influyentes las sanciones y mucho más las características personales o circunstanciales de los delitos así como los efectos de la edad.

Los resultados de la estadística de reincidencia diferenciados según el delito, la edad, el género y el tipo de sentencia constitutiva o subsecuente, indican algo sobre las tasas de reincidencia según la sanción respectiva y sobre la población sobre la que se aplica dicha sanción. Tales resultados son significativos ante todo, porque sobre ellos se pueden verificar las expectativas respecto del efecto de prevención especial, en cuanto a si estas pueden apoyarse en los datos empíricos o si se muestran como insostenibles. Sin embargo, de los resultados de la estadística de reincidencia no se pueden deducir relaciones causales. Puesto que las personas que son sancionadas con penas estrictas, posiblemente pertenecen a un grupo que independientemente de la sanción impuesta, muestra un riesgo de reincidencia más elevado.

Por tal razón, una estadística de reincidencia no reemplaza una investigación sobre cuál de las diversas sanciones para grupos de hechos y de autores comparables puede alcanzar un mejor resultado de prevención especial. Sin embargo, la estadística de reincidencia muestra con claridad que las sanciones más graves no son idóneas para compensar un riesgo elevado de reincidencia asumido para los delitos graves.

III. ¿PRODUCEN EFECTOS LAS SANCIONES? ESTUDIOS SOBRE LA MEDICIÓN DE RELACIONES CAUSALES

1. Problemas metodológicos de la investigación sobre tratamientos y resultados

La medición de efectos de las sanciones se cuenta dentro de los problemas más difíciles de la investigación criminológica. La mayor dificultad consiste en garantizar la validación interna, es decir, a través del control de todas las variables de distorsión asegurar que la desviación de las variables dependientes (aquí reincidencia) pueda atribuirse con las menores dudas posibles a la desviación de las variables independientes a evaluar (aquí: sanción según su tipo y su gravedad). Esto solo es posible si se puede asegurar que la desviación de las variables dependientes (aquí las tasas de reincidencia) pueda atribuirse con las menores dudas posibles a la desviación de las variables

(20) Cfr. Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht (cita 14), p. 654 y ss., tabla 6.4-9.

independientes a evaluar (aquí sanción según su tipo y gravedad). Si este no es el caso, entonces debe quedar abierto si las diferencias constatadas en la influencia de la sanción deben atribuirse a una diversa composición de los grupos con respecto a las características de los hechos de los autores o de las víctimas, o a una preselección por medio de la fiscalía o los tribunales. Esto solo puede garantizarse en estudios aplicados experimental o cuasi experimentalmente. Los estudios experimentales solo son posibles con escasa frecuencia en Alemania, por ejemplo solo donde de todas maneras tenga que hacerse una selección⁽²¹⁾. Diseños cuasi experimentales son posibles, por el contrario, donde grupos comparables son sancionados de manera diferente por transversalidad (a causa de diferencias regionales en la práctica sancionatoria) o por longitud temporal (a causa de modificaciones en la práctica sancionatoria, por ejemplo: sobreseimiento en lugar de arresto juvenil o suspensión de la pena en lugar de pena para menores incondicionada).

Tan conocido como estos criterios para estudios válidos, es que los estudios (nacionales como internacionales) sobre los efectos de las sanciones en su gran mayoría no se corresponden o se corresponden solo parcialmente con estos criterios. Dichos estudios se basan con poca frecuencia –y en cuanto a la investigación alemana sobre los efectos en el derecho penal de menores, hasta ahora de ninguna manera– en un experimento aleatorio controlado, y se apoyan más bien en un diseño cuya validación interna es más débil. Sin embargo, para clasificar y evaluar diferenciadamente los estudios existentes se desarrolló por Sherman y otros⁽²²⁾ la *Maryland Scientific Methods Scale*. Una versión revisada y ampliada⁽²³⁾ se ha convertido entretanto en la obra estándar del movimiento *evidence-based crime-prevention*. Esta escala se apoya, entre otras, en las siguientes premisas:

- Solo a través de estudios con una validación interna cuidadosamente asegurada se puede valorar la efectividad de las intervenciones de forma correcta. Estas evaluaciones, por regla general, utilizan experimentos aleatorios o por lo menos diseños cuasi experimentales.
- Se debe considerar el estado completo de la investigación, no solo estudios individuales, cuyos resultados posiblemente correspondan mejor que otros con las expectativas del evaluador. Por tal razón se deben describir exactamente las estrategias de búsqueda o de exclusión.

(21) Cfr. la investigación de ORTMANN, Rüdiger: Sozialtherapie im Strafvollzug, Freiburg i. Br. 2002.

(22) SHERMAN, Lawrence W.; GOTTFREDSON, Denise C.; MACKENZIE, Doris L.; ECK, John; REUTER, Peter; BUSHWAY, Shawn D. *Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising*. A Report to the United States Congress 1998 <<http://www.ncjrs.org/works/download.htm>>.

(23) SHERMAN, Lawrence W.; FARRINGTON, David P.; WELSH, Brandon C.; Layton MACKENZIE, Doris (Eds.): *Evidence-Based Crime Prevention*, London/New York 2002.

En esta escala se trata de ordenar evaluaciones empíricamente válidas sobre la efectividad de instrumentos de prevención criminal, y con base en análisis tan completos como sea posible, encontrar los instrumentos que de allí se evidencien como más efectivos. El valor informativo de los resultados se clasifica en cinco niveles de estimación (cfr. **tabla 2**).

Tabla 2: *Maryland Scientific Methods Scale*

Nivel 5	Estudios con diseño experimental, es decir, para los cuales los grupos de investigación a través de selección aleatoria fueron divididos en un grupo experimental y un grupo de control.
Nivel 4	Estudios cuasi experimentales bien realizados, en los que un grupo de control fue estudiado, aunque no de manera aleatoria, sino al cual se llegó por una elección consciente, en los cuales, sin embargo, se puso un especial cuidado en la comparabilidad, por ejemplo haciendo coincidir (<i>matching</i>) personas o grupos según variables cuya influencia sobre una intervención y un efecto pudo ser subordinada, o a través de minuciosos controles estadísticos de tales variables.
Nivel 3	Investigaciones en las que se recurrió a un grupo de comparación, que no había absuelto el programa de intervención evaluado, para los cuales, sin embargo, la similitud con el grupo de investigación no era mayor o desconocida.
Nivel 2	Estudios de Antes - Después sin un grupo de comparación.
Nivel 1	Estudios con un solo punto de medición temporal, para una población, que abarcó destinatarios y no destinatarios de una intervención, sin asegurar o controlar estadísticamente su comparabilidad.

Independientemente de la valoración del nivel metódico, con ayuda de los meta-análisis de esta escala, se categorizaron los resultados de estudios evaluados como: *working*, *not working*, *promising* oder *unknown*.

- Fueron clasificados como *working* los programas para los que por lo menos dos estudios de calidad de diseño 3 o mayor, demostraron efectos estadísticamente significativos con muestras de suficiente tamaño, y en los que los demás estudios de menor calidad de diseño mostraban mayoritariamente resultados en la misma dirección.
- Fueron clasificados como *not working* los programas para los que por lo menos dos estudios de calidad de diseño 3 o más alta, demostraron que no tenían ningún efecto o que atraían hacia sí efectos contraproducentes.
- Fueron consideradas como *promising* las intervenciones que solo fueron demostradas como efectivas por un estudio de evaluación de nivel 3 y para las que, según otros estudios metodológicamente más débiles, existían indicios de que con un mejor diseño también podrían mostrar efectividad.

- Para todos los demás programas se consideró su efectividad como *unknown*.

2. Resultados de la investigación de sanciones sobre el efecto de prevención general de la amenaza, la imposición y la ejecución de la pena

Con respecto al efecto de prevención general de la amenaza, la imposición y la ejecución de la pena, se expresa la expectativa por una parte de la política en Alemania, que a través de un endurecimiento de las sanciones se puede alcanzar un efecto preventivo más alto. Sin embargo, no hay ningún indicio empírico que apoye la exactitud de esta expectativa.

Conforme al estado actual de la investigación⁽²⁴⁾, los efectos de intimidación (prevención general negativa) que parten de la amenaza, imposición y ejecución de la pena, son bastante reducidos. Para el área de la criminalidad de bajo y mediano impacto es válido, en todo caso, que las variables punitivas (riesgo de ser descubierto, así como la magnitud y gravedad de la sanción) junto con otros factores –externos al derecho penal– son casi insignificantes. La magnitud y gravedad de las penas no tienen un significado medible. Solo al riesgo de ser descubierto (subjettivamente valorado) le corresponde una cierta importancia, no obstante solo para algunos delitos (bagatela) y también allí sumamente escasa. Es mucho más importante el compromiso moral de las normas, la frecuencia de la comisión de delitos en el círculo de parientes o conocidos, las reacciones esperadas del entorno social, así como, conforme a los resultados del Estudio de Göttingen, la sensación subjetiva de la pena⁽²⁵⁾.

Un derecho penal en funcionamiento tiene simplemente la tarea de estabilizar las normas penales de tal manera que ya a través de la amenaza de la pena se aclare la importancia de los valores y normas protegidas, y por medio de la persecución y la sanción sea desaprobado ético socialmente el quebrantamiento de normas. Sobre este aspecto de la estabilización de normas solo existen pocos estudios⁽²⁶⁾, que sin embargo, por la interdependen-

(24) Cfr. sobre el estado de la investigación los resúmenes de DÖLLING, D. *Generalprävention durch Strafrecht. Realität oder Illusion?*, ZStW 1990, p. 1 y ss.; DÖLLING, Dieter; ENTORF, Horst; HERMANN, Dieter; HÖRING, Armando; RUPP, Thomas; WOLL, Andreas. *Zur generalpräventiven Abschreckungswirkung des Strafrechts - Befunde einer Metaanalyse*, Soziale Probleme 17, H. 2, 2006, p. 193 y ss.; EISELE, H. Die general- und spezialpräventive Wirkung strafrechtlicher Sanktionen - Methoden - Ergebnisse - Metaanalyse, Diss. phil., Heidelberg 1999; SCHÖCH, H. "Empirische Grundlagen der Generalprävention". En: *Festschrift für H.-H. JESCHECK*, Berlin 1985, p. 1081 y ss.; SCHUMANN, K. F.: Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiver Generalprävention, in: SCHÜNEMANN/HIRSCH/JAREBORG (Eds.): *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998, p. 17 y ss.; STRENG, F.: *Strafrechtliche Sanktionen*, 2ª Ed, Stuttgart et. ál., 2002, p. 30 y ss.

(25) Cfr. SCHÖCH *ibid.* (cita 244), S. p. 1081 y ss.

(26) Cfr. la exposición del estado actual de la investigación en Alemania de DÖLLING. (cita 244), de SCHUMANN (SCHUMANN, K.F.: *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1989) und zuletzt bei Schumann (cita 244).

cia de la moral, y por la formación de las convicciones a través de la crianza por una parte y por la confirmación normativa que se apoya en ella, por la otra, no están en capacidad de aislar la influencia que pueda ser atribuida al Derecho Penal. Con todo, no pudo encontrarse ningún punto de referencia que permita indicar que un endurecimiento del derecho penal influiría positivamente en la conciencia normativa. En rigor, al respecto solo se constató: “Para la hipótesis, por ejemplo, de una, fuerza formadora de costumbres del Derecho Penal falta todo indicio empírico. Del Derecho Penal y sus sanciones, bajo el punto de vista de la prevención general positiva, no se puede esperar más que el apoyo de valores y normas que el ciudadano está dispuesto a aceptar de antemano”⁽²⁷⁾.

Del presente estado de la investigación se puede concluir que –aparte de quizá algunos grupos de autores de delitos que ponderan los riesgos racionalmente, como se presume de algunos grupos en el Derecho Penal económico y del medio ambiente, o para autores de la criminalidad organizada– no puede justificarse como necesario un endurecimiento del Derecho Penal ni bajo el punto de vista de la prevención general negativa ni bajo el de la positiva, porque no hay ninguna evidencia de que con ello se puedan disminuir las tasas de criminalidad o que se fortalezcan la consciencia y el respeto a las normas. Este resultado es confirmado por una nueva posición internacional sobre la relación entre la gravedad de la pena y la prevención general, según la cual “las posibilidades del legislador penal para generar efectos preventivos son limitadas y que en todo caso sobre la gravedad de la sanción misma no pueden ser alcanzados incrementos sustanciales en intimidación o en aclaración normativa”⁽²⁸⁾.

3. Resultados de la investigación de sanciones sobre el efecto de prevención especial de las sanciones penales

3.1. Investigación sobre los efectos de prevención especial en el área del Derecho Penal de menores

Como estado actual de la investigación, con base en los estudios alemanes con respecto a las sanciones del derecho penal de menores se puede constatar:

- Una condena no es mejor desde el punto de vista de la prevención especial a un sobreseimiento conforme a los §§ 45, 47 JGG. Para grupos comparables de hechos y de autores las tasas de reincidencia después de un sobreseimiento eran regularmente más bajas que después de una condena. Esto se confirmó en todos los estudios, independientemente de cómo se

(27) STRENG. (cita. 244), p. 33.

(28) ALBRECHT, H.-J. *Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform*. ZStW 1999, p. 874.

medió la libertad condicional (registros en el BZR o encuestas a los autores), e independientemente de si servía de base un diseño de grupo de control o un diseño cuasi experimental⁽²⁹⁾.

- Las investigaciones sobre las medidas ambulatorias prueban que las tasas de reincidencia no son, en ningún caso, peores que las que se presentan después de una sanción de intervención más intensa. Una investigación llevada a cabo en Suiza⁽³⁰⁾ pudo comprobar de manera impresionante la así llamada “tesis de la intercambiabilidad”, según la cual las sanciones son intercambiables sin que haya pérdida en la eficiencia de la prevención especial. Allí se muestra que entre las diversas preferencias sancionatorias regionales y las cuotas de reincidencia no existía una correlación⁽³¹⁾. “Sobre todos los delitos investigados en conjunto, en los grupos de Cantones con el porcentaje de multas más alto (es decir, pago de dinero), las tasas de reincidencia eran tan altas como en los otros Cantones, esto es, del 13%. Eso quiere decir que los porcentajes altos de multas para delitos idénticos no producen peores resultados”⁽³²⁾ que la libertad condicional en penas suspendidas.
- Suspensión de la pena con libertad condicional frente a sanciones estacionarias: También la inclusión de grupos de condenados con imputaciones considerables, a causa del uso aumentado de la suspensión condicional de la pena, no condujo a un aumento respectivo de las apelaciones, como lo muestran los datos de la estadística auxiliar de libertad condicional.
- Las investigaciones sobre los acuerdos entre víctimas y autores (*Täter-Opfer-Ausgleich* o TOA por sus siglas en alemán) mostraron que no eran mayores las tasas de reincidencia frente a los grupos de comparación

(29) Cfr. MATHEIS, Bernhard. *Intervenierende Diversion*. jur. Diss. Mainz 1991; STORZ, Renate. *Jugendstrafrechtliche Reaktionen und Legalbewährung*. En: HEINZ, Wolfgang; STORZ, Renate. *Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland*. 3ª Ed., Bonn 1994, p. 131 y ss.; HOCKLEYDECKER, Gertrud. *Die Praxis der Verfahrenseinstellung im Jugendstrafverfahren*. Frankfurt a.M. et ál. 1994; CRASMÖLLER, Bernhard: *Wirkungen strafrechtlicher Sozialkontrolle jugendlicher Kriminalität*, Pfaffenweiler 1996; LÖHR-MÜLLER, Katja. *Diversion durch den Jugendrichter*, Frankfurt a.M. 2000; SCHUMANN, Karl F. (Ed.): *Berufsbildung, Arbeit und Delinquenz*. 2 Bde., Weinheim/München 2003; BAREINSKE, Christian. *Sanktion und Legalbewährung im Jugendstrafverfahren in Baden-Württemberg*. Freiburg i.Br. 2004.

(30) STORZ, R. “Strafrechtliche Verurteilung und Rückfallraten”. In: *Bundesamt für Statistik* (Ed.), *Statistik der Schweiz*, Reihe 19: Rechtspflege, Bern 1997.

(31) En esta investigación, adelantada por la Oficina Estadística Suiza, se examinó la relación entre el tipo de sanción y la tasa de reincidencia para los condenados por primera vez por delitos masa (hurtos simples según el art. 137.1 schwStGB, Vulneración de las reglas de tráfico según el art. 90 SVG, conducción en estado de embriaguez según el art. 91 SVG) en los años 1986 y 1987. Fue posible un diseño de investigación cuasi experimental porque, como lo muestra el cuadro 5, existía una diferencia extremadamente grande en la imposición de multas y penas privativas de la libertad suspendidas condicionalmente para grupos de hechos y de autores homogéneos, a causa de los diferentes estilos sancionatorios cantonales.

(32) STORZ. (cita 310), p. 22.

—sancionados con regularidad de manera más intensiva—. Por lo tanto se puede valorar a los TOA como una vía más responsable y prometedora en cuanto a la política criminal⁽³³⁾.

- Faltan evidencias inequívocas sobre la efectividad de prevención especial de medidas de tratamiento más específicas. Ohlemacher y otros⁽³⁴⁾ no pudieron encontrar efectos positivos en su investigación sobre los ejercicios antiagresividad para un grupo de reclusos menores de edad, en comparación con los reclusos no involucrados en los ejercicios. En todo caso no pudo determinarse con claridad si estos resultados se deben al programa de tratamiento, a las condiciones marco (aplicación en el centro de reclusión) o a problemas metodológicos.
- Con respecto a las modalidades de la reclusión, una investigación reciente tuvo como resultado que después de la liberación del establecimiento abierto, la tasa de reincidencia no era más alta que frente a los centros de reclusión juveniles cerrados⁽³⁵⁾.

3.2. Investigación sobre los efectos de prevención especial en el área del Derecho Penal común

Como estado actual de la investigación, con base en los estudios alemanes con respecto a las sanciones del Derecho Penal común se puede constatar:

- Centros de reclusión para tratamientos de terapia social frente a centros regulares de reclusión cerrada: el único estudio con un experimento aleatorio se llevó a cabo en dos centros de reclusión en Renania del Norte-Westfalia. Frente al grupo de control que permanecía en el centro de reclusión regular los sujetos de de la terapia social mostraron una ligera mejoría en la libertad condicional. El aprisionamiento efectivo desvirtuaba en especial también posibles efectos positivos en la terapia social⁽³⁶⁾. Ya desde antes se llevaron a cabo estudios de evaluación cuasi experimentales sobre la terapia social, en los que esta obtuvo mejores resultados⁽³⁷⁾.

(33) Cfr. DÖLLING, Dieter; HARTMANN, Arthur; TRAULSEN, Monika. *Legalbewährung nach Täter-Opfer-Ausgleich im Jugendstrafrecht*. MschrKrim 2002, p. 185 y ss.

(34) Cfr. OHLEMACHER, Thomas; SÖGDING, Dennis; HÖYNCK, Theresia; ETHÉ, Nicole, WELTE, Götz. “Nicht besser, aber auch nicht schlechter”: Anti-Aggressivitäts-Training und Legalbewährung, DVJJ-Journal 2001, p. 380 y ss.

(35) FRANKENBERG, Hans-Magnus. *Offener Jugendstrafvollzug, Vollzugsbedingungen und Legalbewährung von Freigängern aus der Jugendstrafvollzugsanstalt in Rockenberg/Hessen*. Frankfurt a.M. et ál. 1999.

(36) ORTMANN, Rüdiger. *Sozialtherapie im Strafvollzug, Freiburg i. Br.* 2002.

(37) Cfr. la meta evaluación de LÖSEL, Friedrich; KÖFERL, Peter y WEBER, Florian. *Meta-Evaluation der Sozialtherapie*. Stuttgart 1987.

- Establecimientos de reclusión abiertos frente a establecimientos de reclusión cerrados: las pocas investigaciones orientadas al criterio de reincidencia “indican desarrollos igualmente favorables en caso de una puesta en libertad sobre formas abiertas de reclusión con trabajo externo o con permisos de salida”⁽³⁸⁾.
- Suspensión de la pena con libertad condicional frente a cumplimiento total de la pena: Albrecht, Dünkel y Spieß llegaron en su análisis secundario a un resultado más bien positivo sobre la libertad condicional⁽³⁹⁾, Böhm y Erhard llegaron a una distribución equitativa más amplia, lo que como mínimo apoya la tesis de la intercambiabilidad⁽⁴⁰⁾.
- Suspensión de la pena con libertad condicional frente a sanciones estacionarias: la inclusión de grupos de condenados con imputaciones considerables, a causa del uso incrementado de la suspensión condicional de la pena no condujo, como lo muestran los datos de la estadística auxiliar de libertad condicional, a un correspondiente aumento de las apelaciones. De esto se puede concluir que la suspensión condicional de la pena tiene como mínimo la consecuencia de impedir que una parte de los inculcados en libertad condicional tuvieran que cumplir penas privativas de la libertad. Según Dünkel⁽⁴¹⁾, la libertad condicional inmediata “no demuestra resultados más negativos en cuanto a la prevención especial, en la mayoría de los casos, por el contrario, estos son positivos”.
- Multa como alternativa a penas privativas de la libertad de corta duración con y sin libertad condicional: en su estudio publicado en 1982 Albrecht⁽⁴²⁾ constató que las diferencias que existían inicialmente en las tasas de reincidencia después de multas y de penas privativas de la libertad, podían reducirse notoriamente con un control de las características de selección. De esto extrajo la conclusión “que una variación del tipo de sanción dentro de los marcos normativos admisibles y dentro de la práctica común del derecho penal, no traería consigo más diferencias interpretables para grupos comparables”⁽⁴³⁾.

(38) ALBRECHT, Hans-Jörg; DÜNKEL, Frieder; SPIESS, Gerhard. *Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik*, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform. 1981, pp. 310 (316).

(39) ALBRECHT/DÜNKEL/SPIESS (cita. 38), p. 317.

(40) Cfr. BÖHM, Alexander; ERHARD, Christopher. *Strafrestaussetzung und Legalbewährung*. Darmstadt 1988.

(41) DÜNKEL, Frieder. “StrafAussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe im internationalen Vergleich - ein Überblick”. In: DÜNKEL, F.; SPIESS, G. (Ed.) *Alternativen zur Freiheitsstrafe - StrafAussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe im internationalen Vergleich*. Freiburg i. Br. 1983, p. 452.

(42) ALBRECHT, Hans-Jörg. *Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten*. Freiburg 1982.

(43) ALBRECHT (cita. 422), p. 227.

4. Resultados de los análisis secundarios americanos

En ningún estudio existente se consiguió presentar la prueba de una superioridad de las sanciones más intensivas en comparación con las que comportan una intervención menor, especialmente de las privativas frente a las no privativas de la libertad. Estos resultados de la investigación sobre las sanciones en el área de habla germana se incluyen sin interrupción en el estado general del conocimiento de la investigación criminológica. En especial los nuevos análisis secundarios provenientes de los Estados Unidos⁽⁴⁴⁾ muestran que no se pueden esperar efectos positivos de una política criminal *tough on crime* que imponga endurecimientos punitivos, especialmente penas privativas de la libertad. Los programas que apuntan a una intimidación de prevención especial, sea a través de privación de la libertad de corta duración (*shock probation*), a través de internación de larga duración relacionada con entrenamiento militar (*boot camps*) o en forma de programas de visita a prisiones (*scared straight*), no tuvieron los efectos deseados, las tasas de reincidencia de los grupos de comparación no fueron más bajas, e incluso fueron mayores en algunos estudios.

- En el *Maryland Report* se resumió como producto de los estudios de evaluación para la *shock probation*: “Studies examining the recidivism of shock probation with similar probation groups have found no difference and in some cases the shock probationers have done demonstrably worse”⁽⁴⁵⁾.
- Los boot camps para jóvenes no tuvieron ningún efecto o bien tuvieron uno negativo por lo que los resultados arrojaron “little support for the boot camps as crime prevention technique”⁽⁴⁶⁾.
- De manera similar son negativos los resultados para los programas *scared straight*: “Studies of these programs have not indicated any differences between those who participated in the programs and comparison

(44) SHERMAN, Lawrence W.; GOTTFREDSON, Denise C.; MACKENZIE, Doris L.; ECK, John; REUTER, Peter; BUSHWAY, Shawn D. *Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising, A Report to the United States Congress*. 1998. En: <<http://www.ncjrs.org/works/download.htm>>, en una versión revisada publicada por von SHERMAN, Lawrence W.; FARRINGTON, David P.; WELSH, Brandon C.; Layton MACKENZIE, Doris (Eds.). *Evidence-Based Crime Prevention, London/New York* 2002; reviews del Campbell Collaboration Criminal Justice Group <<http://www.campbellcollaboration.org/>>; “blueprints” des Center for Study and Prevention of Violence at the University of Colorado in Boulder <<http://www.colorado.edu/cspv/blueprints>>; meta análisis de Mark W. Lipsey vom Center for Evaluation Research and Methodology at the Vanderbilt Institute for Public Policy Studies in Nashville <www.vanderbilt.edu/cevm>.

(45) MACKENZIE, Doris Layton. “Reducing the criminal activities of known offenders and delinquents”. In: SHERMAN, Lawrence W.; FARRINGTON, David P.; WELSH, Brandon C.; Layton MACKENZIE, Doris (Eds.). *Evidence-Based Crime Prevention, London/New York* 2002, p. 340.

(46) MACKENZIE (cita 455), p. 348.

groups and in some cases the re-arrest rates were higher for those who participated in the program”⁽⁴⁷⁾. Petrosino y otros llegaron al mismo resultado en su reporte para la *Campbell Collaboration*. Estos programas, según los autores, “are likely to have a harmful effect and increase delinquency relative to doing nothing at all to the same youth”⁽⁴⁸⁾.

- La pena para menores (*arrest*) se mostró más bien como contraproducente. En el Estudio de larga duración de Denver (*Denver Youth Study*) se constató: “In general, arrest has little impact on subsequent delinquent behavior, and when it does have an impact, it is most likely an increase in future delinquent behavior. In addition, those who are arrested and incarcerated as juveniles are substantially more likely to be incarcerated as adults (...) The findings also suggest that the use of the least restrictive sanctions, within the limits of public safety, and enhanced reentry assistance, monitoring, and support may reduce future delinquency”⁽⁴⁹⁾.

IV. RESUMEN

1. La estadística de reincidencia permite examinar cuándo y en qué medida se cumplen las expectativas sobre la imposición y ejecución de las penas desde el punto de vista de la prevención especial. Los resultados de la primera estadística sobre reincidencia a nivel federal que incluye todas las sanciones muestran que las sanciones más graves en todo caso no son idóneas para compensar el riesgo elevado de reincidencia asumido para los delitos graves. En tanto más grave sea la sanción, son más altas las tasas de reincidencia.
2. La estadística de reincidencia no permite extraer conclusiones sobre relaciones causales. Para esto se requiere la comparación de grupos que se diferencien (en la medida de lo posible) solo a través del tipo o de la gravedad de la sanción. En la práctica esto es posible solo de una manera limitada. Por lo tanto es frecuentemente dudoso, si los resultados se basan en la sanción o en las diferencias de los grupos. Sin embargo, para poder clasificar y evaluar los estudios al respecto, la *Maryland Scientific Methods*

(47) MACKENZIE (cita 455), p. 341.

(48) PETROSINO, A.; TURPIN-PETROSINO, C.; BUEHLER, J. “Scared Straight” and other juvenile awareness programs for preventing juvenile delinquency. En: <<http://www.campbellcollaboration.org/doc-pdf/ssr.pdf>>, S. 3. Cfr. FERNER PETROSINO, Anthony; TURPIN-PETROSINO, Carolyn; BUEHLER, John. *Scared Straight and Other Juvenile Awareness Programs for Preventing Juvenile Delinquency: A Systematic Review of the Randomized Experimental Evidence*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 589. 2003, p. 41 y ss. “According to these experiments, doing nothing would have been better than exposing juveniles to the program” (p. 58).

(49) THORNBERRY, Terence P.; HUIZINGA, David; LOEBER, Rolf. *The Causes and Correlates Studies: Findings and Policy Implications*, *Juvenile Justice Journal*. 2004, p. 121 y ss. En: <<http://www.ncjrs.org/pdffiles1/ojdp/203555.pdf>>.

Scale ofrece un instrumento para poder evaluar la validez empírica de los resultados de las investigaciones.

3. Es innegable que nuestro conocimiento sobre el efecto de muchos de los tipos de sanciones impuestas a diario (trabajo comunitario por un número de horas, remisión para asesoramiento, etc.), sobre los eventuales efectos secundarios, así como sobre las causas del porque algo (no) produce efecto, son muy limitados. De ello se deduce en primer lugar, que es tarea de la política criminal cerciorarse de los fundamentos empíricos para la toma de la decisión. El derecho penal es el ejercicio del monopolio estatal de la fuerza, cuyo manejo requiere que el Estado no intervenga desproporcionadamente en los derechos fundamentales de los ciudadanos.
4. De este conocimiento deficitario no se puede concluir, sin embargo, que la política criminal pueda pretender que no existe ningún conocimiento en absoluto. Se trata más bien de utilizar el conocimiento disponible de la manera más completa posible.
5. No obstante, como estado del conocimiento seguro actual puede verse que el concepto *tough on crime* tan popular de momento, contradice la totalidad de los resultados de la investigación empírica al respecto. “A la creencia sobre la utilidad instrumental de un derecho penal ‘duro’ le falta, hoy más que nunca, la base de experiencia científica”⁽⁵⁰⁾.

No se deben esperar efectos de prevención general de los incrementos punitivos. Todas las investigaciones sobre la prevención general negativa concuerdan en que la gravedad esperada de la sanción carece de significado, únicamente el riesgo de ser descubierto fue siempre relevante –y en cualquier caso solo para una serie de delitos de poca gravedad–. Hasta ahora tampoco se han encontrado indicios a favor de que un endurecimiento del Derecho Penal influye de manera positiva en la conciencia y el respeto a la normatividad.

En ninguna de las investigaciones realizadas en el área de habla germana se ha podido comprobar hasta el momento que las tasas de reincidencia son más bajas después de consecuencias jurídicas de mayor intensidad que después de consecuencias jurídicas menos intensivas. Los datos disponibles muestran, mucho más, que fue razonable y responsable reemplazar las sanciones con intervenciones más intensivas por unas menos intensivas; en Alemania: multas en lugar de penas privativas de la libertad de corta duración, aumentar la concesión de la suspensión condicional de

(50) KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie - Eine Grundlegung*. 4ª Ed., Bern et als. 2004, § 43 Rdnr. 4.

la pena privativa de la libertad de hasta dos años; en los niveles bajos o medios: multiplicar los sobreseimientos con o sin condiciones por razones del principio de oportunidad.

6. Una política criminal *tough on crime* basada en el endurecimiento punitivo, sobrevalora las posibilidades del Derecho Penal y recorta la política criminal a simple política de Derecho Penal. El Derecho Penal no puede compensar los fracasos de las políticas sociales, educativas, laborales y económicas, ni tampoco puede reemplazar los déficits de configuración político-sociales. Por lo tanto es indicada una corrección en el curso de la política criminal, en la que la prevención y no la represión, esté en primer plano. En lugar del aumento del Derecho Penal, se deben promover las instituciones y medidas de prevención primaria y secundaria que deben ser aplicadas en las familias, en las escuelas y en las municipalidades. Se trata simplemente de considerar el principio de proporcionalidad. Con razón ha señalado el homenajado repetidamente respecto del Derecho Penal, que las alternativas externas al Derecho Penal, especialmente los medios de Derecho Civil, pueden repercutir bajo ciertas circunstancias, de manera más gravosa en los destinatarios de las normas, a causa de la amplitud de sus efectos. Además por encima de cualquier duda se tiene la elevada comprensión de que también a través de regulaciones externas al Derecho Penal no se puede impedir del todo la criminalidad, por lo cual no se puede renunciar al control social por parte del Derecho Penal.

Diritto penale del nemico, Diritto Penale, Costituzione^(*)

Francesco PALAZZO
(Italia)

1. Le principali linee di sviluppo del diritto penale contemporaneo sono probabilmente due: da un lato, quella del suo ingresso nel campo dell'economia; dall'altro, quella della sua connessione sempre più stretta col diritto costituzionale [costituzionalizzazione]. Esiste, però, una evidente differenza tra queste due linee di sviluppo: mentre l'“economizzazione” del diritto penale può essere considerata una “novità” del suo sviluppo più recente, le implicazioni costituzionali possono dirsi una “costante” della storia del diritto penale moderno. Il diritto penale ha cominciato ad interessarsi di economia, e non solo di offese patrimoniali di carattere individuale, quando il fenomeno economico ha assunto caratteristiche tali da far emergere la dimensione ultra-individuale e sociale dei comportamenti economicamente scorretti. L'adattamento del diritto penale alle nuove esigenze di tutela dell'economia non è stato facile ed è tuttora in corso: a questo processo di adattamento ha dato –come è noto– un contributo fondamentale Klaus Tiedemann, che deve dunque essere considerato uno dei fondatori dell'attuale diritto penale dell'economia.

A Klaus Tiedemann siamo inoltre debitori per gli studi che Egli ha dedicato anche alla “costante” dell'evoluzione del diritto penale: “*Verfassungsrecht und Strafrecht*” è, infatti, un piccolo ma prezioso libro di Tiedemann del 1991 (C.F. Müller Verlag, Heidelberg). Il mio contributo agli onori, che oggi si rendono all'illustre e caro Collega, riguarda proprio questo secondo

(*) Para una lectura adecuada de este artículo se incluye a continuación del mismo su traducción al castellano.

fronte dell'attività scientifica di Tiedemann, forse meno ricordato e meno vasto, ma non meno fondamentale per il progresso della nostra scienza.

2. Il rapporto tra Costituzione e diritto penale è una “costante”, abbiamo detto. Ed in verità è facile comprendere come un'anima costituzionale sia implicita nel diritto penale. Da quando il diritto penale diventa un diritto *pubblico* di produzione esclusivamente *statale*, esso viene ad essere il punto più delicato del rapporto tra autorità (Stato) e individuo (cittadino): e, dunque, poiché uno dei compiti del diritto costituzionale moderno è quello di disciplinare tali rapporti, ne consegue che il diritto penale assume la “costante” di una natura (anche) intrinsecamente e necessariamente costituzionale.

Ma questa “costante” della sua natura costituzionale non è qualcosa di assolutamente fisso ed invariabile. Non esiste cioè un “volto costituzionale” immutabile del diritto penale. Il concreto volto costituzionale del diritto penale dipende storicamente da due diverse variabili.

In primo luogo, la presenza e il significato di principi costituzionali di diritto penale dipendono dal complessivo quadro delle garanzie costituzionali e anche dai rapporti tra i vari organi dello Stato e –soprattutto– dal grado di prestigio e di fiducia di cui tali organi godono in concreto in un dato momento storico. Così, ad esempio, il reale significato garantista della riserva di legge in materia penale non può che dipendere dal sistema elettorale adottato nonché, più in generale, dalla generale fiducia che la classe politica è capace o meno di guadagnarsi con i suoi comportamenti presso la popolazione.

In secondo luogo, il quadro dei principi costituzionali in diritto penale non può non essere insensibile alla realtà fenomenologica della criminalità. Il punto è delicato e sarà ripreso tra poco. Però, è intuitivo che, come da un lato la presenza delle garanzie costituzionali si fa sentire proprio nel momento in cui si manifestano esigenze preventive e repressive particolarmente intense, così dall'altro lato sarebbe irrealistico negare che la reale fisionomia delle garanzie penali sia condizionata del tipo di criminalità e dalle conseguenti esigenze preventivo-repressive che si pongono.

Il cosiddetto *diritto penale del nemico* sembra essere l'espressione e il risultato più vistoso delle deformazioni che il volto costituzionale del diritto penale attuale può subire sotto la pressione delle nuove forme di criminalità e delle conseguenti esigenze repressive.

3. Il diritto penale del nemico è uno spettro che si aggira ormai da tempo nell'Occidente giuridico. Esso proviene dagli USA, dove ha trovato le sue più significative concretizzazioni pratiche in particolare dopo l'11 settembre. In Europa, specialmente in Germania, Spagna e Italia, ha trovato una

vastissima eco, ricevendo complessivamente una cattiva accoglienza ma beneficiando altresì di una specie di razionalizzazione teorico-scientifica. In ogni caso, il “nemico” di cui si parla nel Nord America e in Europa è un nemico esterno, identificato per lo più nel terrorista internazionale di matrice islamica. Nell’America Latina la considerazione del diritto penale del nemico ha assunto un carattere assai meno teorico-scientifico che in Europa, orientandosi invece verso la netta contestazione di ogni sua legittimazione. E ciò è del tutto comprensibile, poiché nella cultura politico-giuridica del Sud America il diritto penale del nemico si associa non tanto all’idea di uno strumento contro il terrorismo internazionale, quanto piuttosto al ricordo ancora vivissimo di una arbitraria violenza politico-istituzionale degli apparati statali rivolta contro gli oppositori interni. Da un lato, in Europa e USA, il diritto penale del nemico pretende di essere lo strumento della democrazia che “combatte” contro l’antidemocraticità del terroristi che vengono dall’Oriente. Dall’altro lato, in América Latina, il diritto penale del nemico è l’arma brandita dalle dittature e dai regimi antidemocratici contro gli oppositori democratici interni.

Il diverso rapporto che viene ad instaurarsi tra diritto penale del nemico e democrazia rende ragione del diverso atteggiamento che può derivarne sul piano culturale e politico. Tuttavia, nonostante tutto, sembra molto difficile arrivare a giustificare [ammettere] un atteggiamento limitato alla pura e rigorosa *descrizione* del diritto penale del nemico, motivato col velo [col pretesto] della neutralità “scientifica” di chi intende limitarsi a studiare la realtà.

Il naturalismo, in verità, non sembra essere il modello di metodologia scientifica più adatto per il giurista. Il metodo descrittivo-naturalistico sarà il più appropriato allo studio dei fenomeni criminosi ai quali dovrà riferirsi la soluzione normativa. Ma nella “realtà giuridica” è insita una imprescindibile dimensione *prescrittiva*, che non viene meno nemmeno quando si intenda limitarsi ad esporre in forma comunicativa un dato complesso normativo. Limitarsi a *descrivere* significa implicitamente legittimare l’oggetto della descrizione per il solo fatto di adoperarsi a fini comunicativi. Ma l’effetto di legittimazione connesso al silenzio [disimpegno] valutativo diventa poi addirittura evidente tutte le volte in cui –come accade spesso nel mondo del diritto– la soluzione normativa descritta si ponga in relazione con altri parametri normativi (per esempio, costituzionali), come tali aventi carattere prescrittivo e rispetto ai quali la soluzione normativa debba “conquistarsi” la propria legittimazione.

Discorso diverso è poi quello della individuazione dei parametri prescrittivi alla cui stregua *valutare* ogni disciplina o complesso normativo, compreso dunque quello che si riassume sotto la denominazione di diritto penale del nemico. Tali parametri saranno innanzitutto offerti dai principi

costituzionali espressi, ma anche dalla tradizione costituzionale di uno o più Paesi, e poi ancora da quel patrimonio conoscitivo e culturale elaborato dalla scienza e corroborato dalla comparazione, e che costituisce prezioso vettore di continuità storica e di identità culturale di un popolo. Senza questo costante alimento dei parametri prescrittivi di sistema, l'analisi giuridica – “scientifica” indubbiamente – si risolve però in complicità con un volontarismo legislativo deliberatamente dimentico [ignaro] del reale circuito di produzione del diritto.

4. Dopo aver posto, seppure in forma molto generale [approssimativa], le premesse metodologiche, il mio discorso sul diritto penale del nemico si svolgerà in tre punti fondamentali: a) il diritto penale del nemico *non si esaurisce* in un problema di *garanzie*, cioè di attenuazione delle “tradizionali” garanzie; b) il diritto penale del nemico rivela caratteristiche *strutturali incompatibili* con il modello della penalità [diritto penale] proprio degli ordinamenti giuridici della tradizione occidentale; c) si pone comunque il problema della risposta dell'ordinamento, eventualmente anche *in termini eccezionali* [stato di eccezione], nei confronti di un fenomeno criminoso, qual è il terrorismo internazionale, che ha peculiari caratteri di conflittualità bellica.

Iniziando dal primo punto, il diritto penale del nemico non ci pare individuabile sulla base del solo connotato –di carattere per così dire quantitativo– della flessione delle garanzie rispetto al *maximum* standard. In altre parole, a nostro avviso occorre distinguere tra la categoria concettuale (e la realtà) del diritto penale del nemico da un lato, e dall'altro complessi normativi che rispondono a particolari esigenze repressive attraverso la flessione delle garanzie. Questi ultimi a loro volta si allontanano variamente dal *maximum* standard di garanzia proprio di un modello “ideale” di diritto penale.

Tutto ciò implica l'importante affermazione che, nel diritto penale attuale, la misura della garanzia non è fissa ma costituisce qualcosa di *variabile*. La variabilità della garanzia è infatti non solo diacronica ma anche sincronica. Diacronicamente, la soglia minima della garanzia è in verità soggetta a mutamenti nel tempo: e sarebbe da stupirsi se fosse altrimenti; né avrebbe molto senso giudicare l'“*insufficienza*” di ieri della garanzia alla luce dell'evoluzione di oggi del pensiero penale. Sia sufficiente ricordare, per esempio, come in Italia il principio della personalità della responsabilità penale (art. 27.1 Costituzione italiana) sia stato originariamente inteso come semplice divieto di responsabilità penale per fatto altrui e solo successivamente come responsabilità necessariamente colpevole e infine, talvolta, addirittura come responsabilità adeguata alle caratteristiche della personalità del reo.

Una volta esclusa l'assolutezza diacronica della soglia minima della garanzia, non dovrebbe turbare nemmeno analoga constatazione sul piano sincronico. Il che significa, più esattamente, che, ferma rimanendo la soglia minima invalicabile della garanzia oggi vigente (come desumibile dalla Costituzione), la *misura* di volta in volta adottata in concreto *può variare* in rapporto alle esigenze preventivo-repressive manifestate dalle diverse forme della criminalità.

Questa affermazione trova la propria conferma nella constatazione di due fenomeni, che costituiscono appunto la manifestazione della variabilità della misura di garanzia adottabile dal legislatore. Si tratta, in primo luogo, del fenomeno dei *sottosistemi* (a) in cui tende sempre più ad articolarsi [a dividersi] il sistema tradizionalmente unitario del diritto penale: e i sottosistemi si differenziano tra loro e soprattutto dal sistema unitario di riferimento anche – e spesso principalmente – a causa del diverso *standard* di garanzia. Si tratta, in secondo luogo, del criterio del *bilanciamento dei valori* (b), che costituisce il principale parametro del giudizio di costituzionalità e che postula, appunto, la possibilità di attribuire ai diversi principi o valori costituzionali un tasso di resistenza variabile in rapporto alla diversa natura e specie del principio o valore con cui entrano in conflitto.

a) Per quanto riguarda i sottosistemi, è del tutto comprensibile la perplessità e finanche l'ostilità nei loro confronti. Poiché ben si sa che – come si suole dire – “la moneta cattiva scaccia la buona”, si teme con fondamento che gli *standard* più bassi di garanzia adottati in alcuni sottosistemi si diffondano anche presso gli altri e addirittura presso il sistema principale di riferimento, producendo così un abbassamento *complessivo* delle garanzie. Pur essendo vero tutto ciò, a me pare che la realtà ci ponga di fronte ad una irriducibile alternativa. Il diritto penale contemporaneo ha dilatato il suo raggio d'intervento [d'azione] ben oltre l'originaria sfera dei “delitti naturali”, spingendosi in settori di attività radicalmente differenziate non solo da quelle della vita “naturale” dell'uomo ma anche tra loro stesse: basti pensare, appunto, all'area delle attività finanziarie dominate per così dire da una immanente artificialità, o all'area delle attività produttive attraverso organizzazioni complesse, in cui gli stessi concetti di azione, colpa e causalità subiscono necessari e profondi adattamenti. Ebbene, dinanzi a questa situazione di fatto, l'alternativa che si pone è tra assicurare la tutela penale anche in rapporto alle nuove e differenziate attività, al prezzo però di adeguare i principi, le categorie e dunque anche la garanzia alle diverse realtà; oppure rimanere fedeli al modello tradizionale ed indifferenziato di diritto penale, rinunciando però nel contempo ad una tutela che vada oltre l'ipotetico e forse irrealistico nucleo dei “delitti naturali”.

Concludo sul punto dei sottosistemi, sottolineando come anche a livello internazionale sia evidente una tendenza alla loro moltiplicazione. L'esperienza delle più recenti convenzioni internazionali in materia penale mostra come ogni convenzione, riferendosi alle esigenze di tutela di un determinato settore, si preoccupi di dettare disposizioni ogni volta sull'insieme degli istituti di parte generale (come, ad esempio, il tentativo o il concorso di persone o le sanzioni), con la conseguenza che ogni documento internazionale viene a costituire la base per un particolare sottosistema relativo alla specifico settore considerato.

b) Per quanto riguarda il bilanciamento dei valori, si tratta di discorso molto impegnativo, che qui può essere solamente accennato molto sommariamente. A me pare che il bilanciamento dei valori esprima il senso più profondo del costituzionalismo moderno. In verità, non mi parrebbe concepibile un costituzionalismo ancorato ad una tavola di valori così rigida ed immutabile da escludere il bilanciamento dagli argomenti costituzionali di formazione e di controllo delle decisioni legislative. Un modello siffatto comporterebbe alla fine l'estromissione della politica dal processo decisionale del legislatore: il che sarebbe non solo del tutto irrealistico, ma anche contraddittorio con l'essenza del costituzionalismo, poiché significherebbe rifiutare qualunque luogo di confronto democratico al di fuori del testo costituzionale interpretato in modo invariabile. Una specie di "dittatura" della Costituzione. Il vero costituzionalismo è ostile ad ogni dittatura, non solo a quella della maggioranza. Esso si regge piuttosto sull'equilibrio tra la cornice costituzionale invalicabile e il margine di apprezzamento della decisione politica. E quell'equilibrio non sfugge, inoltre, al controllo di costituzionalità, proprio per mezzo del criterio del (corretto) bilanciamento dei valori, il quale si conferma dunque come il nucleo essenziale del costituzionalismo.

In conclusione, per il diritto penale tutto ciò significa che il bilanciamento apre alla possibilità di soluzioni differenziate quanto alla misura della garanzia, in relazione alla diverse esigenze di tutela che vengono di volta in volta in gioco. Ciò, però, sempre alla duplice condizione che (i) sia rispettata la soglia minima costituzionalmente imposta e (ii) sia stato effettuato in modo costituzionalmente corretto ("ragionevole", "adeguato") il giudizio di bilanciamento. Dunque, ad esempio, la misura di anticipazione della soglia di punibilità, del grado di determinatezza della norma incriminatrice, del ruolo svolto da fonti sub-legislative integrative, del rispetto della riservatezza personale riguardo a mezzi di prova come le intercettazioni telefoniche, e così via dicendo, può variare in rapporto ai vari settori di criminalità secondo il corretto giudizio di bilanciamento.

Pur dovendo ammettersi la possibilità di un bilanciamento differenziato tra principi di garanzia e specifiche esigenze di tutela preventiva e/o repressiva,

mi sembra invece estraneo al moderno costituzionalismo fare appello ad un valore come quello della “sicurezza”, che si rivela capace di neutralizzare tutte le sfumature del giudizio di bilanciamento con un risultato di generalizzata ed indiscriminata soccombenza delle garanzie. Questo rischio sorge quando la sicurezza viene elevata al rango di un diritto fondamentale dell’uomo, anzi al rango di presupposto imprescindibile per il godimento di tutti gli altri diritti fondamentali. Il diritto alla sicurezza acquista così una specie di primato capace di alterare profondamente il giudizio di bilanciamento con i diritti di libertà e con le garanzie; esso diventa potenzialmente “onnivoro” rispetto a tutti gli altri diritti fondamentali. Il risultato finale di questa operazione politico-concettuale è in realtà lo scardinamento dell’intero sistema di tutela costituzionale dei diritti fondamentali, con una sostanziale inversione del senso [della direzione] di marcia della storia del moderno costituzionalismo.

5. Il diritto penale del nemico non si colloca nel campo problematico della misura differenziata delle garanzie; non rappresenta cioè un sottosistema del più generale sistema penale, legittimato sulla base di un giudizio di bilanciamento tra garanzie ed esigenze di tutela del tutto coerente col sistema costituzionale. Il diritto penale del nemico presenta piuttosto talune caratteristiche *strutturali* sue proprie (a), le quali si rivelano –nella loro essenza e nella loro massima manifestazione– logicamente *incompatibili* con l’idea stessa di diritto penale (b), quale ci è stata consegnata da secoli di civiltà giuridica. Il che però non esclude affatto che certe espressioni del diritto penale del nemico storicamente abbiano potuto spesso convivere col sistema penale.

a) Le caratteristiche identificative del diritto penale del nemico ci paiono essere fondamentalmente tre: i) l’appartenenza dell’autore ad una categoria soggettiva assunta quale criterio fondante uno speciale trattamento sanzionatorio; ii) la “de-giurisdizionalizzazione” (almeno tendenziale) del processo di applicazione della sanzione; iii) l’orientamento della sanzione verso la neutralizzazione, l’esclusione o addirittura l’eliminazione dell’autore.

i) L’appartenenza ad una determinata categoria soggettiva è l’elemento costitutivo di quell’*identità* dell’autore rilevante ai fini della relazione nemica su cui si fonda la reazione sanzionatoria. Il “nemico” è tale per l’identità che gli conferisce l’appartenenza ad una determinata categoria o gruppo. Determinante non è dunque il compimento di un singolo atto offensivo di uno specifico bene o valore, bensì la contrapposizione nemica tra due soggetti, singoli o costituiti in entità collettive, sulla base di un’ostilità che può ben trascendere il compimento –passato o futuro– di determinati atti pregiudizievoli. Poiché il criterio di individuazione della comunità identitaria di appartenenza è estremamente lontano o addirittura sganciato dalla specificità di atti offensivi [dannosi, pregiudizievoli], l’“identità nemica” può fondarsi su elementi identificativi estremamente vari, generici e finanche irrazionali. In

sostanza, ciascuno –se può– si sceglie il nemico o i nemici che crede, anche esprimendo in ciò le proprie irrazionali paure o disagi. Sotto questo profilo, dunque, il diritto penale del nemico costituisce una realtà ben più inquietante di una deriva [slittamento, scivolamento] verso un diritto penale della prevenzione. Piuttosto, è la stessa idea di una (presunzione di) pericolosità desumibile dall'appartenenza ad una categoria soggettiva ad essere inaccettabile perché nella costituzione identitaria del nemico giocano fattori del tutto estranei a razionali e ragionevoli valutazioni presuntive di pericolosità. E se il diritto (compreso quello penale), *a differenza della guerra*, deve continuare ad essere misura razionale del comportamento umano, allora già sulla base di questa prima caratteristica identificativa il diritto penale del nemico si rivela estraneo alla giuridicità.

ii) La seconda caratteristica identificativa del diritto penale del nemico è la tendenziale “de-giurisdizionalizzazione” del processo di applicazione della sanzione. In effetti, allorché l'obiettivo sia quello della semplice [pura] eliminazione del soggetto, non sussiste più la necessità dei caratteri propri della giurisdizione. Non occorre più un soggetto *terzo*, poiché non esiste più l'esigenza di una mediazione tra due posizioni antagonistiche bensì quella di una eliminazione reciproca. Non si pone più l'esigenza di interpretare la norma alla luce del fatto concreto, con tutte le connesse sfumature e complicazioni ermeneutiche: si tratta solamente di verificare che il soggetto presenti la qualifica di nemico, per procedere poi alla sua tendenziale eliminazione. In concreto, il grado di “de-giurisdizionalizzazione” del processo può essere vario, potendo andare, ad esempio, dalla possibilità di utilizzazione processuale dei risultati dell'attività di intelligence svolta dai servizi segreti fino alla costituzione di organi “giudicanti” tratti dal potere esecutivo.

iii) La terza ed ultima caratteristica identificativa del diritto penale del nemico è data da una risposta dell'ordinamento, che chiamiamo ancora “sanzionatoria”, ma che in realtà tende alla neutralizzazione, alla esclusione o all'eliminazione del nemico. A parte le manifestazioni estreme costituite da Guantanamo o da Abu Grhaib, sono univoci indizi di questo carattere l'esclusione radicale del soggetto dai cosiddetti benefici carcerari e l'esorbitante sproporzione della sanzione, completamente sganciata dalla obiettiva gravità del fatto illecito.

In ragione dei suoi caratteri identificativi, il diritto penale del nemico mostra un'inquietante quanto naturale tendenza alla sua espansione verso sempre nuovi “nemici” della società, sulla base di un facile processo di progressiva identificazione di certi tipi di delinquenti con soggetti ostili alla società. Il terrorista rappresenterà forse il nemico per eccellenza, ma la categoria potrebbe bene estendersi fino a comprendere lo stupratore di bambini, il

mafioso, in un progressivo allargamento che non conosce limiti predeterminati. Ed è noto, inoltre, che il processo di identificazione del nemico contribuisce a rafforzare il bisogno e il senso identitario del proprio gruppo di appartenenza e a svolgere così un ruolo consolatorio e tranquillizzante.

b) Le caratteristiche identificative del diritto penale del nemico appaiono incompatibili con l'idea del diritto penale, come essa si è sedimentata nella storia e nell'attuale quadro costituzionale dei nostri ordinamenti. Tale incompatibilità è riscontrabile da un punto di vista funzionale, logico ed ideologico.

i) Sotto il primo profilo, la funzione di orientamento culturale della norma penale e di conferma dell'autorità di quest'ultima da parte della pena è completamente estranea al diritto penale del nemico. Quest'ultimo, invece di confermare l'autorità della norma violata, conferma piuttosto la capacità del nemico di mettere in definitiva e radicale discussione la norma; il diritto penale del nemico presuppone e conferma la capacità del nemico di autoescludersi, con proprio atto unilaterale, dall'orizzonte dell'ordinamento giuridico rifiutato.

ii) Sotto il profilo logico, è davvero radicale l'antitesi esistente tra l'idea della *responsabilità* e quella volontà di *esclusione* che anima sia il diritto penale del nemico sia il nemico stesso. In effetti, se la pena è concepita come un puro mezzo di eliminazione (reale o simbolica) del nemico in ragione della sua appartenenza identitaria ad una determinata categoria, allora è negata in radice l'idea stessa della responsabilità per una scelta comportamentale. Il concetto di responsabilità presuppone certamente l'esistenza di un conflitto di volontà e di interessi venuto alla luce attraverso la violazione, ma implica soprattutto l'idea di un successivo superamento di questo conflitto o comunque di mantenerlo all'interno di un orizzonte comune in cui quelle volontà e quegli interessi sono destinati a trovare un coordinamento ancorché forzoso. Responsabilità è in fondo coesistenza in ragione di un superiore bene comune, mentre la prospettiva del nemico è quello di una reciproca esclusione in ragione di un radicale *mors tua vita mea*.

iii) Sotto il profilo ideologico, il diritto penale del nemico comporta –come è stato teorizzato– la degradazione del nemico da *persona* umana a semplice *individuo*. Se si tiene presente quanto detto prima, e cioè la tendenza naturalmente espansiva del diritto penale del nemico verso sempre nuove categorie di “nemici”, ne viene che questa progressiva degradazione di esseri umani mette in crisi la stessa società nella sua essenza di civiltà solidale fondata sul valore intangibile della dignità umana. Ciò sarebbe più che sufficiente a collocare il diritto penale del nemico fuori dal quadro di riferimento delle nostre Costituzioni, che si fondano sulla assolutizzazione della dignità personale. Ma, oltre a ciò, si porrebbe l'ulteriore problema di chi possa

essere considerato legittimato ad effettuare in concreto questa operazione di squalificazione dei nemici da persone a individui. Il legislatore forse, cioè la maggioranza al potere. Ma non è proprio questa la prospettiva che le nostre Costituzioni hanno voluto evitare elevando la dignità umana a valore assoluto?

6. Il terrorismo internazionale ha aperto scenari di *guerra*. Al di là delle possibili “responsabilità” dell’Occidente nel concorrere alle cause remote o prossime del terrorismo, indubbiamente gli attentati provenienti soprattutto dal terrorismo di matrice islamica hanno il carattere di atti di ostilità bellica verso il mondo occidentale a). Con la conseguenza che non è fuori luogo porsi l’interrogativo di una risposta al terrorismo internazionale anche diversa ed ulteriore rispetto a quella disponibile nel diritto penale b).

a) La “guerra terroristica” è molto diversa dalla guerra tradizionale, che costituisce il presupposto in presenza del quale le nostre Costituzioni autorizzano la dichiarazione dello stato di guerra e l’adozione dei provvedimenti giuridici conseguenti. “De-formalizzata”, “de-territorializzata”, priva di un vero obiettivo strategico definito, la guerra terroristica non è però priva di sue peculiari caratteristiche che ne impediscono la catalogazione tra i fatti puramente “criminali”. Non è certo mia intenzione sottovalutare la portata offensiva degli attentati terroristici (cioè degli atti della guerra terroristica), soprattutto dopo l’11 settembre e soprattutto se si tiene conto della possibilità per i terroristi di disporre di strumenti dotati di altissima potenzialità offensiva (quali ordigni nucleari, armi batteriologiche, ma anche mezzi di aggressione informatica). Tuttavia, si può forse dire che l’atto terroristico raramente può raggiungere la pericolosità *bellica* propria di un atto della guerra tradizionale. Sono dunque altri i caratteri dell’atto terroristico che lo rendono socialmente insopportabile e giuridicamente qualificabile come qualcosa di diverso (“al di là”) del fatto criminale.

L’atto terroristico, anche se non è sempre dotato della obiettiva potenza distruttiva propria dell’atto bellico, è tuttavia carico di una forte simbologia bellica derivante da due elementi. In primo luogo, ogni terrorista è *psicologicamente* portatore di una inimicizia totale nei confronti del sistema avversario: ogni terrorista – a differenza del soldato nella guerra tradizionale – interiorizza in prima persona [nella propria persona] il conflitto, portandolo ad un livello culturale e di coinvolgimento integrale. In secondo luogo, e conseguentemente, l’atto terroristico comporta una forma estrema di *strumentalizzazione* delle vittime. Nella logica dell’atto terroristico la vittima perde il proprio valore di persona umana dotata di dignità in quanto essere unico ed irripetibile. La vittima è aggredita solo per dare la concretezza di carne e sangue al conflitto di cui è portatore il terrorista: la indeterminatezza della vittima o anche la sua qualità personale, di soggetto che ricopre ad esempio una determinata carica pubblica, costituiscono entrambe egualmente il segno

dell'indifferenza nei confronti dell'identità personale delle vittime e dunque nei confronti del carattere essenziale della loro "umanità". Sotto questo profilo, pertanto, l'aggressione terroristica sembra rivelare una componente aggiuntiva di offensività nei confronti della stessa dignità umana. E questa peculiare componente di offensività potrà forse avvicinare, in una prospettiva di lungo termine, gli atti terroristici ai crimini contro l'umanità.

Questi due elementi concorrono a conferire al terrorismo un "simbolismo bellico" così esasperato da renderlo per l'Occidente un rischio socialmente intollerabile, quasi più intollerabile del pericolo di una guerra tradizionale, che peraltro è avvertito in modo piuttosto lontano e indeterminato dalla attuale coscienza sociale occidentale. La carica di destabilizzazione, che il terrorismo esercita nei confronti dei nostri Stati, non proviene tanto o solo dalla sua potenza materialmente distruttiva ma anche o soprattutto della intollerabilità sociale del suo simbolismo bellico.

b) Dinanzi al fenomeno del terrorismo, soprattutto internazionale, il pensiero giuridico occidentale rimane in una certa misura disorientato: il ricorso agli strumenti giuridici propri della guerra è difficile per la mancanza di uno stato di guerra in senso tradizionale; la costruzione di un diritto penale del nemico è impossibile per il suo radicale contrasto con l'ordinamento giuridico dei nostri Stati di diritto; gli strumenti ordinari [normali] del diritto penale sono ovviamente indispensabili e legittimi, ma possono rivelarsi in certe occasioni insufficienti, sebbene potenziati nella misura massima consentita dal principio di bilanciamento.

Si profila allora un'ultima *chance*, costituita dallo *stato di eccezione*, in virtù del quale i poteri pubblici –parlamento e governo– possono in un certo senso "militarizzare" l'azione di contrasto al terrorismo anche in assenza di un vero e proprio stato di guerra. Lo stato di eccezione è, del tutto fondatamente, circondato del più grande sospetto, come del resto è dimostrato dal fatto che non tutte le Costituzioni dei Paesi occidentali lo prevedono. In effetti, lo stato di eccezione solleva perplessità sotto un profilo sia empirico *i*) che concettuale *ii*).

i) Dal punto di vista empirico, l'esperienza mostra purtroppo come lo stato di eccezione tenda spesso a consolidarsi e a divenire una situazione duratura se non addirittura permanente, che può essere rimossa solo attraverso rotture traumatiche. Certamente, questo rischio di degenerazione dello stato di eccezione non è sempre e ovunque di eguale intensità, poiché esso varia notevolmente in rapporto alla situazione costituzionale e sociale dei diversi Paesi. Tuttavia, è innegabile che il rischio connotato allo stato di eccezione sia specialmente elevato quando esso venga utilizzato proprio per fronteggiare il terrorismo in particolare. In effetti,

almeno allo stato attuale, il terrorismo sembra avere assunto un carattere strutturale e pressoché stabile nell'esistenza di molti Stati del pianeta. Con la conseguenza che si aggiunge un ulteriore motivo perché lo stato di eccezione si stabilizzi, trasformando le nostre società in senso antidemocratico ancora più radicalmente e rapidamente di quanto potrebbe fare il terrorismo direttamente.

ii) Dal punto di vista concettuale, lo stato di eccezione è una nozione altamente problematica. Lo stato di eccezione è affetto da una ambivalenza, quasi una vera e propria ambiguità, che gli è inevitabilmente connaturata. Lo stato di eccezione è una situazione di “vuoto giuridico normativizzato”: attraverso di esso il diritto cede alle prevalenti esigenze della “vita” per poter tornare successivamente a riprendere il sopravvento sulla vita; dal punto di vista teorico, lo stato di eccezione rappresenta un momento di *crisi* del diritto, ma anche di vitalità, rinnovamento e sopravvivenza. Ma è la sua interna contraddizione che lo rende sospetto: lo stato di eccezione costituisce un “cedimento”, un arretramento del diritto e della sua efficacia disciplinante la realtà, con l'intendimento però di non rompere la continuità normativa. Ed è da qui che deriva il paradosso di una disciplina giuridica del vuoto giuridico. Probabilmente, non è solo la pericolosità politica, empiricamente constatabile, a rendere riluttanti –come abbiamo visto– alcune nostre Costituzioni a prevedere lo stato di eccezione. Vi è forse anche questa difficoltà di dare una disciplina giuridica a ciò che per definizione si sottrae all'efficacia ordinante del diritto. Tuttavia, mi pare di poter dire che: la disciplina dello stato di eccezione è certamente un ambizioso compito, che sfida la contraddittorietà logica e i rischi empirici di involuzione politica; ma l'opposta scelta di ignorare lo stato di eccezione non serve ad esorcizzare il rischio della sua comparsa nelle situazioni in cui l'urgenza imprevedibile della vita diventa prevalente sul diritto costituito.

Il grado di resistenza dei vari ordinamenti allo stato di eccezione è diverso, così come diversi sono i pericoli del suo consolidamento a seconda delle tradizioni costituzionali su cui si fondano i vari ordinamenti. Però, almeno in quei Paesi in cui la democrazia è fortemente radicata e che sono saldamente inseriti in una comunità internazionale democratica, lo stato di eccezione potrebbe essere un'alternativa plausibile al diritto penale del nemico.

Il vero problema dello stato di eccezione è quello di immaginare una adeguata disciplina giuridica, a causa della connaturata contraddizione di cui si è detto. Non è, infatti, facile immaginare una disciplina normativa sufficientemente definita ed esauriente per una situazione (di eccezione), che si caratterizza proprio per il sottrarsi tendenzialmente all'efficacia disciplinante del diritto: una situazione, cioè, che richiede piuttosto l'esercizio di un potere di azione e di normazione orientato a scopi predeterminabili ma modellabile

sulle situazioni di fatto. E allora il problema diventa, non già quello di immaginare fattispecie rigorosamente “chiuse” per l’esercizio dei poteri eccezionali, bensì quello di prevedere forme di *controllo* efficace al fine di evitare sia l’esercizio dei poteri non adeguato allo scopo sia il protrarsi di quell’esercizio di poteri oltre la situazione fattuale di eccezione. Si pone l’alternativa tra affidare tale potere di controllo ad organi di natura politica ovvero di natura giudiziaria.

Se si considera l’inevitabile assenza di parametri legali predefiniti per la gestione della situazione di eccezione, si potrebbe concludere per la maggiore idoneità di organi di natura politica: il giudice, in quanto soggetto esterno agli apparati politici (del potere esecutivo o anche parlamentare) competenti a gestire l’eccezione, non sarebbe in condizioni di valutare la congruenza finalistica dell’esercizio del potere se non attraverso dei parametri di controllo rigidamente predefiniti. Ma, per definizione, nella disciplina dello stato di eccezione è molto difficile pervenire alla previsione di regole legali predefinite.

Per contro, è proprio la non appartenenza del giudice al ceto di coloro che sono chiamati a gestire la situazione d’eccezione ad assicurare la maggiore efficacia del controllo, così da evitare il pericolo che i poteri di eccezione deviino dalla ragion di Stato alla ragion privata. Inoltre, e soprattutto, il giudice è l’organo portatore di una cultura della legalità costituzionale che pone i diritti fondamentali dell’individuo come requisito imprescindibile della giuridicità: è dunque il giudice l’organo più adatto a verificare che la ragion di Stato cessi di essere la “ragione” del modello del nostro Stato di diritto, sociale e liberal-democratico, o addirittura cessi di essere semplicemente “ragione”.

In un momento storico in cui circolano sempre più vive le preoccupazioni per l’esorbitante potenziamento del ruolo dei giudici, per la prevalenza del diritto dei giudici sul diritto della legge, una soluzione che legittimi lo stato di eccezione sulla base di un controllo di tipo giurisdizionale potrebbe urtare contro l’immane interrogativo *quis custodiet custodes?* Un interrogativo al quale, in verità, non saprei trovare una risposta definitiva se non al di fuori del diritto e delle sue architetture istituzionali, e cioè nella maggiore o minore capacità culturale mostrata dai *custodes* di orientare il complesso dinamismo del diritto in senso favorevole alle esigenze dell’uomo-persona.

Derecho Penal del enemigo, Derecho Penal, Constitución^(*)

Francesco PALAZZO
(Italia)

1. Las principales líneas de desarrollo del Derecho Penal contemporáneo son probablemente dos: por un lado, la de su ingreso en el campo de la economía; por el otro, la de su conexión siempre más estrecha con el Derecho Constitucional [constitucionalización]. Sin embargo, existe una clara diferencia entre estas dos líneas de desarrollo: mientras la “economización” del Derecho Penal puede ser considerada una “novedad” de su desarrollo más reciente, las implicaciones constitucionales pueden considerarse una “constante” de la historia del Derecho Penal moderno. El Derecho Penal ha comenzado a interesarse por la economía, y no solo por los agravios patrimoniales de carácter individual, cuando el fenómeno económico ha asumido características, tales de hacer surgir la dimensión ultraindividual y social de los comportamientos económicamente incorrectos. La adaptación del Derecho Penal a las nuevas exigencias de tutela de la economía no ha sido fácil y está aún en curso: a este proceso de adaptación ha contribuido –como es sabido– fundamental Klaus Tiedemann, que debe, por lo tanto, ser considerado como uno de los fundadores del actual Derecho Penal de la economía.

Por otra parte, estamos en deuda con Klaus Tiedemann por los estudios que él ha dedicado también a la “constante” de la evolución del Derecho Penal: *Verfassungsrecht und Strafrecht* es, en efecto, un pequeño pero precioso libro de Tiedemann de 1991 (C.F. Müller Verlag, Heidelberg). Mi contribución a los honores, que hoy se hacen al ilustre y querido colega, concierne

(*) Título original: *Diritto Penale del Nemico, Diritto Penale, Costituzione*. Traducción realizada por Nélvar Antonio Carreteros Torres.

precisamente a este segundo frente de la actividad científica de Tiedemann, quizás menos recordado y menos vasto, pero no menos fundamental para el progreso de nuestra ciencia.

2. La relación entre Constitución y Derecho Penal es una “constante”, hemos dicho. Y, en verdad, es fácil comprender cómo un alma constitucional esté implícita en el Derecho Penal. Desde cuando el Derecho Penal se vuelve un Derecho Público de producción exclusivamente estatal, este viene a ser el punto más delicado de la relación entre autoridad (Estado) e individuo (ciudadano): y, puesto que una de las tareas del Derecho constitucional moderno es aquel de regular tales relaciones, se infiere que el Derecho Penal asuma la “constante” de una naturaleza (también) intrínseca y necesariamente constitucional.

Pero esta “constante” de su naturaleza constitucional no es algo absolutamente fijo e invariable. Es decir, no existe un “giro constitucional” inmutable del Derecho Penal. El concreto giro constitucional del Derecho Penal depende históricamente de dos diversas variables.

En primer lugar, la presencia y el significado de principios constitucionales de Derecho Penal dependen del complejo cuadro de las garantías constitucionales, y también de las relaciones entre los diversos órganos del Estado y –sobre todo– del grado de prestigio y de confianza del cual tales órganos gozan concretamente en un determinado momento histórico. Así, por ejemplo, el real significado garantista de la reserva de ley en materia penal, no puede más que depender del sistema electoral adoptado así como, más en general, de la total confianza que la clase política es capaz o no de ganarse con sus comportamientos hacia la población.

En segundo lugar, el cuadro de los principios constitucionales en Derecho Penal no puede no ser insensible a la realidad fenomenológica de la criminalidad. El punto es delicado y será retomado más adelante. Sin embargo, es intuitivo que, por un lado la presencia de las garantías constitucionales se haga sentir precisamente en el momento en el que se manifiestan exigencias preventivas y represivas particularmente intensas, y, por el otro lado, es irreal negar que la real fisonomía de las garantías penales estén condicionadas por el tipo de criminalidad y por las consiguientes exigencias preventivo-represivas que se ponen.

El así llamado **Derecho Penal del enemigo** parece ser la expresión y el resultado más vistoso de las deformaciones que el giro constitucional del Derecho Penal actual puede soportar bajo la presión de las nuevas formas de criminalidad y de las consiguientes exigencias represivas.

3. El Derecho Penal del enemigo es un espectro que se mueve desde hace ya un tiempo en el occidente jurídico. Este proviene de USA, donde ha

encontrado sus más significativas concretizaciones prácticas, en particular después del 11 de setiembre. En Europa, especialmente en Alemania, España e Italia, ha encontrado eco, recibiendo en general una mala acogida pero beneficiándose del mismo modo de una especie de racionalización teórico-científica. En todo caso, el “enemigo” del cual se habla en Norte América y en Europa es un enemigo externo, identificado por lo demás en el terrorista internacional de origen islámico. En América Latina la consideración del Derecho Penal del enemigo ha asumido un carácter bastante menos teórico-científico que en Europa; orientándose, en cambio, hacia la clara contestación de su legitimización. Y ello es del todo comprensible, ya que en la cultura político-jurídica de Sudamérica el Derecho Penal del enemigo se asocia, no tanto a la idea de un instrumento contra el terrorismo internacional, sino, más bien al recuerdo aún vivísimo de una arbitraria violencia político-institucional de los aparatos estatales dirigidos contra los opositores internos. Por un lado, en Europa y USA, el Derecho Penal del enemigo pretende ser el instrumento de la democracia que “combate” contra la antidemocraticidad de los terroristas que vienen de Oriente. Por el otro, en América Latina, el Derecho Penal del enemigo es el arma blandida por las dictaduras y por los regímenes antidemocráticos contra los opositores democráticos internos.

La diversa relación que viene a establecerse entre Derecho Penal del enemigo y democracia hace justicia de la diversa actitud que puede derivar de él en el plano cultural y político. No obstante, todo esto, parece muy difícil llegar a justificar [admitir] una actitud limitada a la pura y rigurosa **descripción** del Derecho Penal del enemigo, motivado con el velo [con el pretexto] de la neutralidad “científica” de quien considera limitarse a estudiar la realidad.

El naturalismo, en verdad, no parece ser el modelo de metodología científica más adecuado para el jurista. El método descriptivo-naturalístico será el más apropiado para el estudio de los fenómenos criminales a los cuales deberá referirse la solución normativa. Pero en la “realidad jurídica” está ínsita una imprescindible dimensión **prescriptiva**, que no viene a menos aun cuando se limite a exponer en forma comunicativa un determinado conjunto normativo. Limitarse a **describir** significa implícitamente legitimar el objeto de la descripción por el solo hecho de emplearse con fines comunicativos. Pero el efecto de legitimación conectado al silencio [desempeño] valorativo se vuelve, incluso, evidente todas las veces en las que –como sucede a menudo en el mundo del Derecho– la solución normativa descrita se pone en relación con otros parámetros normativos (por ejemplo, constitucionales), como poseedores de un carácter prescriptivo y respecto a los cuales la solución normativa deba “conquistar” su legitimación.

Un discurso diferente es aquel de la individualización de los parámetros prescriptivos en el sentido de **valorar** toda disciplina o conjunto normativo,

incluso, aquel que se resume bajo la denominación de Derecho Penal del enemigo. Ante todo, tales parámetros serán ofrecidos por los principios constitucionales expresados, pero también por la tradición constitucional de uno o más países; y, aun por aquel patrimonio cognoscitivo y cultural elaborado por la ciencia y corroborado por la comparación, y que constituye un precioso vector de continuidad histórica y de identidad cultural de un pueblo. Sin este constante alimento de los parámetros prescriptivos del sistema, el análisis jurídico –“científico” indudablemente– se resuelve en complicidad con un voluntarismo legislativo deliberadamente olvidadizo [*ignaro*] del real circuito de producción del Derecho.

4. Aun cuando, después de haber puesto, en forma muy general [aproximativa], las premisas metodológicas, mi discurso sobre el Derecho Penal del enemigo se desarrollará en tres puntos fundamentales: **a)** el Derecho Penal del enemigo **no se agota** en un problema de **garantías**, es decir, de atenuación de las “tradicionales” garantías; **b)** el Derecho Penal del enemigo revela características **estructurales incompatibles** con el modelo de la penalidad [Derecho Penal] propio de los ordenamientos jurídicos de la tradición occidental; **c)** se pone, como quiera, el problema de la respuesta del ordenamiento, eventualmente también **en términos excepcionales** [estado de excepción], en las confrontaciones de un fenómeno criminal, como es el terrorismo internacional, que tiene peculiares características de conflictualidad bélica.

Comenzando desde el primer punto, el Derecho Penal del enemigo no nos parece individualizable sobre la base de la característica –de carácter, por así decir, cuantitativo– de la flexión de las garantías respecto al máximum estándar. En otras palabras, a nuestro parecer es necesario distinguir entre la categoría conceptual (y la realidad) del Derecho Penal del enemigo por un lado, y por el otro, complejos normativos que responden a particulares exigencias represivas a través de la flexión de las garantías. Estos últimos a su vez se alejan variadamente del máximum estándar de garantía propio de un modelo “ideal” de Derecho Penal.

Todo ello implica la importante afirmación que, en el Derecho Penal actual, la medida de la garantía no es fija sino se establece como algo **variable**. La variabilidad de la garantía es, en efecto, no solo diacrónica sino también sincrónica. Diacrónicamente, el umbral mínimo de la garantía está, en verdad, sujeta a cambios en el tiempo: y, sería de extrañarse si fuese de otro modo; ni tendría mucho sentido juzgar la “insuficiencia” de ayer de la garantía a la luz de la evolución de hoy del pensamiento penal. Sea suficiente recordar, por ejemplo, cómo en Italia el principio de la personalidad de la responsabilidad penal (art. 27.1 Constitución italiana) haya sido originalmente entendido como simple prohibición de responsabilidad penal por hecho ajeno, y solo sucesivamente como responsabilidad necesariamente

culpable y hasta, tal vez, incluso como responsabilidad adecuada a las características de la personalidad del reo.

Una vez excluida la absolutez diacrónica del umbral mínimo de la garantía, no debería perturbar ni menos análoga constatación sobre el plano sincrónico. Lo que significa, más exactamente, que, aun permanece el umbral mínimo infranqueable de la garantía hoy vigente (como se deduce de la Constitución), la **medida** cada cierto tiempo adoptada en concreto **puede variar** en relación a las exigencias preventivo-represivas manifestadas por las diversas formas de la criminalidad.

Esta afirmación encuentra su propia confirmación en la constatación de dos fenómenos, que constituyen precisamente la manifestación de la variabilidad de la medida de garantía adoptada por el legislador. Se trata, en primer lugar, del fenómeno de los **subsistemas (a)** a los cuales tiende siempre más a articularse [a dividirse] el sistema tradicionalmente unitario del Derecho Penal: y, los subsistemas se diferencian entre sí y sobre todo del sistema unitario de referencia también –y, a menudo principalmente– a causa del diverso estándar de garantía. Se trata, en segundo lugar, del criterio del **equilibrio de los valores (b)**, que constituye el principal parámetro del juicio de constitucionalidad y que postula, precisamente, la posibilidad de atribuir a los diversos principios o valores constitucionales un tipo de resistencia variable en relación a la diversa naturaleza y especie del principio o valor con el cual entran en conflicto.

a) Por cuanto respecta a los subsistemas, es del todo comprensible la perplejidad y hasta la hostilidad en sus confrontaciones. Ya que bien se sabe que –como se suele decir– “la moneda mala expulsa la buena”, se teme con fundamento que los estándares más bajos de garantía adoptados en algunos subsistemas se difunden también hacia los otros e incluso hacia el sistema principal de referencia, produciendo así una disminución **compleja** de las garantías. Incluso siendo verdad todo ello, me parece que la realidad nos pone frente a una irreducible alternativa. El Derecho Penal contemporáneo ha dilatado su radio de intervención [de acción] más allá de la originaria esfera de los “delitos naturales”, impulsándose a sectores de actividades radicalmente diferenciadas, no solo de aquellas de la vida “natural” del hombre sino también entre sí mismas: basta pensar, precisamente, en el área de las actividades financieras dominadas, por decirlo así, por una inmanente artificialidad, o en el área de las actividades productivas a través de las organizaciones complejas, en las cuales los mismos conceptos de acción, culpa y causalidad sufren necesarias y profundas adaptaciones. Y bien, ante esta situación de hecho, la alternativa que se pone es entre asegurar la tutela penal incluso en relación a las nuevas y diferenciadas actividades, al precio de adecuar los principios, las categorías y, por consiguiente, también la garantía a las diversas realidades;

o bien, permanecer fieles al modelo tradicional e indiferenciado de Derecho Penal, renunciando, sin embargo, al mismo tiempo a una tutela que vaya más allá del hipotético y quizás irreal núcleo de los “delitos naturales”.

Concluyo sobre el punto de los subsistemas, subrayando cómo también a nivel internacional es evidente una tendencia a su multiplicación. La experiencia de las más recientes convenciones internacionales en materia penal muestra cómo toda convención, refiriéndose a las exigencias de tutela de un determinado sector, se preocupa por dictar disposiciones, cada vez mayores, sobre el conjunto de las instituciones de la parte general (como, por ejemplo, la tentativa o el concurso de personas o las sanciones), con la consecuencia que todo documento internacional viene a constituir la base para un particular subsistema relativo al específico sector considerado.

b) Por cuanto respecta al equilibrio de los valores, se trata de un discurso muy comprometedor, que aquí puede ser solamente señalado muy brevemente. Me parece que el equilibrio de los valores expresa el sentido más profundo del constitucionalismo moderno. En verdad, no me parecería concebible un constitucionalismo anclado a una mesa de valores tan rígidos e inmutables que excluyan el equilibrio de los argumentos constitucionales de formación y de control de las decisiones legislativas. Un modelo semejante permitiría finalmente la extromisión de la política del proceso de decisión del legislador: lo que sería no solo totalmente irreal, sino también contradictorio con la esencia del constitucionalismo, puesto que significaría rechazar cualquier lugar de confrontación democrática, más allá del texto constitucional interpretado de modo invariable. Una especie de “dictadura” de la Constitución. El verdadero constitucionalismo es hostil a toda dictadura, no solo a aquella de la mayoría. Este se rige más bien sobre el equilibrio entre el umbral constitucional infranqueable y el margen de apreciación de la decisión política. Y aquel equilibrio no escapa, además, al control de constitucionalidad, precisamente por medio del criterio del (correcto) equilibrio de los valores, el cual se confirma, por lo tanto, como el núcleo esencial del constitucionalismo.

En conclusión, para el Derecho Penal todo ello significa que el equilibrio abre la posibilidad de soluciones diferenciadas en cuanto a la medida de la garantía, en relación a las diversas exigencias de tutela que cada cierto tiempo se ponen en juego. Sin embargo, ello siempre con la doble condición de que (i) sea respetado el umbral mínimo constitucionalmente impuesto; y, (ii) se haya realizado de manera constitucionalmente correcta (“razonable”, “adecuado”) el juicio de ponderación. Por ejemplo, la medida de anticipación del umbral de punibilidad, del grado de determinación de la norma incriminadora, del rol desarrollado por las fuentes sublegislativas integradoras, del respeto de la reserva personal respecto a los medios de prueba como

las interceptaciones telefónicas, entre otras, puede variar en relación a los diversos sectores de criminalidad según el correcto juicio de ponderación.

Aun debiendo admitirse la posibilidad de un equilibrio diferenciado entre principios de garantía y específicas exigencias de tutela preventiva y/o represiva, me parece, en cambio, extraño al moderno constitucionalismo apelar a un valor como aquel de la “seguridad”, que se revela capaz de neutralizar todas las dudas del juicio de ponderación con un resultado de generalizada e indiscriminada pérdida de las garantías. Este riesgo surge cuando la seguridad es elevada al rango de un derecho fundamental del hombre, al contrario, del rango de presupuesto imprescindible para el disfrute de todos los otros derechos fundamentales. El derecho a la seguridad adquiere así una especie de primado capaz de alterar profundamente el juicio de ponderación con los derechos de libertad y con las garantías; esto deviene potencialmente “omnívoro” respecto a todos los otros derechos fundamentales. El resultado final de esta operación político-conceptual es en realidad la demolición de todo el sistema de tutela constitucional de los derechos fundamentales, con una sustancial inversión del sentido [de la dirección] de marcha de la historia del moderno constitucionalismo.

5. El Derecho Penal del enemigo no se coloca en el campo problemático de la medida diferenciada de las garantías; es decir, no representa un subsistema del más general sistema penal, legitimado sobre la base de un juicio de ponderación entre garantías y exigencias de tutela del todo coherente con el sistema constitucional. El Derecho Penal del enemigo presenta más bien algunas características **estructurales propias (a)** las cuales se revelan –en su esencia y en su máxima manifestación– lógicamente **incompatibles** con la idea misma de derecho penal, **(b)** como ha sido marcado por siglos de civilización jurídica. Sin embargo, lo que no excluye del todo que ciertas expresiones del Derecho Penal del enemigo históricamente hayan podido, a menudo, convivir con el sistema penal.

a) Las características que identifican el Derecho Penal del enemigo parecen ser fundamentalmente tres: **i)** la pertenencia del autor a una categoría subjetiva asumida como criterio fundante de un especial tratamiento sancionatorio; **ii)** la “de-jurisdiccionalización” (al menos, tendencial) del proceso de aplicación de la sanción; **iii)** la orientación de la sanción hacia la neutralización, la exclusión o incluso la eliminación del autor.

i) La pertenencia a una determinada categoría subjetiva es el elemento constitutivo de aquella **identidad** del autor relevante a los fines de la relación del enemigo sobre el cual se funda la reacción sancionatoria. El “enemigo” es tal por la identidad que le confiere la pertenencia a una determinada categoría o grupo. Por consiguiente, determinante no es el cumplimiento

de un particular acto ofensivo de un específico bien o valor, sino la contraposición enemiga entre dos sujetos, particulares o constituidos en entidades colectivas, sobre la base de una hostilidad que puede bien trascender el cumplimiento –pasado o futuro– de determinados actos perjudiciales. Por tanto, el criterio de individualización de la comunidad de identidad de pertenencia es extremadamente lejana o incluso liberada de la especificidad de actos ofensivos [dañosos, perjudiciales], la “identidad enemiga” puede fundarse sobre elementos identificatorios extremadamente diversos, genéricos e incluso irracionales. En resumen, cada uno –se puede– elige el enemigo o los enemigos que quiera, también expresando en ello sus propios irracionales miedos o incomodidades. Bajo este perfil, el Derecho Penal del enemigo constituye una realidad mucho más inquietante que una derivada [desviada, deslizada] hacia un Derecho Penal de la prevención. Más bien, es la misma idea de una (presunción de) peligrosidad deducible de la pertenencia a una categoría subjetiva a ser inaceptable porque en la constitución de identidad del enemigo juegan factores del todo extraños a racionales y razonables valoraciones presuntivas de peligrosidad. Y, ciertamente, el Derecho (comprendido, el penal) **a diferencia de la guerra**, debe continuar siendo la medida racional del comportamiento humano. Entonces, ya sobre la base de esta primera característica identificadora el Derecho Penal del enemigo se revela extraño a la juridicidad.

ii) La segunda característica identificadora del Derecho Penal del enemigo es la tendencial “de-jurisdiccionalización” del proceso de aplicación de la sanción. De hecho, aun cuando el objetivo sea aquel de la simple [pura] eliminación del sujeto, no subsiste más la necesidad de los caracteres propios de la jurisdicción. No es necesario un **tercer** sujeto, puesto que no existe más la exigencia de una mediación entre dos posiciones antagónicas, sino aquella de una eliminación recíproca. No nos ponemos en la exigencia de interpretar la norma a la luz del hecho concreto, con todas las conexas graduaciones y complicaciones hermenéuticas: se trata solamente de verificar que el sujeto presente la calificación de enemigo, para proceder después a su tendencial eliminación. En concreto, el grado de “de-jurisdiccionalización” del proceso puede ser diverso, pudiendo ir, por ejemplo, de la posibilidad del uso procesal de los resultados de las actividades de inteligencia desarrolladas por los servicios secretos hasta la constitución de órganos “juzgantes” creados por el poder ejecutivo.

iii) La tercera y última característica identificadora del Derecho Penal del enemigo es dada por una respuesta del ordenamiento, que llamamos aún “sancionadora”, pero que en realidad tiende a la neutralización, a la exclusión o a la eliminación del enemigo. A parte de las manifestaciones extremas como Guantánamo o Abu Grhaib, son unívocos indicios de este carácter, la

exclusión radical del sujeto de los denominados beneficios carcelarios y la exorbitante desproporción de la sanción, completamente desvinculada de la objetiva gravedad del hecho ilícito.

A razón de sus caracteres identificadores, el Derecho Penal del enemigo muestra una inquietante, como natural, tendencia a su expansión hacia siempre nuevos “enemigos” de la sociedad, sobre la base de un fácil proceso de progresiva identificación de ciertos tipos de delincuentes con sujetos hostiles a la sociedad. El terrorista representará quizás el enemigo por excelencia, pero la categoría podría bien extenderse hasta comprender a quien comete estupro, al mafioso, en una progresiva ampliación que no conoce límites predeterminados. Y, es sabido, además, que el proceso de identificación del enemigo contribuye a reforzar la necesidad y el sentido de identidad del propio grupo de pertenencia y a desarrollar así un rol consolador y tranquilizante.

b) Las características identificadoras del Derecho Penal del enemigo aparecen incompatibles con la idea del Derecho Penal, y con la forma cómo esta se ha sedimentado en la historia y en el actual cuadro constitucional de nuestros ordenamientos. Tal incompatibilidad es confrontada desde un punto de vista funcional, lógico e ideológico.

i) Bajo el primer perfil, la función de orientación cultural de la norma penal y de confirmación de la autoridad de esta última por parte de la pena es completamente extraña al Derecho Penal del enemigo. En cambio, este último, en lugar de confirmar la autoridad de la norma violada, confirma más bien la capacidad del enemigo de poner en definitiva y radical discusión la norma; el Derecho Penal del enemigo presupone y confirma la capacidad del enemigo de autoexcluirse, con su propio acto unilateral, del horizonte del ordenamiento jurídico rechazado.

ii) Bajo el perfil lógico, es verdaderamente radical la antítesis existente entre la idea de la **responsabilidad** y aquella voluntad de **exclusión** que anima, tanto al Derecho Penal del enemigo como al enemigo mismo. En cuanto, si la pena es concebida como un claro medio de eliminación (real o simbólico) del enemigo en razón de su pertenencia de identidad a una determinada categoría, entonces se niega radicalmente la idea misma de la responsabilidad por una elección de comportamiento. El concepto de responsabilidad presupone ciertamente la existencia de un conflicto de voluntad y de intereses aparecidos a través de la violación, pero implica sobre todo la idea de una sucesiva superación de este conflicto o mejor aún de mantenerlo al interior de un horizonte común en el cual las voluntades y los intereses están destinados a encontrar una coordinación si bien que forzada. Responsabilidad es en el fondo coexistencia en razón de un bien común superior, mientras la

perspectiva del enemigo es la de una recíproca exclusión en razón de un radical *mors tua vita mea*.

iii) Bajo el perfil ideológico, el Derecho Penal del enemigo implica –como ha sido teorizado– la degradación del enemigo de **persona** humana a simple **individuo**. Si se tiene presente cuanto se ha dicho de la primera; y, esto es, la tendencia naturalmente expansiva del Derecho Penal del enemigo hacia, siempre, nuevas categorías de “enemigos”, se tiene que esta progresiva degradación de seres humanos pone en crisis a la misma sociedad en su esencia de civilización solidaria fundada sobre el valor intangible de la dignidad humana. Ello sería más que suficiente para poner al Derecho Penal del enemigo fuera del cuadro de referencia de nuestras constituciones, que se fundan sobre la absolutez de la dignidad personal. Pero, más allá de eso, se pondría el ulterior problema de quién puede estar legitimado para efectuar concretamente esta operación de descalificación de los enemigos de personas a individuos. Quizás, el legislador, es decir, la mayoría en el poder. Pero, ¿no es precisamente esta la perspectiva que nuestras constituciones han querido evitar elevando la dignidad humana a valor absoluto?

6. El terrorismo internacional ha abierto escenarios de **guerra**. Más allá de las posibles “responsabilidades” de Occidente en la concurrencia de las causas remotas o próximas de terrorismo, indudablemente los atentados provenientes sobre todo del terrorismo de origen islámico tienen el caracter de actos de hostilidad bélica hacia el mundo occidental (a). Con la consecuencia que no está fuera de lugar plantear una respuesta al terrorismo internacional incluso diferente y ulterior respecto a aquella planteada en el Derecho Penal (b).

a) La “guerra terrorista” es muy diferente de la guerra tradicional, que constituye el presupuesto en presencia de la cual nuestras constituciones autorizan la declaración del estado de guerra y la adopción de las disposiciones jurídicas consiguientes. “De-formalizada”, “de-territorializada”, privada de un verdadero objetivo estratégico definitivo, la guerra terrorista no está, sin embargo, privada de sus peculiares características que impidan sea catalogada entre los hechos puramente “criminales”. Ciertamente no es mi intención subvaluar el alcance ofensivo de los atentados terroristas (es decir, de los actos de la guerra terrorista), sobre todo después del 11 de setiembre y más aún si se tiene en cuenta la posibilidad para los terroristas de disponer de instrumentos dotados de altísima potencialidad ofensiva (como explosivos nucleares, armas bacteriológicas, pero también medios de agresión informáticos). Sin embargo, quizás se puede decir que el acto terrorista raramente puede alcanzar la peligrosidad **bélica** propia de un acto de guerra tradicional. Por consiguiente, son otras las características del acto terrorista que lo hacen socialmente insoportable y jurídicamente calificable como algo diferente (“más allá”) del hecho criminal.

El acto terrorista, aunque si bien no siempre está dotado de la objetiva potencia destructiva propia del acto bélico, sin embargo, está cargado de una fuerte simbología bélica que deriva de dos elementos. En primer lugar, todo terrorista es **psicológicamente** portador de una adhesión total frente al sistema contrario: todo terrorista –a diferencia del soldado en la guerra tradicional– interioriza en primera persona [en la propia persona] el conflicto, llevándolo a un nivel cultural y de implicación integral. En segundo lugar, y consiguientemente, el acto terrorista comporta una forma extrema de **instrumentalización** de las víctimas. En la lógica del acto terrorista la víctima pierde su valor de persona humana dotada de dignidad en cuanto ser único e irrepetible. La víctima es agredida solo para dar la concreción de carne y sangre al conflicto del cual es portador el terrorista: la indeterminación de la víctima o incluso su cualidad personal, de sujeto que ocupa, por ejemplo, un determinado cargo público, constituyen ambas igualmente el signo de la indiferencia frente a la identidad personal de las víctimas; y, por consiguiente, frente al carácter esencial de su “humanidad”. Bajo este perfil, por tanto, la agresión terrorista parece revelar un componente adicional de ofensividad frente a la misma dignidad humana. Y quizás este peculiar componente de ofensividad podrá acercar, en una perspectiva de largo alcance, los actos terroristas a los crímenes contra la humanidad.

Estos dos elementos concurren para conferir al terrorismo un “simbolismo bélico” tan exasperado que hace que sea para Occidente un riesgo socialmente intolerable, casi tan intolerable como el peligro de una guerra tradicional, que, por otro lado, es advertida de manera lejana e indeterminada por la actual conciencia social occidental. La carga de desestabilización, que el terrorismo ejerce frente a nuestros Estados, no proviene solo de su potencia materialmente destructiva, sino también o principalmente de la intolerabilidad social de su simbolismo bélico.

b) Ante el fenómeno del terrorismo, sobre todo internacional, el pensamiento jurídico occidental permanece en cierta medida desorientado: recurrir a los instrumentos jurídicos propios de la guerra es difícil por la ausencia de un estado de guerra en sentido tradicional; la construcción de un Derecho Penal del enemigo es imposible por su radical contraste con el ordenamiento jurídico de nuestros Estados de Derecho; los instrumentos ordinarios [normales] del Derecho Penal son obviamente indispensables y legítimos, pero pueden revelarse en ciertas ocasiones insuficientes, si bien potenciados en la medida máxima permitida por el principio de ponderación.

Entonces, se perfila un último *chance*, constituido por el **estado de excepción**, en virtud del cual los poderes públicos –parlamento y gobierno– pueden en cierto sentido “militarizar” la acción frente al terrorismo incluso en ausencia de un verdadero y propio estado de guerra. Fundadamente el

estado de excepción está envuelto en la más grande conjetura, como lo demuestra el hecho de que no todas las constituciones de los países occidentales lo prevén. En efecto, el estado de excepción levanta perplejidades bajo un perfil tanto empírico (i) como conceptual (ii).

i) Desde el punto de vista empírico, la experiencia muestra desgraciadamente cómo el estado de excepción tiende a menudo a consolidarse y a convertirse en una situación que permanece a lo largo del tiempo, y que solamente puede ser removido a través de roturas traumáticas. Ciertamente, este riesgo de degeneración del estado de excepción no se da siempre y con la misma intensidad, puesto que este varía notablemente en relación a la situación constitucional y social de los diversos países. Sin embargo, es innegable que el riesgo connatural al estado de excepción sea especialmente elevado, cuando este sea utilizado precisamente para afrontar el terrorismo en particular. Efectivamente, al menos en el estado actual, el terrorismo parece haber asumido un carácter estructural y casi estable en la existencia de muchos Estados del planeta. Con la consecuencia de que se añade un ulterior motivo para que el estado de excepción se establezca, transformando nuestras sociedades a un sentido antidemocrático aún más radical y mucho más rápido de cuanto podría hacerlo el terrorismo directamente.

ii) Desde el punto de vista conceptual, el estado de excepción es una noción altamente problemática. El estado de excepción está afectado por una ambivalencia, casi una verdadera y propia ambigüedad, que le es inevitablemente connatural. El estado de excepción es una situación de “vacío jurídico normativizado”: a través de este el Derecho cede a las prevalecientes exigencias de la “vida” para poder regresar sucesivamente a retomar los barloventos de la vida; desde el punto de vista teórico, el estado de excepción representa un momento de crisis del Derecho, pero también de vitalidad, renovación y sobrevivencia. Pero es su interna contradicción la que lo hace sospechoso: el estado de excepción constituye un “hundimiento”, un retroceso del Derecho y de su eficacia que disciplina a la realidad, con el entendimiento de no romper la continuidad normativa. Y es desde aquí de donde deriva la paradoja de una disciplina jurídica del vacío jurídico. Probablemente, no solo sea la peligrosidad política, empíricamente constatable, la que hace resistentes –como hemos visto– a algunas de nuestras constituciones a prever el estado de excepción. También existe esta dificultad de dar una disciplina jurídica a lo que por definición se sustrae a la eficacia ordenante del Derecho. Sin embargo, me parece que se puede decir que: la disciplina del estado de excepción es ciertamente una ambiciosa tarea, que enfrenta la contradictoriedad lógica y los riesgos empíricos de la involución política; pero la opuesta elección de ignorar el estado de excepción no sirve para exorcizar el riesgo de su aparición en las situaciones en las cuales la

urgencia imprevisible de la vida deviene prevalecientemente sobre el Derecho establecido.

El grado de resistencia de los diversos ordenamientos al estado de excepción es diferente, así como diferentes son los peligros de su consolidación según las tradiciones constitucionales sobre las cuales se fundan los diversos ordenamientos. Sin embargo, al menos en aquellos países en los cuales la democracia está fuertemente enraizada y que están profundamente insertados en una comunidad internacional democrática, el estado de excepción podría ser una alternativa plausible al Derecho Penal del enemigo.

El verdadero problema del estado de excepción es aquel de imaginar una adecuada disciplina jurídica, a causa de la profunda contradicción de la cual se ha hablado. En efecto, no es fácil imaginar una disciplina normativa suficientemente definida y exhaustiva por una situación (de excepción), que se caracteriza precisamente por sustraerse tendencialmente a la eficacia disciplinante del Derecho: una situación que requiere, más bien, el ejercicio de un poder de acción y de normativa orientada a propósitos predeterminables pero modelables sobre las situaciones de hecho. Y, entonces el problema deviene, no en aquel de imaginar supuestos de hecho rigurosamente “cerrados” por el ejercicio de los poderes excepcionales, sino en aquel de prever formas de **control** eficaz con el fin de evitar, tanto el ejercicio de los poderes no adecuados al propósito como la prolongación de aquel ejercicio de poderes además de la situación factual de excepción. Nos ponemos en la alternativa entre confiar tal poder de control a órganos de naturaleza política o bien de naturaleza judicial.

Si se considera la inevitable ausencia de parámetros legales predefinidos para el manejo de la situación de excepción, se podría concluir por la mayor idoneidad de órganos de naturaleza política: el juez, en cuanto sujeto externo a los aparatos políticos (del poder ejecutivo o parlamentario) competentes a gestionar la excepción, no estaría en condiciones de valorar la congruencia finalista del ejercicio del poder si no a través de los parámetros de control rígidamente predefinidos. Pero, por definición, en la disciplina del estado de excepción es muy difícil alcanzar la previsión de reglas legales predefinidas.

Contrariamente, es la no pertenencia del juez a la clase de aquellos que son llamados a gestionar la situación de excepción para asegurar la mayor eficacia del control, así como para evitar el peligro que los poderes de excepción se transformen de la razón de Estado a la razón privada. Además, el juez es el órgano portador de una cultura de la legalidad constitucional que pone los derechos fundamentales del individuo como requisito imprescindible de la juridicidad: es, por consiguiente, el juez el órgano más apto para verificar que la razón de Estado deje de ser la “razón” del modelo de nuestro

Estado de Derecho, Social y Liberal-Democrático, o incluso deje de ser simplemente “razón”.

En un momento histórico en el cual están más vivas las preocupaciones por la exorbitante potenciación del rol de los jueces, por la prevalencia del derecho de los jueces sobre el derecho de la ley, una solución que legitime el estado de excepción sobre la base de un control de tipo jurisdiccional podría afectar a la infaltable interrogante *¿quis custodiet custodes?* Una interrogante a la cual, en verdad, no sabría encontrar una respuesta definitiva si no más allá del Derecho y de sus arquitecturas institucionales; y, esto es, en la mayor o menor capacidad cultural mostrada por los *custodes* de orientar el complejo dinamismo del Derecho en sentido favorable a las exigencias del hombre-persona.

Políticas criminales nacionales y globalización

Gonzalo QUINTERO OLIVARES
(España)

SUMARIO: I. La reducción de la capacidad de los Estados. II. Justicia penal, sociedad globalizada. III. El objeto de protección penal: ¿Existe una globalización de los derechos individuales y sociales? IV. La reubicación supranacional del problema penal. V. Las repercusiones en el Derecho Penal de la supranacionalización de los problemas y la búsqueda de objetivos comunes. VI. La posición del Derecho Penal y la política criminal nacionales.

I. LA REDUCCIÓN DE LA CAPACIDAD DE LOS ESTADOS

Es común en nuestro tiempo asumir la idea de que vivimos en una sociedad “global” y con problemas comunes. La consecuencia tendría que ser evidente: a problemas compartidos corresponde una política compartida, y eso alcanza a la Política Criminal y a la Justicia penal, y una y otra deberán tener un marco referencial que excede a los confines del Estado e incluso de las Uniones o Federaciones regionales, como pueda ser, en nuestro caso, la Unión Europea. Consecuencia aneja será la aceptación de que la soberanía estatal en la orientación político-criminal y legislativa que se quiera seguir ha de verse notablemente reducida.

Todo eso no ha traspasado aun el nivel de los buenos propósitos teóricos⁽¹⁾, y, por otra parte, presupone una, siquiera mínima, comunión de ideologías y escalas de valores que es metafísicamente imposible esperar, y quiero

(1) Hace ya tiempo, Klaus Tiedemann –a quien dedico estas páginas– que ha sido el más importante ideólogo de la necesaria unificación del derecho penal y de los límites que eso tiene, advertía que la significación del derecho penal como materia intocable de cada Estado es el mayor obstáculo para alcanzar eficaces políticas comunes. El derecho penal, a diferencia de otras partes del Ordenamiento jurídico, se transforma así en una suerte de derecho político (TIEDEMANN, Klaus. “La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea”. En: *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*. 2, 1996).

advertir que la exigencia de esa condición **no ha de confundirse con un indeseable pensamiento único**, que solo persigue la anulación de la legítima diferencia en el abierto propósito de garantizar determinados intereses económicos⁽²⁾. A ello debe añadirse la frivolidad con que frecuentemente se minusvalora la capacidad de los Estados para llevar a la práctica políticas sociales (y criminales, entre ellas) positivas para sus ciudadanos, como si nada pudieran hacer.

A eso se añaden problemas de todos conocidos, como son los desplazamientos de multitud de personas en busca de mejores condiciones de vida, la emergencia de nuevas potencias económicas en Asia, lo que genera un nuevo escenario económico internacional en el que los otrora todopoderosos no pueden imponer sus políticas. La velocidad y crecimiento de las transacciones económicas en todo el planeta produce nuevos fenómenos especulativos a la vez que muestra la impotencia de muchos Estados para controlar los flujos de capitales que entran o salen de sus fronteras. Nacen nuevos paraísos fiscales a la vez que subsisten los tradicionales sin especiales dificultades –por el momento, al menos– y la sociedad de la comunicación global a través de la red crea, a la vez que grandes fuentes culturales y de relación, herramientas al servicio de la criminalidad transnacional, que alcanza a una gama muy amplia de conductas delictivas, desde el tráfico de armas a la corrupción.

La idea que late en el título de estas páginas es que esa realidad mundial exige y requiere una política criminal común, para que se pueda de verdad hablar de luchas “globales” adecuadas a una “sociedad global”. Alcanzar esa conclusión, a decirse obvia, no requiere especiales razonamientos demostrativos, y, en cambio, estamos muy lejos de haberlo alcanzado. Ciertamente que es muy difícil controlar los riesgos anejos a la mundialización, y más aun hacerlo sin poner en peligro los logros alcanzados en materia de respeto a los derechos humanos.

A pesar de todo lo que se dice sobre la globalización, creo que **la Política Criminal continua siendo en buena medida decidida por cada Estado sobre su territorio**, y solamente un grupo de materias, eso sí, cada vez más amplio, merece la atención de conjuntos de naciones que quieren aunar esfuerzos en la lucha contra graves problemas como el tráfico de personas, el de drogas, la explotación de la infancia, el blanqueo de dinero o la criminalidad organizada. Pero los **criterios de aplicación de la represión penal y las**

(2) A las “profecías paralizadoras de la globalización” se refiere FONTANA, Joseph. En: *La historia de los hombres: el siglo XX*. Barcelona, Crítica, 2002, p. 204. Sobre el propósito de aprovechamiento de la globalización como vehículo de imposición de intereses económicos, es de interés lo que hace ya bastantes años señalara Juan BUSTOS (en: *El Pensamiento Criminológico*. Tomo II. Cap. IX. *Estado y Control: la ideología del control y el control de la ideología*. Temis. Bogotá, 1983.

estrategias en la lucha contra la delincuencia, conjuntamente contemplados pertenecen, y posiblemente por mucho tiempo, a cada Estado. Es una decisión “nacional” la que atañe a la cantidad y clase de represión penal, así como a la aplicación de la ley o a la despenalización, como es una decisión nacional también la de adelantar o anticipar la aplicación de reacciones sancionadoras, aunque no se les llame “penas”, en nombre de la seguridad, y aunque no se haya producido aun un “hecho”. Por lo tanto, es mejor no confundir las coincidencias puntuales con una política compartida, ni tampoco extender el ámbito de coincidencia a todo el planeta, porque eso no es posible. ¿Quiero con esto negar la realidad del **avance** negativo y positivo de la globalización? En modo alguno.

Es cierto que la globalización ha producido ya algunos avances. Como señala R. Zimmerling⁽³⁾ hoy es mucho más viable la denuncia y persecución de los atropellos contra los derechos humanos de lo que pudiera haberlo sido hace solo veinte años. Del mismo modo, se puede aceptar que la impunidad de dictadores y tiranos es mucho más improbable. Pero, no nos engañemos, el nivel de ejercicio **jurídico y político** de los derechos humanos es muy dispar, siendo lo mayoritario la total inexistencia de esos derechos. Es patente que estamos ante una contradicción: los derechos humanos se consideran cada vez más “esenciales” para todos los individuos del planeta a la vez que se percibe un imparable deterioro de su virtualidad o efectividad, y no solo en las culturas que como la islámica construyen sus principios convivenciales a partir de otros parámetros.

Parece pues que tienen razón los que dicen que la globalización no pasa de ser algo percible solamente en el espacio financiero y en el crecimiento de las transacciones de bienes y servicios a nivel mundial⁽⁴⁾, pero que estamos muy lejos de ver su impacto en el derecho y en la política criminal por más que lo deseemos los juristas⁽⁵⁾, y a pesar de que no se precisan explicaciones para comprender que la globalización o la mundialización constituyan un hecho determinante de la realidad social, económica y política⁽⁶⁾. Es

(3) ZIMMERLING, Ruth. *Los derechos humanos en un mundo globalizado y unipolar*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2005.

(4) Tesis de CHOMSKY, cfr. en: *La globalización de los derechos humanos*. Ed. de Matthew J. Gibney, trad. de H. Recassens, Barcelona, Crítica, 2003.

(5) Cfr. VOGEL, J. En: “Derecho Penal y globalización”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. N° 9 año 2005. “Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo”. VVAA, coord. ARROYO, NEUMANN, NIETO. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003; “Globalización y derecho”. VVAA, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003; “*Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*”. VVAA, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

(6) De ello me ocupé en: QUINTERO OLIVARES, G. “Los sistemas penales internos ante los ciudadanos y los sistemas extranjeros”. En: *El derecho penal ante la globalización*. XIV Congreso de Alumnos de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

fácil percibir su impacto en la economía –en estos días lo estamos comprobando en toda su intensidad– en las relaciones de poder y, en suma, en el dato incuestionable de que no es posible ya hablar de grandes problemas exclusivamente regionales, porque todo lo que de verdad es importante se manifiesta en todo el planeta. El agujero de la capa de ozono, los movimientos migratorios, el precio del crudo o la carrera atómica limitan y alinean la capacidad de decisión de muchos Estados, y los ejemplos pueden componer una interminable lista.

Es verdad que los penalistas académicos estamos convencidos de que es precisa una “política criminal compartida”, que sin duda es algo mucho más profundo que la denominada **solidaridad penal internacional**⁽⁷⁾. En ese largo periodo que va de 1889 hasta nuestro tiempo el problema penal ha conocido toda clase de experiencias, desde el terror y el pisoteo del derecho hasta sinceros esfuerzos pro concretar políticas criminales comunes en temas que han cristalizado en acuerdos internacionales auspiciados por Naciones Unidas, o, de alcance menos, por la Unión Europea, afectando a temas a los que se les reconocía el carácter de **problema común**, como pueda ser: terrorismo, genocidio, tráfico de personas, tráfico de drogas tóxicas, explotación de la prostitución, o, ya más recientemente, protección de los medios de pago, lucha contra la criminalidad organizada, prevención del blanqueo de dinero procedente del crimen, etc.

En todas esas cuestiones se supone que los Estados que toman acuerdos de actuación conjunta han apreciado una necesidad común, y por lo tanto han realizado una **valoración del problema penal como problema común**, en su doble dimensión de **formulación de normas, y de eficacia de esas normas** esto es, eficacia de la justicia penal. En algunas zonas del planeta, concretamente en la Unión Europea, se han alcanzado niveles de comunión de políticas penales⁽⁸⁾ desconocidos en el pasado, que a su vez se han plasmado en Tratados concretos, como la Decisión-marco (190/1 del 17 de julio de 2002) relativa a la orden de detención europea y al procedimiento de detención y entrega de prisioneros entre Estados miembros⁽⁹⁾, desarrollada en todos los Estados miembros, aunque en algunos las reticencias y obstáculos fueron en

(7) Movimiento que se plasmó históricamente en los grandes Tratados multilaterales o bilaterales de fines del siglo XIX y del siglo XX, y, en lo cultural, en el nacimiento de la Unión Internacional de Derecho Penal (U.I.D.P.), fundada en Viena en 1889 por Franz Von LISZT, Gérard VAN HAMEL y Adolphe PRINS, que duró hasta 1918, y posteriormente. La Asociación Internacional de Derecho Penal, nacida en París el 14 de marzo de 1924.

(8) Vid. en especial, “Diritto dell’Unione Europea e criminalità organizzata”. En: *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, a c.di G. Fornasari, Padova, Cedam, 2002.

(9) De ella me ocupé en: *El euroarresto en la perspectiva europeísta de unificación de la justicia penal*. Estudios Penales en Homenaje al Prof.G.Rodríguez Mourullo, Madrid, Thomson-Civitas, 2005.

su momento muy notables (el caso de Alemania) o, en el plano de las iniciativas científicas, como el **Corpus Juris** para la protección de los intereses financieros de la Comunidad, impulsado por Delmas-Marty y J. Vervaele⁽¹⁰⁾ o, con mayor extensión y profundidad, los trabajos del llamado “Grupo de Freiburg” que dirigió Klaus Tiedemann⁽¹¹⁾.

Pero sin duda todo eso tiene en primer lugar un alcance reducido en lo territorial (Europa⁽¹²⁾) y en lo sustantivo, pues se ocupa solamente de una selección de problemas, en donde tiene prioridad lo económico. Pero es que además, la pervivencia del **nacionalismo penal continua siendo patente** incluso en esas zonas del planeta en las que parece ser más acusada la vocación “supranacionalista”, y es ahí también donde se quiere encontrar la panacea en el neoliberalismo como ideología necesaria⁽¹³⁾, que, por cierto, está ahora mostrando sus más graves debilidades.

Pero volviendo a las pretensiones “supranacionalistas” –dejando de momento el credo que las anime– es visible una resistencia notable de los Estados a renunciar a sus propios criterios sobre cómo y hacia dónde orientar la actividad preventiva y represiva. Ese nacionalismo parece a veces inmune a la realidad de la fuerza de la criminalidad organizada o de la supranacionalidad de las fuerzas y de los problemas económicos y sociales, porque lo real y cierto es que se produce y percibe una **disminución de la capacidad jurídica nacional**, entendida como libertad para legislar sin pensar en lo que el conjunto internacional espera, permite, y **obliga**.

Tomemos el ejemplo de la Unión Europea, que es tal vez la zona del planeta en que **más profunda es la aproximación** y armonización de los **sistemas penales** y de la política criminal, judicial y policial⁽¹⁴⁾. Si pensamos en

(10) Vide: DELMAS-MARTY, Mireille y VERVAELE, J.A.E. ed. coord. BACIGALUPO, E. *Un Derecho Penal para Europa. Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de los bienes jurídicos comunitarios*. Madrid, Dykinson, 2004.

(11) Trabajos que se plasmaron en la obra colectiva *Eurodelitos: el Derecho Penal Económico en la Unión Europea*. Dir. Klaus TIEDEMANN, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005

(12) En donde se produce otro fenómeno más concreto y limitado en el espacio, pero sin duda *mucho más amplio en su alcance*. Al respecto vide: BERNARDI, A. *L' europeizzazione del diritto e della scienza penale*. Giappichelli Editore, Torino, 2004. Del tema me ocupo también en QUINTERO, G. “Sobre una política criminal común europea” (*O zajednickoj europskoj kaznenoj politici*). En: *Decennium Moztanicense, Libro Aniversario Universidad de Rijeka (Croacia)*. 2008.

(13) Sobre esa orientación del discurso, y sobre la pretensión de transformar la globalización no en un “hecho” histórico, sino en un discurso legitimador de un “nuevo poder” que alcance a todo el planeta, vide: ZAFFARONI, E. R. “La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal”. En: *Direito e Cidadania*. Ano III, Praia - Cabo Verde, nº 8, 1999-2000, pp. 71-96 (recogido en Publicaciones del Instituto de Derecho Penal europeo e internacional, Universidad de Castilla-La Mancha).

(14) Vide: sobre la situación de nuestro propio sistema en relación a la UE: G. QUINTERO. “La adecuación del Derecho Penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La Política Criminal europea”; con GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. En: *La política criminal europea*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2008.

un Derecho Penal supranacional, prescindiendo de su extensión y contenido, producido por el Parlamento europeo, y destinado a adquirir automática vigencia en todo el territorio de la Unión, nos encontraremos, además de los muchos problemas de carácter técnico-jurídico y político-criminales, de los que luego trataré, con una problemática cuestión previa: la compatibilidad de las normas constitucionales internas sobre las fuentes del Derecho y la pretensión de un Derecho Penal supranacional.

En el Derecho Comparado se aprecia que muchas Constituciones no reconocen ningún otro poder creador de leyes por encima del Parlamento propio, al que se otorga, de acuerdo con la lógica distribución de funciones en el Estado de Derecho, la competencia exclusiva en la producción de leyes. Por el contrario, algunas Constituciones europeas sí hacen reconocimiento expreso de la existencia de la fuente comunitaria y la incorporan a las fuentes propias del derecho, pero, a escala mundial, ello es de muy reducido alcance todavía.

A pesar de todo, paulatinamente en los temas importantes del derecho penal, el espacio **privativo para la legislación de cada Estado**, aquel en que se puede incriminar y perseguir **prescindiendo de cualquier atisbo de homogeneización con los demás**, es cada vez más reducido. Pero también sería engañoso creer que estamos a las puertas de una **homogeneización mundial, pues eso es abiertamente falso**, salvo en algunos aspectos importantes (por ejemplo: el impulso de la Corte Penal Internacional) o en el reconocimiento de que ya existen realidades que **no pueden ser estatales**, como acontece con el ciberespacio.

Pero es importante no desquiciar las ideas sobre mundialización del problema penal, y, en cambio es **imprescindible que la justicia penal adquiera la conciencia de que se diluye la “sociedad nacional” como destinataria de su actuación**. El fenómeno de la mundialización no puede ser estudiado desde una sola clave de comprensión⁽¹⁵⁾, pues eso conduciría a ideas estériles. Tenemos una parte del fenómeno que se puede calificar como de mundialización **sectorial**, sobre problemas que se aceptan como comunes y que tienen obligado **impacto jurídico**: tutela de la infancia, control del desarrollo, protección del ambiente, igualdad de la mujer. Pero tenemos también otros **sectores** de políticas comunes que se han de reflejar en el derecho penal (criminalidad económica organizada, corrupción, blanqueo de dinero, tráfico para la prostitución, tráfico de estupefacientes, terrorismo). Y siempre, por supuesto, los derechos humanos tan proclamados como poco respetados.

(15) Sobre los diferentes fenómenos que se esconden en la palabra “mundialización”. Vide: DELMAS-MARTY, M. *La mondialisation du droit: chances et risques*. París, Dalloz, 1999.

Esas diferentes dimensiones del problema provocan una **velocidad desigual en el avance hacia una política criminal común**. Pero, y ahí surge el problema de fondo, aun aceptado, que ya es mucho, que existe un propósito compartido al menos por un buen número de Estados de nuestro entorno, es imposible caminar coordinadamente sino se profesa una idea mínima común sobre cuál ha de ser el “criterio penal” fundamental, y ahí todo apunta a un progresivo dominio de la filosofía penal más conservadora (seguridad a todo precio, tolerancia cero, apoteosis de la cárcel, etc.) como “cultura común”⁽¹⁶⁾, en coincidencia plena con los que estiman que el modelo social destinado a salvar al mundo es el del neoliberalismo, cuyo fin de ciclo puede ser precisamente la crisis económica mundial en la que estamos inmersos.

II. JUSTICIA PENAL, SOCIEDAD GLOBALIZADA

Partiendo de las diferencias culturales, económicas, religiosas, demográficas, es lógico preguntarse si es posible construir **una Política Criminal compartida**. Para responder a eso es preciso ser muy cauteloso, pues es muy difícil decidir unas orientaciones político-criminales sin compartir un **ideal de lo justo y de los mínimos irrenunciables para la convivencia**, a los que se deba de tender aunque sea “idealmente”.

Desde luego que si comenzamos por uno de los problemas centrales, como es el terrorismo –**salvo que excluyamos al terrorismo de las miras de la Política Criminal bajo el entendimiento de que se trata de un problema político que desborda al Derecho Penal y a la Política Criminal**– la pretensión de una política criminal común se desvanece en el acto, y basta con ver las ideas que sobre el terrorismo se defienden en la Organización de la Conferencia Islámica⁽¹⁷⁾. De esta son miembros Estados como Arabia Saudita,

(16) Vide: PORTILLA, G. *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 64 y ss.

(17) La Organización de la Conferencia Islámica (OCI) no solo se negó a que pudiera considerarse acto terrorista nada de lo que hicieran los diferentes movimientos palestinos, sino que incluso no ha podido llegar a un acuerdo entre si calificar a los suicidas o kamikazes como terroristas o como “luchadores de la libertad”. Eso no impide a la Conferencia calificar como terrorismo a “(...) cualquier acto de violencia o amenaza, prescindiendo de sus motivaciones o intenciones, perpetrado con el objetivo de llevar a cabo un plan criminal individual o colectivo con el fin de aterrorizar a la gente o amenazarla con causarle daño o poner en peligro su vida, honor, libertad, seguridad, derechos (...)”. Pero acto seguido se advierte que “la lucha de los pueblos, incluida la lucha armada contra el invasor extranjero, la agresión, el colonialismo y la hegemonía, que persigue la liberación y la autodeterminación de acuerdo con los principios del derecho internacional no se considerará un crimen terrorista”. La mayor parte del mundo árabe o islámico rechaza la calificación de terrorismo para todo lo que tenga cabida en esa amplia reserva. Si se califica a una organización de “movimiento de liberación”, idea que comparten también Estados no islámicos del llamado Tercer Mundo, y por esa motivo se estima legítimo el uso del terrorismo, que es precisamente lo que pretende la Convención de la Organización de la Conferencia Islámica, es indudable que la concordia supranacional es absolutamente imposible. ¿Podría imaginarse

Indonesia, Irán, Irak, Líbano, Libia, Pakistán, Sudán, Siria o, Yemén. Solo algunos de ellos (Sudán, Siria, y Yemén) se han adherido al Estatuto de Roma, sin que ello tenga nada que ver con las declaraciones sobre terrorismo que se formulan en la Conferencia Islámica. Y tampoco se debe cerrar el campo en esa sola dirección, pues Estados como Israel o la India no han suscrito el Estatuto de Roma todavía y tienen sus propios y muy particulares criterios para etiquetar conductas como terrorismo.

Lo único que tenemos es una clara concordia “occidental” sobre la necesidad de unir fuerzas contra el terrorismo, y esa concordia en realidad se ha construido contra el llamado terrorismo islámico –calificativo que lógicamente disgusta a los millones de seguidores del Islam contrarios a la violencia– y esa coincidencia no supone un criterio unánime sobre lo que ha de incluirse en esa calificación, ni sobre cómo ha de afrontarse el problema, ni, aun menos, que esa unanimidad se extienda a otras acciones que para muchos han de ser también tratadas como terrorismo. Alemania, y es solo un botón de muestra, hasta que apareció la Decisión marco sobre terrorismo antes citada, no consideraba acto terrorista más que a aquel que se realizara en territorio alemán. A su vez las declaraciones internacionales sobre terrorismo tampoco han resuelto todas las dudas interpretativas.

Vista la experiencia de lo que sucede con el terrorismo podemos sugerir, desde la prudencia más elemental, que la única vía pasaría en primer lugar, por compartir una idea laica del derecho, descartando cualquier tentación de imponer un paradigma de valores o ideales que solamente sean comprensibles desde el mundo occidental en su más amplia significación. Sin poner en cuestión la legitimidad de la extensión de las ideas religiosas, siempre que se haga, como es lógico, sin coacción, violencia o terror, como, por ejemplo, pretende el integrismo islámico, no es legítimo pretender que sea el modelo de sociedad “occidental” el que haya de preponderar en el conflicto de poder y dominio que esconde, se quiera o no aceptar, la llamada globalización.

Hay que asumir que solamente unas ideas esenciales y esencialmente laicas pueden **aspirar a ser verdades supranacionales**. Claro está que con eso –que ya es de por sí complicado– no se avanza gran cosa, y es verdad. Pero no por eso hemos de olvidar que la realidad de los problemas de este mundo no niega la validez de las Declaraciones Universales de Derechos Humanos, lo cual significa que **es falso que no pueda haber una base común mínima para todo el planeta**. Cuestión diferente es que en la mayor parte de ese

un artículo con una excepción análoga para la prohibición de la tortura contenida en la Convención de 1972?; la sola suposición repugna, y eso es lo que efectivamente, y no como hipótesis, defiende la OCI.

planeta no hay disposición alguna de respeto a esos derechos y por el momento no parece que la globalización vaya a ser la vía por la que se alcance esa respetabilidad; al contrario, para muchos la globalización equivale a la destrucción de la poca o mucha identidad y autonomía de la que gozaban, discurso en el que pueden converger posiciones legítimas de damnificados por los rigores de la economía mundializada con las posturas más reaccionarias y conservadoras que se puedan imaginar.

Conforme a una idea muy extendida de la mundialización, el derecho penal se transforma, en palabras de Höffe en un aspecto de la globalización de las relaciones sociales. Crímenes económicos cometidos en cualquier lugar dan a lugar a detenciones también en cualquier lugar, los fenómenos criminales cruzan las fronteras de los Estados, y dentro de cada sistema jurídico se plantean complejos de interculturalidad, lo cual no es un fenómeno nuevo en la historia del derecho (el extranjero ante los sistemas jurídicos). Pero en nuestro tiempo todo eso ha de ser resuelto desde la convicción en la fuerza inexcusable de los derechos humanos⁽¹⁸⁾.

Es fácil comprobar, en todo caso, que **la internacionalización de los problemas y el aumento de los instrumentos internacionales no diluye la fuerza de los modelos estatales tradicionales, sino que se superponen** los modelos dando lugar a una configuración del sistema jurídico que Delmas-Marty denomina de “pluralismo ordenado”⁽¹⁹⁾. Creo que la superposición es indudable, pero que su conformación no es “horizontal”, porque la impregnación del derecho interno por el supranacional es imparable⁽²⁰⁾, y a buen seguro, conveniente.

III. EL OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL: ¿EXISTE UNA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y SOCIALES?

Una vez asumido que existen unos derechos subjetivos supranacionales aparecerán otros problemas más concretos y profundos, que en el fondo se resumen en **el efectivo reconocimiento de que los derechos subjetivos pertenecen a los individuos aisladamente considerados**, ya que los derechos subjetivos no son ni de las naciones ni de los pueblos en su conjunto, sino de

(18) HÖFFE, O. *Gibt es eine interkulturelles Strafrechts? Ein philosophischer Versuch*. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1999, p. 60.

(19) DELMAS-MARTY, M. “Le droit pénal comme éthique de la mondialisation”. En: *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. N° 1, 2004.

(20) Pensemos simplemente en la interpretación de elementos normativos de los tipos de acuerdo con el derecho comunitario o, en relación con algunos como el genocidio, el terrorismo, el tráfico de seres humanos, conforme a fuentes supraeuropeas. Solo eso bastaría para que no sea posible un paralelismo “impermeable”.

cada persona, pero ese postulado jurídico está muy lejos de cumplirse, y eso tanto por razones de técnica constitucional (lo que no es muy grave) como a causa de la inexistencia de ese reconocimiento de derechos.

En el primer grupo se sitúa España. Basta leer la Constitución y las demás leyes básicas (civiles, penales, administrativas), para poder comprobar la amplitud de intereses generales que se reconocen mediante declaraciones genéricas en las que la titularidad de ese interés no puede nunca ser de un individuo aislado, sino necesariamente del conjunto de los ciudadanos. De esa clase, que se conocen como “derechos sociales”, son los que se tienen a la educación, la salud, la vivienda, la limpieza del medio ambiente, la tutela de las reglas de igualdad y competencia en el mercado, la protección del patrimonio histórico, y tantos otros. Como consecuencia de ello otras leyes se referirán a los “perjudicados” sin precisar quiénes son estos.

Conviene advertir que eso no es un defecto, sino solo una característica del derecho de nuestro tiempo. Cuando en el siglo XIX aparecieron las sociedades anónimas como reunión de personas físicas que recibían una personalidad jurídica para el grupo diferente de la de cada uno de ellos. También aquello significó un cambio respecto del derecho tradicional. En nuestro tiempo todo es mucho más complicado: sindicatos, asociaciones, corporaciones profesionales, organizaciones de toda clase, protagonizan los debates y los conflictos, que nacen o se resuelven a voluntad de ellas. Hoy sin duda es cada vez mayor la “soledad” del individuo. Los procesos decisorios y de expresión son muy complejos: partidos políticos, sindicatos, asociaciones, corporaciones profesionales, organizaciones de toda clase, protagonizan los debates y los conflictos, que nacen o se resuelven a voluntad de ellas. No cabe duda de que todos esos colectivos con lealtad inicial a los intereses que en cada caso representan, pero es evidente que el individuo aislado, depositario personal de los más importantes derechos (los fundamentales) va quedando relegado a la condición de espectador de los acontecimientos que le afectan directamente, y a su vez no puede ni zafarse de esa manera de operar la realidad ni pretender el ejercicio personal de la defensa de esos intereses, sino quiere caer en un esfuerzo estéril.

Hay consecuencias para la vida práctica del derecho, como no, cuales son las que afectan a la legitimación para emprender acciones legales o la imprecisión de lo que haya de entenderse por interesado o perjudicado. Mas eso, como digo, son problemas complejos pero técnicamente resolubles. El problema profundo es otro, y podría resumirse en uno: la persona, el ciudadano, es centro del universo jurídico en teoría, y en verdad es a la persona a quien se refieren los más importantes derechos, los que componen un patrimonio humano y cultural.

La realidad es que, para una gran parte de la humanidad los derechos de la persona son una quimera que solo existe en el mundo occidental, y, en el otro extremo, los que han conquistado esos derechos, en ese “mundo occidental, prescindiendo de la efectividad real de esa conquista, ven impotentes como decisiones importantes para sus vidas y la defensa de los intereses que comparten con otros –y en esa idea de compartir reside la esencia de la unidad y de la esperanza colectiva– se alejan irremisiblemente de sus manos, sin que ni la sociedad ni el derecho puedan articular una manera de dar espacio al individuo. Que sea para bien o para mal es cosa que cada cual ha de responderse como mejor entienda.

La orientación de la política criminal al objeto esencial de proteger esos derechos “comunes” queda así severamente cuestionada. En cambio, si nos contentamos con calificar de política criminal común a acciones puntuales (terrorismo, detención y entrega de delincuentes reclamados, y algunas más) llegaremos a conclusiones más optimistas pero falsas.

IV. LA REUBICACIÓN SUPRANACIONAL DEL PROBLEMA PENAL

No hace falta un gran esfuerzo intelectual para comprender que, la vez que los derechos de la persona son de incierta realidad, el mundo ha estrechado sus relaciones económicas (y sociales, pues basta pensar en los problemas migratorios) hasta extremos de absoluta interdependencia, a la vez que se ahonda la zanja entre los que se desarrollan y los que se hunden en la desesperación. Es evidente que a todos esos cientos de millones de seres humanos⁽²¹⁾ no se les puede hablar de la importancia del sistema penal y de conseguir a la vez que relaciones humanas y económicas **un progresivo acercamiento de los sistemas penales**. El derecho penal, así visto, parece un artículo de lujo del que se habla a quienes necesitan ante todo pan y agua.

Mas esa visión del problema, que sin duda es realista, no puede atrofiarse tanto que lleve a la catastrófica conclusión de que el Estado de Derecho, como modo de organización social, y el derecho penal como parte de esa organización jurídica, son algo superfluo y en modo alguno prioritario. Pero ahí es donde se inserta la trampa dialéctica, pues la primera condición de la explotación es el desconocimiento de lo que es un Estado de Derecho, modo de vida colectiva que constituye sin duda un bien preciado cual tesoro y del

(21) El problema del multiculturalismo y su impacto puede ser enfocado de diferentes modos, y son muchas las vertientes que tiene. Hay un impacto del multiculturalismo en la economía (o de esta sobre las culturas), hay un problema de multiculturalismo limitado a sociedades receptoras de otras culturas (Europa), que son las que han de plantearse imponer culturas y afrontar delitos de fundamento cultural. Sobre el tema, de gran interés, BERNARDI, A. *Modelli penali e società multiculturale*. Giappichelli Editore, Torino, 2006.

que solo disfruta una minoría del planeta. La ausencia de orden jurídico es uno de los presupuestos, y no una consecuencia, de la explotación y el abuso.

Exportar el estado de derecho es meta difícil de conseguir, pero no más que lo que en su día fue, por ejemplo, extender el cristianismo o el Islam. Esa “exportación” es una meta que debe de perseguir aunque sea idealmente el Gobierno de cualquier Estado occidental, pues solo en ese marco (el Estado de Derecho) podrán ser efectivos esos derechos humanos tan proclamados en declaraciones universales (Declaración Universal de los Derechos Humanos) o regionales (Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica), que tan fundamentales son con razón considerados. Si de verdad lo creemos así, y decimos que pertenecen a todos los seres nacidos **no podemos permitir en ningún caso que la “especialidad cultural”** de un lugar o de una persona sea razón para no respetarlos o tolerar que se violen.

Ahora bien: muchos son los que entienden que los derechos humanos (y el derecho penal asociado o coherente con ellos) son efectivamente una “especialidad cultural” del Occidente, concretamente, del Occidente cristiano. De acuerdo con ello, y en lógica coherencia, no puede sostenerse una concepción única sobre lo justo y lo injusto. Pero esa es una apreciación cierta pero absurda, porque tampoco en el mundo occidental existe una concordia sobre lo que ha de ser justo e injusto. A duras penas se lucha por evitar cosas **absolutamente inaceptables** y por conseguir el respeto a derechos **absolutamente imprescindibles**. Y ya es mucho.

V. LAS REPERCUSIONES EN EL DERECHO PENAL DE LA SUPRANACIONALIZACIÓN DE LOS PROBLEMAS Y LA BÚSQUEDA DE OBJETIVOS COMUNES

Con esa idea de repercusión nos acercamos instintivamente a **nuestro Derecho Penal**, sin pretender sugerir que existe una idea compartido del fundamento y límites del derecho penal común a todos los Estados de la Tierra. El hecho indudable es que de las causas de muchos problemas están situadas mucho más allá del poder de control de los Estados, sin que ellos sea, insisto, una excusa para que los Estados se inhiban en lo mucho que pueden y deben hacer es su ámbito de responsabilidad.

La supranacionalidad puede tener diferentes causas, unas **queridas** y otras **inevitables**. Los propios Estados han decidido crear **espacios de responsabilidad y política común, primero en materias económicas y luego en otras políticas criminales conjuntas**. En esa línea se incluye también la política de colaboración policial, judicial y fiscal, y, alcanzando a las expresiones mayores,

la Corte Penal Internacional. Todo ese conjunto de actuaciones normativas y políticas las podemos etiquetar como **objetivos voluntariamente perseguidos**.

Críticamente se señala que la meta final sería la participación de todos los Estados, y no solo de los occidentales o desarrollados, pero en verdad eso es una utopía, pues es casi imposible alcanzar una sintonía común universal, comenzando porque es dudoso que los poderosos de la tierra –a no reducir e identificar con el capitalismo, pues entre esos poderes está también el Islam o la clase política china, por ejemplo– estén realmente dispuestos a promover el desarrollo económico y cultural igualitario suficiente, que es el presupuesto imprescindible para el desarrollo jurídico, **que siempre es posterior**.

La otra supranacionalización, la que se impone se quiera o no se quiera, viene determinada **por una realidad que obliga a aceptar fuerzas superiores que limitan la capacidad de los Estados para tomar decisiones propias y diferentes en materia penal**. En ese terreno, que alcanza a temas tan graves como el tráfico de estupefacientes, no es posible afirmar que los Estados dispongan de libertad plena de criterio incriminador o desincriminador, pero tampoco es verdad que no puedan hacer **absolutamente nada** (como, por ejemplo, no castigar el mero consumo o diferenciar entre la nocividad de las sustancias o no reprimir el pequeño tráfico para autoabastecimiento).

En tercer lugar hay que colocar aquellos problemas supranacionales que participan de las dos naturalezas, esto es: **se producen quieran o no quieran los Estados y estos, a su vez, comprenden que no pueden luchar en solitario contra ellos**. Ese es el caso de la criminalidad organizada, pues un Estado por sí solo lo único que podría hacer, y aun es dudoso, sería entrar en un aislamiento radical e impermeable, que golpearía ante todo a su propia población, como sucede en Corea del Norte, por ejemplo.

Claro que sería mucho más importante que esa categoría de cuestión insoslayable la hubiera alcanzado la lucha por los derechos humanos fundamentales; pero desgraciadamente no es así, aunque no hay que perder la esperanza de que los derechos de las personas lleguen a ocupar algún día el lugar que les corresponde como **común objeto de tutela**. Pero en nuestro tiempo vemos que lo que ocupa las declaraciones multinacionales de Organismos y Conferencias es el propósito de lucha contra **determinadas manifestaciones de la criminalidad organizada** (lo que no incluye “plenamente” al terrorismo, como sabemos).

En esa línea, es notable que pese a la frecuencia con la que se alude a la criminalidad organizada, no es común intentar definirla; tal vez porque es algo que se da **por sabido**. En 1975 en naciones Unidas se definía el crimen organizado como la actividad criminal grande, compleja y continuada, ejecutada por grupos de personas, organizados para su propio enriquecimiento

a expensas de la comunidad y de sus miembros, despreciando cualquier ley, incluyendo delitos contra las personas si es preciso y recurriendo en su caso a la corrupción política.

Para el Consejo de Europa⁽²²⁾ se considera crimen organizado “(...) las actividades ilegales realizadas por grupos estructurados de tres o más personas que existen por un periodo del tiempo prolongado y que coinciden en ejecutar delitos graves mediante acciones concertadas usando la intimidación, violencia, corrupción u otros medios para obtener, directamente o indirectamente, provechos financieros o cualquiera otro beneficio material (...)”.

Sea como fuere, el de “criminalidad organizada” es un concepto difícil de integrar con una sola idea⁽²³⁾, y deben diferenciarse diferentes realidades que han de ser tenidas en cuenta para el más amplio entendimiento de todo lo que puede tener cabida en el concepto de criminalidad organizada puede entenderse, siempre desde la idea de que son situaciones que entrañan una específica **dificultad político-criminal**, pero sin olvidar que la delincuencia organizada y transnacional no son un invento de nuestro tiempo. Basta pensar en el contrabando, el comercio de esclavos o la trata de mujeres para la prostitución para asumir que el fenómeno es muy antiguo. **Lo que hoy sucede es que se ha producido un salto cualitativo a causa de un aumento vertiginoso de la presencia del crimen organizado en nuestras sociedades**, mostrándose más poderoso, rico, estructurado y capaz de burlar o corromper⁽²⁴⁾ incluso a los propios aparatos de poder.

Si se intenta enumerar los grupos de delitos que en nuestros días exigen una urgente coordinación político-criminal, creo que podrían aceptarse los siguientes:

La proliferación de bandas integradas dedicadas a delitos clásicos o nuevos, ya sean integradas mayoritariamente por extranjeros o por nacionales o por combinaciones de unos y otros. Este fenómeno, que da lugar a que se hable de mafias etiquetadas “rusa” o “del este” o “china” o “latinoamericana” no ha de confundirse con otro mucho más antiguo, aunque no en España, pero sí, por ejemplo, en USA, que es el de la existencia de colectivos nacionales enclavados en otros Estados que configuran allí su propia suborganización y

(22) Sobre los diferentes modos de definir la criminalidad organizada, vide: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid, Dykinson, 2005.

(23) Específicamente sobre el tema vide: VON LAMPE, Klaus. *Organized Crime: Begriff und Theorie organisierter Kriminalität in den USA*. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien. Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999.

(24) El año 1997 la 21ª Conferencia de Ministros de Justicia de los 40 países del Consejo de Europa, reunida en Praga acordó coordinar en el marco del Consejo la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada, en el entendimiento de que se trataba de fenómenos vinculados.

su propia criminalidad que se extiende y alcanza a todo lugar en que trabajen personas de esa nacionalidad en cualquier lugar del mundo⁽²⁵⁾.

La mundialización del espacio criminal⁽²⁶⁾, problema que se traduce en la extensión o multiplicación del daño que pueden generar determinados delitos, como es el caso de la pornografía infantil⁽²⁷⁾ que ha encontrado en el ciberespacio un terreno fértil para un desarrollo que se muestra de difícil control.

El terrorismo transnacional, especialmente, pero no solo, el de raíz islamista⁽²⁸⁾, que golpea indistintamente en cualquier lugar del mundo y se nutre con frecuencia de individuos residentes en los propios territorios en los que se ejecuta la acción terrorista, y que, y eso es lo más preocupante, dispone de recursos financieros y espacios territoriales de impunidad –antes incluso de apoyo y ensalzamiento– que lo hacen más temible y difícil de combatir.

El blanqueo de dinero procedente del delito, que se aprovecha de la velocidad de las transacciones y de la necesaria libertad de circulación de personas y capitales, y que, a su vez se transforma en un factor criminógeno adicional por la visible capacidad que tiene para corromper a empresas, funcionarios y particulares.

A esos fenómenos que podemos considerar **propios de nuestro tiempo**, hemos de añadir otros que sin ser nuevos se redimensionan al calor de las facilidades que puede ofrecer nuestra época. Son fenómenos criminales ya antiguos y que por su misma naturaleza y que siempre han sido ejecutados por organizaciones dedicadas especialmente a ello, cual sucede con el tráfico de estupefacientes o el de personas para su explotación sexual⁽²⁹⁾, y en general la actividad de las mafias y organizaciones análogas⁽³⁰⁾. Todo ello se contempla como **criminalidad organizada entendida como redes supranacionales dedicadas a delitos clásicos o a nuevas formas de delictivas**, que hoy pueden

(25) Sobre la llamada “mafia china” MCILLWAIN, Jeffrey Scott. *Organizing Crime in Chinatown*. Jefferson, NC: McFarland, 2004.

(26) De ello me ocupo en: *Mundialización, criminalidad, multiculturalidad y derechos humanos. La situación máxima: el ciberespacio*, en *Los retos de la mundialización para la justicia penal*. Diálogos CEJ, Ministerio de Justicia, Thomson-Aranzadi, en prensa.

(27) ANESVAD. *Informe sobre la pornografía infantil en internet*. anesvald.org., 2000; HESSELBARTH, Marie-Claire/HAAG, Torsten. *Kinderpornografie*. Verlag für Polizeiwissenschaft, Frankfurt am Main, 2004.

(28) De ello me ocupo en QUINTERO, G. “La nuova imagine del reato politico e il terrorismo ‘islamista’”. En: *Delitto Politico e diritto penale del nemico*. A cura di Gamberini e Orlandi, Monduzzi Editore, Bologna 2007.

(29) Una amplia colección de estudios sobre tráfico de drogas y de personas y terrorismo puede verse en: SIEGEL, Dina, VAN DE BUNT, Henk y ZAITCH, Damian (eds.). *Global Organized Crime: Trends and Developments*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Holanda, 2003.

(30) Para una completa exposición del crimen organizado, en una de las sociedades “paradigmáticas” del problema como es USA, vide: BERNSTEIN, Lee. *The Greatest Menace: Organized Crime in Cold War America*. University of Massachusetts Press, Amherst, 2002.

beneficiarse de las técnicas de comunicación financiera y bancaria, así como las tecnologías de la comunicación, disponiendo de considerables recursos que, a su vez, permiten la expansión de la corrupción. El dominio de recursos financieros no ha de ser confundido con la clásica “criminalidad de cuello blanco”, siguiendo el concepto de Sutherland, sino que se trata de recursos de la organización misma, y no de que el centro decisorio esté necesariamente en el mundo de los negocios, aunque eventualmente pueda coincidir. ⁽³¹⁾

VI. LA POSICIÓN DEL DERECHO PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL NACIONALES

Decía al comienzo de estas páginas que el volumen de decisiones estrictamente “nacionales” y de enorme importancia, sigue siendo, pese a la continua invocación de globalización o mundialización, muy elevado: Recordemos algunos: las clases de penas, el recurso a la pena de prisión, la duración de esta y su ejecución, los contenidos de las penas no privativas de libertad, el enfoque penal de los problemas criminales asociados a flujos migratorios o a la libertad de circulación de ciudadanos europeos, , simplemente, a la facilidad con la que hoy se pueden cruzar las fronteras, la decisión sobre cuáles han de ser los actos criminales más gravemente reprimidos, decisión que puede coincidir con la que adopten otros Estados o ser básicamente “propia” y determinada por circunstancias que tal vez no se producen con los mismos caracteres en otros lugares, como pueda ser en nuestro caso, el terrorismo “nacional”, o la corrupción asociada a la especulación urbanística, y son solo dos ejemplos.

Así las cosas, es conveniente revisar algunos tópicos. Es cierto que el aislacionismo penal, plasmado en la pretensión de mantener el derecho penal y la política criminal inmune a la influencia de decisiones y orientaciones supranacionales está condenado al fracaso. Pero el extremo contrario, que llevaría a abdicar de la toma de decisiones propias y la fijación de los propios objetivos político-criminales, sería un dislate similar. El equilibrio, como siempre, está en el punto medio: hay que compartir criterios jurídicos mínimos y estrategias político-criminales, pero también hay que determinar la **propia política penal y criminal**⁽³²⁾, que si cumple con los parámetros compartidos (el

(31) Sobre ello RUGGIERO, Vincenzo. *Economie sporche. L'impresa criminale in Europa*. Bollati Boringhieri Editore, Torino 1996; del mismo. *Organized and Corporate Crime in Europe: Offers that Can't Be Refused*. Aldershot et ál. Dartmouth, 1996. También, P C VAN DUYNE; VON LAMPE, Klaus; NEWELL, James. *Criminal finances and organising crime in Europe*. Wolf Legal Publishers, Nijmegen, Holanda, 2003.

(32) Califico como política “penal” a los criterios legislativos en materia de delitos y penas, mientras que la política criminal recoge las diferentes actuaciones, no solo legales, que se precisan en la lucha contra la criminalidad.

Estado de Derecho en plenitud) será necesariamente concurrente con la de los otros Estados que también lo hagan.

En mi opinión, los Estrados deben preservar todo aquello que se puede considerar como **conquistas o avances del derecho penal**, y que se han elaborado durante muchísimos años (principio de culpabilidad, dogma del hecho, personalidad de la pena, intervención mínima, humanidad de los castigos, renuncia a la responsabilidad objetiva, etc.) pero lo cierto es que en muchos de esos delitos que tanto preocupan, como puede ser el tráfico de drogas, por citar un grupo de infracciones de altísima repercusión, a veces se fuerzan u olvidan principios penales básicos (última ratio, carácter fragmentario, ofensividad, necesidad de la pena), y también categorías penales esenciales de la teoría del delito (diferencia entre autoría y complicidad, entre complicidad y conducta irrelevante, entre tentativa y consumación, imposibilidad de la tentativa en delitos de simple actividad). La respetabilidad del derecho penal exige que sea respetado todo aquello que se considera un progreso, pues es inadmisible que se pueda llegar a sugerir que hay progresos que son estorbos, ya que detrás de esa idea se desmoronaría algo de lo que es preciso estar orgullosos, que es el Estado de Derecho.

En modo alguno quiere eso decir que el derecho penal nacional ha de preservarse petrificado. Nuevos tiempos exigen nuevas respuestas, tanto en la Parte General como en la Parte Especial, en donde pueden sobrar delitos por proceder de planteamientos superados u obsoletos, o faltar otros. Sin duda que podemos “inventar” un derecho penal diferente cada dos o tres años, porque sería inaplicable, ni huir a una catarata de reforma tras reforma, sin antes verificar si los problemas no son, ante todo, de **eficacia** en la persecución y aplicación de las leyes y solo en segundo plano, de **carencias** de esas propias leyes⁽³³⁾.

En cambio, hay que asumir también que el derecho penal tradicional no puede afrontar determinados aspectos de esos grupos de delitos a los que antes me he referido. El más importante es que modelo de problema que contempla el legislador penal ha sido siempre el del **conflicto intraindividual o, a lo sumo, de delitos de algunos individuos contra muchos** (por ejemplo, estafas masivas). La **teoría de la autoría y la participación solamente concibe relaciones entre individuos determinados**, pues solo ellos tienen inteligencia, voluntad y poder causal. La idea del grupo o de la organización como realidad pluripersonal con su propia poder decisorio difuminado en oscuras

(33) Un ejemplo fácil de ver: las lagunas del Derecho Penal en la tipificación de las defraudaciones cometidas con tarjetas de crédito y otros medios de pago (de ello me ocupo en: *La clonación de tarjetas y el uso de documentos ajenos*. En: *La armonización del Derecho Penal español*. B.I., Ministerio de Justicia, Spto. al nº 2015, 2006, p. 134 y ss.

tramas internas no puede ocupar con facilidad el lugar de los autores de los delitos con el simple recurso a la mención de que las penas se agravarán si los hechos fueran cometidos en el marco de una organización criminal, pues esa es una respuesta comprensible pero que otorga el protagonismo del hecho criminal al individuo o individuos concretos que han ejecutado la acción criminal, mientras que el marco humano en el que actúan no puede pasar de referencia criminológica. Aceptemos pues que nuestro sistema jurídico es en esencia individualista, pues deriva de una teoría del delito construida sobre la idea de un solo autor y una sola víctima, que tiene como “delito modelo” el homicidio o el robo⁽³⁴⁾, salvo, hasta un cierto punto, en la regulación de algunos concretos problemas como son el tráfico de drogas y el terrorismo, en los que prima el grupo como objeto de atención de la norma.

Nos podemos preguntar si en verdad podría ser de otro modo, y lo cierto es que la respuesta positiva es posible, pero llevarla a la práctica no es fácil. Es un esfuerzo inútil pretender encajar a las organizaciones criminales como una especie de supuesto de “pluralidad de responsables” que cabrán en la teoría de la participación, que por su misma naturaleza (pensemos solamente en el **principio de accesoriedad**) no alcanza los graves problemas de la criminalidad organizada o de la determinación de responsables por los hechos que se cometen desde las grandes organizaciones y por lo mismo no puede concebir la condición de autor separada de la de cómplice si no es en la relación entre sujetos individualizados, cuando la organización, por su propia naturaleza **difumina esas diferencias**.

Bien es cierto, y la victimología lo ha denunciado, que el mismo problema se produce con las víctimas de la criminalidad organizada, que también se multiplican sin relaciones entre ellas. Pero también la pluralidad de víctimas o perjudicados se ha tenido tradicionalmente como una situación excepcional, reconocida puntualmente en fraudes masivos (delitos masa) o intoxicaciones como fue la del aceite de colza. Mas todo ello se ha visto como situaciones que tienen cabida en un derecho penal **individualizador de las víctimas de los delitos, sin necesidad de reconsiderar ese individualismo**. Lógicamente, si los tiempos han cambiado y la sensibilidad social también el derecho penal debe reformularse y adaptarse a esa distinta percepción que los ciudadanos pueden tener de sus derechos, especialmente los de carácter social, pero también de aquellas expectativas de funcionamiento colectivo que no van ligadas a derechos de individuos concretos, como puede ser, claramente, la imagen de la corrupción para el común de la ciudadanía.

(34) Solo basta con observar cómo se enseña el derecho penal utilizando siempre ejemplos extraídos de esos delitos.

En esa línea de superación de los modelos penales tradicionales creo que debe ser recordado el pendiente problema de la necesidad de regular la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**, que en muchos Estados occidentales está todavía pendiente de implantación. La “**forma societaria**” contribuye en buena medida a la impunidad del crimen organizado, del mismo modo que también contribuyen las fronteras y los límites jurisdiccionales de los Estados unidos a la lentitud de los procesos de extradición –tema al que luego volveré– y por ese motivo han nacido normas, como el mandato europeo de arresto⁽³⁵⁾, y es solo un ejemplo, empujadas por el problema de la criminalidad organizada aunque no solamente afecten a ese fenómeno.

El art. 31 del Tratado de la Unión Europea permite a la Unión la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. Partiendo de ello, la Unión Europea ha recomendado en diferentes resoluciones⁽³⁶⁾ la incorporación de la responsabilidad penal de personas jurídicas empujada por razones bien claras, que parten, por supuesto, de la apreciación de las transformaciones que ha experimentado el crimen en nuestras sociedades poscapitalistas. La vieja imagen del delito como acto de individuos aislados, ha tenido que ir dejando paso ante todo a formas de delinquir mucho más complicadas tanta en la forma de la acción, compuesta de diferentes episodios y aspectos, como en la extensión del comportamiento, en lo territorial y en lo temporal, desde el desarrollo e implantación de la asociación, grupo, sociedad, o como se quiere denominar, hasta su propia organización para controlar la actividad ilícita y en su momento reintroducir sus ganancias a través del blanqueo.

Por esas razones en importantes documentos se da por supuesta la **existencia de responsabilidad penal de las personas jurídica**, y hemos de situar en cabeza al **Convenio contra la delincuencia organizada internacional**, del

(35) En la Recomendación N° 3 del Parlamento Europeo del 12 de julio de 2001 se Pidió al Consejo “que adopte una decisión marco por la que se establezcan medidas que regulen y garanticen la ejecución de una “orden europea de busca y captura”, con vistas a luchar contra el terrorismo, en el marco de la actuación contra la delincuencia organizada o no, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, teniendo en cuenta, en caso de varios delitos, la gravedad respectiva de las infracciones de que se trate”.

(36) Se trata de un nutrido grupo de Decisiones Marco, como son las DM 2005/667, 2005/222, 2004/757, 2004/68, las cuales indican que la lucha contra el delito requiere que los Estados miembros acaben con la tradicional exclusión de la responsabilidad de personas jurídicas –sin perjuicio de las conquistas alcanzadas en el seno del llamado derecho penal de culpabilidad– puesto que la forma societaria se ha transformado en nuestro tiempo en una figura imprescindible para el desarrollo de los negocios, pero también en un modo insoportable de facilitar el delito, colocando velos y barreras que hacen fracasar cualquier política de prevención.

15 de diciembre de 2000⁽³⁷⁾, al que se suma el Proyecto de decisión-marco en el ámbito de la UE, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal; la Acción Común del Consejo del 22 de diciembre de 1998, sobre la corrupción en el sector privado, art. 6; Convenio Penal sobre la corrupción, firmado en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, art. 18; Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, suscrito por España el 14 de enero de 2000.

El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es, en suma, una muestra de algo que no se puede olvidar: la competencia legislativa nacional existe y ha de existir, como es lógico, pero en la lucha contra la delincuencia organizada es preciso tener en cuenta dos ideas básicas: en primer lugar, que no se trata de un problema “del derecho penal o del derecho en general”, y que, por lo tanto, aun siendo precisas las respuestas jurídicas, exige en igual o mayor medida respuestas técnicas y políticas. En segundo lugar, que los Estados, actuando en solitario, están condenados al fracaso.

(37) Al que se ha de añadir el, *Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (2000), el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (2003).

La profunda reforma de los delitos contra la seguridad vial en España

Alfonso SERRANO GÓMEZ
(España)

Alfonso SERRANO MAÍLLO
(España)

SUMARIO: I. Conducción de un vehículo de motor o ciclomotor a velocidad excesivamente superior a la permitida. II. Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas. III. Conducción con exceso de tasa de alcoholemia. IV. Conducción temeraria. V. Supuestos agravados de conducción temeraria. VI. Concurso. VII. Negativa a realizar la prueba de alcoholemia, de presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. VIII. Conducir tras la pérdida de vigencia del permiso o licencia para conducir. IX. Conducir tras la privación cautelar o definitiva del permiso o licencia por decisión judicial. X. Conducir en vehículo sin haber obtenido nunca permiso o licencia. XI. Creación de grave riesgo para la circulación.

Contribución al *Libro Homenaje al Profesor Dr. Klaus Tiedemann*, Instituto de Derecho Penal, Lima (José Urquizo Olaechea, Manuel Abanto Vásquez y Nelson Salazar Sánchez coordinadores).

Constituye un motivo de honda satisfacción contribuir al presente homenaje a una figura tan prominente de las ciencias criminales como el profesor Tiedemann, cuya obra ha tenido un impacto tan relevante en las naciones de habla hispana. No es casualidad, por lo tanto, que este merecido homenaje aparezca en una de estas naciones que especialmente han contribuido de modo sobresaliente al desarrollo de la ciencia del Derecho Penal, y en alguna menor medida de la Política criminal, en toda nuestra comunidad científica, de la mano de brillantes autores como es el caso de los coordinadores de esta obra colectiva, los profesores José Urquizo Olaechea, Manuel Abanto Vásquez y Nelson Salazar Sánchez.

Por LO 15/2007 del 30 de noviembre se modifica el Código Penal en materia de seguridad vial. El capítulo IV, del Título XVII, del Libro II, figura ahora bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad vial”, que antes de la reforma era “De los delitos contra la seguridad del tráfico”. Siguiendo en política criminal la tendencia de los últimos gobiernos, con la reforma se endurecen las penas y se introducen nuevos tipos penales. Se pretende que la reforma tenga efectos preventivos ante el elevado número de accidentes de tráfico, con resultado de muerte o lesiones. Según los datos que recogen las Memorias de la Fiscalía General del Estado en general los delitos contra la seguridad del tráfico han disminuido en los últimos años, de lo que puede deducirse que no era necesaria la reforma, o por lo menos la agravación de las penas en los delitos cuya tendencia era a la baja⁽¹⁾, aunque hay quien opina lo contrario⁽²⁾. Un mayor control en las infracciones administrativas posiblemente tenga mayores efectos que la agravación de las penas, así como instalar un limitador de velocidad en los vehículos. Desde que se estableció la pérdida de puntos⁽³⁾ que afectan a la retirada del permiso de conducir⁽⁴⁾ se

- (1) Según las Memorias de la Fiscalía General del Estado los procedimientos iniciados por presuntos delitos por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas fueron: en 1997 (58.540), 1998 (42.929), 1999 (47.752), 2000 (41.447), 2001 (40.426), 2002 (46.489), 2003 (43.086), 2004 (38.919), 2005 (30.246), 2006 (18.649). Por conducción temeraria: en 1997 (10.3420), 1998 (8.216), 1999 (5.113), 2000 (3.100), 2001 (3.027), 2002 (4.380), 2003 (1.914), 2004 (1.641), 2005 (1.187), 2006 (2.620). Riesgo para la circulación: 1997 (15.965), 1998 (7.736), 1999 (9.747), 2000 (7.998), 2001 (5.599), 2002 (1.449), 2003 (1.712), 2004 (1.770), 2005 (1.187), 2006 (1.273). Conducción con desprecio para la vida de los demás: 1997 (5.692) (sic), 1998 (1.484), 1999 (65), 2000 (58), 2001 (155), 2002 (56), 2003 (63), 2004 (91), 2005 (178), 2006 (83). Negativa a realizar las pruebas de alcoholemia: 1997 (702), 1998 (8.216) (sic), 1999 (838), 2000 (854), 2001 (756), 2002 (1.635), 2003 (1.669), 2004 (2.015), 2005 (954), 2006 (704). En los datos anteriores se aprecia una diferencia notable en las secuencias de la mayoría de los delitos, lo que no parece lógico.
- (2) Vide: VILLALBA CARRASQUILLA, F.J. “El endurecimiento de las penas de los delitos de tráfico como medida de mejora de la siniestralidad”. En: MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (directores), *Seguridad vial y Derecho Penal*. Barcelona, 2008, p. 324 y ss.
- (3) La Ley 17/2005, del 19 de julio (BOE núm. 172, del 20), regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. El párrafo último del artículo 60 de esta Ley establece que “la vigencia del permiso o la licencia de conducción estará condicionada a que su titular no haya perdido su asignación total de puntos, que será de 12 puntos”. El anexo II se ocupa de las “infracciones que llevan a aparejada la pérdida de puntos”. Cabe destacar: 1. Por conducir con una tasa de alcohol superior a la reglamentaria establecida de 4 a 6 puntos. 2. Conducir bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias de efectos análogos (6 puntos). 3. Incumplir la obligación de someterse a las pruebas de detención del grado de alcoholemia, de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias de efectos análogos (6 puntos). El anexo recoge hasta 27 infracciones por las que se pueden perder puntos, por exceso de velocidad también la pérdida de puntos puede llegar hasta 6. Este sistema del carnet por puntos ya se había implantado en otros países como Italia y Francia donde se habían obtenido buenos resultados en materia de prevención de accidentes de tráfico con resultado de muerte o lesiones.
- (4) En los delitos contra la seguridad vial donde se contempla la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores no lleva consigo la pérdida de puntos. No obstante, la Ley 17/2005 incorpora una disposición adicional, la decimotercera a la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos

aprecia una notable disminución en casi todos los delitos. En todo caso son muchos los accidentes de tráfico constitutivos de falta que no se persiguen por no denunciar la parte perjudicada o por acuerdo o renuncia⁽⁵⁾. Debido a las compañías de seguros muchas de las infracciones de tráfico que pueden ser constitutivas de delito o falta, por acuerdo de las partes, no terminan en la vía penal, lo que es importante a efectos de la carga que supondría para la administración de justicia⁽⁶⁾.

Ilícito penal e ilícito administrativo. En estos delitos hay supuestos en los que coincide el texto de la legislación vial y el Código Penal, por lo que puede resultar complicado determinar cuándo estamos en vía administrativa o vía penal⁽⁷⁾. Por ejemplo, en el art. 65.5, a) de la Ley de Tráfico⁽⁸⁾ se contempla como infracción muy grave, cuando no sean constitutivas de delito, “(...) la conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y cualquier otra sustancia de efectos análogos”. En el art. 379.2 se cas-

a motor y seguridad vial aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, del 2 de marzo, cuyo contenido es el que sigue: Efectos administrativos de las condenas penales que conlleven la privación del derecho a conducir. El titular del permiso o licencia de conducción que haya sido condenado por sentencia firme por la comisión de un delito castigado con la privación del derecho a conducir un vehículo a motor o ciclomotor, para volver a conducir, deberá acreditar el haber superado con aprovechamiento el curso de reeducación y sensibilización vial al que hace referencia el primer párrafo del artículo 63.7”.

- (5) La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2005 recoge en su p. 519: “Los accidentes de tráfico constitutivos de falta (art. 621), solo son perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o su representante legal. Ello ha llevado a que el procedimiento iniciado por el parte de lesiones o el atestado de la policía judicial se archive en los juzgados hasta que se produzca la denuncia dentro del plazo legal, y producida la denuncia, se celebrará el juicio de faltas, salvo cuando las partes perjudicadas llegan a un acuerdo, que producirá el archivo del juicio por renuncia del perjudicado al ejercicio de la acción penal”.
- (6) La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2005, en su p. 531, tras ocuparse del papel de las compañías de seguros como responsables civiles subsidiarios en casos de seguro obligatorio o voluntario recoge: “1. Que la gran mayoría de los casos de imprudencia cometidas en el ámbito de la circulación de vehículos a motor se valoran como leves. 2. En consecuencia, tales conductas determinan la incoación de juicios de faltas. 3. La apreciación de la existencia de un delito queda limitada a aquellos casos en los que, o bien existe una concurrente conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, o bien la conducta imprudente es merecedora, por la causa o por el resultado, de un especial reproche. 4. Y, por último, que el hecho de que una imprudencia que ocasiona lesiones o incluso la muerte de una persona dé lugar, tan solo, a un juicio de faltas, supone en la práctica, como es bien sabido, que no exista un verdadero castigo o sanción de esa conducta, dado que en numerosas ocasiones y a raíz del pago de las responsabilidades civiles, se produce la retirada de la denuncia (necesaria para proceder –art. 621.6 del Código Penal– ‘lo cual supone, por sí mismo, un plus de penosidad para el perjudicado), y en los casos en que efectivamente se produce la celebración del juicio oral y el dictado de sentencias condenatoria, las multas impuestas suelen ser de escasa cuantía”.
- (7) La Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2006, del 21 de abril, se ocupa de la “calificación jurídico-penal de la conducción de vehículos de motor a velocidad extremadamente elevada”. Se publica en la Memoria de la FGE de 2007, I, p. 919 y ss. en p. 928 y ss. trata del ilícito penal e infracción administrativa y del principio non bis in ídem, en supuestos de conducción manifiestamente temeraria, con peligro para la vida o integridad de las personas.
- (8) Real Decreto Legislativo 339/1990. Vid. *supra* nota 4.

tiga al “que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas (...)”. Hay otros supuestos en los que se plantean situaciones similares entre ilícito administrativo e ilícito penal⁽⁹⁾.

Principio non bis in ídem. En la legislación de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial se contemplan conductas cuya sanción es administrativa. Sin embargo, algunas de estas conductas pasan a ser constitutivas de delito cuando reúnen los requisitos establecidos en el Código Penal. Estos comportamientos no pueden ser sancionados dos veces, es decir en vía penal y administrativa, por impedirlo el principio non bis in ídem⁽¹⁰⁾. La jurisdicción penal es preferente a la vía administrativa, siempre que la conducta del autor pueda ser objeto de infracción penal. Así se contempla en el art. 74 de la Ley sobre tráfico⁽¹¹⁾.

El bien jurídico protegido en estos delitos, con carácter general, es la seguridad vial para proteger la vida y la integridad física de las personas.

- (9) En el art. 65.5, b) se recoge como falta muy grave, cuando no sea constitutiva de delito, “incumplir la obligación de todos los conductores de vehículos de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de posible intoxicaciones de alcohol, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas (...)”. En el art. 383 del Código Penal se castiga al “conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores”.
- (10) La sent. del TC 2/2003, del 16 de enero, recoge: “(...) ambas infracciones, administrativa y penal, comparte un elemento nuclear común –conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas–, de modo que al imponerse ambas sanciones de forma cumulativa, dicho elemento resulta doblemente sancionado, sin que dicha reiteración sancionadora pueda justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo, dado que el bien o interés jurídico protegido por ambas normas es el mismo –la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial–; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos. Se trata de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa, pues el delito añade a dicho elemento común el riesgo para los bienes jurídicos vida e integridad física, inherente a la conducción realizada por una persona con sus facultades psico-físicas disminuidas, debido a la efectiva influencia del alcohol ingerido [f. j. 5º c)]”.
- (11) La Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial de 1990 establece en su art. 74: “Actuaciones administrativas y jurisdiccionales penales.- 1. Cuando en un procedimiento administrativo de carácter sancionador se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, la autoridad administrativa lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal. 2. En el caso a que se refiere el apartado anterior no se ordenará la suspensión de las actuaciones del procedimiento administrativo que continuará tramitándose hasta el momento en que el procedimiento esté pendiente de resolución en que se acordará la suspensión. 3. Concluido el proceso penal con sentencia condenatoria de los inculcados, y acordada que hubiere sido la suspensión del procedimiento administrativo, se archivará este procedimiento sin declaración de responsabilidad. Si la sentencia fuera absolutoria o el procedimiento penal acabare por otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad y no estuviera fundada en la inexistencia del hecho, se dictará la resolución que corresponda en el procedimiento administrativo”. En el artículo 65 se hace referencia también a dar cuenta de los hechos al Ministerio Fiscal cuando los mismos puedan ser constitutivos de delitos o faltas tipificadas en las leyes penales.

I. CONDUCCIÓN DE UN VEHÍCULO DE MOTOR O CICLOMOTOR A VELOCIDAD EXCESIVAMENTE SUPERIOR A LA PERMITIDA

Se castiga en el artículo 379.1 al “que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente”.

Pena: Prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y en cualquier caso, a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Estamos ante una ley penal en blanco por lo que hay que recurrir a la legislación administrativa para conocer lo que es vehículo de motor o ciclomotor⁽¹²⁾, así como lo que ha de entenderse por vía urbana o interurbana⁽¹³⁾.

Se castiga el mero hecho de conducir con el exceso de velocidad indicada; no se exige la creación de un peligro. No importa que en ese momento la vía esté despejada, por ausencia total de tráfico.

El mero hecho de conducir a velocidad excesiva no debe ser objeto sin más de sanción penal, pues ello también se contempla en la legislación administrativa⁽¹⁴⁾. Hay que pensar que el legislador presume que en todos estos supuestos existe un peligro abstracto; esto no es correcto, pues aunque pueda ser cierto en unos casos en otros se puede conducir correctamente. Otra cosa es que si conducir a velocidad excesiva se hace con temeridad manifiesta y se pone en concreto peligro la vida o la integridad de las personas se aplicará en art. 380.1, y si concurre manifiesto desprecio por la vida de los demás será de aplicación el art. 381.1⁽¹⁵⁾.

(12) Sobre lo que ha de entenderse por vehículo de motor el Anexo II del Reglamento de Vehículos (Real Decreto 2.822/1998, del 23 de diciembre), recoge: “Vehículo de motor: vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida”. A continuación, sobre las diversas clases de ciclomotores vid anexo I.7 de la Ley de Tráfico (Real Decreto Legislativo 339/1990, del 29 de marzo), y anexo II del Reglamento de Vehículos (Real Decreto 2.822/1998, del 23 de diciembre).

(13) La Ley de Tráfico de 1990 en su Anexo II recoge: “76. *Vía interurbana*.- Es toda vía pública situada fuera de poblado; *vía urbana*.- es toda vía pública situada dentro de poblado excepto las travesías”.

(14) El art. 65.5, c) de la Ley de tráfico, contempla como infracción muy grave, cuando no sea constitutiva de delito: “Sobrepasar en más de un 50 por 100 la velocidad máxima autorizada, siempre que ello suponga superar, al menos, en 30 kilómetros por hora dicha límite máximo”. En el punto 6, del anexo II de la Ley, esta infracción lleva aparejada la pérdida de seis puntos para el titular del permiso o licencia de conducir.

(15) La Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2006. Ob. cit.; hace referencia a la conducción de vehículos a 200 kilómetros hora e incluso entre 224 y 245, siendo el límite de velocidad 120. La Consulta se ocupa de estos excesos de velocidad en los delitos de conducción temeraria, y aquellos supuestos en que se pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, o se condujere con desprecio por la vida de los demás. La primera de las conclusiones recoge: “La

Considerando que el conductor de un vehículo puede incurrir en el error de no saber cuál es el límite máximo de velocidad permitido por la vía que conduce, la administración debe establecerla con claridad en todos los lugares donde fuere necesario con las señales correspondientes. A este respecto la Disposición Adicional primera de la LO 15/2007 que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial hace referencia a ello⁽¹⁶⁾.

II. CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE DROGAS TÓXICAS O BEBIDAS ALCOHÓLICAS

Se castiga en el inciso primero del art. 379.2 al “que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas”.

Pena: La misma que en el supuesto anterior: prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y en cualquier caso, a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Estas conductas suponen una agravación con respecto al texto anterior (art. 379), pues la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no era obligatoria como ahora, sino potestativa del juez.

El **bien jurídico** protegido es la seguridad vial. Pretende el legislador evitar los riesgos que para la vida o la integridad física de las personas supone la violación de las normas sobre circulación de vehículos y seguridad vial.

El **sujeto activo** del delito es quien conduce un vehículo de motor bajo la influencia de los efectos del alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. El **sujeto pasivo** es la colectividad.

Con respecto a lo que haya de entenderse por drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas me remito a lo que establece el Código Penal en su artículo 368⁽¹⁷⁾.

detección de vehículos a motor circulando a velocidad extremadamente elevada y, significadamente, cuando sobrepase el doble de la máxima autorizada reglamentariamente como sucede en el supuesto sometido a consulta, puede resultar indiciaria de la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico del artículo 381 del CP”.

(16) La Disposición Adicional de la LO 15/2007, del 30 de noviembre recoge: “**Revisión de la señalización vial y de la normativa reguladora de los límites de velocidad.** El Gobierno impulsará, de acuerdo con las administraciones competentes, una revisión de la señalización vial y de la normativa reguladora de los límites de velocidad, para adecuar los mismos a las exigencias derivadas de una mayor seguridad vial”.

(17) Vide: SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal, parte especial*. Madrid, 2007, p. 698 y ss.

El Reglamento General de Circulación hace referencia a estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras circunstancias análogas⁽¹⁸⁾.

Lo normal es que conducir en tales condiciones lleve a producir un riesgo, aunque no siempre ocurre⁽¹⁹⁾. Es decisivo que se conduzca “bajo la influencia” de tales sustancias, y necesariamente ha de conllevar un riesgo o peligro abstracto para la seguridad vial⁽²⁰⁾. El legislador recoge el riesgo de forma expresa en otros supuestos, con términos como “peligro” (art. 381) y “grave riesgo” (art. 382).

Por “influencia” hay que entender lo que afecta a algo, que en este caso sería negativamente a las condiciones físicas y psíquicas del conductor de un vehículo⁽²¹⁾; ha de estar influido de forma negativa, es decir, restando seguridad a su capacidad para conducir⁽²²⁾. No sería punible la conducta de quien ha tomado tales sustancias pero que no le afectan a su capacidad para conducir correctamente. Nos encontramos una vez más ante los problemas de prueba en Derecho Penal, cuya carga, como es obvio, corresponde a la acusación⁽²³⁾.

Estamos ante un tipo penal con gran inseguridad jurídica, que se desprende de la frase “conducir bajo los efectos”. ¿Cuáles son los efectos?, la

-
- (18) El RD 1428/2003, del 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación, para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial de 1990, recoge en su art. 27: “**Estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas.** 1. No podrán circular por las vías objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial los conductores de vehículos o bicicletas que hayan ingerido o incorporado a su organismo psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, entre las que se incluirán, en cualquier caso, los medicamentos u otras sustancias análogas, bajo cuyo efecto se altere el estado físico o mental apropiado para circular sin peligro”.
- (19) Según la sent. del TS del 25 nov. 1991: “Es preciso, pues, que se conduzca el vehículo de motor con sus facultades significativamente alteradas o disminuidas a consecuencia del consumo de aquellas. Pero, además, se requiere que de aquella conducción se derive una lesión al bien jurídico, que es objeto de protección en el tipo que se examina, esto es, la seguridad del tráfico. De tal forma que si no se pone en peligro concreto bienes jurídicos, no surgiría a la vida aquel”. “No basta el dato objetivo del grado de impregnación alcohólica, sino que es preciso acreditar la influencia que la misma tenga en la conducción, no siendo necesario un peligro concreto sino únicamente que la ‘conducción’ estuvo ‘influenciada por el alcohol’” (sent. del 15 de ab. 2003).
- (20) Vide: DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma. La cuestionable necesidad de modificar el artículo 379 del Código Penal”. En: *La Ley*. 16 de febrero 2007, p. 1 y ss.
- (21) RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., en: RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal español. Parte especial*. Madrid, 1995, p. 1049, dice con respecto a la “influencia” que “basta que repercuta en sus reflejos y, en general, en su psiquismo, para incurrir en el delito”.
- (22) CABALLERO GEA, A., *Delitos contra la seguridad vial*. Madrid, 2008, p. 103 y ss. GALLEGO SOLER, J.I., “El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 del CP)”. En: *Seguridad vial y Derecho Penal*. Ob. cit., p. 173 y ss. GÓMEZ PAVÓN, P., *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. Barcelona, 1993, p. 39 y ss.
- (23) Recoge la sent. del TC 319/2006, del 15 nov.: “La constatación de tal vacío probatorio, cuya carga corresponde obviamente a la acusación, lleva a concluir que en este caso, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el precedente fundamento jurídico, ha resultado vulnerado el derecho a la presunción de inocencia”. Vide: *infra* nota 34.

euforia, por ejemplo, puede ser uno de los efectos que no justifica llevar a penalizarla. Hay que entender que en todo caso es necesario que se pruebe la existencia de un peligro abstracto para la seguridad vial⁽²⁴⁾; en el preámbulo de la ley que reforma el Código Penal se hace referencia al “peligro abstracto”, como límite mínimo de este delito⁽²⁵⁾. Este peligro ha de probarse que existe, pues de no ser así la sanción tiene que ser administrativa⁽²⁶⁾ y no penal. La falta de seguridad jurídica y certeza en el derecho ha llevado a disparidad de criterios por parte de los jueces y tribunales, que ante la misma situación en unos casos condenan y en otros absuelven⁽²⁷⁾. La detección de alcohol en un control policial rutinario, si no existe ninguna prueba *ex ante* de que el conductor ha creado, al menos, un peligro abstracto para la seguridad vial, la infracción debe ser administrativa y no penal. El control de alcoholemia, sin más, aunque sea positivo no es suficiente para que entre en juego el Código Penal, pues son necesarias otras pruebas que demuestren que el conductor conducía bajo los efectos del alcohol⁽²⁸⁾. También hay que tener

- (24) La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2005 se ocupa en su p. 515 y siguientes de los “delitos relativos a la seguridad vial” en su p. 524 recoge: “La actuación del conductor debe originar un riesgo para los bienes jurídicos protegidos, sin que por contra se exija la puesta en peligro concreto de los mismos, ya que el delito mantiene su configuración de delito de peligro abstracto”.
- (25) La LO 15/2007 en el párrafo segundo de su preámbulo recoge: “reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial, cuyo contenido básico persigue, de una parte, incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos o de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración. A partir de esa estimación de fuente de peligro se regulan diferentes grados de conducta injusta, trazando un arco que va desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás, como ya venía haciendo el Código”. No obstante, se tipifican conductas en las que no se exige ningún tipo de peligro como sucede en el tipo del art. 379.1
- (26) Dispone el art. 65.5.a) de la Ley de tráfico: “Son infracciones muy graves, cuando no sean constitutivas de delito, las siguientes conductas: a) La conducción por las vías objeto de esta Ley habiendo ingerido bebidas alcohólicas con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan, y, en todo caso la conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y cualquier otra sustancia de efectos análogos”. Vide: anexo II de la Ley, apartados 1 y 2.
- (27) La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2005, recoge: “Parece muy necesario destacar que sí se constata una falta de la necesaria uniformidad en la calificación del hecho como delito o bien infracción administrativa. En todo caso puede explicarse ello como reflejo de la excesiva divergencia de criterio entre juzgados, tanto de Instrucción como Penales, y Secciones de la Audiencia, a la hora de la calificación de una conducción etílica como tal, cuando se trata de un control policial preventivo o aleatorio” (p. 522).
- (28) En los controles rutinarios de alcoholemia que hace la policía con carácter preventivo, aunque el sujeto lleve una tasa de alcohol superior al que permite la legislación vial, e inferior a 0’60 miligramos por litro en aire expirado o superior al 1’2 gramos por litro en sangre, que se tipifica como delito en el art. 379.2, la infracción debe ser administrativa y no penal. Para que la conducta tenga relevancia penal, quien realiza la prueba de alcoholemia tiene que haber observado que antes de ordenar al conductor que pare el vehículo el mismo conducía de forma que pudiera estar afectado por la ingerencia de alcohol o sustancias estupefacientes, y lo compruebe con posterioridad al realizar la prueba de alcoholemia. Si no ha observado ninguna irregularidad en el comportamiento del conductor la conducta solo debe sancionarse administrativamente, aunque de las pruebas que realice con posterioridad pueda deducirse que pudo conducir bajo los efectos del alcohol. Ello es así, porque no está probado que su comportamiento había generado un peligro abstracto. La sent. del TC

en cuenta que los efectos del alcohol no son iguales en todas las personas⁽²⁹⁾. Para que la conducción sea ilícito penal es necesario que se haya creado un peligro, en otro caso el ilícito es administrativo⁽³⁰⁾.

Las pruebas que realizan los agentes que llevan a cabo el control de alcoholemia suelen ser el comportamiento, forma de expresarse, caminar correctamente sin oscilaciones, si la voz es clara o pastosa, olor a alcohol, etc⁽³¹⁾. Con estos síntomas, cuando se detecta alcohol en sangre, los jueces prácticamente condenan siempre, aunque alguna sentencia no los considera suficientes⁽³²⁾. Los jueces deben comprobar en todo caso que la conducción fue

256/2007, del 17 de diciembre, recoge en su fundamento de derecho cuarto: “Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el delito tipificado en el art. 379 del CP requiere no solo la presencia de una determinada concentración alcohólica en el conductor, sino además que esta circunstancia influya o se proyecte sobre la conducción. De modo que para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal no basta comprobar que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el precepto, sino que, aun cuando resulte acreditada esta circunstancia, es también necesario comprobar su influencia en el conductor”.

- (29) La sentencia del 3 nov. 2007 de la Sección séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, recoge en el primero de sus fundamentos de derecho: “(...) las bebidas alcohólicas actúan con diversa intensidad sobre cada individuo, e incluso sobre el mismo individuo según las concretas circunstancias de cada momento”.
- (30) La sent. del TS del 15 set. 2006 recoge en el segundo de sus fundamentos de derecho: “Es un criterio jurisprudencial y forense consolidado, que la diferencia entre el ilícito administrativo y el penal, cuando se trata de conducción bajo ingesta alcohólica, radicaba entre otros aspectos, en el carácter meramente formal de la norma administrativa de superar una determinada ingesta alcohólica mediante las oportunas periciales, en tanto que el ilícito penal supera esa trasgresión formal para exigir la acreditación de un peligro real para la seguridad del tráfico, esto es, la influencia en las facultades psicofísicas necesarias para la conducción poniendo en peligro los bienes jurídicos protegidos en la norma”.
- (31) Existe un modelo sobre diligencia de síntomas externos que presentan los conductores sospechosos de hacerlo bajo los efectos del alcohol: aspecto externo (heridas, temblores, cansancio, etc), vestidos (desarreglados, olor a alcohol, sucios, etc), rostro (congestionado, pálido, sudoroso, etc.), mirada (ojos velados, apagados, brillantes, etc), pupilas (dilatadas, algo dilatadas, presencia de nistagmos, etc), comportamiento (normal, agresivo, educado, etc), habla (clara, pastosa, etc.), halitosis alcohólica (notorio a distancia, muy fuerte de cerca, etc), expresión verbal (respuestas claras y lógicas, gritos, expresión normal, etc), deambulación (correcta, con completa estabilidad, titubeante, incapacidad de mantenerse erguido, etc). Sobre esta cuestión Caballero Gea. En: Ob. cit., p. 102 y ss. hace un extenso estudio jurisprudencial.
- (32) La sent. del 03/11/2007 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona recoge en el primero de sus fundamentos de derecho: “Es preciso, pues, que se conduzca el vehículo de motor con las facultades significativamente alteradas o disminuidas a consecuencia del consumo de aquellas, y este hecho en si mismo ya supone una lesión al bien jurídico protegido en cuanto el tipo penal lo es de peligro abstracto; dicha influencia necesita ser acreditada, sin que a tal fin basten los índices puramente alcoholométricos, bien por que se concrete en una conducción objetivamente anómala o irregular como consecuencia del estado de embriaguez, o porque se aprecien síntomas externos reveladores de dicho estado, y, por tanto, de la afectación a las facultades del sujeto”. La sentencia del 23/07/2007 de la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid, recoge en el tercero de sus fundamentos de derecho: “Los síntomas recogidos por la fuerza actuante no son decisivos para afirmar sin más tal influencia. Además, tales síntomas no fueron corroborados por los agentes de la guardia civil que depusieron en el acto del Juicio Oral los cuales no recordaban realmente nada de los hechos limitándose a ratificar el contenido del atestado en su día levantado. Ninguna otra prueba, salvo la declaración del acusado negando los hechos que se le imputaban, fue practicada en

bajo los efectos del alcohol, lo que sucede en el acto de la vista oral y se lleva a cabo en base a la declaración y pruebas practicadas por los agentes de la autoridad que conocieron de los hechos⁽³³⁾.

En pocas ocasiones la jurisprudencia recoge, dentro de los requisitos que se exigen en el art. 379.2, el riesgo para los bienes jurídicos (peligro abstracto). Sí lo hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 21/09/2007 que en el tercero de sus fundamentos de derecho recoge: “A la vista de la literalidad del artículo 379 del Código Penal y de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo, para poder aplicar el tipo penal es necesario acreditar los siguientes elementos: 1) Que el acusado en el momento de los hechos condujera un vehículo de motor. 2) Que hubiera ingerido drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas. 3) Que la ingesta de dichas sustancias haya influido en sus facultades psíquicas y físicas en relación con sus niveles de percepción y reacción 4) Que la concreta conducta del acusado haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (en la vida, la integridad física de las personas, la seguridad del tráfico)”.

Teniendo en cuenta la pena que se establece en el Código para estos delitos, la competencia es de los juzgados de lo penal; sus sentencias son recurribles en apelación ante la Audiencia Provincial. Por tanto son pocos los casos que llegan al Tribunal Supremo; ante el Tribunal Constitucional se recurre en amparo en base al principio de presunción de inocencia⁽³⁴⁾ garanti-

aquel acto. Es cierto que el atestado recoge síntomas tales como rostro ligeramente enrojecido, ojos brillantes, pupilas dilatadas, habla pastosa, halitosis muy fuerte de cerca y demabulación vacilante, pero junto a ellos se expresa también que su comportamiento y su expresión verbal eran normales, y el vestir sin peculiaridades. Si a ello unimos la constitución física del acusado que, según recogieron los agentes, era corpulenta, podemos afirmar que en el mismo había consumido bebidas alcohólicas, como en parte reconoce, pero no podemos concluir sin duda alguna, estimando que tal ingesta influyera de manera determinante en su conducción”. El juzgado de lo penal había condenado y la Audiencia Provincial absuelve, aunque fue decisivo que los agentes de la guardia civil que realizaron la prueba de alcoholemia no recordaran en el acto del juicio oral los hechos que habían recogido en su atestado.

(33) Establece el párrafo primero del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”.

(34) La sent. del TC 319/2006, del 15 de noviembre, recoge en el primero de sus fundamentos de derecho: “El derecho a la presunción de inocencia experimentaría una vulneración si por la acreditación únicamente de uno de los elementos del citado delito –el de que el conductor haya ingerido bebidas alcohólicas– se presumieran realizados los restantes elementos del mismo, pues el delito no se reduce, entre otras posibilidades típicas, al mero dato de que el conductor haya ingerido alcohol, dado que este supuesto delictivo no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que consecuentemente requiere una valoración del juez, en la que este deberá comprobar si en el caso concreto de la conducción

zado en el art. 24.2 de la Constitución. Por ello, se recurre a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, que con relativa frecuencia se pronuncian en contra de las condenas dictadas por el Juzgado de lo Penal, normalmente absolviendo⁽³⁵⁾.

La prueba sobre alcoholemia, aun siendo positiva no es suficiente, pues aunque el sujeto contenga en sangre cantidad superior a la autorizada⁽³⁶⁾, es necesario que ejerza “influencia” en su capacidad para conducir. Lo mismo para los supuestos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Todo ello salvo lo dispuesto en el inciso segundo del apartado 2 del art. 379, como se verá más adelante.

En este sentido son necesarias otras pruebas. El atestado policial no es suficiente, pues tiene que ser ratificado en el acto del juicio oral que es donde el Juez valora las pruebas⁽³⁷⁾. Para poder demostrar la influencia del alcohol en la conducción, cuando se supera la cantidad autorizada, como ya se indicó, se hacen otras pruebas complementarias, como comprobar si el conductor camina correctamente, forma de hablar, etc⁽³⁸⁾. Como el conductor tiene

estaba afectada por la ingestión del alcohol. De modo que, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aun cuando resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la Ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor, comprobación que naturalmente deberá realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos que reúnan dichas garantías. Por ello hemos afirmado que la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esa condena, ni es una prueba imprescindible para su existencia”.

(35) CABALLERO GEA. En: Ob. cit., hace un extenso estudio de la jurisprudencia en los delitos contra la seguridad vial. La sent. de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Gerona de 8 de noviembre de 2007, absuelve en apelación a quien había sido condenado por un delito del art. 379 del Código penal. Recoge en el segundo de sus fundamentos de derecho: “No puede obtenerse sin duda razonable alguna que el recurrente tenía mermada su capacidad para conducir, pues véase que el propio Juez de lo Penal, en el relato de hechos probados solo tiene por acreditado que el Sr. Andrés, como signo externo, que presentaba ‘halitosis alcohólica notoria’ que como tiene reiteradamente dicho esta Sala es un signo equívoco, no siendo suficiente para afirmar la influencia de la bebida, cuando no se halla acompañado de otros esenciales y patentes, cuales son el habla pastosa, no puesta de manifiesto en este caso, o el caminar vacilante o con movimiento oscilante de la verticalidad, respecto del cual existen dudas razonables originadas por las manifestaciones de los testigos, y que, además, ni siquiera ha dado como probado el Juez de lo Penal, motivos todos ellos que deben dar lugar a la estimación de la impugnación al no existir prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia”.

(36) Vide: *infra* nota 28.

(37) Se absolvió al presunto culpable como consecuencia de no haberse ratificado la policía con respecto a la alcoholemia que dijo haber detectado (1,69 gramos), no existiendo prueba suficiente para condenar que pudiera deducirse en el acto de la vista oral (sent. de 30 nov. 1989). También se absolvió en otro supuesto en el que no hubo ratificación en presencia judicial ni en el acto del juicio (sent. del 16 en. 2002).

(38) Vide: *supra* nota 31.

derecho a una segunda medición⁽³⁹⁾ y a un análisis de sangre⁽⁴⁰⁾, si el agente que hizo la prueba de alcoholemia no le comunica estos derechos la prueba es nula y hay que absolver.

Hay jurisprudencia con respecto a la ingestión de alcohol, pero apenas existe sobre supuestos en los que se haya probado que una persona conducía bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; aquí, a diferencia de lo que ocurre con el alcohol, resulta mucho más difícil detectar que el sujeto conduce bajo la influencia de aquellas⁽⁴¹⁾.

Con respecto a las tasas de alcoholemia se autoriza circular hasta con 0,5 gramos por litro de alcohol en sangre y 0,25 miligramos por litro en aire espirado⁽⁴²⁾, reduciéndose a 0,3 gramos y 0'15 miligramos respectivamente para conductores de ciertos vehículos destinados al transporte de mercancías, de viajeros, servicio público, etc.⁽⁴³⁾, así como para los conductores durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilita para conducir⁽⁴⁴⁾. Esta tasa de alcoholemia es a efectos administrativos,

(39) Dispone el art. 23 del Reglamento General de Circulación: "*Práctica de las pruebas*. 1. Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre, o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores en el artículo 20 o, aún sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente".

(40) Según el art. 23.3 del Reglamento General de Circulación se ha de informar a la persona a quien se practica la prueba de alcoholemia el derecho que tiene "a contrastar los resultados obtenidos mediante análisis de sangre, orina u otros análogos, que el personal facultativo del centro médico al que sea trasladado estime más adecuados".

(41) El art. 28 del Reglamento General de Circulación establece: "*Pruebas para la detección de sustancias estupefacientes, psicotrópicas, estimulantes u otras sustancias análogas*.- 1. Las pruebas para la detección de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, así como las personas obligadas a su realización, se ajustarán a lo dispuesto en los párrafos siguientes: a) Las pruebas consistirán normalmente en el reconocimiento médico de la persona obligada y en los análisis clínicos que el Médico forense u otro titular experimentado, o personal facultativo del Centro sanitario o Instituto médico al que sea trasladada aquella, estimen más adecuados. A petición del interesado o por orden de la Autoridad judicial, se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, que podrán consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos".

(42) Dispone el art. 20 del Reglamento General de Circulación: "*Tasas de alcohol en sangre y aire espirado*. 1. No podrán circular por las vías objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, los conductores de vehículos ni los conductores de bicicletas con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro" (párrafo primero).

(43) Dispone el párrafo segundo del art. 20 del Reglamento General de Circulación "cuando se trate de vehículos destinados al transporte de mercancías con una masa máxima autorizada superior a 3.500 kilogramos, vehículos destinados al transporte de viajeros de más de nueve plazas, o de servicio público, al transporte escolar y de menores, al de mercancías peligrosas o de servicios de urgencias o transportes especiales, los conductores no podrán hacerlo con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,3 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado a 0,15 miligramos por litro".

(44) Según el párrafo tercero del art. 20 del Reglamento General de Circulación "los conductores de cualquier vehículo no podrán superar la tasa de alcohol en sangre de 0,3 gramos por litro, ni de alcohol en aire

no obstante, pueden servir como punto de referencia respecto a una posible infracción penal. Según el Reglamento General de Circulación están obligados a someterse a la prueba de alcoholemia los conductores de vehículos y bicicletas e incluso los usuarios de la vía pública cuando se encuentren implicados en un accidente⁽⁴⁵⁾.

Se plantea la cuestión de si comete delito quien conduce con una tasa de alcohol que no supere 0'25 miligramos por litro en aire espirado o 0'5 gramos por litro en sangre, pero que le influye negativamente en sus facultades para conducir. En estos supuestos se comete el delito que aquí se estudia, pues lo decisivo es que el alcohol ejerza influencia⁽⁴⁶⁾. Otra cosa es que la conducta no sea punible debido al error que puede amparar al conductor que desconoce que el alcohol en pequeñas cantidades le afecta en su capacidad para conducir correctamente.

Solo son punibles las conductas dolosas, en cuanto que el sujeto ha de ser consciente de que conduce bajo los efectos de las bebidas alcohólicas, drogas, etc. Teniendo en cuenta que todo el mundo conoce la prohibición que existe de conducir bajo los efectos de las bebidas alcohólicas, es difícil que exista un error exculpan⁽⁴⁷⁾, aunque es posible, como se apuntó cuando pequeñas cantidades de alcohol pueden influir en algunos conductores. Cabe la concurrencia de la eximente 2ª del art. 20⁽⁴⁸⁾.

III. CONDUCCIÓN CON EXCESO DE TASA DE ALCOHOLEMIA

Se castiga en el inciso segundo del art. 379.2 al “que conduzgere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro”.

Pena: La misma que en el supuesto anterior: prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad

espirado de 0,15 miligramos por litro, durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilita para conducir”. Dispone el párrafo siguiente: “A estos efectos, solo se computará la antigüedad de la licencia de conducción cuando se trate de vehículos para los que sea suficiente dicha licencia”.

(45) Dispone el párrafo primero del art. 21 del Reglamento General de Circulación: “*Investigación de la alcoholemia. Personas obligadas.*.- Todos los conductores de vehículos y de bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación (artículo 12.2, párrafo primero, del texto articulado)”.

(46) CABALLERO GEA. Ob. cit., p. 75 y ss. Gómez Pavón. Ob. cit., p. 48, dice que “desde el punto de vista penal, debemos rechazar la fijación de una tasa de alcoholemia ya que la ley no lo exige”.

(47) RODRÍGUEZ DEVESA. Ob. cit., p. 1050.

(48) Vide: TAMARIT SUMALLA, J.M., en: QUINTERO OLIVARES (Director). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra, 2005, p. 1452 escribe: “no puede descartarse que un sujeto que no hubiera previsto tener que ponerse al volante de un automóvil beba hasta llegar a un estado de intoxicación plena y en esa estado emprenda la conducción”.

de treinta y uno a noventa días y en cualquier caso, a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

El artículo 20 del Reglamento General de Circulación recoge: “Tasas de alcohol en sangre y aire espirado. 1. No podrán circular por las vías objeto de la legislación sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, los conductores de vehículos ni los conductores de bicicletas con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire superior a 0,25 miligramos por litro”. Cuando la tasa de alcohol sea superior a estas cantidades y no supere 1,2 gramos por litro en sangre, ni 0,62 miligramos por litro en aire aspirado, la sanción es administrativa, si no se ha creado peligro para la circulación. No obstante, sea cual fuere la cantidad de alcohol el conductor podrá incurrir en el delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas del art. 379.2 si lo hiciere bajo la influencia de las mismas y creara riesgo para la circulación.

No importa que quien lleva el vehículo con esa elevada cantidad de alcohol le influya en la conducción⁽⁴⁹⁾. Aunque en estos casos lo probable es que se ocasione un peligro para la circulación, puede haber excepciones, lo que cuestiona que se haya incorporado al Código esta figura de delito⁽⁵⁰⁾.

(49) Con esta tasa de alcohol en ocasiones se absolvía al conductor si no existía peligro para la seguridad del tráfico. Recoge la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2005 lo que sigue: “Se ha podido constatar que si hay Juzgados de lo Penal o Salas que califican como delito la conducción cuando el nivel de alcohol en sangre es de 0,6 ml./l. de aire (1,2 gr./l. de sangre) por el contrario hay algunos otros que absuelven (incluso por vía de apelación) a pesar de un alto índice de 0,9 ml./l. de aire (1,8). Dichas absoluciones se fundamentan en la ausencia de peligro para la seguridad del tráfico porque el índice no había rebasado los 0,75 ml./l. de aire (1,5) y ello siguiendo algunas Sentencias del Tribunal Supremo que señalan que a partir de 1,5 la influencia es probable y a partir de 2,0 es segura. Sin embargo, tal posición supone, según estudios de expertos sobre sistemas de detección de alcohol en el organismo, estimar que un consumo de 9 latas de cerveza (3 litros) no origina un peligro abstracto para la seguridad del tráfico. No es precisa la prueba pericial que nos determine, tras el consumo de semejante cantidad de bebida, qué grado de incapacidad para conducir nos ha producido en el organismo. Por ello se aprecia, dado que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha establecido criterios orientativos de forma uniforme en torno a cuál es el nivel de alcohol peligroso, y por otro lado, su aplicación, por los Jueces de lo Penal, adolece de preocupante unidad de criterio, la necesidad de que, bien por vía legal o bien jurisprudencial, se establezcan ciertos márgenes que atenúen tal situación de inseguridad jurídica para el justiciable y los profesionales del Derecho. Todo ello sin perjuicio de que en cada supuesto concreto deba acreditarse la influencia de las bebidas alcohólicas en la capacidad del sujeto y en la conducción” (p. 523).

(50) Recoge la sent. del TC 319/2006, del 15 de noviembre, en el tercero de sus fundamentos de derecho: “La influencia de la ingesta de alcohol en las facultades psicofísicas se sustenta en el estudio sobre la influencia del alcohol en la conducción contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de febrero de 1989. En la misma, entre otras consideraciones, se indicaba, aludiendo a la tendencia legislativa de otros países, que ‘con referencia al individuo medio se considera a efectos médico-legales que a partir de 1,5 (por mil) la influencia del alcohol en la conducción es probable y cierta a partir del 2.0’.

La Fiscalía General del Estado antes de la reforma del Código exigía que con esas tasas de alcohol en sangre para que la conducta fuera constitutiva de delito debía acreditarse que tenía efectos en la capacidad psicofísica del conductor⁽⁵¹⁾.

El legislador se centra en la tasa de alcohol muy elevada. Sin embargo, no contempla los otros supuestos que también afectan a la seguridad vial como son las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Aunque en estos casos existen dificultades para poder valorar la cantidad de los productos consumidos, lo cierto es que los que conducen un vehículo de motor o ciclomotor en tales circunstancias se encuentran frente al derecho penal en mejor situación que los que lo hacen con un alto índice de alcoholemia⁽⁵²⁾.

IV. CONDUCCIÓN TEMERARIA

Se castiga en el párrafo primero del art. 380.1 al “que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas”.

Pena: Prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno hasta seis años.

Nos encontramos en otro de los supuestos en los que hay que deslindar el ilícito administrativo del ilícito penal⁽⁵³⁾, cuestión de la que se ocupa tanto

(51) En la Instrucción 3/2006, del 3 de julio, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal para una efectiva persecución de los ilícitos penales relacionados con la circulación de vehículos a motor, recoge en la sexta de sus conclusiones lo que sigue: “En supuestos de alcoholemia detectada con ocasión de controles preventivos las señoras y señores Fiscales ejercitarán la acción penal por delito del artículo 379 del Código Penal, en todo caso, cuando el grado de impregnación alcohólica sea superior a 1,2 g. de alcohol por 1.000 cm³ de sangre –o 0’60 mg de alcohol por litro de aire espirado– si bien deberán proponer la práctica de diligencias de prueba que permitan acreditar el efecto de dicha impregnación alcohólica en la capacidad psicofísica para una conducción segura cuando excepcionalmente dicha tasa de alcohol no vaya acompañada de otros indicios de afectación etílica. En supuestos de alcoholemia comprendida entre 0,80 y 1,2 g de alcohol por 1.000 cm³ de sangre –0,40 y 0,60 mg de alcohol por litro de aire espirado– la acusación dependerá de las circunstancias concurrentes, tales como la existencia de síntomas de embriaguez en el conductor, la conducción peligrosa o descuidada, o el haber provocado un accidente. Con tasas inferiores a 0,80 g de alcohol por 1.000 cm³ de sangre –0,40 mg de alcohol por litro de aire espirado– las señoras y señores Fiscales no ejercitarán la acusación, derivando los hechos a la vía sancionadora administrativa, salvo en aquellos casos singulares en que las circunstancias concurrentes evidencien la influencia del alcohol en la conducción”.

(52) Vide: GALLEGU SOLER. Ob. cit., p. 170 y ss.

(53) El art. 65.5,d) de la Ley de tráfico contempla como infracción muy grave, cuando no sea constitutiva de delito: “la conducción manifiestamente temeraria”. El art. 380.1 del Código recoge también la temeridad manifiesta, aunque añade que esta ha de poner en concreto peligro la vida o la integridad de las personas. Por lo tanto, cuando la conducción sea manifiestamente temeraria será infracción administrativa, y penal cuando ponga en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.

la jurisprudencia⁽⁵⁴⁾ como la Fiscalía del Tribunal Supremo⁽⁵⁵⁾. El **bien jurídico** protegido es la vida y la integridad física de las personas.

Conducción manifiestamente temeraria. En el art. 380.2 se establece: “A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior”⁽⁵⁶⁾.

El legislador delimita lo que ha de entenderse por “conducción manifiestamente temeraria” a los siguientes supuestos: a) conducir a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, y b) conducir con una tasa de alcohol en aire expirado superior a 0’60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1’2 gramos por litro.

Consiste la **acción** en conducir un vehículo de motor o ciclomotor con temeridad manifiesta y, además, se ponga en concreto peligro la vida o integridad de las personas. Temeridad equivale a imprudencia grave, al no

(54) La sent. del TS del 1 de abril de 2002 recoge en el tercero de sus fundamentos de derecho: “La conducción temeraria es, en principio un ilícito administrativo del art. 65.5.2,c) (hoy 65.5,d) de la Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial tipifica como infracción muy grave. No obstante, cuando la temeridad es manifiesta, es decir, patente, clara y con ella se pone en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, el ilícito se convierte en penal y da lugar al delito previsto en el art. 381 del CP. Conduce temerariamente un vehículo de motor quien incurre en la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Siendo así, la temeridad que integra la infracción administrativa es, en principio, la misma que la que integra el delito. La diferencia entre una y otra está en que en el delito la temeridad es notoria o evidente para el ciudadano medio y, además, crea un peligro efectivo, constatable, para la vida o la integridad física de personas identificadas o concretas, distintas del conductor temerario. No parece pueda ser cuestionado que la forma de conducir del acusado antes de producir el accidente (...) deba ser calificada como temeraria toda vez que, siendo un conductor novel, circuló a ‘velocidad excesiva, realizando adelantamientos en lugares prohibidos, obligando a los vehículos que circulaban por el carril contrario a salirse al arcén e incorporándose al carril propio sin tener en cuenta la existencia de los vehículos que por él circulaban, debiendo estos retirarse al arcén para evitar la colisión”.

(55) La Consulta 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, cit., recoge en su apartado III: “Como vemos, la nueva redacción del artículo 65 ha introducido el adverbio ‘manifiestamente’ en relación con el carácter temerario de la conducción, cuando de infracción muy grave se trate, de modo, que en principio, el concepto de conducción manifiestamente temeraria es presupuesto coincidente en la vía sancionadora administrativa y en la penal”.

(56) La Ley de tráfico en su art. 65.5,d) considera infracción muy grave, cuando no sea constitutiva de delito “la conducción manifiestamente temeraria”, que además de la sanción correspondiente lleva consigo la pérdida de seis puntos, de acuerdo con el anexo II.4 de la Ley. En el art. 77.3 de la Ley, dentro de las medidas cautelares se establece: “Los agentes de la autoridad inmovilizarán el vehículo cuando a su conductor se le pueda imputar la infracción prevista en el artículo 65.5,d) de la presente Ley y lo mantendrá inmovilizado mientras subsista la causa de la infracción”.

observarse el deber objetivo de cuidado exigible⁽⁵⁷⁾. Ha de ser manifiesta, es decir que pueda ser apreciada con facilidad por terceros⁽⁵⁸⁾.

Las normas de circulación prohíben conducir de modo negligente o temerario⁽⁵⁹⁾ y “manifiestamente temeraria”⁽⁶⁰⁾.

Estamos ante un delito de peligro concreto, pues así se especifica en el texto al decir que se “pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas”.

El riesgo puede ser tanto para terceros ajenos al vehículos, como para los acompañantes del conductor. Si estos le piden que pare el vehículo para abandonarlo y se niega, puede haber un concurso de delitos del art. 381 con otro de detención ilegal.

La conducta ha de ser dolosa –se trata de un dolo de peligro–, pues el sujeto ha de conocer que conduce de forma temeraria y pone en peligro la vida o la integridad de las personas. Es suficiente el dolo eventual.

La consumación se produce en el instante en que el sujeto con su forma temeraria de conducir pone en peligro la vida o la integridad de las personas. Aunque se ponga en peligro a varias personas solo hay un delito.

V. SUPUESTOS AGRAVADOS DE CONDUCCIÓN TEMERARIA

La alarma que produjo la aparición de los vulgarmente conocidos por “conductores homicidas” fue el motivo por el que se incorporó en el CP, en junio de 1989 el art. 340 bis, d) (art. 384 en el Código Penal de 1995 y hoy 381).

a) Conducción con manifiesto desprecio a la vida de los demás poniendo en concreto peligro para la vida o integridad de las personas

Se castiga en el art. 381.1 al que “con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare una conducta descrita en el artículo anterior”.

Penas: Prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un periodo de seis a diez años.

(57) Se consideró conducción temeraria en las sents. del 20 jul. 1983 (no respetar señal de stop), 12 feb. 1985 (adelantar a más velocidad de la permitida y por la derecha), 30 mayo 1986, 9 marzo 1989 (el conductor bajo los efectos de somnolencia invadió la parte izquierda de la calzada chocando de frente con el vehículo que circulaba en dirección contraria) y 10 marzo 1993 (atropello en paso de cebra circulando a velocidad excesiva).

(58) RODRÍGUEZ DEVEESA. Ob. cit., p. 1050.

(59) Dispone el art. 3 del Reglamento General de Circulación que “se deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía. Queda terminantemente prohibido conducir de modo negligente o temerario” (art. 9.2 de la Ley).

(60) Vide: *supra* nota 53.

La pena de prisión resulta excesiva, y también puede serlo la privación del permiso de conducir. En los supuestos más graves de lesiones cometidos por imprudencia grave la pena es prisión de uno a tres años (art. 152.2). El homicidio por imprudencia grave se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años (art. 142.1), y cuando el homicidio imprudente se comete utilizando un vehículo a motor o ciclomotor la privación del derecho a conducir los mismos es de uno a seis años (142.2). Para los supuestos de lesiones graves cometidas por imprudencia grave con vehículo de motor o ciclomotor, la privación del derecho a conducir es de uno a cuatro años.

Para incurrir en este delito es necesario: a) conducir con manifiesto desprecio por la vida de los demás y b) poner en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.

Estamos ante un delito de peligro concreto. La dificultad estará en la valoración de cuándo se conduce conscientemente despreciando la vida de los demás y a su vez se ponga en peligro la vida o integridad de otras personas. Cabe plantearse si la conducta prevista en el art. 381.1 puede incardinarse en el art. 380 “temeridad manifiesta y pusiere en peligro la vida o la integridad de las personas”. En el art. 381.1 se especifica “con manifiesto desprecio por la vida de los demás”. Hay que entender que ello supone un mayor plus de temeridad; el conductor contempla como probable un resultado lesivo, y a pesar de ello sigue su forma de conducir. Podemos estar en algún supuesto ante un delito de lesiones u homicidio por concurrir dolo eventual⁽⁶¹⁾.

La referencia a “manifiesto desprecio por la vida de los demás” no puede interpretarse, a priori, como tentativa de homicidio o lesiones, por concurrir dolo eventual, pues no siempre el sujeto acepta el resultado lesivo, sino que confía que no se producirá. Por ello esta figura no tiene justificación⁽⁶²⁾, ya que tales situaciones pueden llevar a un delito de imprudencia gra-

(61) La sent. del TS del 1 de abril de 2002 recoge en el tercero de sus fundamentos de derecho: “Un más detenido análisis, sin embargo, pone de relieve que ese elemento subjetivo –el consciente desprecio por la vida de los demás– supone una alteración esencial de la estructura de los delitos contra la seguridad del tráfico (...) el tipo subjetivo está constituido por la conciencia y voluntariedad de la infracción de una norma de cuidado relativa al tráfico, a la conducción de un vehículo de motor o a la seguridad vial, pero no por la conciencia y voluntariedad del resultado que eventualmente puede ocasionar aquella infracción mientras que en el delito a que ahora nos referimos el dolo abarca no solo la infracción de la norma de cuidado sino también el eventual resultado. No de otra forma puede ser interpretado el tipo en cuestión. Si una persona crea, con su forma temeraria de conducir, un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas y lo crea con consciente desprecio para estos bienes jurídicos, debe entenderse que se representa y admite la posibilidad de su lesión, puesto que los pone en peligro precisamente porque no los aprecia, representación y consentimiento que obliga a atribuirle, al menos, el dolo que la doctrina y la jurisprudencia denominan eventual, y si, en tal caso, el resultado representado y admitido se produjese, difícilmente se le podría dejar de imputar al autor a título de dolo”.

(62) Vide: RAGÜES IVALLES, R., “Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio”. En: *Anuario*. 1997, p. 787 y ss.

ve con resultado de lesiones (art. 152) u homicidio (art. 142). Si hubo dolo eventual podrá llegar a castigarse como tentativa de homicidio, con pena inferior en uno o dos grados, según el art. 62, más severa que la prevista en el mismo, con lo que para estos supuestos resulta figura privilegiada, aunque habría que recurrir al art. 8 para resolver el concurso de leyes. La jurisprudencia se ha pronunciado en pocos casos sobre este delito, pues casi todos los procedimientos iniciados se resolvieron por imprudencia temeraria (hoy imprudencia grave)⁽⁶³⁾.

b) Conducción con manifiesto desprecio a la vida de los demás sin poner en concreto peligro la vida o la integridad de las personas

Se castiga en el art. 381.2 a los que condujeren un vehículo a motor o ciclomotor con manifiesto desprecio por la vida de los demás “cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas”.

Penas: Prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un periodo de seis meses a diez años.

Teniendo en cuenta la pena que se establece para las lesiones por imprudencia grave, que oscila entre tres y seis meses y uno a tres años (art. 152), la pena privativa de libertad puede ser excesiva. En cuanto a la privación del permiso de conducir, que resulta elevada, en todo caso debió de ser notablemente inferior a la establecida en el apartado primero del art. 381. No hay justificación para imponer la misma pena de privación del derecho a conducir en los dos apartados del artículo.

Comiso:

Establece el art. 381.3 que “el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código”.

El comiso del vehículo solo comprende los supuestos de los apartados 2 y 3 del art. 381, es decir cuando la conducción del vehículo a motor o ciclomotor se realice con manifiesto desprecio por la vida de los demás, se haya puesto o no en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.

VI. CONCURSO

Dispone el art. 382 que “Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado

(63) Según el Diccionario de la Lengua *manifiesto* es “algo patente, claro” y *desprecio* es “desestimación, desaire, desdén”.

lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado”.

El concurso solo cabe cuando el resultado lesivo sea constitutivo de delito, excluyéndose las faltas.

La ley contempla supuestos en los que por imprudencia se cause un resultado de muerte o lesiones teniendo que remitirnos a los arts. 142 y 152. Si los resultados fueran dolosos estaríamos ante un concurso de delitos, no alcanzando los beneficios del art. 382 al autor⁽⁶⁴⁾.

VII. NEGATIVA A REALIZAR LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA, DE PRESENCIA DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS

Se castiga en el art. 383 al “conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores”.

Pena: Prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores por tiempo superior a un año y hasta cuatro años.

La pena resulta excesiva si se tiene en cuenta que el delito de conducir bajo los efectos de bebidas alcohólicas tiene menor pena⁽⁶⁵⁾.

Los requisitos que se exigen en el art. 383 son: a) Requerimiento por agente de la autoridad a realizar la prueba de alcoholemia, presencia de drogas tóxicas, etc. que ha de ser claro, y b) Negativa de la persona requerida a efectuar la misma.

El comportamiento del conductor para evitar someterse a las pruebas a las que hace referencia el texto legal, sin que previamente haya sido requerido para ello, no dará lugar a este delito. Sucederá esto con quien hace caso omiso a la señal de los agentes de la autoridad para que detenga el vehículo, dándose a la fuga, cuando aquellos pretendían practicar la prueba de

(64) Vide: CORCOY BIDASOLO, M. “Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputados”. En: *Seguridad vial y derecho penal*. Ob. cit., p. 109 y ss.

(65) Vide: FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. “El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art. 383 del CP)”. En: *Seguridad vial y Derecho Penal*. Ob. cit., p. 196.

alcoholemia, drogas tóxicas, etc., pero que no lo han requerido en tal sentido. Entiendo que es suficiente la indicación que se haga al conductor para detener el vehículo en los conocidos “controles de alcoholemia” identificados mediante el rótulo correspondiente; la fuga en estos casos dará lugar al delito del art. 383.

Para combatir la negativa a la prueba de alcoholemia, y evitar la impunidad, puede ser suficiente, además de inmovilizar el vehículo⁽⁶⁶⁾, presentar al conductor ante el Juez competente, como es preceptivo⁽⁶⁷⁾. Así las cosas, posiblemente serán muy pocos los que se nieguen a la prueba de alcoholemia, presencia de drogas tóxicas, etc., pues al final se les practicará; la negativa les creará ciertos perjuicios.

Sobre la posible inconstitucionalidad de este precepto por conculcar el art. 24.2 de la Constitución⁽⁶⁸⁾, en cuanto proclama el derecho “a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables”, se presentaron multitud de recursos por Jueces y Magistrados al antiguo art. 380 (hoy 383). También por considerar que se vulneraba el principio de proporcionalidad de las penas (art. 25.1 de la CE, en relación con los arts. 1.1, 9.3 y 17 de la misma), pues la pena que se establece en el art. 383 es demasiado severa. La Sent. 161/97, del TC del 2 de octubre, declaró constitucional el art. 380 (hoy 383) del CP.

En los controles rutinarios, o sin indicios, la negativa debe ser objeto de sanción administrativa pero no penal. Si los agentes observan indicios de que el conductor está bajo los efectos del alcohol o sustancias estupefacientes, le llevará a presencia judicial⁽⁶⁹⁾.

En toda la problemática expuesta a veces no será fácil distinguir la negativa a someterse a la prueba y la infracción administrativa.

Cabe plantear el supuesto en el que un conductor ante la sospecha de que va a ser objeto de un control de alcoholemia se da a la fuga. Hay que entender que la conducta sería impune, ya que no ha sido requerido por los

(66) Según el art. 25 del Reglamento General de Circulación cuando las pruebas –o análisis en su caso– de alcoholemia fueran positivas el agente podrá proceder a la inmediata inmovilización del vehículo a no ser que pueda hacerse cargo de su conducción otra persona debidamente habilitada. También podrá inmovilizarse en los casos de negativa a efectuar las pruebas de detección alcohólica.

(67) El art. 24, c) del Reglamento General de Circulación dedica su artículo 24 a las diligencias del agente de la autoridad, estableciendo en su apartado c) que es función de estos “conducir al sometido a examen, o al que se negase a someterse a las pruebas de detección alcohólica, en los supuestos en que los hechos revistan caracteres delictivos de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al juzgado correspondiente a los efectos que procedan”.

(68) Vid. MARTÍNEZ RUIZ, J., “La negativa a la prueba de alcoholemia: el artículo 380 del Código penal (Vicisitudes jurisprudenciales de un delito poco afortunado: el artículo 380 del CP de 1995)”, en *RDP*, núm. 7, p. 71 y ss. SERRANO MAÍLLO, M.I., “Observaciones al Código Penal de 1995”. En: *III Congreso andaluz de ciencias penales*. Puerto de Santa María, 1996, p. 114 y ss.

(69) Vide: *supra* nota 67.

agentes de la autoridad para realizarle la prueba⁽⁷⁰⁾. Ello sin perjuicio de que en la huida se cometa un delito⁽⁷¹⁾.

Pese a haberse declarado constitucional por el TC el art. 380 (ahora 383) la realidad es que sigue latente el problema de justicia material en el concurso real de delitos de los arts. 379.2 y 383. En este sentido alguna Audiencia Provincial, resolviendo recurso de apelación interpuesto contra sentencias dictadas por los Jueces de lo penal que condenan por ambas infracciones, en algún caso llegan a absolver por uno de los delitos; se mantiene que al condenar por ambos preceptos se infringe el principio *non bis in ídem*⁽⁷²⁾.

Se absolvió por el delito de desobediencia (hoy negativa a someterse a la prueba) cuando el sujeto que se había negado a realizar la prueba de alcoholemia prestaba signos externos que acreditaban que conducía bajo la influencia del alcohol⁽⁷³⁾. En la línea de esta última sentencia entendemos que tampoco cometería el delito quien se negare a realizar la prueba de alcoholemia reconociendo que conducía bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas, etc. Resulta excesivo condenar por ambos delitos, por lo que debía derogarse el art. 383 del Código Penal.

(70) La sent. del TS del 17 julio de 2007 contempla un supuesto de huida en el que absuelve. El conductor había sido condenado por darse a la fuga ante un posible control de alcoholemia. Se le condenó por un delito de desobediencia y otro por conducción temeraria. El Tribunal Supremo absolvió por el delito de desobediencia, por tratarse de un autoencubrimiento impune. Se recoge en la misma: “La existencia de un derecho a la huida ha sido reivindicada desde algunas posiciones doctrinales, que afirman la ausencia de culpabilidad por no exigibilidad de una conducta distinta, de un comportamiento conforme a la norma. La jurisprudencia de esta Sala, en los casos de huida o elusión de la acción policial de descubrimiento de la participación en hechos punibles viene admitiendo limitadamente el principio del autoencubrimiento impune, como manifestación del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, pero construyéndolo a los casos de mera huida (delitos de desobediencia) con exclusión de las conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos”.

(71) La sent. del TC del 17 nov. de 2005 en el segundo de sus fundamentos de derecho recoge: “La Jurisprudencia de esta Sala, en los casos de huida o elusión de la acción policial subsiguiente a la comisión de otro delito, ha venido admitiendo limitadamente el principio del autoencubrimiento impune, como expresión del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, pero solo en casos de mera huida con exclusión de aquellas conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos”.

(72) La sent. de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16), del 10 oct. 2000 contempla un supuesto en el que el Juzgado de lo Penal condenó por un delito contra la seguridad del tráfico (art. 379) y por conducción del vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas y un delito de negativa a la práctica de la prueba de alcoholemia previsto y penado en el art. 380 (hoy 383) del CP. Se admite parcialmente el recurso manteniendo la condena por el art. 380 (hoy 383) y absolviendo por el delito del art. 379. Recoge la sentencia que “ambos preceptos protegen el mismo bien jurídico y la condena simultánea por ambos infringe el principio del *non bis in ídem* vulnerando de esa forma el art. 25 de la CE”. Vide: CABALLERO GEA. Ob. cit., p. 238 y ss.

(73) La sent. de la Audiencia Provincial de Salamanca del 16 julio 2002 recoge: “De la conexión entre los delitos previstos en los arts. 379 y 380 (hoy 383) del CP deriva que, si los signos externos constituyen, por sí solos, prueba suficiente para acreditar la influencia del alcohol en la conducción, entonces la negativa a la práctica de la prueba de alcoholemia no puede constituir el delito de desobediencia previsto en el art. 380” (hoy 383).

Concurso delitos.- Si quien conduce un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas se niega a someterse a la prueba de control a la que es requerido por el agente de la autoridad competente para ello, habrá cometido un delito del art. 379.2 y otro del art. 383.

Como el sujeto que se niega a realizar la prueba está bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas, etc, pueden darse diversas situaciones: cabe estimar la atenuante por analogía (art. 21.6^a) del art. 21.1^a, en relación con el art. 20.2. Es difícil que concurra la eximente 2^a del art. 20; también podría concurrir la atenuante 1^a o la 2^a del art. 21⁽⁷⁴⁾. Sin embargo, la influencia de bebidas alcohólicas no puede considerarse como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en la conducción bajo los efectos de las mismas del art. 379.2, por ser un elemento integrante del tipo penal.

VIII. CONDUCIR TRAS LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DEL PERMISO O LICENCIA PARA CONDUCIR

Se castiga en el párrafo primero del art. 384 al “que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente”.

Pena: Prisión de tres a seis meses o con la multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

Hay que recurrir a la legislación administrativa para conocer el baremo de pérdida de puntos⁽⁷⁵⁾ que pueden llevar a la pérdida de vigencia del permiso o licencia⁽⁷⁶⁾.

La administración es la que tendrá que comunicar al conductor de un vehículo de motor o ciclomotor que como consecuencia de una serie de infracciones cometidas ha perdido la vigencia de su permiso o licencia de conducir.

(74) La sent. del 5 set. de 2007 de la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó por un delito de desobediencia “concurriendo la atenuante analógica del art. 21.6 en relación con los artículos 21.2 y 20.2, del Código Penal”.

(75) Vide: arts. 60 y 63 de la Ley de Tráfico (RDL 339/1990, de 2 de marzo) y disposiciones adicionales 1, 2, 3 y 6, y Anexo II. Arts. 39 y 41. bis del Reglamento General de Conductores (RD 779/1997, del 30 de mayo).

(76) El Reglamento General de Conductores del 30 de mayo de 1997 dedica el título primero a las autorizaciones administrativas para conducir. Se ocupa en su capítulo II del permiso de conducción: clases, condiciones de expedición, obtención y validez, etc. El capítulo III trata de la licencia de conducción, modelos, clases, etc. El capítulo IV trata de las disposiciones comunes aplicables a permisos y licencias. El art. 5 se ocupa de las clases del permiso de conducción que comprende motocicletas, automóviles, etc. El art. 8 se ocupa de las licencias de conducción, recoge: “Para conducir vehículos especiales agrícolas autopropulsados, ciclomotores y coches de minusválidos se exigirá estar en posesión de la correspondiente licencia de conducción salvo que posea el permiso a que se refieren los apartados 7, párrafo primero y 8 del artículo 6 del presente Reglamento”.

Estamos en un supuesto de expansión del Derecho Penal, pues por la comisión de infracciones administrativas la conducción de un vehículo puede pasar a ser delito.

IX. CONDUCIR TRAS LA PRIVACIÓN CAUTELAR O DEFINITIVA DEL PERMISO O LICENCIA POR DECISIÓN JUDICIAL

Se castiga en el inciso primero del párrafo segundo del art. 384 “que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial”.

Pena: Prisión de tres a seis meses o con la multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

Estas conductas de no estar tipificadas en este precepto podrían perseguirse como delito de desobediencia o quebrantamiento de condena. Ante el posible concurso que pudiera plantearse sería de aplicación preferente el art. 384, por el principio de especialidad (art. 8.1 del CP).

X. CONDUCIR EN VEHÍCULO SIN HABER OBTENIDO NUNCA PERMISO O LICENCIA

Se castiga en el inciso segundo del párrafo segundo del art. 384: “Al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción”.

Pena: Prisión de tres a seis meses o con la multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

No se contempla la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores⁽⁷⁷⁾.

Este delito, que desapareció del Código Penal en 1994, por las críticas de que fue objeto no tiene justificación que vuelva a tipificarse⁽⁷⁸⁾.

Se trata de una infracción administrativa; otra cosa es que el autor cometa alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, lo que daría

(77) PRIETO GONZÁLEZ, H.M. “El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial”. En: *Seguridad vial y Derecho Penal*. Ob. cit., en p. 279 escribe: “Otra cuestión que resulta sorprendente es que el legislador no haya previsto finalmente la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores que el Proyecto de Ley Orgánica publicado en el BOE del 15 de enero de 2007 sí contemplaba con gran extensión”.

(78) En la reforma del Código Penal del 8 de abril de 1967 se incorporó el artículo 340, bis, c), que decía: “Será castigado con la pena de multa de 10.000 a 50.000 pesetas en el condujere por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso”. Vide: CASABÓ RUIZ, J.R., “El permiso de conducción sin habilitación legal”. En: *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*. Valencia, 1975, p. 31 y ss.

lugar a un concurso real. Hay que pensar que su falta de experiencia supone un riesgo para la circulación, aunque ello no indica que existan conductores sin carnet que sean unos grandes expertos, como sucede en algunos supuestos de intrusismo.

XI. CREACIÓN DE GRAVE RIESGO PARA LA CIRCULACIÓN

Se castiga en el art. 385 al que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

- a) “Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio” (art. 385.1^a).

Pena: Prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días.

Es necesario que estas conductas originen un grave riesgo para la circulación, situación que ha de ser valorada por el juez. En otro caso estaremos ante una infracción administrativa⁽⁷⁹⁾.

- b) “No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo” (art. 385.2).

Pena: Prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días.

Como en el supuesto anterior a veces no será fácil distinguir entre la infracción administrativa y la penal⁽⁸⁰⁾.

El que comete el delito previsto en el supuesto primero no tiene la obligación que exige la conducta del segundo, pues por los mismos hechos no se le puede condenar dos veces⁽⁸¹⁾.

(79) La Ley de Tráfico en su art. 10.2 establece que “se prohíbe arrojar, depositar o abandonar sobre la vía objetos o materias que puedan entorpecer la libre circulación (...)”. El mismo contenido tiene el art. 4.2 del Reglamento General de Circulación.

(80) La Ley de Tráfico establece en su art. 10.3: “Quienes hubieran creado sobre la vía algún obstáculo o peligro, deberán hacerlo desaparecer lo antes posible, adoptando entretanto las medidas necesarias para que pueda ser advertido por los demás usuarios y para que no se dificulte la circulación”. El mismo contenido en el art. 5.1 del Reglamento General de Circulación.

(81) Vide: *supra* nota 10.

Contradicciones de género en el Código Penal español. Lesiones y consentimiento

Celia SUAY HERNÁNDEZ
(España)

SUMARIO: I. Introducción. II. El sexo y el género en la Ley Orgánica de Protección Integral de Violencia de Género. III. Las lesiones y malos tratos en el ámbito familiar y asimilados (art. 153 del CP). 1. El control de constitucionalidad de las diferencias penológicas. 2. El bien jurídico protegido. IV. Las lesiones consentidas. 1. Grupos de casos y supuestos problemáticos. 2. Los requisitos del consentimiento. V. Violencia de género y consentimiento en las lesiones. VI. A modo de conclusión. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN⁽¹⁾

En España, hombres y mujeres pueden ser condenados a distintas penas por semejantes hechos delictivos de lesiones, amenazas y coacciones. La diferencia en la pena se justifica por razones de género, pero se determina típicamente a través del sexo, del sujeto activo y del sujeto pasivo. Ha sido la Ley Orgánica 1/2004 de protección integral contra la violencia de género (LOPVG) la que ha reformado la redacción neutral que hasta entonces presentaban los artículos correspondientes, introduciendo tan notorias diferencias textuales⁽²⁾.

Como no es de extrañar, esta reforma ha dado lugar a una animada polémica que sigue ocupando a instituciones jurídicas y doctrina científica, y ha suscitado dudas judiciales acerca de su constitucionalidad. Se han instado diversos procedimientos de control ante el Tribunal Constitucional (TC), que, a su vez, ya ha efectuado algunos pronunciamientos en favor de la mencionada

(1) Para el libro Homenaje al Profesor Klaus Tiedemann.

(2) Se trata de los delitos de lesiones agravadas del art. 148.4 del CP, de los malos tratos y lesiones leves del art. 153 del CP, de las amenazas de los artículos 171.4, 5 y de las coacciones del art. 172.2 del CP.

reforma, como sintetizaremos más adelante. Numerosos artículos doctrinales se han publicado en contra, tanto de la reforma penal como de las decisiones del TC, y algunos otros se han mostrado favorables.

Junto a estas novedosas tendencias de política criminal de género, en el CP subsisten normas que, por el contrario, consolidan las discriminaciones de las mujeres en la sociedad. En el presente trabajo trataremos de evidenciar que una de estas normas es el art. 155 del vigente CP de 1995, que atenúa la pena de las lesiones si ha mediado el consentimiento de la víctima. Este del consentimiento en las lesiones, es otro tema muy polémico, que sigue vivo desde las primeras décadas del siglo XX, y que se ha ido configurando en función de los avances de la medicina y la modificación de las representaciones sociales. El actual art. 155 del CP ha sido valorado negativamente por la mayor parte de la doctrina, que suele reclamar la exención total de la pena, por más que en algún caso también se reconozcan las insatisfactorias consecuencias prácticas a que la exención puede dar lugar. Mas a partir de la política criminal de género que introduce la LOPIVG, el tratamiento de las lesiones consentidas por la víctima cobra una nueva dimensión y suscita diversos problemas que parece necesario abordar. De algunos de estos tratamos a continuación, pero solo como una aproximación a ellos.

II. EL SEXO Y EL GÉNERO EN LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En su exposición de motivos, la LOPIVG justifica las reformas introducidas para combatir la violencia de género que “se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.

Se justifica la reforma por razones de género, sí, pero se determina típicamente la responsabilidad penal a través del sexo, del sujeto activo y del sujeto pasivo. Ello es razonable si consideramos que entre los hombres y las mujeres hay dos diferencias básicas, una de carácter biológico y otra de carácter social. La diferencia biológica denotada con la palabra “sexo”, distingue a los varones de las mujeres y a ella debe recurrir el texto legal para determinar quién es la víctima y quién el agresor. En cambio, la palabra “género” alude a las diferencias sociales entre hombres y mujeres, que dan lugar a una discriminatoria asimetría entre las oportunidades sociales de las mujeres frente a los hombres, e innumerables dificultades para el ejercicio de los derechos y para el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, menoscabando,

en definitiva, su dignidad democrática. Estas son las diferencias sociales que la reforma quiere combatir y con ello se justifica.

Las diferentes posiciones sociales de hombres y mujeres, cambiantes en el tiempo y en las culturas se asumen en los procesos de socialización, muchas veces de manera inconsciente, y posteriormente se perpetúan en las prácticas cotidianas. Por ello, cuando un hombre golpea a una mujer y la reduce a una posición subordinada, la mujer sufre el riesgo de asumir dicha posición no solo frente a ese hombre particular, sino también respecto de aquellos con los que eventualmente pueda entrar en contacto en otras ocasiones. Por su parte, el agresor, corre el riesgo de perseverar en el comportamiento violento, e iniciada esta dinámica, ir progresivamente intensificándola en frecuencia y gravedad.

La “discriminación” en el texto de los artículos penales modificados por LOPIVG y, en particular, en el art. 153 del CP, ha llamado la atención de los juristas y ha hecho dudar de su constitucionalidad, seguramente en mayor medida que la discriminación de las mujeres en las relaciones sociales. Pero la reforma mencionada no solo puede ser valorada desde las diferencias textuales que ha introducido, sino también desde su relación con otras normas penales que no parecen corresponder a semejante política criminal, sino a alguna contraria. Desde la perspectiva de género, normas jurídicas que escrupulosamente respetan una igualdad textual, y que por lo tanto no parecen discriminadoras, suelen tener un impacto diferente en las mujeres y en los hombres, reforzando las desigualdades sociales existentes⁽³⁾. Ello es lo que estimo que sucede con el art. 155 del CP, pues a pesar de que la atenuación de la pena de los delitos de lesiones realizados con el consentimiento de la víctima, alcanza tanto a las causadas por los hombres como por las mujeres, materialmente es discriminadora, ya que las mujeres son la víctima mayoritariamente involucrada en esta norma penal y en general, en los delitos contra la vida y de lesiones. En las sentencias sobre delitos contra la vida y la salud, cuando interviene una mujer, no suele hacerlo como sujeto activo sino, en la mayor parte de los casos, como sujeto pasivo del delito realizado por un hombre; en las que revisaremos después resulta patente, la asimetría de posiciones entre hombres y mujeres.

Para valorar mejor estas diferencias a continuación analizamos el art. 153 del CP, malos tratos y lesiones leves realizadas en el ámbito familiar y asimilados tal y como ha quedado tras la LOPIVG, y después, el art. 155 del CP sobre el consentimiento en las lesiones.

(3) Como ha señalado ALÁEZ CORRAL (2008: p. 13 y ss.) la garantía de un trato igual no requiere necesariamente disposiciones legales generales.

III. LAS LESIONES Y MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR Y ASIMILADOS (ART. 153 DEL CP)⁽⁴⁾

Lo procedente es iniciar el análisis de cualquier tipo penal desde el bien jurídico protegido, mas por la peculiaridad del texto legal que ya hemos mencionado y en atención a aquellos lectores que no tengan a mano un código penal español, en el que pudieran observar el art. 153 del CP en su contexto, parece más oportuno comenzar describiendo los supuestos típicos, posteriormente abordar las cuestiones debatidas en torno a su constitucionalidad y finalmente las relativas al bien jurídico protegido, en la configuración que ha quedado tras la reforma introducida por la LOPIVG.

Por lo que respecta a los malos tratos en el ámbito familiar y asimilados, el art. 153 del CP, tipifica un único supuesto de hecho, pero con dos penas diferentes, según quien haya sido el sujeto activo y el sujeto pasivo. El supuesto de hecho es el siguiente: “el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión (...)”⁽⁵⁾. Y a continuación el art. 153 del CP diferencia tres modalidades (que aquí mencionamos como A, B y C) en cuanto a sujetos activos y pasivos. A las modalidades A) y B) les corresponde la misma pena, que es más grave que la que le corresponde a la modalidad C).

Modalidad A), art. 153.1 del CP, primer inciso.- El sujeto pasivo es una mujer: la mujer que “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. El sujeto activo es un hombre (“ligada a él”)⁽⁶⁾. Para aplicar este tipo penal no se requiere que el sujeto activo actúe con la intención de denigrar, humillar

(4) En el art. 153 CP se menciona en primer lugar a la esposa del agresor y a la que lo haya sido, que en el momento de los hechos puede haber establecido otra relación familiar; menciona también a la mujer que esté o haya estado ligada a él por una “análoga relación de afectividad, aun sin convivencia” y a la “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. Para referirnos a todas estas variables sin sobrecargar la redacción mencionamos el ámbito familiar y supuestos asimilados, pero sin intención de infravalorar a ninguno de ellos.

(5) El supuesto delictivo del art. 153 del CP viene a coincidir con el de faltas realizadas en ámbitos que no son el familiar ni asimilados, y que por ello se conminan con menor pena: la falta de malos tratos y la falta de lesiones que solo precisan una primera asistencia sanitaria, pero no un tratamiento médico o quirúrgico posterior, tipificadas en el art. 617 del CP.

(6) Este supuesto no se puede aplicar a relaciones homosexuales, debido a la diferencia de sexo que se establece entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. Ahora bien, esta conclusión tampoco resulta pacífica en la doctrina, pues hay quien ha defendido la posibilidad de aplicarlo a relaciones homosexuales entre mujeres (vid. LARRAURI PIJOAN (2009). Sin embargo, desde un punto de vista gramatical, las expresiones “la ofendida”, “mujer” o “ligada a él” excluyen dicha posibilidad; por otra parte, según la voluntad de la LOPIVG, expresada en el encabezamiento de la exposición de motivos, es combatir “la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. No, por tanto, a las desigualdades de género que se producen en relaciones homosexuales por mimetismo de roles.

o someter al sujeto pasivo, ni tampoco se requiere algún elemento objetivo como pudiera ser prevalimiento del sujeto activo, vulnerabilidad o desvalimiento del sujeto pasivo.

Modalidad B), art. 153.1 del CP, segundo inciso.- El sujeto pasivo: es una persona (hombre o mujer, menor, incapaz, enfermo, anciano etc.) especialmente vulnerable que convive con el autor.- El sujeto activo es un hombre o una mujer conviviente con el sujeto pasivo⁽⁷⁾. A diferencia de la modalidad A), en este caso sí debería quedar probado, como elemento del tipo, las circunstancias objetivas que dan lugar a la vulnerabilidad del sujeto pasivo.

Modalidad C) art. 153.2 del CP.- En esta modalidad se incluyen las agresiones que la esposa o compañera pueda realizar, como sujeto activo, contra el marido o compañero como sujeto pasivo, ya que los sujetos activos y pasivos son los mencionados en el art. 173.2, exceptuadas los que hemos mencionado como grupo A) y B). Es decir, sujeto activo pueden serlo la “(...) cónyuge o (...) persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o (...) los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o (...) los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o (...) persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como (...) las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

La penalidad más grave que asigna el art. 153.1 del CP en sus dos incisos a las modalidades que aquí denominamos A) y B) es “prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

La penalidad menos grave que asigna el art. 153.2 del CP a la modalidad C) es “prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”.

(7) Esta modalidad sí que es aplicable a las relaciones homosexuales, femeninas o masculinas, ya que no se establecen diferencias de sexo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, pues la peculiaridad reside en la vulnerabilidad de este último.

Hay diferencia de penas, cierto, pero no extrema: tres meses en cuanto al mínimo de la pena de prisión, y dos años en cuanto al máximo de la inhabilitación; inhabilitación cuyo límite mínimo no se determina para el supuesto del art. 153.1 del CP, de modo que en cuanto a esta pena se posibilita la igualdad para hombres y mujeres en sede judicial. No hay diferencias, en cambio, en la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad. Por otra parte, esas diferencias en la pena pueden ser mitigadas merced a la atenuación que prevé el apartado 4 del art. 153 del CP: “no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”. Aunque esta atenuación también es aplicable al cónyuge femenino, puede favorecer en mayor medida al cónyuge masculino, al que se le podrá aplicar en las mismas ocasiones que a la primera y en algunas más: si la agravación penológica del supuesto del art. 153.1 del CP ha sido justificada legislativamente, por razones de género, y en el caso particular la asimetría de posiciones que el concepto de género presupone ha quedado compensada por otros factores, concurrirán circunstancias “en la realización del hecho” que fundamentan la atenuación. Circunstancias, que, desde luego, deberá probar el que las alega⁽⁸⁾.

1. El control de constitucionalidad de las diferencias penológicas

La jueza titular del Juzgado de lo Penal N° 4 de Murcia conoció de un caso de violencia familiar en el que el marido había agredido a la esposa, y, por tanto, debía condenarlo por el hecho típico del reformado art. 153.1 del CP. Ello le planteó dudas en cuanto a la constitucionalidad del precepto, y promovió una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, alegando discriminación por razón de sexo, y vulneración del principio de culpabilidad. El TC se pronunció en su Sentencia N° 59/2008 del 14 de mayo en sentido favorable a la constitucionalidad del art. 153 del CP⁽⁹⁾.

(8) En los votos particulares de la STC 59/2008, que comentamos en el siguiente epígrafe, se critica que el art. 153.1 del CP asume tácitamente que en las relaciones familiares y asimiladas haya siempre una desigualdad y una posición subordinada de la mujer, que otorga un mayor desvalor a la agresión del hombre sobre a la mujer, que a la inversa. El magistrado Delgado Barrio concluye que “cuando no concurra ese “mayor desvalor”, es decir, cuando no concurra esa situación de discriminación, desigualdad o relación de poder, que es la justificación constitucional del precepto, este devendrá inaplicable”. Pero ello, en mi opinión, debe ser matizado; en primer lugar, porque como ya hemos visto la asimetría de posiciones no es un elemento del tipo. Ahora bien si en el caso concreto se puede probar que tal asimetría ha quedado compensada por otras circunstancias, lo que sucederá es que se aplicará al supuesto del art. 153.1 del CP la atenuación del art. 153 del CP.4.

(9) Se han presentado otras cuestiones de inconstitucionalidad semejantes, que no han sido admitidas por falta de requisitos, en las sentencias del TC, 139/2008 del 28 octubre, 140/2008 del 28 octubre y la 141/2008 del 30 octubre.

A pesar de que en el art. 153 del CP se establecen varias diferencias entre hombres y mujeres, no de todas ellas se planteó duda de constitucionalidad, en tanto no atañían a la resolución del asunto concreto. Se excluyó, en primer lugar, las diferencias en cuanto a la potestativa pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento; en segundo lugar, se excluyó la incidencia de las diferencias penológicas en cuanto al régimen de las alternativas a la ejecución de penas privativas de libertad también introducidos por la LOPIVG⁽¹⁰⁾. Y finalmente se excluyó del control de constitucionalidad la diferencia relativa al sujeto pasivo “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. La cuestión de inconstitucionalidad quedó reducida, por tanto, a las diferencias en la pena privativa de libertad para uno y otro sexo.

La jueza cuestionante interpretó que en el art. 153.1 del CP el sujeto activo es un varón y sujeto pasivo es una mujer. Esta es una interpretación válida para el TC, aunque, curiosamente, dice que no es la única, sin expresar a continuación qué otras pueden ser válidas según los criterios usuales de interpretación, en particular teleológico y gramatical; omisión del TC criticada en los votos particulares a la sentencia. A continuación la jueza compara la pena del art. 153.1 del CP con la del art. 153.2 del CP, con sujeto activo mujer y sujeto pasivo varón, y observa que por la diferencia de sexos que se establece en uno y otro apartado, resulta una diferencia penológica de entre tres y seis meses de prisión, en perjuicio del varón, a pesar de que el hecho tipificado es el mismo, a salvo de las diferencias mencionadas en cuanto al sexo de los sujetos⁽¹¹⁾.

La diferencia penológica, según la jueza cuestionante pueden ser inconstitucional porque contiene una discriminación por razón de sexo, prohibida por el art. 14 de la Constitución⁽¹²⁾, ya que por los mismos hechos, se pena más a los hombres que a las mujeres, y, además, se protege penalmente más a las mujeres que a los hombres.

(10) Supuestos relativos a la suspensión de la pena (art. 83.1.6, párrafo segundo del CP) revocación de la suspensión (art. 84.3 del CP), y pena sustitutiva (art. 88.1, párrafo tercero del CP).

(11) MAQUEDA ABREU (2006: 177) ha hecho notar que la relación conyugal o de pareja es un ámbito propicio para que se den los roles de género que conllevan para la mujer una posición de dependencia, vulnerabilidad y subordinación al varón. También LARRAURI PIJOAN (2009) alerta de que la relación de pareja es un factor de riesgo y de vulnerabilidad para la mujer. Señala, además, que la agresión causada por un hombre a una mujer no es igual que la causada por una mujer a un hombre, aunque el resultado producido haya sido el mismo, porque sus ‘propiedades relevantes’ no lo son, debido a las desigualdades de género. El primer supuesto es más grave que el segundo, porque genera, además, temor y riesgo de lesión.

(12) Según el art. 14 de la Constitución española (a la que se refieren las referencias que a continuación se hacen en este trabajo) “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En cambio, el TC valora la mencionada diferencia de pena para uno y otro sexo, no desde la prohibición de discriminación, del art. 14, sino según el derecho de todos los ciudadanos a la igualdad frente a la ley. De acuerdo con su reiterada doctrina, la igualdad no es sinónimo de uniformidad, y determinadas diferencias son constitucionalmente admisibles, en función de la finalidad perseguida por la ley, la razonabilidad u objetividad de las diferencias que se hacen, la adecuación o coherencia de la de la ley con la finalidad perseguida, y la ausencia de desproporción de las diferentes consecuencias que de la ley se derivan.

En cuanto a la finalidad perseguida por LOPIVG plasmada en el art. 153 del CP, reconoce el TC, a partir de la exposición de motivos de la ley, que con el mencionado precepto penal, se busca una mayor protección de las mujeres en el ámbito familiar y asimilados, en el que con tanta frecuencia sufren agresiones, como expresión de un abuso y desigualdad que merman en manera inadmisibles sus derechos constitucionales y su dignidad. Estas agresiones son las que el art. 153 del CP pretende prevenir porque vulneran la dignidad de las agredidas y la igualdad sustancial de hombres y mujeres, “elemento definidor de la noción de ciudadanía”. Según esto, el objetivo buscado con el art. 153 del CP es totalmente compatible con los principios constitucionales.

Las diferencias que establece la citada norma entre hombres y mujeres, según el derecho a la igualdad, precisan una justificación objetiva y razonable. La mayor frecuencia de las agresiones de los hombres a las mujeres constituye, en opinión del TC, un argumento razonable para tratar de compensar el mayor daño social con una mayor eficacia preventiva; dicha mayor eficacia preventiva es lo que se pretende conseguir con la agravación de la pena cuando la agredida, sujeto pasivo del tipo penal, es una mujer. Y esta justificación de la diferencias del sujeto pasivo o de protección está vinculada a la justificación en cuanto a las diferencias del sujeto activo o de sanción, pues, el mayor desvalor de la conducta se debe a quién sea el sujeto pasivo y a quién sea el sujeto activo. Sin embargo, reconoce el TC que la diferenciación resulta más intensa en cuanto está referida a la sanción que a la protección.

En principio podría pensarse que, si de lo que se trata es de proteger a las mujeres, no resulta funcional restringir, en el art. 153.1 del CP primer inciso, el círculo de los sujetos activos a los hombres, en vez de ampliarlo a cualquiera que las agrediera. A pesar de ello la norma sí es funcional en cuanto a sus objetivos, ya que la violencia que pretende prevenir es la que obedece a una arraigada pauta de comportamiento social, y por ello más lesiva, mediante la que los hombres dominan a las mujeres. En palabras del TC, en estas agresiones “del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente

dañada la libertad de esta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria (sic) que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece”. En definitiva, los diversos roles que desempeñan unos y otras en los malos tratos familiares, justifican la sanción más severa del varón por “el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión” del hombre sobre la mujer.

En cuanto al canon de proporcionalidad, hay que tener en cuenta que en el control de constitucionalidad de las leyes, el TC solo admitiría desproporción entre las consecuencias de los supuestos diferenciados si apreciara entre ellos un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable (...) a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”. En el caso que nos ocupa, para refutar el alegato de desproporción, el TC considera, en primer lugar, que las diferencias en cuanto a la pena privativa de libertad que establece el art. 153.1 del CP frente al 153.2 del CP son escasas, tres meses en el límite inferior de la pena; recordemos que no se ha sometido a su control la pena de inhabilitación, pero como hemos visto antes, dicha pena también puede igualarse en su límite mínimo para ambos supuestos en sede judicial. Considera el TC en segundo lugar, que en su límite mínimo, la pena privativa de libertad tiene como alternativa la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, sin diferencias en ambos tipos penales. Y en tercer lugar, que tanto la pena del art. 153.1 del CP, como la pena del art. 153.2 del CP puede rebajarse en un grado “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”, permitiendo matizar las consecuencias del supuesto concreto, por más que tal atenuación sea aplicable a la pena tanto del primer numerando del art. 153 del CP como del segundo.

La jueza cuestionante también había dudado de la constitucionalidad del art. 153 del CP desde la perspectiva del principio de culpabilidad, por dos razones. La primera, porque el legislador presumía que en las agresiones del hombre hacia su pareja femenina (actual o anterior) concurre una intención discriminatoria, o bien un abuso de superioridad, o bien una situación de vulnerabilidad de la víctima. La segunda, porque parece que se atribuye al varón una especie de responsabilidad colectiva por formar parte del grupo opresor. Nada de todo ello aprecia el TC. No hay presunción de que en el caso concreto concorra una especial lesividad ni una especial superioridad de una parte y vulnerabilidad de la otra, sino que todo ello objetivamente concurre, debido a la pauta cultural en la que se inserta la violencia del hombre sobre la mujer en el ámbito familiar. Desestima también la segunda objeción, porque la responsabilidad que se le reclama al varón no es por los agresiones

de otros hombres del pasado ni del presente, sino por la suya contra su mujer, que conlleva un desvalor añadido debido a “la consciente inserción de aquella en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción”.

En resumen, el TC admite diferencias en el texto de la ley penal y en sus consecuencias jurídicas para hombres y mujeres porque se han establecido para prevenir comportamientos que perpetúan las diferencias de género. Admite también una sanción más severa para el varón que para la mujer porque las agresiones del primero sobre la segunda son más graves, tienen un mayor desvalor, ya que la lesividad propia del hecho resulta agravada por las pautas sociales discriminadoras. A la vista de las escasas diferencias en la pena, no aprecia inconstitucionales por falta de proporcionalidad, en particular porque en el art. 153 del CP se han previsto recursos técnicos para rebajar la pena más grave en atención a las circunstancias concurrentes en el caso. Finalmente, no aprecia infracción del principio de culpabilidad, en tanto la responsabilidad que se reclama al sujeto activo lo es por su propio hecho y no hay presunciones o sospechas en su contra.

En los votos particulares y en las alegaciones de la jueza que presenta la cuestión de inconstitucionalidad⁽¹³⁾ planea constantemente el espectro de la legislación simbólica, del que el TC no se da por enterado. ¿Por qué se ha diferenciado la pena en el art. 153 del CP, y no, en cambio, en el art. 173.2 que tipifica supuestos análogos, pero habituales, y, por tanto más graves? Ciertamente, si los comportamientos agresivos son reiterados, y los malos tratos y las lesiones “no definidas como delito” se producen habitualmente, el art. 173.2 desplazaría al art. 153 del CP por el principio de especialidad, y adiós a la diferencia de penas entre hombres y mujeres. O, ¿por qué no se han introducido diferencias penológicas en el asesinato que realizan esposos y compañeros sobre esposas y compañeras, tantísimos cada año?

Son cuestiones interesantes porque la constitucionalidad de las leyes penales requiere eficacia o adecuación entre los medios que utiliza y las finalidades que pretende conseguir con ellos. Aunque socialmente exista la necesidad de protección de un bien jurídico constitucional, si la concreta ley sancionadora no es un instrumento eficaz, constitucionalmente no debería admitirse –aunque el TC español nunca lleva tan lejos el control de

(13) Se alega en la cuestión de inconstitucionalidad: “para perseguir con severidad el maltrato conyugal, fenómeno cuya gravedad en ningún momento se niega, bastaba con agravar las penas sin distinguir sexos. En cambio, ofrecer una respuesta escasa, pero realmente más grave, en apariencia inofensiva o simbólica, con el fin de enviar a la ciudadanía, a los colectivos de mujeres o de mujeres maltratadas, un mensaje de engañosa contundencia, no parece una justificación razonable y objetiva para la desigualdad generada”.

constitucionalidad de las leyes— pues en tal caso sería una ley meramente simbólica, sin voluntad política de aplicarla (Suay Hernández 2004: 99 y 129).

La motivación de la LOPIVG y las diversas medidas que toma, no deja lugar a dudas a cerca de la voluntad política de luchar contra la violencia de género. Pero pareciera que la reforma no busca tanto una agravación penológica por sí misma, sino reforzar aspectos simbólicos destinados a surtir efecto en el campo de la comunicación social (Suay Hernández 2004: 131). Buscaría no tanto efectos de prevención general negativa —dada las escasas diferencias penológicas— sino de prevención general positiva: afirmación, fortalecimiento o motivación a favor de pautas de comportamiento respetuosas con la igualdad entre hombres y mujeres. En definitiva, pretendería producir realmente efectos sociales o funciones manifiestas, y por ello no cabría alegar tacha de inconstitucionalidad. Cosa distinta es que efectivamente consiga ser eficaz, pero esta ya es otra cuestión.

2. El bien jurídico protegido

Las consideraciones anteriores sobre la finalidad de la LOPIVG nos permiten concretar el bien jurídico protegido en el art. 153 del CP. Con anterioridad a dicha ley, la Ley Orgánica 11/2003 (de 29 de septiembre) ya había iniciado una decidida Política Criminal para prevenir la violencia familiar al transformar en delito, en el art. 153 del CP, unos comportamientos que, fuera de dicho ámbito eran meramente constitutivos de falta penal (en el art. 617 del CP) y por ello conminados con menor pena. Desde entonces en la jurisprudencia se considera que con el tipo del art. 153 del CP, a pesar de estar ubicado entre los delitos de lesiones, se protege, en primer lugar o sobre todo, la pacífica convivencia en el ámbito familiar y asimilados, al igual que sucede con el art. 173.2 del CP, incluido entre los delitos contra la integridad moral, y al cual se remite el primero⁽¹⁴⁾. Dicha diferencia de bienes jurídicos justifica que en el art. 177 del CP se imponga concurso real de delitos entre el art. 173.2 del CP y los posibles resultados de lesiones o muerte que puedan producirse como consecuencia de algún supuesto de maltrato de los tipificados en dicho art. 173.2 del CP. Consecuentemente con la interpretación teleológica mencionada, tanto en el art. 173.2 del CP como en el art.

(14) Así se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, penal, número 20/2001 del 22 enero. Con cita de otras semejantes: “puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad. Dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes”.

153 del CP se prevé una agravación, entre otros casos, si el hecho típico se realiza en presencia de menores, o en el domicilio familiar.

Un sector doctrinal considera que el bien jurídico protegido en el delito de maltrato familiar es la integridad moral o alguna formulación similar (vid. Tamarit Sumalla 2005: 818). Sin embargo esta interpretación también es discutida. Maqueda Abreu (2006: 182 y s.) entiende que con estos tipos penales se trata de prevenir la escalada de la violencia sexista en sus primeras manifestaciones, y que ello configura el bien jurídico como un delito de peligro contra la vida y la salud⁽¹⁵⁾.

Tras la reforma del art. 153 del CP realizada por la LOPIVG podríamos definir el bien jurídico protegido como la pacífica, digna e igualitaria relación, presente o del pasado, entre los cónyuges, parejas y convivientes vulnerables. Pacífica y digna porque se desvalora la violencia, por leve que esta sea, e igualitaria porque en el art. 153 del CP se desvaloran también las desigualdades de género.

IV. LAS LESIONES CONSENTIDAS

Dos son los preceptos que regulan la eficacia del consentimiento del lesionado en el CP, el art. 155 del CP y el art. 156 del CP. Pero conviene transcribirlos en orden inverso a su numeración para su mejor interpretación.

Según el artículo 156 del CP, “(...) el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

(15) De otra opinión CARBONELL-GONZÁLEZ-GUARDIOLA (2004: 155), contrarios a la tipificación como delito de conductas “de tan escasa significación y tal grado de cotidianeidad que permiten afirmar que el Derecho penal ha invadido de manera irrefrenable la vida de los ciudadanos convirtiendo en absolutamente normal la comisión de delitos” ya que se ha tipificado una conducta “con fuerte arraigo social en algunos ámbitos, relacionada con patrones de conducta aprendidos de generación en generación y asociada además con frecuencia a víctimas colaboradoras con el agresor”.

Para otras lesiones, causadas en supuestos distintos de los mencionados en el art. 156 del CP, rige el art. 155 del CP, según el cual, “en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz”.

En lo que sigue nos vamos a ocupar solo del art. 155 del CP. Por ello, en tanto no se exige responsabilidad penal por el trasplante de órganos acorde con las disposiciones legales, ni por las esterilizaciones, ni por operaciones quirúrgicas de cambio de sexo realizadas por facultativo y con el resto de requisitos exigidos en el art. 156 del CP, todos estos supuestos, y los que la interpretación analógica *in bonam partem* pueda incluir, quedan al margen de una discusión de la problemática de las lesiones que vamos a tratar.

La del art. 155 del CP del vigente código penal de 1995, es una prescripción novedosa en el ordenamiento jurídico español, que ha suscitado numerosos comentarios y críticas de la doctrina que en los últimos decenios, mayoritariamente, ha reclamado la impunidad de las lesiones consentidas. No comparto esta opinión, pues entiendo que conceder eficacia eximente al consentimiento del lesionado puede dar lugar abusos y a un déficit de protección de individuos vulnerables. Por otra parte, la atenuación del art. 155 del CP plantea diversos problemas, aunque los más importantes son dos: no se establecen límites en cuanto a la gravedad de la lesión que se causa, y no se excluye expresamente su aplicación a la violencia contra colectivos protegidos, entre ellos las mujeres; en particular no queda claro si se aplica a los supuestos tipificados en el art. 153 del CP.

Hay que añadir, además, que desde que entrara en vigor en el año 1996 el art. 155 del CP, al parecer, solo ha sido aplicado por la jurisprudencia en una única ocasión⁽¹⁶⁾, de modo que, a diferencia de lo que sucede en la doctrina, no parece que haya una gran demanda social a favor de la impunidad ni de la atenuación de las lesiones consentidas. Veamos a continuación qué problemas particulares presenta el art. 155 del CP.

Como ya hemos indicado, a pesar de que el texto del art. 155 del CP es neutral, aparentemente no discriminador, no es ajeno a connotaciones de género debido a la discriminadora realidad social de la que venimos y en la que tiene que ser aplicado. Si indagamos la genealogía del art. 155 del CP descubriremos que procede del art. 428 del CP derogado, que hasta 1963,

(16) Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 1049/2002 del 5 junio, única hallada en la base de datos WESTLAW <<http://www.westlaw.es>> hasta el día 29 de abril de 2009, fecha en que se cierra este trabajo.

decía lo siguiente⁽¹⁷⁾: “el marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con pena de destierro. Si les produjera lesiones de otra clase quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables en análogas circunstancias, a los padres, respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha al que hubieren promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas”. En la reforma del CP de 1963⁽¹⁸⁾, al derogar esa cuasi excusa absolutoria se incluyó en el mismo artículo 428 una disposición general referida a los delitos de lesiones en la que se negaba eficacia eximente o atenuante al consentimiento de la víctima para ser lesionada, con la siguiente redacción: “las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos aun cuando medie consentimiento del lesionado”.

Pareciera que en 1963 los redactores del art. 428 actuaron preocupados sobre todo por contener las amplias prerrogativas de los maridos y los padres respecto de las hijas que hasta ese momento habían disfrutado. Podríamos decir que, en cierto sentido, preocupados por lo que hoy denominamos política criminal de género. Mas en materia de consentimiento se quedaron cortos, debido a los avances de la medicina en esterilizaciones o trasplante de órganos, dando pábulo a interpretaciones doctrinales alternativas que llegaban a invertir su significado gramatical. Aunque el texto del art. 428 era inequívoco, la doctrina polemizó en torno a la interpretación del mismo, creándose dos grupos; el que inicialmente fue minoritario, que después ha devenido mayoritario, afirmaba que el consentimiento del lesionado eximía de responsabilidad penal al lesionador, el otro, negaba toda eficacia a dicho consentimiento.

Desde la reforma de 1963 hasta el art. 155 del vigente CP ha habido diversas modificaciones legislativas que nunca han llegado a contentar a la doctrina⁽¹⁹⁾. Es por ello que cierto sector doctrinal hubiera preferido que el CP de 1995 no hubiera regulado en absoluto la virtualidad del consentimiento en las lesiones, dado el amplio consenso sobre la categorización de la impunidad de las lesiones consentidas⁽²⁰⁾; pero esa desregulación, en una materia tan sensible, constituiría dejación de las funciones del poder legislativo en el

(17) Sobre las reformas penales en materias que afectan principalmente a las mujeres vid. SUAY HERNÁNDEZ (2000: 595 y ss.).

(18) Reforma llevada a cabo por el Decreto de 28-3-1963, que aprobó el texto revisado del Código penal conforme a la Ley 79/1961 de 23-12 de Bases para la revisión parcial del texto refundido del CP de 1944.

(19) Al respecto, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (1985: p. 958 y ss.), SEGURA GARCÍA (2005: 884 y ss.), SUÁREZ LÓPEZ. 2005. p. 367 y ss.), entre otros.

(20) Vide: SEGURA GARCÍA (2005: 886)

judicial, y, seguramente, conduciría a abusos de los socialmente mejor situados sobre los menos.

En la doctrina, a la impunidad de las lesiones se llega por diversas vías: a partir del propio concepto de bien jurídico protegido en las lesiones, tal y como previamente se lo define; por la concurrencia de una causa de atipicidad, por ausencia de imputación objetiva, merced al principio de autonomía de la víctima, por el principio de adecuación social, por el principio de insignificancia, o por la concurrencia de alguna causa de justificación.

Por lo que respecta al bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, el primer escollo con el que nos topamos es que el legislador español no ha aludido en la rúbrica del Título III (Libro II del CP) al bien jurídico perjudicado con los delitos de lesiones, sino a los resultados típicos. En la doctrina se considera que el bien jurídico protegido con los delitos de lesiones es la salud individual y la integridad física y psíquica. Ahora bien, hay un relevante sector doctrinal que entiende que en el bien jurídico se incluye algo más: la disponibilidad del titular de la salud, y que por tanto, estamos en presencia de un bien jurídico disponible por parte de su titular; disponible en un doble sentido: en el ejercicio de su libertad el individuo se puede lícitamente autolesionar, y, además, puede ceder a un tercero esa capacidad de decisión acerca de su salud. Por tanto, es penalmente atípica la autolesión e incluso la lesión causada por un tercero si la víctima consiente en ello⁽²¹⁾. Según esta comprensión afirma González Rus (2005: 144) que el bien jurídico es “(...) el conjunto de las condiciones materiales que comporta la integridad corporal y la ausencia de enfermedad (sustrato) (...)” pero junto ello, también “la capacidad de disposición del titular”, quedando así configurado como un bien jurídico disponible, que solo resultará lesionado “cuando ambos aspectos se vean afectados de consuno”. No obstante, expresamente reconoce este autor, que su criterio no se corresponde con la regulación del vigente art. 155 del CP (Ob. cit. 155). En general los autores que parten de la disponibilidad del bien jurídico salud consideran el consentimiento como una causa de atipicidad que exime de responsabilidad penal al que lesiona, independientemente de lo que prescribe el art. 155 del CP⁽²²⁾.

La atipicidad del consentimiento en las lesiones también está sometida a límites; así, Berdugo Gómez (2001: 57) menciona expresamente como criterios limitadores del consentimiento del lesionado su dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución).

(21) Para las diversas posiciones doctrinales puede consultarse DÍEZ RIPOLLÉS (1997: 126 y ss.).

(22) Vid. También BERDUGO GÓMEZ (2001: 49), SEGURA GARCÍA (2005:890), SUÁREZ LÓPEZ (2005: 375).

Tratando de compatibilizar la regla del art. 155 del CP, Díez Ripollés (1997: 136) define el bien jurídico como la “salud e integridad personales ajenas, siempre que su mantenimiento no suponga un trato inhumano o degradante, frente a cualesquiera agresiones no consentidas y, en menor medida, frente a las consentidas de una cierta entidad”. Por su parte, Mir Puig (2008: 513) considera el consentimiento del sujeto pasivo en las lesiones una institución entre la atipicidad y la antijuridicidad. En determinados casos la imputación de la lesión producida recaerá en quien consiente, y por tanto, no en quien causa las lesiones; pero en otros casos, el consentimiento del lesionado meramente justificará la lesión (Ob. cit. 512). Para Muñoz Conde (2004: 127) el consentimiento del lesionado exime de responsabilidad penal.

Con una posición más restrictiva, Bustos-Hormazábal (2006: 228) entienden que el consentimiento del sujeto afecta a la “desvaloración significativa del tipo” y, generalmente, es una causa de atipicidad en los delitos contra la propiedad y la libertad sexual, pero no así en los delitos contra la vida o contra la salud. “El consentimiento surge desde la autonomía de la voluntad (...) siempre la persona puede disponer de sus derechos, así se puede lesionar o suicidar, pero desde un punto de vista político-criminal, y precisamente por el carácter complejo de los bienes jurídicos, respecto de algunos de ellos, cuando se trata de la intervención de un tercero el consentimiento no es suficiente como causa de atipicidad y se le agregan requisitos que lo convierten en causa de justificación (...)”, pero incompleta, ya que “(...) el consentimiento solo podrá operar como atenuante. Demostración palpable de lo expresado anteriormente se aprecia en el tratamiento del suicidio (...)” pues “(...) en el art. 143 se castiga al tercero interviniente en el acto de disponibilidad de la propia vida, pero en todo caso con penas inferiores incluso a la del simple homicidio” (Ob. cit. 236).

Estos autores tratan conjuntamente la naturaleza jurídica y la eficacia del consentimiento del sujeto que lo otorga para su propia muerte o para ser lesionado. De modo que que aplicando el razonamiento conjunto al consentimiento en las lesiones, pareciera que estarían de acuerdo con la regulación del art. 155 del CP, ya que entienden que el consentimiento del lesionado, no es causa de atipicidad aunque puede tomarse en consideración como fundamento de una causa de justificación incompleta, que debe estar tipificada expresamente. Todo ello sin perjuicio de que determinados supuestos de lesiones dolosas e imprudentes consentidas pudieran ser atípicas en virtud del principio de insignificancia (Ob. cit. 234 y 316 y ss.).

Ciertamente son dos cuestiones diferentes la disponibilidad por parte de uno mismo y la cesión a terceros de dicha disponibilidad. En principio, y desde un punto de vista estrictamente racional, si genéricamente se reconoce la disponibilidad, esta también incluiría la disponibilidad a favor de terceros.

Mas si en el razonamiento introducimos una premisa empírica, tomada de la observación de las relaciones sociales, junto a esa regla general de la disponibilidad bien podemos oponer una excepción para evitar abusos, y en particular, para contrarrestar las diferencias de género. Y si introducimos otra de carácter jurídico, tomada del texto constitucional, referida a las obligaciones que tiene el estado social de proteger a los colectivos que participan en las relaciones sociales desde posiciones desventajosas, la excepción queda justificada.

Por lo tanto, el bien jurídico salud individual es disponible, y por ello sí uno se quiere drogar o asumir riesgos deportivos, o hartarse de comer, o no comer en absoluto, o incluso autolesionarse, eso debe respetarlo el Estado; pero a la vez, el Estado social debe promover la protección de la salud. Es más, si ciertas anomalías tales como la autolesión o el privarse voluntariamente de alimento pasan de ser un comportamiento raro a convertirse en tendencia, los poderes públicos deben aplicarse, porque bienes jurídicos fundamentales están en peligro; deben indagar qué está sucediendo y tratar de prevenir estas autolesiones, como en realidad se está haciendo en algunos casos, por ejemplo, en el trastorno anoréxico inducido por determinados círculos a través de Internet. En definitiva, el Estado social debe intervenir en las interacciones sociales que contrarían los ideales democráticos y los principios constitucionales; sobre todo en aquellas relaciones sociales en las que, por razones históricas y estructurales, unos están subordinados a otros.

Decidir los efectos del consentimiento en las lesiones desde la disponibilidad del bien jurídico a favor de terceros, fundamentando dicha disponibilidad, meramente, en interpretaciones doctrinales, y definiciones previas de ese bien jurídico, no es compatible con un Estado de Derecho. La falta de tipicidad también puede argumentarse a partir de la imputación objetiva y el principio de autonomía de la víctima. Pero alcanzar tal conclusión contrariando frontalmente lo dispuesto en el art. 155 del CP, puede constituir un abuso interpretativo en detrimento de las competencias del poder legislativo.

Considero que hay que partir de la salud como un derecho y un bien constitucional, reconocido en tratados internacionales y en diversos artículos de la Constitución. Por lo que a esta última se refiere, en primer lugar, en el art. 15, expresamente como derecho fundamental a la integridad física y moral, a no padecer tratos inhumanos, y, en definitiva a la salud como presupuesto del derecho a la vida que sí se menciona expresamente. Entre los principios rectores de la política social y económica, en el art. 43 se reconoce el derecho a la protección de la salud de todos, en el art. 49, de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, en el art. 50, de los ancianos o “tercera edad”, en el art. 51, de los consumidores.

Para resolver determinados conflictos jurídicos habrá que ponderar otros principios constitucionales relativos al caso, y entre ellos al valor libertad del art. 1, o la dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10. Mas no solo estos, pues si así hiciéramos adoleceríamos de una especie de ceguera, a la vez jurídica y social. Jurídica porque debemos ver también el art. 9.2, que bien hace al caso de la violencia de género, al imponer a los poderes públicos la tarea de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Y ceguera social si no reparamos en las lacerantes desigualdades y discriminaciones en las relaciones sociales.

Mas si de ponderación constitucional se trata, entonces hay que ver caso por caso, o al menos, grupos de casos, como sostienen un importante sector doctrinal⁽²³⁾. En lo que sigue vamos a revisar aquellos casos de los que se ha ocupado preferentemente la doctrina, para determinar qué efectos se le deban reconocer al consentimiento de la víctima en las lesiones.

1. Grupos de casos y supuestos problemáticos

Un grupo de casos paradigmáticos es el de los **tratamientos médicos**. Hay un sector doctrinal –en el que me incluyo– que considera que en los tratamientos médicos que se llevan a cabo de acuerdo con la *lex artis*, exitosos o no, no cabe hablar de acción típica de lesiones; en los exitosos, porque no hay afección del bien jurídico salud individual, ya que esta resulta beneficiada; y en los fallidos, porque no ha habido incremento de riesgos anti-jurídicos. Desde esta posición, y a diferencia de lo que sostiene otro sector doctrinal, entiendo que no hay necesidad de recurrir técnicamente al consentimiento del paciente como causa de atipicidad o de justificación, o a otra causa de justificación⁽²⁴⁾.

Hay que tener en cuenta además el derecho del paciente al consentimiento informado en los tratamientos médicos. La legislación relativa a los derechos del paciente no deja lugar a dudas: en todos aquellos tratamientos y operaciones permitidos por la *lex artis*, y por las normas jurídicas sanitarias relativas a las donaciones de órganos, ensayos clínicos y similares, es el paciente el que decide si recibe o no un tratamiento o cualquier otra operación

(23) Vide: BERDUGO GÓMEZ (2001: 54 y ss.), MIR PUIG (2008: 515), quien considera bastante distintos los casos en los que puede intervenir el consentimiento de la víctima de lesiones.

(24) Referencias sobre ambas corrientes doctrinales y desarrollo de la propia pueden verse en MUÑOZ CONDE (2004: 133 y ss.), y MIR PUIG (2008: 495).

médica. Por tanto, si el paciente fuera sometido a un tratamiento en contra de su voluntad, habría un delito de coacciones (Mir Puig 2008: 496).

De la legislación sanitaria en la que se reconoce el derecho de los pacientes a, informadamente, decidir qué tratamientos médicos quieren o no recibir, Segura García (2005: 898) extrae una conclusión general sobre la responsabilidad penal en las lesiones consentidas, que, si más no, resulta curiosa en un Estado de Derecho, a saber: “que los arts. 155 y 156 (del CP) no tienen a fecha de hoy virtualidad jurídica, habiendo quedado obsoletos y no aplicables”. Sin embargo, esta opinión no tiene en cuenta que las leyes sanitarias regulan otro ámbito y otra problemática, derivada del poder que tradicionalmente ha ejercido el personal sanitario respecto del criterio de pacientes y familiares, y, por tanto, de ellas no se pueden extraer conclusiones para establecer una regla general aplicable a cualquier otra relación social.

Otro grupo de casos interesantes es el de **las lesiones deportivas**. La práctica del deporte es un bien jurídico constitucional. En el art. 43 de la CE, en el que se reconoce y protege el derecho a la salud, en su apartado tercero, se establece que “los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”. Este reconocimiento constitucional permite modular en el deporte los conceptos de adecuación social y riesgo permitido, ayudados por la propia regulación de cada deporte, que establece qué prácticas son reglamentarias o antirreglamentarias, y entre estas últimas, las que quedan dentro de lo socialmente admitido y las que no. Eser (1990: 1130 y ss.) utiliza los conceptos de adecuación social y consentimiento para argumentar la impunidad de muchas lesiones deportivas, pero también aprecia excepciones. En las irregularidades reglamentarias peligrosas, las lesiones causadas al contrincante, solo quedan justificadas si no “conllevan un riesgo aumentado y manifiesto, pudiendo deducirse el grado del riesgo tanto de la alta probabilidad de una lesión, como de la gravedad potencial del supuesto (...) riesgos mortales o pérdida de órganos vitales, lesiones con deformación permanente o mutilaciones graves”. Respecto de los delitos de lesiones del código penal español, equivaldrían a supuestos tipificados en el art. 149⁽²⁵⁾ y art. 150⁽²⁶⁾

(25) Art. 149: “el que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. 2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”.

(26) Art. 150 del CP: “el que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años”.

del CP para las lesiones dolosas y el art. 152⁽²⁷⁾ para las imprudentes en relación con los dos primeros.

También para Mir Puig (2008: 493) la exención de responsabilidad penal en las lesiones deportivas procede del concepto de adecuación social y consentimiento. Las lesiones que se causan sin infracción de las reglas del juego quedan justificadas porque suponen el ejercicio legítimo del derecho a participar en un deporte. En cambio, aquellas en las que se han infringido las reglas en manera contraria a lo socialmente adecuado serán punibles, aunque podrán beneficiarse de la atenuación del art. 155 del CP. Aunque en estos casos deberíamos distinguir entre el consentimiento a participar en un deporte de riesgo, reconocible en todos los participantes informados, y el consentimiento para sufrir una grave lesión por prácticas antirreglamentarias, que exceden el riesgo permitido o la adecuación social. En este último supuesto no podríamos presuponer el consentimiento de un participante, y por ello, salvo que hubiera sido otorgado, no se podría aplicar la atenuación del art. 155 del CP que exige que el consentimiento sea expresamente emitido.

Otro grupo de casos es el de las **operaciones de cirugía estética**.- Muñoz Conde (2004: 129) como argumento general a favor de la eficacia eximente del consentimiento del lesionado se pregunta “¿qué otra cosa sino el consentimiento puede justificar una operación de cirugía estética?”. Por su parte, Mir Puig (2008: 495) entiende que estas actividades, siempre que produzcan un resultado socialmente positivo, pueden quedar justificadas por el ejercicio legítimo de un oficio o cargo. Aunque desde el punto de vista del paciente podríamos pensar también en la justificación fundamentada en el derecho a la propia imagen, o en el estado de necesidad. Hay que tener en cuenta que el consumo de servicios de cirugía estética no es indiferente para los poderes públicos, ya que conforme adquieren relevancia y se generalizan estas prácticas, se van regulando más específicamente para proteger mejor los derechos de los consumidores, de la misma manera que ya antes se ha hecho

(27) En el CP español se diferencia entre las lesiones causadas por imprudencia leve e imprudencia grave. Las primeras son constitutivas de falta penal, las segundas, delito, y están tipificadas en el art. 152, según el cual: “el que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado: 1. Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones del artículo 147.1. 2. Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149. 3. Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150. 2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años. 3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de uno a cuatro años”.

con esterilizaciones y operaciones de cambio de sexo. Con los requisitos que normativamente se exijan, las operaciones de cirugía estética pueden quedar justificadas penalmente; lo deseable sería que estos supuestos se incluyeran también en el siempre fragmentario art. 156 del CP, que necesariamente irá a la zaga de los avances médicos y de las representaciones sociales. La ponderación propia de las causas de justificación parece la mejor solución para los problemas que, en tanto, puedan plantearse.

Veamos ahora los casos en los que el consentimiento es otorgado por un individuo perteneciente a **colectivos específicamente protegidos**.- Como ya hemos expresado, para ponderar qué eficacia se le debe conceder al consentimiento del lesionado no podemos ignorar las desigualdades sociales que privilegian las posiciones de unos individuos respecto de otros. En el CP se protege específicamente a menores, incapaces, consumidores, trabajadores, migrantes u otras personas especialmente vulnerables. Estas personas agrupadas conceptualmente en colectivos sociales necesitados de protección jurídica, pueden llegar a consentir abusos y lesiones debido a las pequeñas ventajas que se les ofrezca a cambio.

Tomemos para ejemplo el caso de la protección de la salud de los trabajadores. En el CP está tipificado como delito de peligro concreto el comportamiento del empresario que omite las medidas de seguridad e higiene reglamentarias en el trabajo y con ello pone en peligro la salud de los trabajadores, aunque sea de un solo trabajador. Este comportamiento es delictivo tanto si se realiza dolosamente como por imprudencia grave (art. 316 y art. 317 del CP). Si a consecuencia de la omisión típica algún trabajador llega a sufrir lesiones o muerte, el hecho se calificará como un concurso de delitos entre el del art. 316 o 317 y el delito correspondiente de lesiones o muerte. Si el trabajador o trabajadores para los cuales se omiten las medidas de seguridad consienten en ello, tal consentimiento es irrelevante para la realización típica ya que estamos en presencia de tipos penales macrosociales y colectivos. Pero si llegan a producirse lesiones, en tal caso, según la doctrinal regla general, estaríamos ante un supuesto de lesiones consentidas, y por lo tanto, no podría exigirse responsabilidad al empresario por las lesiones que hubiera sufrido el trabajador. Y ello con independencia de que el empresario actuara dolosa o imprudentemente. ¿En verdad debería ser considerado eficaz el consentimiento de algún individuo del colectivo protegido para sufrir un riesgo derivado de comportamientos tipificados como delitos, contra los consumidores, trabajadores, migrantes u otros? En el caso particular de los extranjeros Berdugo Gómez (2001: 57 y 58) considera que tal consentimiento no sería causa de atipicidad que eximiera totalmente de responsabilidad por la lesión efectivamente producida, pero sí sería de aplicación la atenuación prevista en el art. 155 del CP, ya que

constituye una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se trataría, por tanto de una semiatipicidad de la lesión del bien jurídico microsocioal, salud individual, para cuya mejor protección el legislador había tipificado la afección del bien jurídico macrosocioal. ¿Mas no parece incoherente, incluso la atenuación del art. 155 del CP en estos casos? En unos tipos macrosociales y de peligro se aprecia una protección especial de individuos pertenecientes a colectivos vulnerables, y en el art. 155 del CP se disminuiría dicha protección cuando se hubiera materializado el riesgo que el tipo macrosocioal quiere prevenir. ¿Tiene sentido rebajar la protección si, como consecuencia de su dependiente y débil posición, el trabajador “consciente” en la asunción del riesgo que le ha ofrecido uno de aquellos que socialmente ostentan posiciones de dominio y superioridad?. ¿No habría una evidente contrariedad con los principios rectores de la política social proclamados en la Constitución?

Más acertada parece la posición de Lascurain Sánchez (1994: 264 y s.) cuando advierte que el trabajador, debido a la realización rutinaria de sus tareas y la desatención que ello puede comportar, es para el empresario, a la vez, objeto de protección, y factor de riesgo en la empresa; por tanto, la imprudente autopuesta en peligro del trabajador forma parte de los deberes de seguridad del empresario (Ob. cit. 401). Esta posición se refleja en la sentencia nº 339/2005 del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, del 23 de setiembre de 2005, que reduce mucho la virtualidad de la autonomía de la víctima en los delitos contra la seguridad de los trabajadores, afirmando la imputación objetiva en un caso que, si se hubiera dado en otros espacios de relación, se hubiera excluido o disminuido la imputación, debido a la coparticipación imprudente de la víctima en la producción del resultado.

Otro grupo de casos paradigmático es el de las lesiones que se producen en **relaciones sexuales sdomasosquistas**, aunque por la trascendencia que tienen en ellas las cuestiones de género, las trataremos en el apartado siguiente.

El art. 155 del CP plantea también problemas en su relación con otros preceptos del CP. En primer lugar, con el **art. 156 del CP**.- Según Berdugo Gómez (2001: 57) cuando falte algún requisito para apreciar la exención de pena del art. 156 del CP se podrá aplicar la atenuación del art. 155 del CP. Pero esta interpretación podría llevar a situaciones incompatibles con la dignidad de las personas; pues equivaldría a admitir la atenuación de la pena del delito de lesiones, por ejemplo, en los casos de compraventa de órganos, resultando semijustificado semejante negocio. El art. 156 del CP y el art. 155 del CP atañen a interacciones diferentes. Históricamente los supuestos que hoy hallamos en el art. 156 del CP fueron una excepción a la regla general de la ineficacia del consentimiento del lesionado, en el segundo párrafo del art. 428. Regla general que se ha atenuado en la actualidad en el art. 155 del CP,

pero que no por ello permite invertir la relación entre los hechos aludidos: actualmente la regla general es la atenuación de la pena en el art. 155 del CP, y la excepción es la exención de pena en los supuestos del art. 156 del CP.

El art. 155 del CP presenta también problemas en los casos de **riñas mutuamente aceptadas**: habría que admitir la atenuación de la pena en los casos en que dos se retan a una pelea o uno acepta el desafío de otro, y a consecuencia de ello se producen lesiones. Problema que desde luego se acentúa si la eficacia del consentimiento se considera causa de atipicidad. Orts y González (2004: 432) excluyen la posibilidad de aplicar la atenuación del art. 155 del CP porque entienden que no existe un consentimiento a recibir una lesión, sino que lo que hay es el deseo de lesionar al otro. En algún supuesto de riña mutuamente aceptada se ha demandado la aplicación del art. 155 del CP pero la jurisprudencia no lo ha admitido, ya que no constaba el consentimiento del otro para la lesión⁽²⁸⁾. No obstante, también se podría pensar en casos en los que de antemano se acepta expresamente la lesión que el otro eventualmente le pueda causar a uno, como si de un duelo se tratara. Serían supuestos análogos a los de un combate deportivo de boxeo, pero sin reglas oficiales, ni árbitros ni controles. ¿Con qué argumentos se podría rechazar la atenuación del art. 155 del CP, que en su formulación va dirigido a cualquier delito de lesiones? Estos casos constituyen un problema más de los que origina el art. 155.

¿Se puede aplicar el art. 155 del CP a **las faltas dolosas del art. 617**, dado que en su texto solo menciona a los “delitos de lesiones”?.- Los autores que reclaman la eficacia eximente del consentimiento de la víctima de lesiones, también la extienden a los resultados de lesiones falta y malos tratos, de modo que no cabe discutir sobre la atenuación del art. 155 del CP. Incluso autores que aceptan la atenuación del consentimiento del art. 155 del CP para los delitos de lesiones, admiten la eficacia eximente en el caso de las faltas (Díez Ripollés 1997: 119).

Finalmente nos hemos de preguntar por la eficacia del consentimiento de la víctima en las **lesiones imprudentes**.- No es cuestión pacífica en la doctrina cómo resolver los casos en que se han producido lesiones culposas en tanto la víctima había aceptado participar en una situación de riesgo. ¿Estamos frente a un problema de consentimiento o de imputación objetiva y autonomía de la víctima? Según Bonet Esteva (1999: 243) la autopuesta en peligro de la víctima y el consentimiento son dos aspectos de un mismo problema; sin embargo Carbonell-González (2004: 148) afirman, respecto del

(28) La sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 2ª), núm. 42/2004 del 9 febrero, rechazó que el art. 155 del CP pudiera atenuar las lesiones causadas en una riña.

consentimiento en las lesiones, que este “solo muy impropiaamente puede asociarse a la autopuesta en peligro”. Según Mir Puig (2008: 517), el consentimiento de la víctima puede eximir de responsabilidad penal tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes. En estos últimos el consentimiento suele estar referido al comportamiento del sujeto activo que aumenta riesgos antijurídicos, y no, propiamente, al resultado de lesión, pero en todo caso, ello basta para eximir de responsabilidad penal al sujeto activo que causa las lesiones imprudentes, o incluso la muerte de la víctima que consintió en la actividad peligrosa. Por su parte Muñoz Conde (2004: 131) afirma que en las conductas de riesgo, consentido por la que acaba siendo la víctima, quedan fuera de la aplicación del art. 155 del CP, ya que el consentimiento eximirá de responsabilidad al que las causa; pone como ejemplo al que decide mantener relaciones sexuales sabiendo que el otro padece una enfermedad grave que le pueda contagiar, y finalmente se contagia; este ha consentido tal contagio, de modo que el otro queda exento de responsabilidad penal. Mas el mismo autor, a continuación, menciona diversos supuestos en los que, si se toma como regla general el criterio planteado, reconoce que se puede debilitar la protección de bienes jurídicos tan importantes como la vida y la integridad física.

En los resultados imprudentes la jurisprudencia española suele atenuar el grado de culpa, la responsabilidad penal y la civil cuando aprecia la autonomía de la víctima, que en ocasiones denomina concurrencia de culpas. Ahora bien, como ya hemos señalado antes, la jurisprudencia también ha advertido que la autonomía de la víctima, como excluyente de la imputación objetiva del resultado, tiene una relevancia muy limitada o nula, en ámbitos donde está particularmente protegida, cual es el laboral.

2. Los requisitos del consentimiento

En el art. 155 del CP se exige que, para atenuar las lesiones causadas por el sujeto activo, el consentimiento del sujeto pasivo sea válido, libre espontáneo y expresamente emitido; añade también el mencionado artículo que no se considerará válido el consentimiento otorgado por un menor o un incapaz. A partir de aquí vamos a repasar las particularidades interpretativas y los problemas que pueden presentar estos requisitos, que, se afirma, deben determinarse sin sujeción a las reglas de derecho privado⁽²⁹⁾.

Los comentaristas suelen tratar abstractamente los requisitos del consentimiento sin tener en cuenta los diversos grupos de casos a los que puede ser aplicado, o solo en escasa medida. Hallamos también algunas interpretaciones

(29) MIR PUIG (2008: 518), TAMARIT SUMALLA (2005: 818).

favorables a la restricción de los requisitos de validez del consentimiento y con ello a la disminución de la protección de las víctimas.

En primer lugar, el consentimiento debe ser **previo** a la realización de la lesión, “si ha mediado el consentimiento” se dice en el texto legal. Presenta problemas interpretativos el **concepto de menor**. Según su reconocimiento constitucional la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. Sin embargo, en ciertos casos, la doctrina penal disminuye dicho límite cuantitativo introduciendo criterios cualitativos referidos al grado de madurez del menor, como sucede en casos de aborto o de rechazo a tratamientos médicos; de modo que cabe el riesgo de que se interprete como admisible una rebaja de la edad para consentir en un par de años, con lo cual se disminuiría la protección de los jóvenes⁽³⁰⁾. A mi entender, con buen criterio se suele negar que, a diferencia de lo que sucede en el art. 156 del CP, el consentimiento de los representantes legales pueda suplir el del menor⁽³¹⁾.

El **concepto de incapaz** lo proporciona el CP en el art. 25: “toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”. Si dicha enfermedad no le impide gobernarse, sino que meramente le dificulta dicho gobierno, en puridad, no estaríamos en presencia de un incapaz, y por tanto, podría admitirse su consentimiento para ser lesionado por otro, lo que podría dar lugar a abusos. El consentimiento debe ser expresado **libremente**, por tanto, sin violencia, intimidación o engaño (Díez Ripollés 1997: 140 y ss.). Según Tamarit Sumalla (2005: 818), no es libre el consentimiento prestado en supuestos semejantes a los de inculpabilidad tales como el miedo insuperable o el trastorno mental transitorio. Mas según esta interpretación, podría considerarse que el consentimiento se ha otorgado libremente en los supuestos de imputabilidad atenuada análogos a los que se reconocen como atenuantes y eximentes incompletas (art. 21 del CP). En este caso y en el anterior, relativo al incapaz, pareciera que no queda suficientemente protegida la salud e integridad física de las personas que sufren anomalías de carácter psíquico importantes, pero que no llegan a la gravedad propia de la inimputabilidad.

El consentimiento debe ser expresado **espontáneamente**. Según Tamarit Sumalla (2005: 818), quedan excluidos los casos en los que el sujeto pasivo ha sufrido alguna manipulación, aunque deberá considerarse espontáneo cuando meramente se haya hecho nacer en él la voluntad o el deseo de ser lesionado (inducción). Esta es también la opinión de bastantes autores

(30) Según los criterios civiles de emancipación del menor también podría aducirse una disminución de la edad de 18 años, vid. DÍEZ RIPOLLÉS (1997: 138 y ss.).

(31) DÍEZ RIPOLLÉS (1997: 143), TAMARIT SUMALLA (2005: 818).

que avalan la impunidad de cualquier forma de participación en una auto-lesión, incluyendo la inducción⁽³²⁾. Un problema particular lo constituye el **consentimiento obtenido mediante precio**. En el art. 155 del CP no se excluye expresamente el consentimiento mediante precio, en tanto que en el art. 156 del CP sí que se lo excluye expresamente. Díez Ripollés (1997: 140 y ss) se muestra partidario de apreciar la existencia de un consentimiento válido a pesar de que se hubiera obtenido mediante precio. En cambio Tamarit Sumalla (2005: 818) reconoce que se trata de un supuesto dudoso, pero se muestra partidario de no aceptarlo como consentimiento válido. Tampoco Berdugo Gómez (2001: 55) ya que consentir mediante precio está reñido con el libre desarrollo de la personalidad.

En la jurisprudencia se considera que el consentimiento es libre y espontáneo cuando no está “condicionado por ningún elemento externo” (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 1049/2002 del 5 junio) pareciera, por tanto, que debería excluirse tanto el consentimiento que se ha obtenido por inducción de un tercero como el que se ha obtenido mediante precio. En realidad, esta conclusión se corresponde con la interpretación usual del precio en el delito de asesinato: el que paga es inductor.

En el art. 155 del CP se exige también que el consentimiento haya sido **emitido expresamente**, de modo que quedan excluidos consentimientos presuntos, tácitos y actos concluyentes (Díez Ripollés 1997: 142). Esta exigencia es criticada por Tamarit Sumalla (2005: 818 y ss) por excesivamente formalista, pues supone “la negación de la eficacia del consentimiento presunto en caso de incapacidad para prestarlo personalmente”. Sin embargo, dejando al margen los supuestos del art. 156 del CP, y los tratamientos médicos dirigidos a mejorar la salud del paciente, como hemos visto antes, apreciar el consentimiento presunto, podría dar lugar a abusos y riesgos para muchos individuos. Sobre esto, en la jurisprudencia no parece haber dudas: “expresamente emitido por el ofendido, no bastando con meras suposiciones sobre la prestación del tal consentimiento” (sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal, 1049/2002 de 5 junio).

V. VIOLENCIA DE GÉNERO Y CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES

A los colectivos que hasta ahora ha protegido especialmente el CP hay que añadir, tras la LOPIVG, a las mujeres, al menos en el marco de las relaciones familiares y asimiladas, a las que se ha reducido la mencionada reforma.

(32) Vid. entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS (1997: 119 y 134), SUÁREZ LÓPEZ (2005:376) que sigue a González Rus.

Esas discriminaciones son más graves, desde luego, cuando se emplea violencia e intimidación para doblegar la voluntad de la mujer o para vejlarla.

Como ya hemos dicho, la violencia física y psíquica que sufren las mujeres a manos de los hombres refuerza su subordinación social. El daño que producen a la mujer unos golpes o unas bofetadas trascienden el mero dolor físico y refuerzan la coacción al avasallamiento, no solo a ese hombre particular que la maltrata, sino a todos en general, porque consolidan la pauta de sometimiento. Ello es lo que ha tenido en cuenta la reforma del art. 153 del CP al introducir una política criminal con la que se pretende luchar o contener las desigualdades y violencia de género. Pero esa pretensión puede resultar frustrada, entre otras causas, por la interpretación usual del consentimiento en las lesiones, como eximente de responsabilidad, y por el propio art. 155 del CP, donde casi todo es discutido y discutible, generando inseguridad jurídica.

¿Es eficaz el consentimiento de la víctima en las lesiones y malos tratos familiares del art. 153 del CP? En la doctrina hallamos pronunciamientos controvertidos. Para Tamarit Sumalla (2005: 818) el bien jurídico protegido en el delito de maltrato familiar es la integridad moral, que es disponible, y por tanto, el consentimiento del sujeto pasivo exime totalmente de responsabilidad, de modo que no hay necesidad, ni siquiera, de considerar la atenuación del art. 155 del CP. En cambio, Suárez López (2005: 377) niega que en tales supuestos haya un consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido. Por su parte Cuenca García (1998: 660 nota 143) afirma, aunque sin argumentar, que el consentimiento del maltratado ni atenúa ni excluye la responsabilidad del maltratador.

Entiendo que en la actualidad disponemos de argumentos más sólidos para rechazar que la atenuación del art. 155 del CP sea aplicable a los supuestos del art. 153 del CP. La subordinación de género conlleva en bastantes casos una sumisión de las mujeres a la violencia de los hombres que puede prolongarse durante muchos años, y que se consolida y agrava con el paso del tiempo. Conocido es el hecho de que cuando la mujer finalmente se decide a denunciar a su agresor, con mucha frecuencia corre después a retirar la denuncia o a negar las agresiones que previamente le había imputado, resultando, en la práctica, el archivo de las actuaciones. No sería extraño, que, si pese a todo, las actuaciones prosperaran y se llegara al juicio, la víctima afirmara haber consentido en la lesión que sufrió en la intimidad, sin más testigos que ella misma que declararía en beneficio del autor. Obviamente permitir la atenuación de estas lesiones, iría frontalmente contra la finalidad proclamada en la LOPIVG; mucho más, si se eximiera la responsabilidad del sujeto activo como reclama la doctrina. Esta interpretación debería extenderse también al

supuesto del art. 153.2, pues de lo contrario, si que resultaría una diferencia patente y desproporcionada en las penas correspondientes.

No obstante, junto a estos argumentos no hay que ignorar que el art. 153 del CP se ubica entre los delitos de lesiones, y que a todos ellos se refiere el texto del art. 155 del CP para atenuar apreciablemente la pena. Si el autor de un supuesto del art. 153 del CP demandara la atenuación del art. 155 del CP el principio de legalidad estaría a su favor.

Finalmente preguntémonos si debe ser eficaz el consentimiento de la víctima en las lesiones causadas en una **relación sexual sadomasoquista**. Nadie ignora a estas alturas que las desigualdades de género en el ámbito afectivo y de pareja de las que hasta ahora hemos tratado despliegan todos sus efectos en las relaciones sexuales. Bastaría con recordar los prejuicios que han presidido la interpretación de los tipos de agresiones y abusos sexuales, y en particular la violación intimidatoria, la exigencia de resistencia por parte de la víctima, o la regla de la *vis gratae puellis* que normaliza en el imaginario colectivo la permisividad de la violencia contra las mujeres. Claro está también que como consecuencia de la violencia ejercida en una relación sexual, en principio libremente aceptada, se pueden derivar resultados de lesiones.

En general los autores se pronuncian a favor de la atipicidad de las lesiones que se producen en relaciones sexuales sadomasoquistas, con fundamento en la disponibilidad del bien jurídico salud y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En los casos conocidos por la jurisprudencia, la víctima suele ser una mujer y el causante de las lesiones un hombre; con frecuencia la mujer está ligada sentimentalmente al agresor y relacionada con la prostitución. Estas características, frecuentes, dan un perfil de víctima especialmente vulnerable por la conjunción de las desigualdades de género, por la relación afectiva que mantiene con el agresor, y por practicar una actividad de riesgo como es la prostitución. Por tanto, en la mayor parte de estos casos, no parece que el consentimiento prestado fuera libre, espontáneo o no condicionado.

No es infrecuente tampoco que en el episodio sadomasoquista se produzca la muerte de la mujer. Así sucede en el caso juzgado en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, del 8 mayo 1989. La víctima, que se hallaba en una apurada situación económica, prestó un servicio de prostitución al agresor, que solicitó una relación sadomasoquista, consistente en que ella se dejara pisar el cuello; al principio el condenado ejerció una presión leve, pero al final lo hizo con tal fuerza que la mató. También murió la víctima del caso tratado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª), nº 203/2008 del 28 abril; en este supuesto la víctima aceptó inicialmente una relación sexual, aunque las prácticas que le produjeron la

muerte las realizó el agresor en un momento en el que la víctima había perdido el conocimiento a causa de la gran cantidad de alcohol que había ingerido. También murió la víctima en el caso del que se ocupa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1ª), núm. 1/2002, del 11 febrero. Un hombre de 61 años recibió los servicios de prostitución de una mujer de 30 años y posteriormente iniciaron una relación afectiva, con intervalos de convivencia y de separación. En una ocasión en la que mantenían de mutuo acuerdo relaciones sexuales con empleo de violencia, murió la mujer al estrechar el acusado un cable colocado alrededor del cuello de ella para aumentar la excitación sexual. El jurado popular le exigió responsabilidad penal por homicidio realizado con imprudencia grave. Sin embargo, en este caso particular, si realmente los hechos sucedieron tal y como se recoge en la sentencia, el incremento de los riesgos para la vida de la mujer fueron debidos a la concurrencia de comportamientos imprudentes por parte de ambos: por parte de la mujer que demandó tal práctica, y por parte del hombre que la ejecutó a pesar del riesgo evidente. De modo que según el principio de autonomía de la víctima, tal y como suele apreciarlo la jurisprudencia española, la imprudencia hubiera podido ser considerada no grave, sino leve.

Como ya hemos indicado, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 1049/2002 del 5 junio constituye, al parecer, el único caso que desde 1996 hasta la fecha (29 de abril de 2009) ha aplicado la atenuante del art. 155 del CP, y, concretamente, a unas lesiones producidas en una relación sexual sadomasoquista. En este caso la víctima, extranjera, había convivido con el agresor en tanto ejercía la prostitución. Después de haber puesto fin a su relación, en cierta ocasión mantuvieron relaciones sexuales sadomasoquistas a las que la víctima se prestó. A consecuencia de ello sufrió unas lesiones, no de poca importancia, pues tardó en curarse “311 días, [en los] que precisó atención médica, y de los que 30 días estuvo incapacitada laboralmente, teniendo como secuela un estrés postraumático que precisó tratamiento psicológico y psicoterapéutico, persistente en el reconocimiento médico forense, y que presumiblemente desaparecerán con el tiempo”. Presumiblemente, porque cuando se dictó la sentencia en primera instancia, la víctima ya había fallecido por causas que no se expresan, al menos en la sentencia de casación que es la que comentamos. La víctima había denunciado al agresor por violación, y posteriormente retiró la denuncia, al parecer, a cambio de un dinero que, o ella había solicitado u otros le habían ofrecido. El agresor fue absuelto de violación y condenado por lesiones atenuadas por el consentimiento de la víctima, a la pena de un año y seis meses de prisión. En esta sentencia en la que se ha apreciado el consentimiento de la víctima, mujer, no parece que se hubiera indagado aplicadamente si se daban todos los requisitos que precisa la validez del consentimiento, ni si la entidad de las lesiones producidas

quedaban dentro del consentimiento otorgado. Meramente se considera que “la agredida era mayor de edad, sin que conste afectación alguna de su capacidad jurídica, y consintió tales prácticas de forma voluntaria y libre, accediendo a dichas prácticas sexuales sadomasoquistas, que conforman la utilización de métodos violentos o muy intensos que han producido las lesiones que anteriormente hemos dejado transcritas. No existe, pues, elemento alguno para dejar de aplicar el contenido del art. 155 del CP”. Del párrafo transcrito parece deducirse que lo que debiera probar la acusación para inaplicar la atenuación del art. 155 del CP es la existencia de algún vicio del consentimiento. Pero, por el contrario, es a la defensa a quien corresponde probar que concurrió el consentimiento y sus requisitos de validez.

Merece la pena comentar asimismo la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Sección 1ª de 17 febrero de 2005. Caso K. A. y A. D. contra Bélgica, que también se ocupó de un caso de lesiones sadomasoquistas. Como suele suceder, la víctima, una mujer, estaba ligada sentimentalmente al agresor, era su esposa y sufría una adicción alcohólica; además, practicaba ocasionalmente la prostitución como “esclava” sadomasoquista. La prostitución la gestionaba el marido, el Sr. K.A., ciudadano belga, magistrado, nacido en 1945. Inicialmente el Sr. K.A. mantenía relaciones sadomasoquistas con su esposa en el domicilio conyugal. En una fase posterior –de las cuatro que se describen en los hechos probados, entre 1990 y 1996– el Sr. K. A. acudía con su esposa a clubes privados para mantener intercambios sexuales sadomasoquistas con otras personas, y prestaba a su esposa a otros como “esclava”, para sufrir prácticas sexuales muy violentas a cambio de remuneración, que él mismo cobraba. En la última fase, las violencias sadomasoquistas sobre su esposa habían alcanzado ya un alto grado de brutalidad, y las realizaba conjuntamente con el Sr A. D., ciudadano belga, médico, nacido en 1949. Algunas sesiones fueron grabadas en video y ello constituyó prueba de los hechos. En las grabaciones se observa cómo la víctima sufre actos crueles y muy violentos, que los demandantes continúan realizando sobre ella a pesar de que la víctima les pide que paren, hasta el punto de que en algún caso llega a perder el conocimiento. En tanto realizan dichas prácticas los demandantes ingieren gran cantidad de alcohol perdiendo, en parte, el control de la situación.

El tribunal belga de apelación consideró que si bien estos hechos no habían dejado secuelas duraderas, salvo algunas cicatrices, fueron especialmente graves y podían provocar heridas y lesiones serias debido a la violencia utilizada así como al dolor, la angustia y humillación causadas a la víctima. El Sr. K.A. fue considerado culpable de lesiones dolosas y de delito relativo a la prostitución. Fue condenado a un año de prisión, pero con suspensión de sentencia, a 2.478 € de multa, e inhabilitación durante cinco años para

ejercer cualquier función, empleo u oficio público. El Sr. D.A. fue considerado culpable de lesiones dolosas y condenado a un mes de prisión, con suspensión de sentencia, y a 185 € de multa.

Ante el TEDH los demandantes alegaron, entre otros motivos, que los hechos calificados como delitos de lesiones eran, en realidad, una forma de experiencia sexual entre personas adultas que consentían en ello. En su opinión, la condena infringía el principio de legalidad, proclamado en el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque los demandantes no se podían representar ser condenados. Por una parte, por la ausencia de criterios doctrinales claros en cuanto a la responsabilidad por lesiones derivadas de prácticas sadomasoquistas. Por otra parte, por los cambios en las costumbres sociales, en una “sociedad permisiva, liberal e individualista”, que tolera esta clase de experiencias sexuales. Al reproche de haber ignorado las peticiones de la víctima para detener las prácticas sadomasoquistas cuando esta no podía resistir el dolor, los demandantes alegaron que ella consentía, y que nunca había presentado una denuncia ni se había constituido parte en el proceso. Pretendieron también vulneración del art. 8 del Convenio por injerencias públicas en su vida privada y familiar, así como vulneración del principio de proporcionalidad por las condenas.

El TEDH entiende que, en principio, el Derecho Penal no puede intervenir en las prácticas sexuales consentidas entre adultos, salvo que motivos particularmente graves justifiquen, a efectos del artículo 8 del Convenio, la injerencia de los poderes públicos. En el caso, debido a la grave naturaleza de los hechos enjuiciados, la injerencia consistente en las condenas pronunciadas queda justificadas para proteger la salud de la víctima y sus derechos, sin que parezcan desproporcionadas. También rechaza la alegación de vulneración del principio de legalidad, pues las prácticas sexuales eran tan violentas e infrecuentes que explica la ausencia de jurisprudencia sobre el particular, y ello no es un impedimento para el enjuiciamiento y condena. Por otra parte, tampoco podían pensar que el consentimiento de la víctima constituyera una causa de justificación, sobre todo porque uno de los demandantes era magistrado, y el otro médico.

Los casos reales comentados muestran claramente las asimetrías de género entre el agresor y la agredida. Acceder a una relación sadomasoquista es un factor de riesgo relevante para la mujer, de modo que exigir la atipicidad de tales supuestos consolida las diferencias y discriminaciones contra las mujeres. Los poderes públicos, si deciden realizar políticas para contener las desigualdades y abusos de género, tienen que considerar necesariamente la realidad y las características de las agresiones que se producen en esta clase de relaciones. Ciertamente es que como expresa el TEDH, no son admisibles las intromisiones públicas en esferas tan íntimas y personales como son las

relaciones sexuales, salvo que ello suponga denegar protección de bienes jurídicos tan importantes como la vida o la salud derivadas de agresiones graves. Sobre el particular es interesante la aportación de Romeo Casabona (1983: 880) de valorar las lesiones producidas en función de dos criterios, la gravedad de la lesión y el objetivo perseguido con su realización, para considerar a continuación, que la gravedad de la lesión no puede superar la finalidad de la misma. Se trata de hallar un equilibrio entre la libertad sexual de los adultos y la prevención de abusos y graves atentados contra la salud y la vida, empeño que intentamos concluir en el último apartado.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la discusión de los problemas relativos a la interpretación de las normas hay que tomar en consideración la interpretación teleológica en los tipos penales, e indagar qué efectos sociales puede provocar la despenalización de determinados comportamientos o su penalización. Como han señalado Bustos-Hormazábal (2006: 72), es necesario considerar si una política criminal “significa discriminación de personas, el favorecimiento de situaciones de desigualdad, la protección de una determinada concepción del mundo y su imposición mediante la conminación penal, la protección de algún fundamentalismo de alguna clase”.

En la discusión relativa al consentimiento en las lesiones no le se ha dado toda la importancia que tiene a la existencia de colectivos vulnerables en cuanto tales; y ello sin perjuicio de admitir que no necesariamente todos los individuos que sociológicamente puedan quedar integrados en alguno de ellos sean efectivamente vulnerables en cualquier situación, independiente del rol que desempeñen en ella, como sucede con las mujeres.

Por ello, no me parece acertado proclamar como principio general la eficacia eximente del consentimiento del lesionado, con fundamento en una libertad considerada abstractamente, ajena a las circunstancias sociales en las que se lleva a cabo la lesión, por más que luego se alerte de posibles resultados indeseables o dudosos. Creo que es mejor no afirmar dicha regla general.

La anterior no es la política criminal que ha inspirado al art. 155 del CP. Una de sus deficiencias más destacadas es que no impone límites a la gravedad de las lesiones cuya pena pueda resultar rebajada en uno o dos grados. Posibilita, por ejemplo que unas lesiones dolosas, consentidas por la víctima, de las que resulta la pérdida de un brazo, de una pierna, de un ojo, o de un riñón podrían ser penadas con un año y seis meses de prisión, que no se ejecutaría al resultar aplicable la suspensión condicional de la pena. En este caso la cuestión más inquietante es preguntarse quién puede consentir semejante cosa o para qué, quién está dispuesto a llevarla a cabo

o para qué, y si el Derecho Penal debe disminuir el desvalor de tales actos y resultados. Proyectado sobre los diversos tipos penales que se incluyen en el Título III (del Libro II) del CP, el art. 155 del CP es un semillero de problemas, de muy diversas interpretaciones, de inseguridad jurídica y de desigualdades sociales.

Finalmente, el art. 155 del CP, necesariamente debe ser valorado desde la perspectiva de género, como todas las políticas públicas, en virtud del requerimiento de *mainstreaming* o **transversalidad**⁽³³⁾. Desde este punto de vista se muestra como una norma que reproduce y consolida las desigualdades sexistas, en tanto son las mujeres las que sufren en mayor número de ocasiones la violencia de los hombres, y, por otra parte, son las víctimas más proclives a cooperar con el agresor para facilitar su impunidad o atenuarla, sobre todo si la agresión se ha producido en un contexto familiar, de afectividad o sexual. Recordemos lo dicho antes sobre los riesgos de aplicar la atenuación del art. 155 del CP al tipo del art. 153 del CP; riesgos que también se aprecian respecto del supuesto del art. 149 del CP, que tipifica la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones, aunque atendida la realidad social, proteja principalmente a las mujeres.

Por todo lo anteriormente expuesto entiendo que es político criminalmente desaconsejable admitir la impunidad del que lesiona a otro con su consentimiento, tal y como reclama un relevante sector doctrinal. Que también lo es admitir una importante atenuación general cualesquiera que sean las circunstancias que concurran en la lesión consentida, y cualquiera que sea la gravedad de esta.

Partiendo de los supuestos recogidos en el art. 156 del CP, y contando con las causas de justificación que permiten eximir de pena supuestos semejantes aunque todavía no expresamente incluidos en dicho artículo, como la cirugía estética, me parece aconsejable una reforma del consentimiento en las lesiones. La regla del que hoy es art. 155 del CP se podría ubicar en el tipo básico de lesiones dolosas del art. 147 y en el de las lesiones por imprudencia grave del art. 152, con reserva de inaplicación para colectivos protegidos o vulnerables. Para las lesiones falta y malos tratos del art. 617 podría admitirse que se reconociera expresamente la atipicidad de las lesiones consentidas con fundamento en la adecuación social o el principio de insignificancia, pero también con reserva de inaplicación para colectivos protegidos o vulnerables.

(33) Sobre el concepto de *mainstreaming* o **transversalidad** en la Unión Europea puede consultarse LOMBARDO (2003: 6-11). Vid. también la Ley 30/2003, del 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, Benito. “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008”. En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*. N° 12/2008 (Estudio), Pamplona, Aranzadi, 2008.

ALONSO ESCAMILLA, Avelina. “De las lesiones”. En: *Derecho Penal. Parte especial*. AAVV coord. Carmen Lamarca Pérez, Madrid, Colex, 3ª, 2005.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. En: “El consentimiento en las lesiones veinte años después”. AAVV *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos “in memoriam”* AAVV coord. Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Vol. 2, 2001.

BONET ESTEVA, Margarita. *La víctima del delito (la autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*. Madrid, McGraw Hill, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Trotta, 2006.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. “El consentimiento en las lesiones”. En: *Derecho Penal. Parte Especial*. AAVV, Vives, Orts, Carbonell, González Cussac, Martínez-Buján, Valencia: Tirant lo Blanch 2004.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. y GUARDIOLA GARCÍA, José Luis. “Lesiones y maltratos en el ámbito familiar”. En: *Derecho Penal. Parte Especial*. AAVV, Vives, Orts, Carbonell, González Cussac, Martínez-Buján, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

CUENCA GARCÍA, Mª Josep. “La violencia habitual en el ámbito familiar”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*. Vol. 97, n° 4, 1998.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los Delitos de lesiones*. Tirant lo Blanch, Valencia: 1997.

ESER, Albin. “Lesiones deportivas y Derecho Penal. En especial, la responsabilidad del futbolista desde una perspectiva alemana”. En: *La Ley*. Vol. 2. Madrid, 1990.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Las lesiones”. En: *Derecho Penal. Parte Especial*. AAVV, Manuel Cobo del Rosal, Madrid, Dykinson, 2ª ed., 2005.

LARRAURI PIJOAN, Elena. “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. <www.indret.com> Barcelona, febrero 2009.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid, Civitas, 1994.

LOMBARDO, Emanuela. “El *mainstreaming* de género en la Unión Europea”. En: *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*. vol. 10-15, mayo-diciembre 2003.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”. En: *Revista Penal. La Ley*. Nº 18, julio 2006.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed. Reppertor, Barcelona, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 15ª, 2004.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. “La reforma del consentimiento en las lesiones. Artículo 428 del Código Penal”. En: *Comentarios a la legislación penal*. V 2º, 1985.

ROMEO CASABONA, Carlos María. “El consentimiento en las lesiones en el proyecto de Código Penal de 1980”. En: *Libro homenaje al profesor Octavio Pérez-Vitoria. Vol. II*, AAVV, coord. Juan Córdoba, Santiago Mir y Gonzalo Quintero, Bosch Editorial, Barcelona, 1983.

SEGURA GARCÍA, María José. “El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a la luz de las últimas reformas legislativas”. Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal (enero) / coord. Juan Carlos Carbonell Mateu, 2005. En: <<http://www.vlex.com/vid/322181>>.

SUÁREZ LÓPEZ, José María. “Los efectos atenuatorios del consentimiento en las lesiones Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina”. *Libro-homenaje al prof. Ferrando Mantovani* / coord. por Jaime Miguel Peris Riera, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva, 2005. En: <<http://www.vlex.com/vid/324588>>.

SUAY HERNÁNDEZ, Celia. “Las mujeres, la Constitución y las normas penales”. En: AAVV Iglesias y Freixes. *Mujer y Constitución en España*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

SUAY HERNÁNDEZ, Celia. *Introducción al Derecho Penal sustantivo y procesal*. Instituto Europeo de Derecho, Barcelona, 2004.

ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal (Parte general y especial)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. “Comentario al art. 155 del CP”. En: *Comentarios al nuevo Código Penal la parte especial del Derecho Penal*. AAVV, 4ª ed. Gonzalo Quintero Olivares (director) y Fermín Morales Prats (coordinador). Aranzadi, Pamplona, 1996.

El Derecho Penal como elemento de justicia transicional en España y Latinoamérica

Josep TAMARIT SUMALLA
(España)

SUMARIO: I. La justicia transicional. II. Restricciones a la potestad de amnistiar delitos atroces. III. Las comisiones de la verdad. IV. La transición española. V. Juzgar los crímenes del franquismo. VI. Las víctimas: derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

I. LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Recientemente ha surgido con fuerza el debate sobre la justicia transicional. El fenómeno se refleja en numerosas publicaciones, básicamente en lengua inglesa pero también en español, estas últimas aparecidas sobretudo en algunos países latinoamericanos. Hay también centros dedicados al estudio de la materia⁽¹⁾ y una revista internacional especializada nacida en 2007⁽²⁾. Se trata de un campo de dimensión claramente transdisciplinar, en el que han proliferado especialistas procedentes del mundo de la ciencia política, la sociología y la filosofía y, en lo que concierne a las disciplinas jurídicas, del Derecho internacional público. La comunidad de penalistas se ha sentido poco atraída hacia este terreno de debate⁽³⁾, pese a las interpelaciones que las

(1) Así, el *International Centre for Transitional Justice*, con sede en New York. En Europa, existe el *Research Group on Transitional Justice*, de la Universidad de Leuven, que ha iniciado la publicación periódica “New Series on Transitional Justice”.

(2) “The International Journal of Transitional Justice” (en adelante, IJTJ), publicada por la Universidad de Oxford, que aparece periódicamente con tres números anuales y es accesible tanto electrónicamente como en versión impresa.

(3) En lo que atañe a la doctrina española, conviene reseñar aportaciones sobre aspectos concretos, que no abordan la problemática global de la justicia transicional en el sentido planteado en otros países. Vide: En tal sentido MUÑOZ CONDE, F., “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho”. En: *Revista penal*. N° 22, 2008, p. 69 y ss.; y ANITUA, G.I. / BERGALLI, R.,

cuestiones tratadas suscitan desde la óptica de las teorías de la pena o filosofías penales y los puntos de conexión existentes con el Derecho Penal internacional⁽⁴⁾ o la justicia restaurativa⁽⁵⁾.

En el seno de la ONU se han producido diversos documentos en los que se aborda la problemática relacionada con la gestión de las exigencias de justicia en las situaciones de transición. El primero de ellos fue el Informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre “La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)”, del 2 de octubre de 1997, conocido como *Informe Joinet*, elaborado en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías. El Informe refleja la evolución histórica de la lucha contra la impunidad y se adentra en los aspectos referidos al derecho de saber, el derecho a la justicia, el derecho a la reparación y las garantías de no repetición, concluyendo con una serie de recomendaciones. Ya con explícita referencia a la justicia transicional, el Informe del Secretario General *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, del 23 de agosto de 2004, también incluye recomendaciones, a partir de la fijación del papel de las Naciones Unidas en el aseguramiento del respeto al Derecho y la justicia en las sociedades que salen de un conflicto y del análisis de los problemas detectados en diversos países y de las normas del Derecho

“Necesidad de conocer el pasado para enfrentarse al futuro. Un relato a partir de una polémica del presente”. En: *Revista penal*. Nº 13, 2004, p. 3 y ss.

- (4) Las publicaciones sobre Derecho Penal internacional adquieren una importancia creciente en España. Vide: como muestra ANDRES DOMINGUEZ. *Derecho Penal internacional*. Valencia 2006; ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN. “Código de Derecho Penal europeo e internacional”. En: Instituto de Derecho Penal europeo e internacional / Ministerio de Justicia. 2008; BUENO ARUS y MIGUEL ZARAGOZA. *Manual de Derecho penal internacional*. Madrid 2003; GIL GIL, A., “Derecho Penal internacional”. Madrid 1999; SÁNCHEZ LEGIDO. *Jurisdicción universal y derecho internacional*. Valencia 2004.
- Merecen ser destacadas, en el ámbito hispanoparlante, las traducciones de las obras de AMBOS y WERLE: AMBOS. *La parte general del Derecho internacional penal: bases para una elaboración dogmática* (trad. Ezequiel Malarino), Montevideo 2005; WERLE. *Tratado de Derecho Penal internacional* (trad. Díaz Pita), Tirant lo blanch Valencia 2005.
- (5) He recogido las incursiones de la doctrina penal en la justicia restaurativa en TAMARIT y VILLACAMPA. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*. Bogotá 2006, p. 297 ss. Vide: entre los trabajos más recientes en la doctrina española CID MOLINÉ, J. Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho Penal”, en HEREDIA CERVANTES (ed), *Medios alternativos de solución de controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid 2008, pp. 158, 161 y 164-165, haciéndose eco de los resultados positivos que arroja la investigación empírica y reduciendo el paradigma proporcionalista a la condición de último recurso y como límite de una justicia penal orientada primariamente a la rehabilitación y la justicia restauradora.
- Entre la bibliografía sobre justicia restaurativa, cabe destacar la edición recopiladora de textos “fundacionales”, críticos y actuales, JOHNSTONE, G. (ed). *A Restorative Justice Reader: Text, sources, context*. Cullompton/Portland 2003. Vide: asimismo una reciente evaluación empírica de los resultados de los programas de justicia restaurativa “Does restorative justice affect conviction?”, del Ministerio de justicia británico, series 10/08/2008.

internacional y de los estándares de protección de los derechos humanos y de justicia penal desarrollados en el último medio siglo⁽⁶⁾.

La justicia en los procesos de transición ha aparecido históricamente vinculada a la respuesta penal frente a los responsables de las violaciones de los derechos humanos producidas en el régimen anterior. Si nos centramos en las experiencias conocidas en la era contemporánea lo habitual era que el régimen surgido del conflicto o de una transición revolucionaria adoptase medidas de carácter excepcional en la represión de los actos injustos del régimen saliente. La cultura de la emergencia punitiva e incluso la derogación de los principios básicos del Derecho Penal y del debido proceso era la actitud dominante por parte de los nuevos gobernantes una vez afianzados en su poder. Purgas, lustración, tribunales especiales, incluso no formados por jueces profesionales, vulneraciones del principio de legalidad, de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal en especial, han sido los componentes de una justicia transicional que adoptaba más el cariz de una “justicia política” que de la actuación regular de órganos jurisdiccionales sometidos al imperio del Derecho⁽⁷⁾. Ejemplos de ello abundan en los Estados de la Europa occidental al término de la segunda guerra mundial (Francia, Italia, Holanda, entre otros) e incluso, más recientemente en la revolución portuguesa de 1974 o, con predominio de las leyes de lustración sobre las sanciones penales, en las transiciones de los Estados postsoviéticos durante los años noventa del siglo pasado. En muchos de estos casos se han impuesto formas perversas de justicia, que serían propias de una “justicia revolucionaria” o de una “justicia de los vencedores”. Este último término se ha utilizado para desacreditar los juicios de Nüremberg, por otra parte considerados como el germen del actual Derecho Penal internacional en tanto que representó la creación de un Tribunal internacional para juzgar delitos de dimensión supranacional⁽⁸⁾.

(6) Se ha manejado la versión oficial en inglés, disponible a través de la web del Consejo de Seguridad de la ONU.

Otros documentos de menor rango o de carácter más parcial han emanado también de órganos de la ONU y serán citados más adelante. Destaca entre ellos “Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto”, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006. Vid. <www.crisisgroup.org>, del “International Crisis Group”.

(7) Vide: ELSTER, J. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires 2006, p. 99. El autor traza una contraposición entre los conceptos “justicia política” y “justicia legal” y demuestra, en un estudio histórico de diversos procesos transicionales, que las actuaciones retrospectivas de los nuevos gobernantes tienen un mayor componente de la primera que de la segunda clase de justicia.

(8) Vide: WERLE, G. *Tratado de Derecho Penal internacional* (trad. Díaz Pita), Valencia 2005, pp. 53-54. Sobre los antecedentes de la decisión de las potencias vencedoras respecto al modo de gestionar la responsabilidad por los crímenes del régimen nacionalsocialista, vide: WERLE. Ob. cit., pp. 50-52; y NAGAN, W. P. “Peace, justice and Transition in Colombia”, *Global Jurist*, v 9, 2008, pp. 16-17. Según este último autor (Ob. cit., p. 19), los juicios de Nüremberg representaron una significativa innovación institucional en el desarrollo de la justicia internacional.

El final de una situación de conflicto o la caída de un régimen autocrático son momentos propicios para la liberación de sentimientos de miedo, humillación e indignación con los horrores descubiertos o silenciados, y la ira y el impulso vengativo, tras los que frecuentemente se oculta un incómodo sentimiento de culpa, se cruzan con demandas racionales de justicia. El vacío de poder, la necesidad de legitimación y a menudo de catarsis y los intereses de los grupos sociales emergentes conllevan la necesidad de recurrir a formas de justicia que permitan afianzar y legitimar el nuevo Estado o el poder democrático. El Derecho Penal aparece aquí una vez más como barrera de contención racional ante las demandas de justicia y las necesidades de la política criminal.

La doctrina penal no se cansa de constatar algo que bordea lo tautológico: la justicia penal emana del poder de castigar. Las fuerzas victoriosas tras un conflicto difícilmente resisten la tentación de saborear la sensación de poder y la victoria crea una situación propicia para la liberación del resentimiento y la venganza. La justicia penal tiene su prueba de fuego para mostrarse no como sublimación de esos instintos sino como forma de superación histórica del odio y la venganza. Pero hay situaciones en las que el fin de un conflicto es fruto de un proceso pacificador, mediante pacto y negociación de los sectores enfrentados, sin que ninguno de ellos se haya impuesto frente al otro, o en que sectores sociales afines al régimen autocrático siguen manteniendo un poder de hecho frente al que las fuerzas democratizadoras se ven obligadas a ceder. Son estas las situaciones más propicias para la renuncia a la persecución penal de los delitos del pasado. El riesgo es en estos casos está en otro lado: la impunidad, el olvido y la falta de atención a las víctimas.

Así como se reconoce la relevancia de los juicios de Nüremberg en el desarrollo del Derecho Penal internacional sobre la base de la responsabilidad individual por la comisión de los más graves delitos de dimensión supranacional, es también un hecho apenas discutido el salto hacia adelante que ha representado, en fechas más recientes, la creación del Tribunal penal internacional. Otros hechos han contribuido asimismo a una transformación en la concepción del papel que la comunidad internacional y los Estados deben asumir en la exigencia de justicia en situaciones de transición ante casos de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, en el contexto de una limitación de la soberanía de los Estados que alcanza aspectos históricamente tan asociados a esta como el ejercicio de la justicia penal. El caso Pinochet ha adquirido un valor emblemático en la lucha contra la impunidad. Si hasta el momento las normas internacionales no habían cuestionado e incluso habían llegado a declarar expresamente la admisibilidad de la amnistía como vía de salida tras situaciones de postconflicto, existen pronunciamientos de

Tribunales internacionales que marcan una pauta de signo contrario, en el sentido de declarar que las amnistías que supongan impunidad por delitos graves infringen el Derecho internacional⁽⁹⁾.

II. RESTRICCIONES A LA POTESTAD DE AMNISTICIAR DELITOS ATROCES

La evolución se percibe a través de los datos que a continuación se señalan. El art 6 del Protocolo II, del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, preveía en su apartado 5: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

Pero a partir de los años noventa el panorama experimenta un cambio bien significativo, con el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. El *Informe Joinet*⁽¹⁰⁾, tras aludir en sus consideraciones introductorias a las leyes de autoamnistía como una de las vías para alcanzar la indeseable impunidad, establece en sus principios básicos que la amnistía “no puede ser acordada a los autores de violaciones en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz”. Añade a ello que carece de efecto alguno sobre las acciones de las víctimas mediante las que estas ejerzan el derecho a la reparación. El Informe, que ha tenido un fuerte impacto en las labores de los organismos de supervisión del cumplimiento de los tratados de protección de los derechos humanos establece las siguientes obligaciones de los Estados: a) la satisfacción del derecho a la justicia; b) la satisfacción del derecho a la verdad; c) la satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas; y d) las reformas institucionales y otras garantías de no repetición⁽¹¹⁾.

Una sentencia que ha tenido honda repercusión en el ámbito latinoamericano es la dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”, del 14 de marzo de 2001, que declara que las leyes de amnistía dictadas en 1995 por el Parlamento de Perú son incompatibles con

(9) Vide: en este sentido LUTZ, E., “Transitional Justice: lessons learned and the road ahead”. En: ROHT-ARRIAZA, N. / MARIEZCURRENA, J. *Transitional Justice in the Twenty-First Century - Beyond Truth versus Justice*. Cambridge 2006, pp. 327-328.

(10) Vide: Informe Joinet (1996). Ob. cit., B, 2-b).

(11) Vide: un desarrollo de la cuestión en BOTERO MARINO / RESTREPO SALDARRIAGA. “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”. En: UPRIMNY YEPES (dir), *¿Justicia transicional sin transición?* Bogotá 2006, p. 52 y ss.

la Convención y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos⁽¹²⁾. La resolución admite el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado y declara que este violó los derechos a la vida, a la integridad personal y a las garantías judiciales, estableciendo además la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables y de disponer una reparación a favor de las víctimas. La sentencia argumenta que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y de exclusión de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos (f. j. 41). Advierte asimismo que las leyes de amnistía impidieron que las víctimas o sus familiares fueran oídas por un juez (f. j. 42). Señala la Corte que las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad e impiden la satisfacción de los derechos a la verdad, la reparación el acceso a la justicia (f. j. 43).

En un sentido parecido se ha pronunciado, aun sin los efectos de la sentencia anteriormente citada, la Comisión Interamericana de Derechos humanos, de la OEA, respecto al Decreto-Ley de autoamnistía de 1978, dictado por el pasado régimen militar de Chile, norma que es declarada incompatible con la Convención Americana de derechos humanos. La Comisión recomendó dejar sin efecto el referido Decreto-Ley y decidió remitir el tema a la Corte interamericana de derechos humanos, que en la sentencia del 26 de setiembre de 2006 resolvió que el Decreto-Ley es contrario a la Convención americana de derechos humanos, por lo que el Estado debe asegurarse que el mismo no constituye obstáculo para la persecución de los delitos de lesa humanidad⁽¹³⁾. Según esta resolución, los delitos de lesa humanidad no son amnistiables, invocando la sentencia del caso Barrios Altos de 2001 y la sentencia del Tribunal penal de la ex Yugoslavia de 1996 (caso Erdemovic)⁽¹⁴⁾, en que se declara que los delitos contra la humanidad son delitos cuyo sujeto pasivo trasciende la persona y afecta a la humanidad en su conjunto por lo que existe un interés de la comunidad internacional en su persecución y castigo. Entiende la Corte que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna”, leyes que sirven para perpetuar la impunidad y la indefensión de las víctimas.

(12) Vide: sentencia CIDH del 14 de marzo 2001. *Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*. En: <www.derechos.org/nizkor/peru/doc/cidh14mar01.html>.

(13) Es la sentencia del caso *Almocer Arellano vs. Chile*, suscitada por una denuncia contra el Estado de Chile por no haber seguido procedimiento penal por el asesinato del referido ciudadano chileno en setiembre de 1973.

(14) Vid. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Erdemovic*. Caso Núm. IT-96-22 T, Sentencing Judgment, november 29, 1996, par. 28.

Por otra parte, en los casos en que ha sido impugnada la legitimidad constitucional de las leyes de amnistía dictadas en situaciones de transición, los Tribunales constitucionales han adoptado pronunciamientos de signo diverso. Representativo de la tendencia más favorable a la amnistía es la sentencia de la Corte constitucional salvadoreña sobre la Ley de amnistía aprobada después del Informe de la Comisión de la verdad⁽¹⁵⁾: “respecto de la amnistía en ningún caso la misma será sujeta a control jurisdiccional de su constitucionalidad; sino que la amnistía, en cuanto al fondo y por ser un acto eminentemente político, cuya potestad corresponde a la Asamblea Legislativa, puede esta hacer uso de ella con carácter discrecional, sin que sean objeto de calificación en sede judicial las razones de conveniencia e inconveniencia de la misma”⁽¹⁶⁾.

La Corte constitucional de Sudáfrica ha realizado un análisis más profundo y ha trazado una serie de criterios diferenciadores de sumo interés. Recuerda la Corte que no existe una práctica única o uniforme respecto a la amnistía en la esfera internacional y distingue entre las decisiones adoptadas para favorecer la transición y los actos estatales dirigidos a encubrir los propios crímenes y a asegurarse la impunidad⁽¹⁷⁾. En su sentencia del 25 de julio de 1996, la referida Corte declaró que la Ley de 1995 por la que se acordó la amnistía⁽¹⁸⁾ no violó la Constitución ni las normas de Derecho internacional vigentes. Los argumentos de la Corte pueden ser resumidos en dos: a) El Derecho internacional efectúa una distinción, ya en los Convenios de Ginebra⁽¹⁹⁾, entre, por una parte, los conflictos armados entre Estados o aquellos

(15) Ley de Amnistía general para la consolidación de la paz, Decreto N° 486, de fecha 20 de marzo de 1993. El presidente Cristiani anunció ya la amnistía un día antes de la publicación del Informe de la Comisión de la Verdad en el que se atribuía a miembros de su gobierno y de las fuerzas armadas la responsabilidad por los más graves crímenes cometidos durante el conflicto armado. No fue votada por las fuerzas de tradición democrática, sino solo por los parlamentarios que apoyaban el gobierno bajo el cual se cometieron las graves violaciones de derechos humanos. Si por las fuerzas derechistas ha sido calificada como la piedra angular de la paz, el resto de fuerzas sociales y políticas ha sido calificada como vulneradora del Derecho internacional por haber propiciado la impunidad de delitos de guerra y de lesa humanidad.

(16) En la defensa de la “naturaleza política” de la amnistía, argumenta la Corte: “confirma la naturaleza puramente política de la amnistía, la circunstancia que, cuando se trata de conceder indultos, debe preceder informe favorable de la Corte Suprema de Justicia; presupuesto no exigido en el caso de la amnistía. De ello se colige que el indulto, aunque se trata de un acto formalmente legislativo, es de consecuencias, materiales jurisdiccionales, por lo que es indispensable la participación del órgano Judicial; supuesto no exigido en la amnistía, por su naturaleza puramente política”.

(17) Vid. 1996 SA 671, par. 24.

(18) Concretamente fue impugnada ante la Corte Constitucional la sección 20(7) que preveía la amnistía para todos aquellos que confesaran la verdad sobre los delitos cometidos durante el periodo del régimen de apartheid.

(19) Vid. Artículos 49 de la primera Convención de Ginebra de 1949, art. 129 de la tercera y art. 146 de la cuarta, así como el art. 6(5) del Protocolo II de las Convenciones. Este último se refiere a la posible amnistía de las personas que han participado en el conflicto armado y que se encuentren privadas de libertad.

en que intervienen movimientos de liberación contra la dominación ejercida por otros países y, por otra parte, los conflictos internos, en los que se deja al Estado la decisión respecto a la oportunidad de conceder amnistías tendientes a garantizar la paz y la consolidación de la transición hacia la democracia, pues en estos casos el Estado necesita la contribución de aquellos que en el pasado han estado enfrentados y que deben en el futuro convivir en paz; b) lo previsto en la Ley no es una amnistía en blanco frente a todos los perpetradores aplicada automáticamente como un acto uniforme de amnesia legal, sino que exige una plena declaración de los hechos ante el Comité de amnistía, que debe evaluar cada caso según los criterios legalmente fijados. Además, la sentencia declara que la amnistía abarca la responsabilidad civil. Como conclusión, la Corte se refiere a la amnistía en su significado más comprensivo y generoso, “para facilitar el paso de la vergüenza del pasado a la promesa del futuro”.

En un plano teórico, el debate sobre la oportunidad y legitimidad de las leyes de amnistía ha puesto de manifiesto la existencia de importantes razones a favor de la amnistía. La Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona ha afirmado que “aquellos que argumentan que la paz no puede ser aceptada como moneda de cambio de la justicia deben estar dispuestos a justificar la prolongación del conflicto armado”, por lo que no se considera capaz de asegurar que la amnistía sea un precio demasiado alto para conseguir la paz⁽²⁰⁾. Se señala asimismo que la pacificación es una condición ineludible de un proceso de reconstrucción democrática e institucional en el que las instituciones puedan crear un clima de consenso normativo que haga posible el respeto al Derecho⁽²¹⁾.

El carácter ilegítimo y la consiguiente nulidad de una ley de amnistía o de parte de su contenido puede ser declarado por Ley o por la jurisdicción interna, como consecuencia de la aplicación directa de la Constitución o de una declaración de inconstitucionalidad, o por una resolución de los Tribunales internacionales que aplican normas de Derecho internacional si entienden que estas han resultado infringidas por el Estado. Para proceder a una declaración de nulidad por vía judicial deben ser valoradas las condiciones que concurren en la Ley de amnistía, sin que su carácter ilegítimo pueda hacerse derivar como consecuencia automática de una ilegitimidad global de toda la legislación dictada por el anterior régimen. La ilegalidad del acceso al poder de los gobernantes y el carácter no democrático de sus instituciones

(20) También la Comisión de la Verdad en El Salvador, en su Informe publicado en 1992 recomendaba la amnistía. Vide: sobre Sierra Leona, MEISENBERG, S.M., “Legality of amnesties in international humanitarian Law: The Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone”. *International Review of the Red Cross*, diciembre 2005, p. 837 y ss.

(21) Vide: en este sentido LUTZ, E. Ob. cit., p. 330.

no pueden conllevar con carácter general la falta de validez jurídica y nulidad *ad radice* de todas las normas emanadas del mismo, pues el nuevo Estado no tiene más remedio que plegarse a la realidad de que leyes originalmente no democráticas, al menos algunas de ellas, crean situaciones reconocidas y protegidas por el Derecho. La vigencia de las normas no derogadas habrá de ser examinada en cada caso concreto por los Tribunales. A partir de los antecedentes señalados cabe esbozar unos criterios sobre la amnistía como fórmula de justicia transicional.

III. LAS COMISIONES DE LA VERDAD

La experiencia de las Comisiones de la verdad ha puesto de manifiesto la posibilidad de formas de justicia no retributiva, que permitan satisfacer una serie de derechos y expectativas que garanticen que la renuncia a la justicia penal resulte legítima. Así, se alude al derecho a la verdad y a la reparación y a la garantía de no repetición. Tales Comisiones plantean aspectos atractivos como alternativa a la justicia penal, cuando esta se encuentra con dificultades a veces insalvables ante sucesos de victimización masiva o en Estados en los que no se dan las condiciones institucionales o fácticas para que pueda ejercerse⁽²²⁾. También se han puesto de manifiesto los problemas que comportan, como las limitaciones del discurso de la verdad⁽²³⁾ o el respeto a las reglas y garantías propias de un proceso justo⁽²⁴⁾. Por otra parte, las Comisiones de la verdad pueden ser concebidas no de modo opuesto, sino complementario con la justicia, lo cual obliga a examinar con detalle la forma en que deben articularse los distintos procesos, que responden a fines y a contenidos diferentes⁽²⁵⁾. Igualmente se observa en los últimos tiempos

(22) Se ha señalado que el proceso penal no es un instrumento idóneo para investigar y establecer la verdad respecto a hechos de victimización masiva. Vide: en este sentido CAREY, H.F., “Coming to Terms with the Genocidal 1990”. En: *Internacional Criminal Justice Review*, v. 15/2, 2005, p. 172; quien afirma que existen concepciones de la justicia que son consistentes con los derechos humanos universales que permiten considerar más adecuado no perseguir violaciones del Derecho internacional humanitario y casos de genocidio cuando otras alternativas son posibles.

(23) Vide: sobre esta clase de problemas planteados por las Comisiones de la verdad, DALY, E., “Truth Skepticism: An Inquiry into the Value of Truth in Times of Transition”. En: *The International Journal of Transitional Justice*. Vol. 2, 2008, p. 23 y ss., en que pone de relieve las dificultades que existen para que puedan conseguirse los objetivos de justicia y reconciliación de las Comisiones, así como las diversas expectativas que cabe establecer sobre lo que se deba entender por verdad y los beneficios sociales derivados de la misma.

Vide: sobre verdad histórica y verdad jurídica, URIBE DE HINCAPIÉ, M.T., “Esclarecimiento histórico y verdad jurídica: notas introductorias sobre los usos de la verdad”. En: DE GAMBOA TAPIAS (ed), *Justicia transicional: teoría y praxis*. Ed. Univ. Rosario, Bogotá 2006, p. 324 y ss.

(24) Vide: una elaboración de criterios o “reglas procesales” relativas a la actuación de las Comisiones de la verdad, FREEMAN, M. *Truth Commissions ad Procedural Fairness*. Cambridge University Press, 2006, p. 88 y ss.

(25) No parece fácil recurrir a soluciones generales sin atender a las circunstancias de cada sociedad. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos ha elaborado en el

una tendencia a gestionar las situaciones transicionales mediante fórmulas de compromiso entre las exigencias de paz y justicia, como la Ley de Justicia y paz de Colombia, de 2003, que no prevé la amnistía sino un proceso especial para favorecer la desmovilización y la incorporación a la vida civil de los grupos armados irregulares bajo compromiso de reparación y una importante atenuación de la responsabilidad penal⁽²⁶⁾.

IV. LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA

La transición española presenta una serie de particularidades que deben ser señaladas antes de poder acometer una comparación con otros procesos. El final del régimen franquista se produce como consecuencia de la muerte del dictador en 1975 tras casi cuarenta años de dictadura que siguieron a una guerra civil devastadora (1936-1939). La desaparición física de muchos o un largo exilio de otros explican la debilidad de la oposición al régimen, además de la habilidad con que este supo adaptarse a las circunstancias y aprovecharse de la bonanza económica en sus últimos años. No fue solo el temor a una nueva confrontación civil, sino la conciencia de encontrarse bajo el férreo poder político y militar de los sucesores de Franco lo que llevó a las fuerzas democráticas a aceptar las condiciones de un proceso reformista impulsado desde el interior del régimen tras el que veían la posibilidad de la instauración de la democracia. En esas condiciones era como mínimo poco realista pensar en la posibilidad de exigir alguna clase de responsabilidad por lo sucedido.

Si tratamos de caracterizar la transición española por medio de las categorías utilizadas en los estudios de justicia transicional, nos encontramos con ciertas dificultades. En ocasiones ha sido señalada como ejemplo de transición basada en el olvido y en otras como un supuesto de “tercera vía hacia la impunidad” entre la pura autoamnistía y el otorgamiento de actos de perdón⁽²⁷⁾. En lo que concierne a la distinción entre casos de victimización simétrica y asimétrica⁽²⁸⁾, observamos en el caso español dos realidades que,

2006 el documento “Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la verdad”, que plantea las condiciones en las cuales resulta oportuna y recomendable una Comisión de la verdad y afirma que estas comisiones “no son más que uno de los elementos de una estrategia amplia en materia de justicia de transición y deben considerarse conjuntamente con posibles iniciativas en materia de enjuiciamientos, reparaciones, procesos de depuración en la administración pública y otros programas de rendición de cuentas o reforma” institucional (I-B). Establece también que “en general debe considerar que una Comisión de la verdad es complementaria de una acción judicial” (IV-A).

(26) Vide: una valoración de la aplicación de la Ley de Justicia y paz en NAGAN. Ob. cit., p. 26 y ss.

(27) Así, HUYSE, L., “Justice alter transition: on the choices successor elites make in dealing with the past”. En: KRITZ, N.J. (ed). *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. Washington 2004, p. 338.

(28) La distinción ha sido utilizada por UPRIMNY YEPES. “Las enseñanzas de análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y le caso colombiano”. En: UPRIMNY (ed). Ob. cit., p. 21

aunque unidas entre sí, deben ser distinguidas: la guerra civil y la dictadura, caracterizada la primera por una victimización simétrica y la segunda por una victimización básicamente asimétrica y vertical, protagonizada desde el poder. Pero ahí también es muy importante otra distinción, entre la primera etapa del régimen, en la que se cometieron las mayores atrocidades y violaciones de derechos humanos, y una segunda etapa en que se atenuó el furor represivo hasta el punto que algunos llegaron a utilizar en los últimos años de Franco la expresión “dictablanda”, en que los atropellos de los derechos humanos ya no tenían un carácter “masivo”. Se manifiesta en ello el imperio del tiempo como gran agente de los procesos jurídicos y políticos. El transcurso del tiempo desde los actos que causan mayor conmoción social, como ha señalado Elster⁽²⁹⁾, mitiga las demandas de justicia. Volviendo a la primera distinción efectuada, el carácter “simétrico” de las victimizaciones sufridas favorecería en general soluciones de carácter “compensatorio”, de modo que se renunciaría a exigir responsabilidades según una lógica propia de la “compensación de culpas”, pero ello no sería así en los supuestos de “victimización vertical”, aunque, claro está, no puede olvidarse que la condición para hacer efectiva cualquier forma de justicia es que se disponga efectivamente del poder de ejercerla.

Bajo estas premisas deben ser valoradas la ley de amnistía de 1976 y la más amplia de 1977, aprobada por Parlamento surgido de las primeras elecciones democráticas de junio de 1977. La amnistía de los presos políticos, de todos aquellos que habían sufrido represión por su oposición al régimen franquista, era una de las principales reivindicaciones de los partidos democráticos. La Ley de amnistía fue aprobada con el voto favorable de más del 90 % de los diputados, con palabras de apoyo explícito, incluso entusiasta, por parte de representantes del Partido comunista y del Partido socialista, entre otros. La amnistía se extendía incluso a quienes habían cometido delitos de sangre si habían actuado por motivos políticos, lo que incluía a los miembros de ETA y otras organizaciones terroristas, y comprendía los “delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley” y los “delitos cometidos por los funcionarios y los agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas” (art 2 de la Ley de Amnistía del 6 de octubre de 1977). Se sellaba así un pacto, no explicitado ni publicitado, por el que el régimen saliente ofrecía

y ss, adscribiendo los casos de El Salvador o Colombia al modelo de victimización simétrica, mientras que Argentina o Chile serían ejemplos de victimización asimétrica o vertical.

(29) ELSTER. “Rendición de cuentas...”, ob. cit, p. 98.

a las fuerzas democráticas la ansiada amnistía a cambio de no tener que responder ni los dirigentes ni los lacayos de aquel por sus crímenes.

Para caracterizar la transición española suelen utilizarse expresiones como “olvido” o “reconciliación”. La primera es muy adecuada y así se ha señalado con acierto que se trataba de una “transición amnésica”. Sin embargo, la idea de reconciliación debe ser evitada, dado el uso altamente manipulador que se ha efectuado de la retórica de la reconciliación, a no ser que con la misma se quiera meramente expresar la antítesis que algunos han visto entre esta y la justicia. Además, los requisitos de un proceso de reconciliación tal como el mismo podría ser entendido por parte de una literatura desarrollada a partir de las experiencias de las comisiones de la verdad en algunos países, básicamente de la Comisión sudafricana por la verdad y la reconciliación⁽³⁰⁾, es obvio que no concurren en el caso español. También se ha acudido a la idea de “olvido absoluto con rehabilitación parcial”⁽³¹⁾, en referencia a los diversos actos de reparación que se han ido produciendo.

Los actos de reparación deben ser analizados en el contexto anteriormente señalado. Hay en un primer momento actos de rehabilitación de funcionarios represaliados y de reconocimiento a los herederos de fallecidos del derecho a percibir prestaciones debidas (Decreto del 5 de diciembre de 1975 y Decretos del 27 de mayo y 2 de junio de 1977). Tras la aprobación de la Constitución de 1978 se inicia un proceso lento y gradual en el que el régimen democrático va adoptando decisiones de carácter reparador, que durante un tiempo responden a una lógica de equiparación, reconociendo a los perdedores de la guerra prestaciones de las que se beneficiaban hasta el momento solo los vencedores, y tomando como referencia la guerra civil, como si no hubiera existido después una larga dictadura o no se hubiera salido aún totalmente de ella (así Leyes del 29 de marzo de 1982 y del 22 de octubre de 1984). No es hasta el año 1990 y a través de una Disposición Adicional a la Ley de Presupuestos del Estado (del 29 de junio de 1990) que se da el paso consistente en reconocer derechos de indemnización a favor de quienes sufrieron prisión durante 3 o más años y mediante la Ley del 18 de marzo de 2005 se aprueba una prestación económica a favor de los denominados “niños de la guerra”. Respecto a la devolución de bienes incautados, el proceso de reparación ha sido también lento, gradual y limitado, alcanzando a los partidos y sindicatos pero no a los particulares. Una ruptura neta con el régimen franquista, con su condena explícita y la calificación como ilegítimas

(30) Vid. DALY, E. y SARKIN, J. *Reconciliation in divided societies: finding Common Ground*. Philadelphia, 2006, p. 123 y ss.

(31) Así GIL GIL, A. *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*. Barcelona 2009, pp. 100 y 151.

de algunas de sus decisiones, no se produce hasta la aprobación de la Ley 52/2007, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución y violencia durante la guerra civil y la dictadura.

Esta última norma, conocida como “Ley de la memoria histórica” ha respondido a una voluntad de paliar las carencias del proceso de transición y ha recibido críticas de muy diverso signo, algunas de las cuales han destacado su oportunismo político o han entendido que llegaba demasiado tarde, mientras otras han denunciado que se queda corta en el reconocimiento de los derechos de las víctimas y en la reparación de las injusticias cometidas por el franquismo.

Para valorar adecuadamente la oportunidad de la Ley hay que tener en cuenta lo sucedido durante los treinta años que separan esta Ley del proceso de transición. Por una parte, el mundo ha asistido a la emergencia de una serie de fenómenos: a) la irrupción de las víctimas como sujeto de derechos, proceso que ha tenido como referencias clave la aprobación por la AG de la ONU de la Declaración de los derechos de las víctimas del delito y del abuso de poder, amén de las resoluciones antes señaladas, que en los años novena del siglo XX tratan de cerrar el paso a la impunidad por las violaciones de los derechos humanos; b) el desarrollo del Derecho Penal internacional, al que ya hemos aludido, que en la práctica se ha materializado sobretudo en la actividad de diversos Tribunales especiales, como los que juzgan los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia y en Rwanda; c) la existencia de diversos procesos transicionales en los años ochenta y noventa del siglo anterior, en los que alcanzan un importante protagonismo las reivindicaciones de las víctimas y se adoptan medidas diversas orientadas a dar satisfacción a esos derechos; d) La creciente atención de la sociedad a la gestión del pasado, fruto de lo cual es la llamada “cultura de la memoria”.

En el plano interno debe tenerse en cuenta la labor de las asociaciones de familiares de víctimas o de entidades que reivindican la elaboración de la memoria histórica y un creciente interés por parte de los historiadores en el estudio de la guerra civil y del franquismo, así como la labor de la comisión interministerial que propuso al Gobierno la adopción de medidas orientadas al reestablecimiento de la memoria histórica. Fruto de iniciativas de la sociedad civil con un firme poyo de algunos gobiernos autonómicos son las actividades de apertura de fosas e identificación de cadáveres.

V. JUZGAR LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO

Las iniciativas surgidas en España en las que se pretende la incoación de procesos penales para juzgar los crímenes del franquismo, referidas

esencialmente a crímenes contra la humanidad, son seguidas con interés en Latinoamérica, después de que la justicia española haya seguido abierto penales en los que se han enjuiciado o se están enjuiciando delitos cometidos en países como Argentina, Chile, Guatemala o El Salvador. Juzgar la transición española es algo que puede hacerse desde diversos prismas y a partir de ahí las conclusiones a que se llegue pueden llegar a ser muy diversas. Así, en el plano político o social, hay una diferencia generacional relevante. Se ha afirmado que la Ley de memoria histórica responde al juicio crítico de los nietos de quienes se enfrentaron en la guerra civil al modo en que la generación de los hijos afrontó la superación del pasado, lo cual tendría bastante en común (salvadas las distancias) con la situación que se observó en Alemania respecto al nazismo. Por otra parte, la visión del historiador y la del jurista son distintas y, en lo que concierne al Derecho, es muy diferente el análisis desde el punto de vista del Derecho internacional y el que cabe hacer desde la perspectiva jurídico-penal. Pero la gran diferencia viene marcada por el tiempo, pues una cosa es el juicio que merecía la ley de amnistía en el momento en que fue dictada y otra lo que se infiere de la posterior evolución del Derecho Penal internacional, el Derecho internacional humanitario y el Derecho de los derechos humanos. Hoy en día existe amplio consenso respecto al carácter ilegítimo de las autoamnistías (concepto que, por las razones antes expuestas, no sería aplicable a la Ley española de 1977) y también de las amnistías absolutas que alcancen, de modo incondicionado, a las violaciones de derechos humanos y lleven a la impunidad. La garantía de no impunidad y el respeto de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación son ya hoy principios jurídicos asentados en el plano internacional. Pero la discusión está en si podía considerarse ilegítima la referida Ley cuando fue aprobada y, en caso afirmativo, si algún órgano interno podría ahora declararla nula. Niega esta posibilidad Gil Gil, advirtiéndolo con razón que no bastaría, para poder acometer hoy el juzgamiento de delitos cometidos por los servidores del franquismo, con la consideración de la ley de amnistía como meramente “derogada” por la posterior evolución del derecho internacional, dado que habría ya agotado sus efectos al extinguirse con su entrada en vigor las posibles responsabilidades penales⁽³²⁾. Por esta razón en Argentina hubo que considerar las leyes de punto final y de obediencia debida como “leyes de facto” para poder ser después declaradas nulas y carentes de efectos jurídicos⁽³³⁾.

(32) Vid. GIL GIL. Ob. cit., pp. 101 ss y 152.

(33) Vid. NINO, C.S. “The duty to punish past abuses of human rights put into context: the case of Argentina”. En: KRITZ, N.J. (ed), *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. Washington 2004, pp. 434-436.

Parece razonable el criterio según el cual la Ley de amnistía no puede ser declarada nula por ilegitimidad sobrevenida, lo cual implicaría la aplicación retroactiva de una norma de derecho internacional que en el momento en que la Ley fue dictada su vigencia, como costumbre, era dudosa⁽³⁴⁾. Ante ello queda la posibilidad de promover una interpretación restrictiva de la Ley, que atienda al contexto en que la misma fue aprobada, después de haberse ratificado por parte de España el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (BOE 30 de abril de 1977). La aprobación de la amnistía meses después de la referida ratificación no es algo que el jurista pueda meramente explicar como políticamente contradictorio sino como una circunstancia decisiva que enmarca el contexto en que debe efectuarse la interpretación de la norma, dado que el Pacto impone el deber de los Estados de investigar las violaciones de derechos humanos y de ofrecer recursos a las víctimas. Sin embargo, no debe olvidarse que el Pacto (arts 2, 3 y 15-2) no establece una obligación de los Estados de perseguir penalmente los hechos y, además, una interpretación restrictiva no resulta fácil si se atiende a los términos en que se formulan los supuestos por los que se concede la amnistía. En primer lugar se declaran amnistiados “todos los actos con intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado”. Una interpretación restrictiva que deje fuera los delitos cometidos desde el poder no resulta posible, ya que la propia Ley luego cuida de precisar que en todo caso debe considerarse amnistiado el delito de rebelión, que no puede tener otros destinatarios que aquellos que protagonizaron la sublevación militar contra las autoridades de la República. Además, se incluyen expresamente los delitos que hubieran podido cometer las autoridades, funcionarios y agentes con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos, lo cual impide excluir de la amnistía supuestos de tortura y delitos relacionados, máxime si además tenemos en cuenta que la Convención sobre la tortura que obliga a los Estados a su persecución es de 1984.

En la discusión parlamentaria no hay elementos de los que pueda inferirse una voluntad de omitir los delitos gravemente atentatorios contra los derechos humanos del alcance de la amnistía. En las intervenciones de los portavoces prácticamente no hubo referencias a los delitos cometidos por los servidores del régimen franquista y, entre los que daban apoyo al texto propuesto, en todo caso se destacaba en tono crítico una excesiva limitación del alcance de la amnistía en aspectos menores, como, por ejemplo, en las penas accesorias, o se pedían indultos para ciertos delitos no políticos. La ley se aprobó a partir de una proposición de ley elaborada por las fuerzas políticas democráticas surgidas de la oposición al franquismo (Grupos socialista,

(34) Niega la existencia de una tal costumbre GIL GIL. Ob. cit., pp. 108-113.

comunista, vasco y catalán fundamentalmente) y asumido por la UCD, recibiendo 296 votos a favor, 2 en contra y 18 abstenciones, de Alianza Popular y algunos partidos de izquierdas integrados en el Grupo mixto. Las intervenciones insistían en las ideas de reconciliación y de olvidar el pasado y mirar hacia el futuro. Entre las intervenciones es bien significativa la de Marcelino Camacho, representante del Grupo comunista, quien afirmó que “nos hemos matado unos a otros” y ahora “hemos enterrado nuestros muertos y nuestros rencores del pasado”, defendiendo con entusiasmo una amnistía “para todos”. El socialista Txiki Benegas aseguraba que “la sola idea de poder conquistar de nuevo la libertad perdida acalla y hace olvidar los sufrimientos soportados” y Xavier Arzallus, en representación del Grupo vasco-catalán, apelaba al “mutuo olvido”, dado que “hechos de sangre ha habido por ambas partes”⁽³⁵⁾.

Efectivamente, la existencia de una costumbre internacional que impusiera a los Estados el deber de perseguir penalmente las violaciones de los derechos humanos era dudosa en el momento en que fue dictada la Ley de amnistía⁽³⁶⁾. Y aunque la norma consuetudinaria estuviera vigente, no podemos confundir los planos del Derecho internacional y del Derecho Penal de los Estados. Un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por incumplir una obligación pero la norma internacional no se impone sobre la Ley interna como norma de aplicación directa en el Estado.

Respecto a la prescripción, la opinión dominante en la doctrina y en la jurisprudencia entiende que es una institución de derecho material no susceptible de aplicación retroactiva. La prescripción de un delito supone un límite al ejercicio de la potestad punitiva estatal y una vez producida la misma con arreglo a la ley vigente existe una expectativa legítima de no ser perseguido penalmente que no puede ser defraudada mediante una ley posterior que establezca el carácter imprescriptible del delito, como ha sucedido respecto a los delitos de lesa humanidad, declarados imprescriptibles mediante LO 15/2003 del 25 de noviembre.

Lo señalado hasta el momento nos confirma en la convicción, tantas veces señalada por los penalistas, de las limitaciones de la justicia penal para resolver los problemas sociales. A las dificultades indicadas debe añadirse una reflexión de tipo general, en el sentido de advertir que la justicia penal tropieza en la práctica con múltiples obstáculos y difícilmente puede servir

(35) Las referidas intervenciones constan en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm 24, del 14 de octubre 1977, disponible en la web del Congreso de los Diputados: <www.congreso.es>.

(36) Vid. ORENTLICHER, D.N., “Settling accounts: the duty to prosecute human rights violation of a prior regime”, en KRITZ, N.J. (ed), *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. Washington 2004, pp. 437-438.

a los objetivos de la pacificación y la restauración de las relaciones sociales. El espacio de la justicia penal está condicionado por el papel predominante de la figura del imputado, con lo que las víctimas tampoco encuentran en ella el mejor modo de que se vean satisfechas sus expectativas de reconocimiento y reparación.

VI. LAS VÍCTIMAS: DERECHO A LA VERDAD, A LA JUSTICIA Y A LA REPARACIÓN

Una vez transcurridos treinta años desde la transición, entiendo que la actividad del Estado debe centrarse en España en arbitrar las fórmulas más adecuadas para cumplir con la obligación de poder dar satisfacción a los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación. La justicia hacia las víctimas, como ha señalado Reyes Mate, no debe ser entendida como una justicia que corresponda ejercer directamente a las víctimas o en que el Estado deba actuar al dictado de lo que establezcan los que se erigen en representantes de las mismas⁽³⁷⁾. La justicia de las víctimas, entendida como deber de la sociedad hacia ellas, escapa a una lógica compensatoria, propia de la justicia retributiva concebida **para** y en cierto modo **desde** los agresores, en la que estos pueden ponerse de acuerdo para no perjudicarse y olvidar las cosas. Este sentido de la justicia impide hoy erigir el “mutuo olvido” como virtud política, pues el sufrimiento de las víctimas es un hecho social objetivo e independiente de quienes hayan sido sus perpetradores y de la adscripción ideológica de la víctima. Por esta misma razón no resulta convincente el argumento, esgrimido desde ciertos sectores, de que la democracia debe honrar solo a las víctimas del franquismo dado que este ya reconoció y reparó a las víctimas causadas por quienes actuaron en defensa de la República o contra la sublevación militar. Estas distinciones no son aceptables, pues no cabe dar por bueno un reconocimiento moral y político hecho por un régimen cuyas bases éticas y políticas precisamente se impugnan, amén que todas las víctimas tienen igual derecho a ser reconocidas **por la democracia**.

La Ley **de la memoria histórica** no consigue, pese a los años transcurridos, cerrar adecuadamente el proceso de transición, pues remite la declaración de víctima y la identificación de las víctimas a iniciativas particulares de los ciudadanos, con los consiguientes riesgos de que las pruebas queden contaminadas. Puede parecer muy hipotético pensar en la posibilidad de que sigan adelante procesos penales por hechos derivados de estas identificaciones, pero el Estado no podía lavarse las manos ante sucesos de esta magnitud. El papel desempeñado en otros países por las Comisiones de la verdad podría

(37) Vide: REYES MATE. *Justicia de las víctimas: terrorismo, memoria, reconciliación*. Barcelona, 2008, p. 12 y ss.

resultar difícil de conseguir ahora en España, en un régimen democrático plenamente consolidado que no tiene imperfecciones muy distintas de las que tienen los países del entorno, pero la Ley era una oportunidad para crear una comisión con competencias para investigar hechos denunciados y establecer la lista de víctimas respecto a las cuales pudieran ser aplicadas las medidas de reparación legalmente previstas.

También resulta poco satisfactoria la solución finalmente adoptada respecto a las sentencias de los Tribunales especiales mediante los cuales se llevó a cabo la actividad represiva contra los disidentes. Las sentencias de estos tribunales y las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos por cualesquiera órganos penales o administrativos contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior o pretendieron el restablecimiento de la democracia son declaradas **ilegítimas**. No cabe dudar del alto contenido político de esta declaración, pero con la misma no se cierra totalmente el problema desde el punto de vista jurídico, pues el concepto de ilegitimidad carece de contenido y efectos claros, a diferencia de lo que sucedería de haberse optado por la declaración de nulidad. Como ha destacado Kirchheimer⁽³⁸⁾, no existe un *état criminal* en estado puro, por lo que los actos dictados por un Estado autoritario y carente de legitimidad democrática no cabe considerarlos en bloque como leyes “de facto” desprovistas de valor jurídico y eficacia. Ello impone una difícil decisión a las democracias, que deben establecer las fórmulas que permitan decidir en que supuestos y mediante que procedimientos determinadas decisiones de los órganos del régimen anterior deben ser declaradas nulas *ab radice* y no solo derogadas. La solución adoptada en el art 3 no resuelve la cuestión pero abre el camino para que pueda conseguirse la declaración de nulidad por vía jurisdiccional. Una reforma de las normas que rigen el recurso de revisión en la línea seguida por otras legislaciones habría allanado más esta cuestión.

(38) Vide: KIRCHHEIMER, O. “Trial by Fiat of the successor regime”. En: KRITZ, N.J. (ed), *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. Washington 2004, pp. 359-361.

CUARTA PARTE

Dogmática Penal

Delitos de infracción de deber y accesoriedad en el Derecho Penal

Silvina BACIGALUPO SAGUESSE
(España)

SUMARIO: **I.** La teoría del dominio del hecho es válida para la explicación dogmática de las reglas de la autoría y la participación de ciertos tipos penales en el Derecho español vigente. **II.** La aparición de la categoría de los delitos de infracción del deber fue propuesta por Roxin en 1963. **III.** La propuesta de Roxin tiene otras raíces y no es casual ni puede ser considerada sorpresiva. **IV.** El concepto de delito de infracción de deber de Jakobs, difiere del de Roxin. **V.** Tanto en la doctrina alemana como en la española la categoría de los delitos de infracción de deber se ha visto expuesta a objeciones. **VI.** Comprobada la consistencia teórica de la categoría de los delitos de infracción de deber el siguiente problema de análisis lo constituye la teoría de la accesoriedad que es sobre la que esta categoría despliega sus máximas consecuencias. **VII.** El problema de la accesoriedad planteado por los delitos de infracción de deber se ha presentado básicamente en el campo de la accesoriedad cualitativa. **VIII.** Para finalizar.

I. La teoría del dominio del hecho⁽¹⁾ es válida para la explicación dogmática de las reglas de la autoría y la participación de ciertos tipos penales en el Derecho español vigente. Sin embargo, no permite resolver los problemas de autoría y participación en todos los tipos penal. Por lo tanto, tuvo que ser completada con la teoría de los delitos de infracción de deber. La principal consecuencia dogmática y práctica de la teoría de los delitos de infracción de deber es la modificación de las reglas de la **accesoriedad** de la participación. Esta modificación de los criterios determinantes de la accesoriedad, sin embargo, no es contraria a la ley penal vigente.

El problema de la distinción entre autor y cómplices y partícipes, en general, ha sido tratado desde distintos puntos de vista que, como se verá, no

(1) En España, representada por Cerezo, Bacigalupo, Muñoz Conde, Gómez Benítez, Díaz y García Conlledo.

excluyen la posibilidad de aceptación de la teoría de los delitos de infracción de deber.

Sin perjuicio de su origen y de sus consecuencias, la noción de autoría que postula la teoría de los delitos de infracción de deber es también plenamente conciliable con otras teorías: sea la **teoría formal objetiva** o **material objetiva** o la **teoría subjetiva**, tal como ellas han sido formuladas en la doctrina española:

- Desde el punto de vista de la **teoría formal objetiva**, que considera que la noción de autoría se deduce de los tipos de la Parte especial (Rodríguez Mourullo⁽²⁾, Córdoba Roda⁽³⁾, Quintero Olivares⁽⁴⁾) o que la define como “realizar el hecho” (Cobo Del Rosal / Vives⁽⁵⁾), es indudable que **la infracción del deber es la realización personal de la acción típica**.
- Desde el punto de vista de las **teorías material objetivas**, no solo las del “dominio del hecho”, sino también a mi entender, p. ej., la que sostiene que la autoría requiere “tomar parte en la ejecución” (Gimbernat⁽⁶⁾), no ofrece dudas que, cuando la infracción del deber es un elemento decisivo del tipo que define al autor, por lo tanto, el que lo infringe habrá tomado parte en la ejecución.
- Asimismo, desde el punto de vista de la **teoría subjetiva**, parece claro que, cuando el tipo penal define la autoría como infracción de un deber, solo puede tener voluntad de autor (*animus auctoris*) el que tenga objetivamente el deber cuya infracción es determinante de la autoría.

II. La aparición de la categoría de los delitos de infracción del deber fue propuesta por Roxin en 1963⁽⁷⁾. La noción de **delito de infracción de deber de Roxin** se basa en la estructura de los tipos penales de la Parte especial. Cuando el tipo penal se estructura sobre la infracción de un deber extrapenal, estaremos ante un delito de infracción de un deber surgido de una norma no penal: **el tipo penal criminaliza la infracción de un deber surgido de una norma no penal (extrapenal)**. Roxin expone su teoría refiriéndola a un

(2) RODRÍGUEZ MOURULLO, G. “El Autor mediato en Derecho penal español”. En: *Anuario de Derecho Penal*: 1969, S. 461 ff. Derselb., in CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal*. T. I, Barcelona, 1972, S. 839 ff.

(3) CÓRDOBA RODA, J. En: CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal*. T. I, S. 889 ff.

(4) QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 2. Aufl., 2000, S. 189 ff.

(5) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Derecho Penal. Parte General*. S. 748.

(6) GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en Derecho Penal*. 1966, pássim.

(7) ROXIN, C. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 1. Aufl., 1963.

cierto número de tipos penales que considera el **prototipo** de los delitos de infracción de deber: la administración desleal; las lesiones cometidas por un funcionario en el ejercicio de sus funciones, la extorsión del funcionario para obtener una declaración, (parágrafo 343 StGB).

En estos tipos penales el autor es sujeto de un deber proveniente de otra rama jurídica y ello configura el disvalor especial de su hecho. La administración desleal (arts. 252, 295 del CP) tiene rasgos similares en el Derecho alemán y en el español; las lesiones del funcionario no existen en nuestro ordenamiento, pero existe un paralelo, no referido a la integridad corporal, sino a la libertad (arts. 530, 531, 533 del CP).

La cuestión de si la infracción de deber es conceptualmente posible sin realizar “de propia mano” el acto material que produce la lesión del interés protegido por el tipo, naturalmente, no ha sido hasta ahora planteada como una objeción concreta, pero, quienes se oponen actualmente a la teoría de la infracción de deber en España, parecen considerar implícitamente, que no se puede admitir la infracción de deber sin la realización personal de la lesión material (causal y con dominio del hecho) del interés protegido.

En la versión de Roxin, la teoría de los delitos de infracción de deber, por el contrario, se parte de la base de que la infracción del deber tiene **autonomía conceptual** y además es el verdadero elemento que caracteriza la “**figura central**”⁽⁸⁾ en la ejecución del hecho.

El acierto de este criterio, puede ser demostrado de la siguiente manera: sin la infracción del sujeto típico, la sola producción del daño material del interés protegido no sería subsumible en el tipo del delito. Si alguien lesiona un patrimonio que no administra, el hecho no podrá ser subsumido bajo el tipo de la administración desleal; por el contrario, si el sujeto del deber intenta que otro (obrando dolosamente) realice la acción perjudicial, habrá incurrido, al menos, en tentativa, siempre y cuando, por supuesto, su intento pueda ser considerado como un comienzo de ejecución. De todo ello, surge claramente que la figura central es el que infringe el deber y es sujeto del mismo. Por el contrario, si se identificara la infracción del deber con el dominio del suceso que produce materialmente la lesión, la categoría de los delitos de infracción de deber perdería todo su sentido y habría que admitir la consecuencia de la doble impunidad, que no puede ser compatible con la finalidad de la ley.

Cabe recordar en este contexto que Gimbernat⁽⁹⁾ ha cuestionado la forma en la que Roxin utiliza la idea de la “figura central” en los delitos de do-

(8) ROXIN, C. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band II. C.H. Beck. München, 2003. § 25 Rn. 10f.

(9) GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en Derecho Penal*. S. 285.

minio (significación del diferente papel del que apuñala a la víctima y del que la sostiene para que el otro la mate). Sin embargo, tengo la impresión de que este entendimiento de Gimbernat, muy probablemente, no debería ser ningún obstáculo en el ámbito de los delitos de infracción de deber, dado que en estos es indudable que el obligado por el deber es el único que puede infringir el deber y ser **ejecutor** y, por lo tanto, **nadie podría disputarle el papel principal** en un hecho que conduce a la producción del resultado típico.

La principal consecuencia de la tesis de Roxin se refiere a la **accesoriedad** desde el punto de vista **cualitativo**. En la medida en que la autoría se caracteriza por la infracción del deber, la acción del partícipe es accesoria de la infracción del deber y no del dominio del hecho de otro. Por lo tanto, es también irrelevante si el que infringe el deber obró o no con dolo, porque el dolo solo es un elemento necesario del dominio del hecho; es lo que determina la dirección del mismo. Esto **no significa que pueda haber una cooperación punible en el caso de una infracción imprudente del deber**, pues por regla faltaría en el hecho principal la tipicidad, característica necesaria mínima de cualquier criterio de accesoriidad. Lo que se quiere decir es que la infracción del deber caracteriza la figura principal.

En los delitos de infracción de deber cabe la coautoría cuando haya dos (o más) obligados por el deber de obrar conjuntamente. Por ejemplo: dos administradores, que solo pueden disponer conjuntamente de las cuentas de la sociedad suscriben un talón distrayendo dinero de las mismas (Roxin)⁽¹⁰⁾.

También el obligado por el deber puede actuar como **autor mediato** respecto de otro obligado por el deber o un instrumento no cualificado que obren sin dolo.

La **mayor consecuencia práctica** se alcanza cuando el no cualificado obra de manera plenamente responsable y con total dominio del hecho que materialmente produce la lesión. Estos casos también son tratados –aunque sin diferenciar– por la **teoría del autor detrás del autor**, a la que me referiré más adelante.

La categoría de los delitos de infracción de deber alcanza a los tradicionales delitos especiales propios y los delitos de omisión. Inicialmente (hasta la 4. ed.) Roxin incluyó también los delitos imprudentes. Pero luego los excluyó, porque se considera que la distinción entre autores y partícipes no es pertinente en estos delitos. En nuestra dogmática el profesor Luzón Peña⁽¹¹⁾, entre otros, mantiene, como es sabido, un criterio diferente.

(10) ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6. Aufl., 1994, S. 355f.

(11) LUZÓN PEÑA, D. *Estudios Penales*. 1991.

La teoría de los delitos de infracción de deber no tiene ninguna relación con la tesis de Schaffstein (1935) (Escuela de Kiel) ⁽¹²⁾ del delito como infracción de deber, que postulaba reemplazar el delito como lesión de un bien jurídico por la explicación de todos los tipos penales como forma de traición a la comunidad.

III. La propuesta de Roxin tiene otras raíces y no es casual ni puede ser considerada sorpresiva. No sería explicable sin considerar la situación de la dogmática una vez aceptada la teoría del dominio del hecho. En la dogmática, por lo general, la evolución es lenta y pausada y también lo ha sido en esta materia. En este sentido, creo posible afirmar que la teoría de los delitos de infracción de deber es una necesidad generada por la insuficiencia de la teoría del dominio del hecho para explicar ciertos supuestos dentro de su concepto de la accesoriedad limitada.

Al principio de los 60 del siglo anterior se pensaba que la problemática de la autoría de los delitos dolosos era **unidimensional** y tenía una respuesta general en la teoría del dominio del hecho. El criterio del dominio del hecho no era nuevo ni era una consecuencia de la teoría finalista. Entre otros antecedentes más remotos del siglo XIX, cuenta también la teoría de la “preponderancia” (*Übergewichtstheorie*) de Hegler⁽¹³⁾, que atendía a la significación del papel del autor en el conjunto del hecho: es claro que quien apuña a otro tiene más peso que el presta el arma para la comisión del delito.

Pero fue la teoría finalista la que reformuló los puntos de vista de la dogmática de los años 30 y le dio un nuevo giro con su pretensión de fundamento ontológico. Sin embargo, el criterio del dominio del hecho se manifestó inadecuado para explicar la autoría en **tres** ámbitos: (1) en los delitos imprudentes, (2) en los delitos de omisión y (3) en los delitos especiales.

Es evidente que una vez admitido que el dominio del hecho puede ser concebido como un elemento normativo de la autoría en ciertos delitos, la existencia de dos categorías de delitos que responden, a su vez, a dos criterios de autoría, sugiere que se está hablando de dos cuestiones diversas y que la expresión “dominio normativo del hecho”, ya no significa otra cosa que infracción de un deber específico del autor. En los tres grupos de delitos reseñados, sin embargo, aparece una característica común: en ellos **la autoría es definida por la infracción de un deber**.

En los casos de concurrencia de un cualificado con un no cualificado era evidente que la **figura central del suceso** no podía ser el no cualificado,

(12) SCHAFFSTEIN. *Das Verbrechen als Pflichtdelikt*. 1935.

(13) HEGLER, A. “Zum Wesen der Mittelbaren Täterschaft”. In: *FG für Richard Schmidt*. 1932.

aunque actuara con dolo y con dominio del hecho que conduce a la lesión del objeto de la acción. La figura central debía ser el cualificado, pues sin él no se hubiera cometido el delito.

Esta redefinición de la autoría conllevaba necesariamente –como se ve– una **redefinición de la accesoriedad** de la participación. Pues la participación debía ser accesoria de la acción normativamente principal, es decir: de la acción del que era la figura central del suceso por ser infractor del deber que le incumbía. Por lo tanto el dolo del no cualificado y su dominio del hecho eran irrelevantes, pues la figura principal no podía ser accesoria de una figura secundaria.

Con otras palabras: no se trata **solo** de cómo se define la autoría, sino también de cómo se caracteriza la relación entre la autoría y la participación, es decir de la accesoriedad.

IV. El concepto de delito de infracción de deber de Jakobs, difiere del de Roxin. Para Jakobs⁽¹⁴⁾ no se trata de si se infringe un **deber extrapenal**, sino si en la comisión de **cualquier delito el autor infringe un deber institucional**, es decir, si el autor era sujeto de los deberes que surgen de uno de los subsistemas del Derecho Penal que Jakobs presenta: (a) delitos de infracción de deber provenientes del *neminem laedere* (llamados delitos de dominio de la propia organización), que podrían denominarse también de abuso de la libertad y (b) delitos de infracción de un **deber institucional** (llamados delitos de infracción de deber). Es decir: si el **autor es sujeto de un deber institucional** y comete un delito común estamos ante un delito de infracción de deber. Ejemplo: el hijo que hace matar al padre por otro comete un homicidio como autor, aunque no sea el sujeto que ejecuta la acción de matar, porque infringe un deber institucional.

Ello, sin perjuicio de que ciertos delitos puedan ser necesariamente de infracción de deber, como los del funcionario público que trafica con influencias del art. 428 del CP.

Por lo tanto, Jakobs no opera con un **prototipo** cuyos elementos caracterizan siempre los tipos de delitos individuales, como Roxin. Sin embargo, ejemplifica no solo con los delitos de funcionarios (que se refieren a la institución del Estado) y también con la administración desleal (principio de confianza), tipos penales que coinciden con los que también Roxin ejemplifica su punto de vista.

La tesis de Jakobs subraya un aspecto que Roxin ha mantenido abierto. Su **concepto de delito de infracción de deber va unido a la tesis individual de**

(14) JAKOBS, G. *Strafrecht*. AT., 21/1 ff.

comienzo de ejecución de la tentativa, que se opone al concepto total o general. De esta manera se materializan las consecuencias de la teoría de la infracción de deber en lo concerniente al aspecto **cuantitativo de la accesoriidad** (dependencia del grado de ejecución del hecho principal).

La “tesis individual” del comienzo de ejecución era conocida en la dogmática alemana antes de la aparición de las concepciones propuestas por Jakobs y no constituye una consecuencia ineludible de sus puntos de partida. La **tesis individual** establece que el comienzo de ejecución de un delito debe ser apreciado individualmente respecto de cada partícipe, es decir, cabe que por el mismo hecho algún partícipe haya dado comienzo a la ejecución, mientras que las acciones de otros solo hayan quedado en la fase preparatoria. Por ejemplo: el hijo que para matar a su padre comisiona a otro para que lo lleve a cabo, comenzará la ejecución cuando haya realizado todo lo necesario para que el otro actúe: le haya convencido, le haya proporcionado los datos para situar a su padre, etc. Este comienzo de ejecución será punible aunque el sicario no haya dado comienzo a la acción de dar muerte al padre.

Probablemente no cabría objetar que las consecuencias que Jakobs propone implicarían convertir al inductor en autor, ni que serían contrarios al régimen legal de la inducción.

En primer lugar, no se convierte al inductor en autor, pues en los delitos de infracción de deber la utilización de otro para materializar el perjuicio típico, en todo caso, configura la infracción del deber que incumbe al agente y, por lo tanto, da lugar a autoría (directa o mediata, según los distintos puntos de vista). En este punto estaría de acuerdo también Roxin.

Tampoco puede ser entendido que el criterio individual sea contrario al régimen legal de la inducción en el Derecho penal español. En principio porque la ley no establece ni el **criterio individual**, ni el **criterio total** para definir la accesoriidad cuantitativa respecto de la inducción o de las formas de cooperación. La decisión sobre el criterio, por lo demás, como ya se ha dicho, no es una consecuencia necesaria de las premisas dogmáticas de Jakobs, pues fueron elaboradas con anterioridad.

Desde estas consideraciones Jakobs estima que estos delitos “saltan por encima de la accesoriidad” (*überspringende Akkzesorietät*). La expresión es algo críptica, pero entiendo que se refiere a que en los delitos de infracción de deber la accesoriidad pasa por encima del dominio del hecho y tiene sus propias reglas.

V. Tanto en la doctrina alemana como en la española la categoría de los delitos de infracción de deber se ha visto expuesta a objeciones. En España son mayores las críticas que las adhesiones. El reconocimiento o la aceptación

escasa en la doctrina, la explica su propio creador, Roxin, afirmando que en esta nueva categoría aún quedan muchas cuestiones abiertas que habrá que ir desarrollando⁽¹⁵⁾. Esto es cierto.

Las críticas referentes a los delitos de infracción de deber en la dogmática española son importantes. Algunas de esas críticas tienen paralelo con las emitidas en Alemania. Si bien no es posible entrar aquí en las críticas, por otro lado conocidas, creo posible formular, al menos, las siguientes conclusiones:

1. La categoría de los delitos de infracción de deber **no** vulnera el principio de legalidad.
2. La categoría de los delitos de infracción de deber determina la autoría por infracción del deber extra penal especificado en la estructura del tipo.
3. La categoría de los delitos de infracción de deber no renuncia al principio de accesoriedad en la participación, sino que lo redefine.
4. La aplicación del principio del actuar en nombre de otro a los casos de participación del *extraneus* no permite resolver adecuadamente el problema.
5. La distinción entre delitos de situación y delitos especiales es insatisfactoria. No tiene apoyo legal.

VI. Comprobada la consistencia teórica de la categoría de los delitos de infracción de deber el siguiente problema de análisis lo constituye la teoría de la accesoriedad que es sobre la que esta categoría despliega sus máximas consecuencias.

Ya se vio que los **delitos especiales propios** presentaban **especiales dificultades** para quienes defienden el criterio del dominio del hecho **para definir la autoría**, tanto como para los que postulan la teoría formal objetiva. En aquellos delitos el sujeto que, en verdad, domine el hecho que materialmente produce la lesión obrando con dolo o el que **formalmente** realiza la acción que produce la lesión del objeto de protección en forma personal no puede ser considerado autor, si no es sujeto del deber cuya infracción es determinante de la tipicidad.

A su vez el sujeto del deber que participa sin dominar el hecho no podría ser considerado autor y, desde el punto de vista de la teoría formal objetiva, tampoco podría ser cooperador, pues solo es posible cooperar en el hecho del que sea autor. Se trata de casos que responden a la estructura de la autoría mediata, en los que el intraneus se vale de otro, *extraneus*, que obra

(15) ROXIN, C., LK, 11. Aufl., 25 RN 2.

con dolo en la realización de la acción que lesiona el objeto de protección. El problema surge porque “la conducta del autor mediato debe ser **principal**, no **accesoria**”⁽¹⁶⁾. El problema surge si se entiende que la figura principal es el que domina el hecho, como dominio de la causalidad al resultado lesivo, porque el intraneus, en es marco conceptual, solo podría ser un inductor del que domina el hecho. Pero, el inductor solo es punible si el inducido es autor.

De allí se derivaría como **primera solución la de la doble impunidad**, que es clara desde un punto de vista lógico-formal dentro del contexto determinado por la accesoriedad limitada. Sin embargo, esta solución es muy discutible desde la perspectiva del merecimiento de pena del intraneus y del extraneus. En este sentido decía ya Antón Oneca: “Tal solución no es justa, pues da la impresión de quedar burlada la voluntad de la ley”⁽¹⁷⁾.

Ninguna de las concepciones de la accesoriedad permitía resolver este problema partiendo de la teoría formal objetiva o de la teoría del dominio del hecho. La **accesoriedad extrema** requería el que la acción que realiza el tipo fuera punible, lo que no era el hecho del extraneus porque carecía de la calidad típica de autor. La **accesoriedad limitada**, por su parte, requería que el hecho principal fuera típico y antijurídico, lo que obviamente no ocurre, porque hecho del extraneus no es típico por la misma razón. **Un modo de evitar este resultado**, considerado contrario a la voluntad de la ley, era la **teoría del instrumento doloso**, que en el caso en el que la acción **formalmente** típica fuera realizada por un no cualificado plenamente responsable, admitía la autoría mediata del cualificado o sujeto del deber, que, en verdad, solo había inducido o solo cooperado en la realización de la acción. Su fundamento era la teoría subjetiva de la autoría (el cualificado obraba con *animus auctoris*).

La **teoría del instrumento doloso no ha sido admitida en España**, porque la teoría subjetiva no ha sido admitida. Antón Oneca entendía, a la luz del entonces vigente art. 14.1 del CP de 1973, que el legislador cuando lo había estimado oportuno había considerado tipificado casos de autoría mediata. No sería admisible, por lo tanto, aceptar supuestos de autoría mediata no contemplados en la ley. Hoy la cuestión es otra: el art. 28 del CP contempla expresamente y de manera general la autoría mediata.

Como se ha visto la doctrina que parte de la teoría del dominio del hecho ofreció diversas soluciones para alcanzar la finalidad de la ley que otras teorías frustraban; todas fueron igualmente insatisfactorias.

Además de la propuesta de Welzel respecto del concepto de dominio social del cualificado, Gallas afirmaba que el sujeto cualificado “no tiene

(16) ROXIN, C., LK, 25, RN 7.

(17) ANTÓN ONECA. *Derecho Penal*. Madrid, 1946, S. 470.

dominio sobre la persona del que obra inmediatamente, pero probablemente sí sobre el hecho como totalidad, en la medida en que el carácter del delito depende de la cualificación que él posee y del impulso que ha dado al sujeto no cualificado”⁽¹⁸⁾. En términos parecidos se manifestaron Jescheck⁽¹⁹⁾ y Stratenwerth⁽²⁰⁾.

Por esta razón, el desarrollo dogmático de la categoría de los delitos de infracción de deber ofrece una solución alternativa que permite resolver esta problemática modificando la noción de autoría y, consecuentemente, de accesoriedad.

Frente a estos intentos de solución y su escasa fuerza de convicción, no debe sorprender que fuera la teoría de la accesoriedad la que entrara en crisis. En este sentido, intentaron dar respuesta a la crisis de la teoría de la accesoriedad las propuestas de Lüderssen (*Theorie vom Strafgrund der Teilnahme*, 1967)⁽²¹⁾, así como la tesis análoga ha sido también defendida y, sobre todo, desarrollada por Schmidhäuser⁽²²⁾, que propone directamente una dogmática del **delito de participación**, en el sentido del “disvalor propio de la participación” y de una independencia del tipo de injusto respecto del delito de participación: “**El partícipe no toma parte en un hecho ajeno no permitido** –dice Schmidhäuser–, **sino que toma parte sin autorización legal en un hecho ajeno**. No se trata de que el autor principal lesiona la pretensión del bien jurídico y de que el partícipe toma parte en ello, sino de que el partícipe mismo lesiona dicha pretensión, sea que su conducta voluntaria, según su finalidad voluntaria (disvalor del fin), se extienda a la acción ilícita de otro, sea creando un peligro (disvalor del peligro), en el sentido de provocar en otro la decisión al hecho de otro o apoyando el comportamiento ajeno”⁽²³⁾.

VII. El problema de la accesoriedad planteado por los delitos de infracción de deber se ha presentado básicamente en el campo de la accesoriedad cualitativa, porque se refiere a qué caracteres debe tener el hecho principal, concretamente se refiere a si el hecho del garante o cualificado puede ser en todo caso el hecho principal, como propone la teoría de los delitos de infracción de deber. La cuestión de la **accesoriedad cuantitativa**, en principio no genera problemas, dado que la cuestión de la solución individual o general es un problema de la concepción del principio de ejecución.

(18) GALLAS. *Verbrechenlehre*. S. 102.

(19) JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, Th. *Lehrbuch des Strafrechts*. AT, S. 652.

(20) STRATENWERTH, G. *Strafrecht*. AT, 2004, S. 274 ff.

(21) LÜDERSSEN, K. *Zum Strafgrund der Teilnahme*. 1967, S. 119 ff.

(22) SCHMIDHÄUSER, Eb., *Strafrecht*, S. 532 ff.

(23) Ídem.

El Código español no contiene una regla que establezca expresamente un sistema de accesoriedad, ni limitada ni extrema. Por otra parte, hasta la introducción del apartado 3 del art. 65 del CP por la L.O. 15/2003, del 25 de noviembre, no existía una norma referente a la accesoriedad aplicable a las circunstancias que fundamentan la punibilidad (aunque dice erróneamente “culpabilidad”). La ley penal solo había regulado el régimen de las circunstancias agravantes y atenuantes, es decir las **modificativas de la pena**.

El art. 60 del CP 1973 no fue, en general, tratado como una regla de accesoriedad y la noción de accesoriedad limitada, cuando ha sido formulada, no se apoyó en el art. 60 del CP 1973. Es decir: el art. 60, así como el 65 del CP antes de la reforma de la LO 15/2003, en sus dos primeros apartados, solo contenían reglas que flexibilizaban o establecen excepciones a una accesoriedad que el derecho vigente no define, pero que es lógicamente necesaria para completar el sistema, como lo demuestra el § 29 DStGB.

En esas condiciones, a la luz de lo dicho en el art. 60 del CP de 1973 y en el 65, 1 y 2 del CP actual, **no sería imposible sostener la accesoriedad (cualitativa) máxima, pues se podría entender según el texto que solo si la conducta del autor es punible cabe pensar en circunstancia que modifiquen su punibilidad**. Más aún, probablemente, solo hubiera sido dogmáticamente correcto sostener la accesoriedad máxima o extrema, es decir, la que requiere que el hecho principal sea punible. Pero, esta interpretación hubiera determinado consecuencias difícilmente aceptables, sobre todo si era posible otra solución plausible sin afectar el principio de legalidad.

A pesar de sus diferencias tanto el DStGB y el CP vigente coinciden en dejar en manos de la ciencia y de la práctica la definición del concepto de autor. Se limitan a establecer que, además del **autor inmediato**, la autoría también se dará en forma **mediata y conjunta (coautoría)** (art. 28, primer párrafo, CP). Es notable que, no obstante estas diferencias, nuestras soluciones, al menos las dominantes, tengan innegable similitud.

Pero, nuestro problema dogmático de la accesoriedad tendremos que deducirlo de principios más generales o de las normas o del contenido implícito de las normas de la autoría y la participación del Código Penal.

En nuestro sistema diferenciador de la autoría al no existir una norma expresa debemos decidir entre las diversas alternativas conceptuales, descritas por Bockelmann: “**accesoriedad mínima**”, cuando para la punibilidad [de la participación] es suficiente con que el autor haya realizado un tipo legal; ‘**accesoriedad limitada**’, en el caso en el que la realización del tipo por el autor principal tenga que ser antijurídica; ‘**accesoriedad extrema**’, cuando se requiere que el autor principal haya obrado culpablemente; e ‘**hiperaccesoriedad**’, cuando las circunstancias agravantes o atenuantes del autor principal

son aplicadas también en contra o favor, según el caso, del partícipe”⁽²⁴⁾. La idea de la accesoriedad limitada se puede considerar dominante en España. Se apoya en los iniciales argumentos de Antón Oneca⁽²⁵⁾, generalmente presentados como **gramaticales**, pero en realidad –a mi juicio, al menos– teleológicos referidos a la inconveniencia político criminal de la accesoriedad máxima (que requiere un hecho principal **punible**).

A mi entender, el problema de la teoría mayoritaria no consistía en la razonabilidad de la solución, sino en el apoyo de esa interpretación en el texto legal. La doctrina dominante sostenía que la palabra “hecho” (contenida en el art. 14. del CP de 1973) era determinante de que el suceso principal debía ser solo típico y antijurídico, según la teoría de la accesoriedad limitada. Pero, desde el punto de vista gramatical se puede hablar de hechos atípicos, de hechos típicos y antijurídicos, de hechos dolosos, de hechos imprudentes, de hechos culpables o de hechos punibles. Por ello estimo que, en realidad, **no es texto legal el fundamento sino la finalidad de la ley: el legislador, hay que entender, no ha expresado la norma, pero tiene que haber querido la solución más razonable, es decir la de la accesoriedad limitada.**

Desde mi punto de vista esta solución tiene actualmente un punto de apoyo más consistente. En efecto, los arts. 300 y 453 del CP, cuya posición sistemática es manifiestamente incorrecta, **revelan**, sin embargo, que allí donde se podría pensar en una relación de accesoriedad el legislador ha limitado la accesoriedad a un hecho principal típico y antijurídico. No hay ninguna razón que demuestre que el legislador hubiera querido otra solución para los auténticos problemas de la accesoriedad de la participación. Parece claro, por lo tanto, que el Código de 1995, en este sentido, cerró una etapa basada en argumentaciones literales que estimo que siempre fueron discutibles, a pesar del consenso del que gozaron.

El art. 300 del CP dice ahora claramente que la receptación también es punible cuando “el autor o el cómplice del que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena”, excluye claramente la accesoriedad máxima, en todos los tipos penales de la receptación donde se habla de “delito” o de “falta”, como en el caso del art. 298.1 y 299.1 del CP. Es cierto que **el encubrimiento no es una forma de participación**, pero la doctrina (en especial S. Mir Puig⁽²⁶⁾) se refieren a ellos para mantener el criterio de la accesoriedad limitada y, además, se trata de hechos punibles referidos a otros hecho punible principal, del que son accesorios.

(24) BOCKELMANN, P. *Strafrechtliche Untersuchungen*. 1957, S. 31 ff.

(25) ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal*. S. 470.

(26) MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*. S. 390 ff.

Pienso, por otra parte, que en el derecho actual cabría agregar un punto de apoyo importante a favor de la tesis de la accesoriedad limitada. El art. 28 del CP permite reforzar y corroborar los argumentos de la doctrina dominante sobre la accesoriedad limitada, puesto que prevé la realización del hecho en autoría mediata.

Se podría decir que **no puede haber autoría mediata si el instrumento ha realizado un hecho punible por el que es plenamente responsable**. En tal caso, cuando el que actúa por delante es plenamente responsable solo cabría pensar en la figura del **autor detrás del autor**, que no sería un supuesto de autoría mediata, pues la autoría mediata clásica presupone un “defecto” del autor inmediato que excluye su responsabilidad.

Sin embargo, esta constatación requiere alguna precisión, pues en la doctrina también se admite la llamada “teoría del autor detrás del autor”, una figura que permite castigar como autor al que, sin ser inductor ni partícipe, sin embargo, obra por detrás y tiene, se podría decir, un sobredominio del hecho respecto de un autor inmediato que también reúne todas las características que fundamentan su responsabilidad penal.

Es evidente que tales supuestos se subsumirían bajo el art. 28 del CP como casos en los que el que obra por detrás realiza el hecho mediante otro que cumple una función instrumental, siempre y cuando se pudiera considerar “instrumento” al que obra por delante. Se trataría de una excepción a los principios generales de la autoría y la participación de aceptación muy restringida en los últimos cincuenta años. Todavía en 1947 pensaba Welzel que “la autoría mediata mediante un autor inmediato, que es él mismo autor, es un absurdo [Unbegriff]”⁽²⁷⁾. En sus primeras manifestaciones se consideró que formaban parte de esta figura dogmática solo los casos **límite** de exclusión de la capacidad de culpabilidad, de minoridad penal, del estado de necesidad, del exceso en la legítima defensa o del error de prohibición evitable.

Sin embargo, los casos “autor detrás del autor” que hoy se reconocen son considerados **estrictas excepciones** al principio general de la autoría. Se trata: 1) del llamado “**dominio por organización**”, referente a estructuras de poder jerárquicamente organizadas, 2) de los **casos de error que no excluyen el dolo** (por regla error sobre el sentido de la acción: A convence a B de que perjudique a C, destruyendo una obra de arte que B es incapaz de apreciar como tal), 3) casos de **error de prohibición evitable** (el autor inmediato sigue siendo culpable).

Pero, en todo caso, la admisión de la esta figura no afecta el valor del argumento que apoya la accesoriedad limitada en la autoría mediata, porque

(27) WELZEL, H. *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*. 1947. S. 104.

los casos de la figura del autor detrás del autor **no son supuestos de autoría mediata**.

Si, de todos modos, se entendiera que la teoría del autor detrás del autor constituye un supuesto de realización del hecho “por medio de otro”, junto con la autoría mediata, en el sentido del art. 28 del CP, ello no quitaría ningún valor a la tesis que estoy sosteniendo: el reconocimiento de la autoría mediata es el principal fundamento de la accesoriidad limitada.

La exigencia de un hecho principal doloso no ha alcanzado el mismo consenso que la accesoriidad limitada. Algunos autores como Gómez Benítez⁽²⁸⁾ y E. Bacigalupo⁽²⁹⁾, este último ha señalado la necesidad del carácter doloso del hecho principal, basándose en argumentos que **en el caso de la inducción** surgen del texto legal, en la medida en la que este requiere que el inductor haya determinado a otro a la comisión del delito (doloso). **En el caso de la cooperación necesaria y de la complicidad** el fundamento surgiría de la estructura del objeto regulado por la norma. Por el contrario, el silencio de la ley respecto del carácter doloso del hecho principal, ha permitido a Mir Puig y a Luzón Peña sostener la participación en delitos imprudentes⁽³⁰⁾.

Hay, por otra parte, un cierto consenso respecto del **partícipe no cualificado en un delito especial propio**. Se piensa que el no cualificado solo puede ser punible como **partícipe**. Es decir: el autor será siempre el cualificado, aunque no realice la acción típica en el sentido de la teoría formal objetiva. Esta conclusión se deriva de la estructura de los tipos penales: nadie puede ser autor si no reúne las condiciones típicas que definen la autoría. La cuestión de si en estos delitos la pena del partícipe debe ser atenuada no es pacífica. Gimbernat Ordeig⁽³¹⁾ ha presentado una solución diferenciada: en los delitos especiales de funcionarios no cabe una atenuación no recogida expresamente por la ley, mientras que en el parricidio del art. 405 del CP de 1973 consideraba “defendible (aunque discutible)” atenuar la pena de los extraños que cooperan en el delito del pariente, basándose en el antiguo art. 11 del CP de 1973 (circunstancia mixta de parentesco). El Tribunal Supremo, que durante mucho tiempo había admitido que el partícipe no cualificado era impune, sostiene desde la STS 52/1993 la tesis contraria: el partícipe no cualificado es punible con una pena atenuada; la decisión se apoyó en el principio de proporcionalidad deducido del art. 1 CE, que define la justicia como un valor superior del orden jurídico.

(28) GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Teoría jurídica del delito*. 1984, S. 502.

(29) BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. S. 372 ff. Dersel., in Libro Homenaje al Profesor G. Rodríguez Mourullo, 2005, S. 63 ff.

(30) MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. S. 400 ff.

(31) GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en Derecho Penal*. S. 292 y ss.

Resumiendo se puede decir que: 1) en la dogmática vigente existe un acuerdo muy extendido respecto de la accesoriidad limitada, por lo que se requiere que el hecho principal sea típico y antijurídico, cualquiera sea el concepto de autor del que se parta; 2) las opiniones se dividen respecto de si el hecho principal debe ser además doloso o si puede serlo también imprudente, en este punto la solución depende del concepto de autor; los partidarios de la teoría del dominio del hecho no pueden aceptar sino la primera solución; 3) en los delitos especiales la tesis mayoritaria sostiene que el no cualificado solo puede ser considerado partícipe; otros puntos de vista admiten, sin embargo la coautoría (Gimbernat); 4) ocasionalmente se ha recurrido al art. 65, 1 y 2 del CP (anteriormente al 60 del CP de 1973), como una norma aplicable a las cuestiones de accesoriidad de la participación.

Los delitos de infracción de deber solo han sido admitidos por la opinión minoritaria. Por tal razón hasta ahora no se ha planteado la cuestión de la accesoriidad en estos delitos. Es necesario, por lo tanto, explorar las posibilidades de consenso teórico respecto de esta categoría, demostrando que, al menos desde las reglas que rigen la accesoriidad, puede ser admitida dentro de todos los modelos dogmáticos de la teoría de la participación.

Entiendo que las reglas sobre la accesoriidad del derecho vigente no se oponen a las que se derivan de la teoría de los delitos de infracción de deber. En efecto, la teoría de los delitos de infracción de deber –como venimos sosteniendo– solo redefine la accesoriidad, pero sin afectar la concepción legal de la misma: también en los delitos de infracción de deber rige la accesoriidad limitada, en el sentido de limitar la accesoriidad al hecho principal típico y antijurídico. Los autores que piensan que la noción de autor se concreta en la “**ejecución directa de la acción**” o en la “**realización de la acción típica**” o en la **descripción de la acción en los tipos de la parte especial**, no deberían tener problema alguno en admitir que la infracción de deber es determinante de la autoría y por lo tanto del carácter principal del partícipe que es titular del deber⁽³²⁾. Es claro, como lo venimos diciendo, que el hecho principal viene condicionado por la estructura del tipo penal. Si se trata de un delito en el que la punibilidad se dirige a un sujeto obligado por un deber extra-penal y es posible distinguir conceptualmente la infracción del deber y la actuación que produce el perjuicio, la figura central del suceso, como venimos exponiendo, será el que infringe el deber. El dominio de la acción lesiva del interés protegido, será por lo tanto accesoria de la del autor.

(32) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Derecho Penal. Parte general*. S. 747. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal*. I, 1972, S. 802 ff. QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al Código Penal*. 1994, S. 304 y ss.

Esto puede ser aceptado, como señalé al comienzo, por todos los puntos de vista representados en España respecto de la autoría. Probablemente solo quienes sostuvieran que la autoría es consecuencia de la estructura ontológica del hecho (los finalistas ortodoxos) tendrían problemas. Pero ya hemos visto que Welzel mismo percibió el problema y admitió los especiales elementos típicos de la autoría como determinantes del “dominio social del hecho”⁽³³⁾.

Cabe preguntarse, en segundo lugar, si esta redefinición es compatible con el derecho vigente. Los delitos de infracción de deber modifican la accesoriidad en lo referente a la **accesoriidad cualitativa**, por lo tanto respecto de las características del hecho principal del que depende la participación. Respecto de la **accesoriidad cuantitativa** no se plantea problema alguno: en todo caso los delitos de infracción de deber también requieren el comienzo de ejecución del hecho principal. Como hemos visto, las diferentes posibilidades al respecto (solución individual o total) afectan por igual a todas las teorías de la participación y con independencia de ellas, pues son consecuencia de toda concurrencia de personas.

En el marco de la **accesoriidad cualitativa** la primera cuestión que se manifiesta es la referida a la afirmación de la teoría de los delitos de infracción de deber que admite que el hecho principal, la infracción del deber extra-penal, **no necesita ser dolosa** o, lo que es lo mismo, final. Pero, esto solo sería problemático para los que requieren un hecho principal doloso. Como dice Roxin: “Si el partícipe ya no es caracterizado como el coopera sin dominio del hecho, sino por su intervención sin el deber especial, la estructura de [la participación] no resultará modificada por el obligado obre sin dolo. De todas formas se da una realización del resultado fuera de la vinculación al deber, la cuestión del dolo, que decide sobre el dominio del hecho, se revela en este contexto como totalmente irrelevante”⁽³⁴⁾. Irrelevante para determinar la autoría, pero no para la tipicidad de la acción del sujeto del deber. En otras palabras: nadie postula una excepción al art. 12 del CP, que establece que los hechos imprudentes solo son punibles cuando expresamente lo establezca la ley. Como hemos dicho, la tipicidad de la infracción de deber es siempre un presupuesto necesario, aunque no suficiente de la accesoriidad limitada. Sin embargo, quienes piensen que el dolo es un elemento de la culpabilidad podrían aceptar que una infracción no dolosa como hecho principal.

A su vez, quienes postulan la pertenencia del dolo al tipo, pero admiten la posibilidad de un hecho principal no doloso (Mir Puig, Luzón Peña)

(33) WELZEL, H. *Das Deutsche Strafrecht*. S. 104.

(34) ROXIN, C. *Täterschaft und Tatherrschaft*. S. 704.

tampoco tendrían ninguna dificultad en aceptar que en los delitos de infracción de deber el hecho principal no necesite ser doloso⁽³⁵⁾.

En todo caso tenemos que considerar que el texto de los arts. 28 y 29 del CP **no requieren expresamente el dolo del hecho principal**, como los correspondientes del StGB (§§ 25, 26 y 27). El texto de los arts. 28 y 29, por el contrario, no invalida las tesis de los autores que requieren que, **en los delitos de dominio**, el hecho principal sea doloso, pues el fundamento de la exigencia de dolo en estos delitos es –como se vio, la estructura real del objeto de la regulación normativa.

Concluyendo: la teoría de los delitos de infracción de deber es perfectamente compatible con el sistema de la accesoriedad limitada que postula la opinión dominante en nuestra dogmática. En este sentido ya ha dicho Kristian Kühn que “la accesoriedad de la participación no solo significa que una participación punible presupone un determinado hecho principal como fundamento ineludible para ‘apoyo’ de la participación. También es accesorio la construcción de la consecuencia jurídica, pues el partícipe será punible de acuerdo con el marco penal válido para el autor, respecto de lo cual solo se prevé una atenuación para el cómplice (...)”⁽³⁶⁾. Pero el legislador ha introducido también “reglas jurídicas antiaccesorias” para las circunstancias especialmente personales que modifican o fundamentan la pena: “elementos, que no caracterizan la ejecución del hecho, sino la persona del partícipe en la comisión del mismo, solo deben agravar la pena, en lo posible, de la persona en la cual concurren”⁽³⁷⁾. Más precisamente: “Las circunstancias que determinan lo injusto, la culpabilidad o el merecimiento de pena, pero solo caracterizan a la persona, no deben estar sometidas a la reglas generales [de la accesoriedad]”⁽³⁸⁾.

Como hemos señalado más arriba, el Derecho vigente y el histórico no han conocido una regulación de la accesoriedad de la participación, aunque la han presupuesto pues contienen normas que limitan la accesoriedad. El silencio mantenido por el legislador, que solo preveía hasta la L.O. 15/2003 las antiguas reglas llamadas de “comunicabilidad de las circunstancias agravante y atenuantes” en el art. 65, 1 y 2, reflejo exacto del antiguo art. 69 del CP de 1848, ha dificultado, muy probablemente, el desarrollo de una teoría de la accesoriedad en nuestra dogmática. La idea de la comunicabilidad probablemente no ha permitido ver que, las llamadas regla de la comunicabilidad,

(35) MIR PUIG, LUZÓN PEÑA, ob. cit.

(36) KÜHL, K. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. 2005. § 20 Rn. 147.

(37) KÜHL, K., Rn. 148.

(38) Ídem.

son en realidad manifestaciones de una flexibilización de reglas de la accesoriedad que el legislador no expuso y que era necesario explicitar.

Consecuentemente: **el punto de partida de la explicación dogmática debe ser la norma de la accesoriedad, no la norma de su flexibilización.** Por lo tanto, una vez aclarado el sistema dogmático de la accesoriedad debemos interpretar ahora las reglas jurídicas que la limitan y su aplicación a los delitos de infracción de deber.

Los delitos de infracción de deber son delitos en los que **la infracción del deber es fundamentadora de la punibilidad.** La posibilidad de concebir delitos de infracción de deber “impropios” ha sido convincentemente rechazada por Sánchez-Vera⁽³⁹⁾. La consecuencia, vista desde el derecho español vigente, es que el partícipe **siempre** será punible como partícipe en el delito de infracción de deber.

Actualmente el derecho vigente contiene una norma referente a la accesoriedad de los elementos que fundamentan la punibilidad. Se podría pensar que acaso el art. 65 del CP contiene una norma sobre la accesoriedad. Sin embargo ello sería incorrecto. El art. 65 del CP contiene una norma para “la aplicación de las penas”. **Si se parte de la limitación de la accesoriedad al hecho típico y antijurídico, la consecuencia sería que, si el art. 65.3 no existiera, la pena del partícipe no cualificado no podría ser atenuada,** como lo hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o debería serlo mediante el recurso al art. 1 CE y al consiguiente principio de proporcionalidad. La función del n° 3 del art. 65 del CP es precisamente la de **limitar la limitación de la accesoriedad de los elementos que fundamentan la punibilidad.**

En este sentido, se debe hacer una aclaración. Hemos sostenido que la tesis según la cual el concepto de autor se debe deducir de los tipos penales individuales, no puede aportar ningún criterio legal para decidir cuál de las personas que concurren en la realización del hecho es autor y cuáles son partícipes. La razón es clara: como unánimemente se reconoce, los tipos penales de la parte especial solo hablan de un único autor. Más aún, si la tesis fuera correcta la disposición del art. 28 del CP sería superflua, pues no se necesitarían los “fundamentos de extensión de la penalidad”.

De todos modos, esa tesis contiene elementos aprovechables. En efecto, como lo dice Roxin⁽⁴⁰⁾, “los elementos de la autoría no surgen solo del § 28 [StGB], sino de la convergencia de esta norma con la estructuras en las que

(39) SÁNCHEZ-VERA, J. *Pflichtdelikte und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung von Tun und Unterlassen.* Berlin, 1999, pássim. Derselb. *Delito de infracción de deber y participación delictiva.* Madrid, 2000, S. 43 ff.

(40) ROXIN, C. *Täterschaft und Tatherrschaft.* S. 704 ff.

sostienen los tipos de la parte especial, los delitos de infracción de deber, los delitos de dominio, los de propia mano, etc.”. Esto es aplicable también a las reglas de la accesoriedad en el derecho español. Parece claro, por lo tanto, que si “la accesoriedad es menos un principio técnico-formal, que un valor material”, como propone Herzberg⁽⁴¹⁾, el sistema de la accesoriedad limitada puede bifurcarse con el objeto de dar cuenta de las distintas estructuras de los tipos penales de la parte especial. El valor material de las reglas de la accesoriedad, por lo tanto, determina, excluye la impunidad del no cualificado por la circunstancia de carecer del deber, aunque haya tenido el dominio del hecho, y la del infractor del deber por no tener el dominio del hecho. Esta solución no tendría en cuenta que el hecho solo es punible por la participación del obligado por el deber y que la accesoriedad es un valor material y no solo un principio formal.

VIII. Para finalizar, creo poder afirmar que la tesis propuesta al inicio se ha mostrado, a mi juicio, como consistente. Por lo tanto, la teoría de los delitos de infracción del deber, fundada en la estructura de los tipos penales, resulta compatible con el Derecho Penal español vigente. Las consecuencias de esta teoría respecto de la accesoriedad no ofrecen ningún reparo desde la perspectiva de las normas vigentes y de las concepciones dogmáticas con las que se las interpreta. En este sentido se puede decir que:

1. El texto de la ley establece la **accesoriedad limitada** al admitir en el art. 28 del CP la autoría mediata. La admisión de la figura del autor detrás del autor no afecta a esta conclusión.
2. Las demás características de la accesoriedad se deben deducir de una conjunción de los principios implícitos de las normas sobre la autoría y la participación y las estructuras de los tipos penales de la Parte especial.
3. La naturaleza de la accesoriedad es de la de un valor material, no solo la de un principio técnico.
4. Los tipos de la parte especial se estructuran bidimensionalmente, sobre la base de dos criterios: **delitos de dominio**, en los que el criterio de la autoría es el dominio del hecho y en los que la accesoriedad limitada requiere que el hecho principal, además típico y antijurídico, sea también doloso.
5. El segundo principio estructural es el de los **delitos de infracción de un deber extrapenal**, en los que el único criterio para determinar la autoría es la infracción del deber por el obligado a cumplirlo.
6. En los delitos de infracción de deber no es necesario que el hecho principal, la infracción del deber por el garante, sea doloso.

(41) HERZBERG. *Täterschaft und Teilnahme*. 1977, S. 32.

¿Qué es culpabilidad? (*Was ist schuld?*)

Prof. Dr. Mult. Juan BUSTOS RAMÍREZ
(Chile)

1. No es mi pretensión exponer los fundamentos históricos y dogmáticos, como hace Achenbach⁽¹⁾, de la teoría de la culpabilidad, sino más bien determinar si este concepto que aparece ya en los albores del Estado Moderno⁽²⁾ y se consolida⁽³⁾ en su trascurso en el siglo XIX realmente resulta adecuado al Estado Democrático y Social de Derecho, pues pareciera que poco tiene que ver con el ciudadano en su relación con el Estado. En efecto, la culpabilidad más bien pareciera inscribirse en la tradición judeocristiana de la relación entre el hombre infractor y Dios y por consiguiente decir relación con la reprensión del creador respecto de su criatura, en que aquel se erige en figura distante, omnipotente e inmaculada frente a un ente imperfecto y rebelde. Entonces pareciera que esta imagen resultaba necesaria para el Estado moderno naciente, pues le permitía asumir frente al ciudadano una posición de superioridad.

(1) Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehren, J.Schweitzer Verlag, Berlin 1974.

(2) “Die Beziehung einer (objektiv) strafbaren That als Wirkung auf eine dem Strafgesetze widersprechende Willensbestimmung des Thäters, als Ursache derselben, heist die **Zurechnung (imputation)**, und der (aussere und innere) Zustand einer Person, vermöge welcher ihr eine Tat zugerechnet werden kann, die **Zurechnungsfähigkeit** (Imputabilität). Die Zurechnung bestimmt die **Schuld** (das Verschulden) 1) als allgemeinen subjective Grund der Strafbarkeit” (P.J. A VON FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Scuebua Verlag Aalen, 1986), S.153/154; siehe auch: Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1963, S.279.

(3) “Die Tat kann nur als *Schuld des Willens zugerechnet* werden...”, HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Ullstein Buch, Frankfurt-Berlin-Wien 1972, S.109.

De este modelo tampoco se desligó von Liszt⁽⁴⁾, a pesar de su intento de naturalizar la culpabilidad como una simple relación psicológica⁽⁵⁾ entre la persona y su hecho, pues de todos modos todo quedaba reducido a los problemas de la persona, el Estado aparecía ajeno a todo ello.

Sin embargo, esta posición de von Liszt tuvo corta duración, pues las tendencias valorativas fortalecieron la imagen de la persona como ser inferior frente al Estado. Es así que para quien resume la evolución valorativa en Alemania, que es Edmund Mezger, culpabilidad es igual a reprochabilidad⁽⁶⁾ (*Vorwerfbarkeit*), de este modo surge el Estado como el ente superior que reprende o reprocha a un ser imperfecto. La expresión máxima de esta posición, así como de la dogmática tradicional ontológica, se lleva a cabo con Hans Welzel, en quien, además, se cruza el aspecto de fe, pues la persona pudo actuar de otra manera, esto es, conforme a derecho, porque está dotado de libertad, tiene libre albedrío⁽⁷⁾. Para Welzel el libre albedrío no hay que entenderlo como libertad para cualquier opción, sino solo para un actuar conforme a sentido, es decir, solo para actuar conforme a derecho.

Con razón Enrique Gimbernat, al producirse el cambio radical en la consideración de la dogmática, esto es, desde un planteamiento ontológico a uno político criminal, señalará que la culpabilidad no existe⁽⁸⁾. En efecto, si el derecho penal y la dogmática tienen un carácter instrumental, es decir, están al servicio de la realización del proceso penal, necesariamente tanto la culpabilidad como sus fundamentos han de probarse y ciertamente no hay medio de prueba que permita decir que el libre albedrío existe, pues es una cuestión de fe.

(4) “La ciencia que considera separadamente las características de la idea del delito, toma el concepto de culpabilidad en un *sentido estricto, comprensivo, tan solo de la relación subjetiva entre el acto y el autor*” *Tratado de Derecho Penal* (traducción de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA de la 20ª edición alemana, Reus, Madrid, S.387/388).

(5) “La relación subjetiva entre el hecho y su autor solo puede ser *psicológica*; pero si existe, determina la ordenación jurídica en *consideración valorativa* (normativa) Según ella, el *acto Culpables* la *acción dolosa o culposa del individuo imputable*”. Oben S.388.

(6) *Tratado de Derecho Penal*, traducido por RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1935, II, S.12.

(7) “El libre albedrío es la capacidad para poderse determinar conforme a sentido. Es la libertad respecto de la coacción causal, ciega e indiferente al sentido, para la autodeterminación conforme a sentido. No es –como cree el indeterminismo– la libertad de poder actuar de otra manera (luego, también mal o de modo contrario al sentido), sino la libertad para actuar conforme a sentido” (*Derecho Penal alemán*. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez de la 11ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1976, S.209).

(8) “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? No lo tiene si se argumenta así: la dogmática penal presupone el Derecho Penal, el Derecho Penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad y la culpabilidad no existe. De esta argumentación se ha admitido aquí el último postulado (la culpabilidad es indemostrable), pero se ha rechazado que la pena y, por tanto, el derecho penal presupongan la culpabilidad” (¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, en *Estudios de Derecho Penal*, 1976, S.78).

Pero, por otra parte, no es menos cierto, que eliminar la culpabilidad y sustituirla por la necesidad de la pena, no era un camino satisfactorio desde una perspectiva político criminal, pues desmontaba garantías al ciudadano. En efecto, no es suficiente con la teoría del delito, esto es, con la afirmación que hay un hecho típico y antijurídico, para posibilitar la imposición de una pena por parte del Estado a una persona, pues entonces queda un enorme vacío, ya que ese hecho es de una persona y es a esa persona que se le impone pena y por consiguiente pareciera adecuado saber qué pasó con esa persona, por qué actuó de esa manera. La necesidad de la pena no resuelve ese problema, pues está dirigida a evitar la arbitrariedad del Estado y por consiguiente atraviesa todos los aspectos relativos al delito, a la persona y a la determinación de la pena. Más aún al eliminarse un presupuesto de la imposición de pena, la necesidad de la pena queda también con un vacío en su aplicación y ello llevará inevitablemente a la arbitrariedad por parte del Estado. Es decir, el propio concepto de necesidad de la pena obliga a que tengamos en cuenta a la persona que actuó típica y antijurídicamente. En otras palabras, con evidente mayor intensidad que en el caso de las teorías ontológicas, el Estado se colocaría como un ente superior, pues prescindiría totalmente de la persona, la borraría como interlocutor válido, aún cuando fuese solo para denostarle su proceder.

Es por eso que la doctrina se preocupó de restablecer el concepto de culpabilidad, pero desde una perspectiva político criminal, y en ese sentido se logró una determinaba coherencia. En efecto, las posiciones preventivo generales integradoras, que parten de la idea que la norma motiva a la persona, la reafirma en los valores del sistema, consecuentemente tenían que señalar que para aquello fuese teóricamente cierto, la persona tenía capacidad para motivarse. Luego, según sea el autor⁽⁹⁾, culpabilidad será igual a capacidad de motivación⁽¹⁰⁾, o bien, a *Ansprechbarkeit*⁽¹¹⁾.

(9) MIR PUIG hat eine andere Auffassung über die Benutzung des Audrucks "Schuld": "No repetiré aquí los argumentos que en su momento esgrimí para abandonar su uso (a diferencia de lo que había hecho en las ediciones anteriores de este libro) (cfr. *supra*, Lección 5, III). Solo añadiré que la expresión **imputación personal** tiene la ventaja de que deja más claro que en esta segunda parte de la teoría del delito se trata solo de **atribuir** (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor: no se castiga una "culpabilidad" del sujeto, sino que solo se exige que el hecho penalmente antijurídico, lo único que el Derecho desea prevenir (si puede), sea imputable penalmente a su autor". *Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición. PPU, Barcelona 1996, S. 530.

(10) Siehe MIR PUIG, Santiago. "La imposibilidad absoluta de motivación normativa **impide la propia infracción de una norma** personalmente dirigida al sujeto: no tiene sentido tratar de evitar mediante la prohibición de una norma cuya función es la motivación de una persona (...)" und weiter: "Al inimputable no le falta necesariamente toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que, cuanto aquel actúa conscientemente, esta puede incidir en su proceso de motivación; lo que sucede es que, al hacerlo, la norma no puede desplegar entonces la intensidad motivadora que normalmente posee", oben, S. 545. Siehe auch MUÑOZ CONDE, Francisco. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. CPC 12.

(11) ROXIN, Claus. "Vom hier vertretenen Standpunkt aus ist Schuld zu verstehen als unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit. Damit ist gemeint, dass die Schuld eines Täters zu bejahen ist, wenn

De este modo se recomponía el modelo dogmático tradicional, pero ahora sobre una base político criminal, aunque la diferencia fuese muy tenue. En efecto, el tema es preguntar cuál es el fundamento de la capacidad de motivarse o ser dirigido por la norma. Roxin emprendió esta tarea, pero si bien su respuesta es teóricamente inteligente, es igual de insatisfactoria que la del libre albedrío, pues la libertad como regla del juego social, como un presupuesto normativo⁽¹²⁾, es simplemente eso⁽¹³⁾, pero no un fundamento desde el cual en forma efectiva pueda iniciarse un proceso, es casi solo una metáfora.

Pero la posición político criminal preventivo general integradora no avanzó un ápice respecto de las posiciones ontológicas, pues nuevamente todo el problema reside en la persona y el Estado permanece ajeno y en situación de superioridad respecto de ella. En Jakobs el caso es todavía más grave, pues parte de la posición de sometimiento de la persona al Estado, sobre la base de un deber de fidelidad, lo que imprime un sello autoritario a su concepción⁽¹⁴⁾. Ciertamente desde este punto de partida es fácil dar un paso más y señalar que el ciudadano ya no es tal, sino un enemigo.

De todo lo dicho anteriormente surge con claridad el cuestionamiento a seguir utilizando el concepto de culpabilidad, que por su propia naturaleza no establece una relación horizontal, sino vertical con el Estado y en que de uno u otro modo el ciudadano pierde su calidad de persona, la dignidad de tal y con ello se provoca un fuerte desequilibrio en el sistema.

Sin embargo, aparece evidente que no es suficiente con la teoría del delito configurada sobre la base garantista del principio de lesividad, esto es, que es presupuesto de la imposición de pena la existencia de una afección a un bien jurídico, esto es, que se hayan dado los requisitos de un hecho típico y antijurídico. No basta con la teoría del delito o del hecho en materia penal,

er bei der Tat seiner geistigen und seelischen Verfassung nach für den Anruf der Norm disponiert war, wenn ihm 'Entscheidungsmöglichkeiten zu norm-orientierten Verhalten' psychisch (noch) zugänglich waren, wenn die (sei es freie, sei es determinierte) psychische Steuerungsmöglichkeit, die dem gesunden Erwachsenen in den meisten Situationen gegeben ist, im konkreten Fall vorhanden war.", Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1. Grundlage. Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C.H. BECK, München 1992, S.547.

- (12) "Die Freiheitsannahme ist insoweit eine normative Setzung, eine soziale Spielregel, deren gesellschaftlicher Wert vom erkenntnistheoretischen und naturwissenschaftlichen Probleme der Willensfreiheit unabhängig ist", oben S. 547.
- (13) So ist zu verstehen, wenn er sagt: "Denn sie besagt nicht, dass der Täter tatsächlich anders handeln konnte –was wir eben nicht wissen können–, sondern nur, dass er bei intakter Steuerungsfähigkeit und damit gegebener normativer Ansprechbarkeit **als frei behandelt wird**", oben S.547.
- (14) Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. Auflage. Walter de Gruyter. Berlin- New York 1991: "Die vom Schuldgehalt zu erbringende Leistung besteht in der Kennzeichnung der nicht rechtlichen Motivierung des Täters als Grund des Konflikts. Liegt ein Manko an rechtlichen Motivierung vor, so ist der Täter zu bestrafen" S.480/481 und weiter: "Bei der Frage der Schuldfähigkeit geht es darum, ob die rechtswidrige Handlung Ausdruck eines Mangels an Rechtstreue ist.", S.482.

como base de garantía al ciudadano frente al Estado. Es necesario elaborar una teoría en relación a la persona y en ese sentido la teoría de la culpabilidad desarrollada tanto por las posiciones ontológicas como político-criminales no resulta satisfactoria.

Luego, es indispensable desarrollar una nueva teoría junto a la teoría del delito, que permita considerar a la persona en su relación con el Estado. En ese sentido el punto de partida ha de ser el reconocimiento que la persona es un ente autónomo frente al Estado, no está bajo la tutela del Estado y tampoco al servicio del Estado, mas bien el Estado está al servicio de la persona.

Como ente autónomo la persona en toda su trayectoria vital, en la escuela, en la Universidad, en el trabajo, tiene capacidad para dar respuestas y por consiguiente responde por ellas, esto es, es responsable⁽¹⁵⁾. La autonomía implica responsabilidad, es decir, que el sujeto hace suya las respuestas que da en su vida social. Si da respuestas es porque tiene capacidad para ello, es responsable. Es por eso que toda persona por ser tal es responsable, también entonces el niño, pero la responsabilidad es graduable, al niño se le exige responsabilidad en sus estudios, es decir, que se haga responsable por sus respuestas. Sin embargo, llegado una determinada etapa en su formación educativa y cultural se le puede **exigir** una mayor responsabilidad, pues se le han entregado todos los elementos para una internalización de los valores elementales del sistema y es por eso que a los 13 o 14 años se le puede exigir responsabilidad penal, es decir, que se haga responsable de determinadas respuestas en el ámbito social que constituyen hechos delictivos.

Es por eso que podemos decir que responsabilidad es igual a **exigibilidad**⁽¹⁶⁾, es decir, la capacidad del Estado para exigir una respuesta determinada a una persona determinada. En el transcurso vital de una persona la exigibilidad está siempre presente, en los padres, en la escuela, en el Estado, esto es, la capacidad para exigir una respuesta determinada. Pero entonces la situación cambia radicalmente, ya no se trata del Estado como ente superior frente a una criatura imperfecta e inferior, sino de una relación dialogante horizontal.

(15) Siehe Gaetano DE LEO: "Es un absurdo que pocos captan el hecho de que, tras haber sido considerado sustancialmente responsable de las propias acciones en todas las anteriores fases evolutivas en el contexto normativo de la familia y de la escuela, el muchacho vea puesto en duda el ligamen entre él y sus propios comportamientos en el contexto social, en un momento en el que él se considera casi 'grande' casi 'adulto'", *Azione deviante, responsabilità e norma: proposta per un nuovo schema concettuale*, en *L'interazione deviante*, Giuffrè editores, Milano 1981, S.22. (citado GONZÁLEZ, Carlos. *La justicia de Menores en España, en la justicia de menores*. Teide, Barcelona 1985, S. 138.

(16) Siehe BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 4ª Edición, PPU, Barcelona 1994, S.512; auch BUSTOS RAMÍREZ, Juan und HORMZÁBAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II, Trotta, Valladolid 1999, S. 336.

Se trata entonces de considerar las relaciones que han de darse entre los dos entes del diálogo, la persona y el Estado, lo cual excluye la idea de reproche del uno respecto del otro, sino más bien de analizar la situación en que se encuentran. La exigibilidad respecto del Estado y la responsabilidad por parte de la persona.

La exigibilidad implica determinar si el Estado está en capacidad de exigir esa respuesta determinada, esto es, si existen las condiciones, o bien, ha proporcionado o promovido las condiciones para que sea posible esa respuesta y solo en ese caso la persona ha de hacerse responsable de la respuesta dada. Es por eso que señalamos que responsabilidad es igual a exigibilidad, pues es el Estado en representación de la sociedad, esto es, de cada una de las personas que la integran y del colectivo en su conjunto, el que exige una respuesta determinada, pues a través de la norma ha instruido a las personas que para resolver sus conflictos pueden llevar a cabo los más diversos comportamientos, menos uno determinado, porque este afecta un bien jurídico protegido. Es decir, no tiene sentido plantearse si la norma motiva o no, pues es una pura cuestión teórica, que no tiene ninguna posibilidad de comprobación, es decir, ya en la base de las posiciones preventivo generales integradoras hay un defecto fundamental, pues si la motivación de la norma no es comprobable en el proceso pierde todo su sentido el plantearse si el sujeto era motivable. En cambio es evidente que el Estado a través de la norma instruye a los ciudadanos y es por eso que tiene que ser anterior al hecho, base del principio de legalidad, pero sobre todo de conocimiento, que es la base del Estado moderno de derecho democrático. Más aún el principio de legalidad está fundamentado en el principio de conocimiento. El Estado mediante la norma instruye, pone en conocimiento de los ciudadanos la protección de un bien jurídico y por consiguiente que en un conflicto pueden utilizar cualquier opción, menos la que signifique afectar a ese bien jurídico.

De este modo sin caer nuevamente en las posiciones tradicionales de la dogmática, que siempre vuelven a recurrir al concepto de culpabilidad, se salva el principio garantista entre la persona y el Estado y el fundamento de él no es una cuestión de fe, sino la capacidad de respuesta que tiene la persona por ser tal. Pero a su vez el Estado al exigir una respuesta determinada tiene que hacerlo conforme a las condiciones existentes o promovidas por él. El profesor no podrá exigir al alumno una respuesta determinada si no ha pasado la materia o no ha señalado la bibliografía correspondiente. El Estado no podrá exigir el respeto a un valor determinado si no ha dado la formación para internalizar dicho valor.

Es por eso que la cuestión a debatir es la exigibilidad, que comprende diferentes áreas, la exigibilidad sistémica, la exigibilidad de la conciencia del

injusto y la exigibilidad de la conducta. Ya de partida entonces hay un cambio con respecto a la dogmática de la reprochabilidad, para la cual la exigibilidad de la conducta era una simple dispensa del Estado y no un aspecto básico de la relación entre ciudadano y Estado⁽¹⁷⁾.

La exigibilidad sistémica implica determinar si el sistema en su conjunto está en condiciones de exigir a una persona una respuesta determinada y ello dependerá si desde la comunicación es ello posible, si se está en el mismo ámbito cultural-racional. En ese sentido hay que admitir, en primer lugar, la existencia de la pluralidad de visiones en un sistema y por consiguiente la necesidad de respeto a ellas, las cuales aún pueden llegar a constituir subculturas (grupos indígenas por ejemplo). Por consiguiente la comunicación con ellas ha de implicar asumir sus diferencias. En segundo lugar, que además hay personas respecto de las cuales la comunicación no es posible, pues tienen un orden racional distinto, como son los así llamados enfermos mentales. Por otra parte también hay que considerar que hay personas con una extrema vulnerabilidad, es decir, que la norma los alcanza por el solo hecho de su condición vulnerable⁽¹⁸⁾ (inmigrantes, por ejemplo).

Luego, respecto de todos ellos el sistema en su conjunto no está en condiciones de exigir una respuesta determinada, pues se afectaría el principio básico de igualdad, es decir, no puedes tratar como iguales a los que no lo son. El sistema tiene que reconocer la diversidad.

Es decir, el sistema solo puede exigir una respuesta determinada respecto de una persona que está en el mismo nivel racional-cultural-comunicativo que da origen a la norma conforme al bien jurídico protegido.

La exigibilidad de la conciencia del injusto implica que se puede exigir una respuesta determinada a una persona que ha internalizado los valores comprendidos en los bienes jurídicos protegidos. Es por eso que al respecto no se puede en este ámbito plantear una teoría del error, como hace la dogmática tradicional, pues el error dice relación con la falta de conocimiento y la internalización de valores no es un cuestión de conocimiento. Pedro, argentino, y Jael, hindú, ven una vaca, ambos saben que es una vaca,

(17) In diesem Sinne WELZEL: "Con la confirmación de la imputabilidad como también de la posibilidad de conocimiento del injusto se encuentra establecida materialmente la culpabilidad, el 'poder en lugar de ello' del autor en relación a su acción típica antijurídica. Sin embargo, esto no significa que el ordenamiento jurídico tendrá que hacer el reproche de culpabilidad. Mas bien puede tener razones para renunciar al reproche de culpabilidad y en tal medida 'exculparlo' y absolverlo de pena". Oben, S.248.

(18) Raúl ZAFFARONI. *Hat diesen Begriff zuerst angewandt, siehe: En busca de las penas perdidas*. Ediar, Buenos Aires 1989, S.274-287; siehe auch: *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires 2000, S.620-627.

no hay un problema de conocimiento, pero para Jael es un objeto sagrado y para Pedro es un excelente asado. De ahí entonces que la cuestión a debatir es la creencia diferente, la cual se mantendrá en una persona hasta el momento de la duda. Solo entonces el Estado le puede exigir una determinada conciencia del injusto. Ahora bien, como la exigibilidad es graduable, ciertamente al que está en la duda puede estimarse que su sanción no ha de ser igual respecto de quien tiene plena conciencia del injusto, pues no parte de una creencia diferente.

Por último, la exigibilidad de conducta implica, como tradicionalmente se ha señalado, que el Estado no puede exigir una conducta determinada a una persona determinada cuando las condiciones en que se encuentra psíquica o emocionalmente imposibilitan una respuesta normal racional.

En definitiva, cuando al inicio señalamos ¿qué es culpabilidad? necesariamente tenemos que llegar a la conclusión que desde un punto de vista político criminal en un Estado de Derecho social y democrático, la culpabilidad no existe. En efecto, representa más bien un concepto propio para el Antiguo Régimen, esto es, anterior al Estado moderno, en que a la persona no se le reconocían sus derechos y por consiguiente no había una relación horizontal entre Estado y ciudadano. Es por eso que inevitablemente tenía que buscarse su fundamento en una cuestión de fe y no en argumentos de carácter racional-cultural. En ese sentido tampoco las posiciones político criminales de prevención general integradora lograron un avance mayor, pues recogieron el mismo concepto de culpabilidad de la dogmática tradicional. Por su parte Jakobs que si bien hace el intento cae en el extremo de deificar al Estado sobre la base del concepto de fidelidad, con lo cual se hunde en la mayor irracionalidad y deshumanización.

Pero sí es necesario rescatar de toda la discusión en torno a la culpabilidad que el control penal recae sobre una persona (por sus hechos) y por consiguiente aparece indispensable considerar cuáles son el fundamento y la garantía existentes en la relación entre esa determinada persona y el Estado al sancionarla. Es por eso entonces que el punto central es la exigibilidad, esto es, la capacidad del Estado para exigir una respuesta determinada respecto de una persona determinada, en cuanto hay un reconocimiento de su autonomía, de sus derechos y por consiguiente un ejercicio responsable de ella y de ellos.

Ahora bien, lo señalado hasta el momento tiene también relevancia para el desarrollo de los delitos socioeconómicos llevado a cabo por Klaus Tiedeman, en cuanto comprende como un actor principal en ellos a las personas jurídicas. En efecto, si responsabilidad es exigibilidad, esto es, la capacidad que tiene el Estado para exigir una respuesta determinada, ello puede

ser tanto respecto de una persona natural como jurídica, en cuanto las personas jurídicas se les otorga determinadas facultades para desarrollarse como tales y se les confiere una determinada regulación para ello. De modo que si eso así sucede el Estado puede exigirles una respuesta determinada, con lo cual entonces se supera el antiguo concepto de culpabilidad, que solo se puede predicar respecto de las personas naturales y se logra entonces llevar a cabo un sistema dogmático para las personas jurídicas, partiendo desde su base fundamental que es la responsabilidad que implica exigibilidad. La persona jurídica está en capacidad de dar respuestas determinadas y el Estado se las puede exigir.

En el gozne entre la tentativa y el desistimiento. Injusto personal, tentativa y desistimiento

Joaquín CUELLO CONTRERAS
(España)

SUMARIO: A. Concepto y naturaleza del desistimiento de la tentativa. B. Fundamento de impunidad del desistimiento. C. El desistimiento de la tentativa inacabada. D. El desistimiento de la tentativa acabada. E. La voluntad libre del desistimiento. F. El desistimiento del partícipe (incluida la participación intentada).

Puesto que el injusto penal es desenvolvimiento del comportamiento exterior hasta la causación, en su caso, de un determinado resultado o consumación del delito, el derecho penal ha de plantearse qué ocurre cuando antes de que así suceda, el autor desanda el camino iniciado y no consumado todavía, impidiendo, definitivamente, que lo haga.

Antes de abordar la temática del desistimiento de la tentativa, pues de eso se trata, dado que determinadas investigaciones recientes están demostrando que su estructura es más compleja de lo que parecía hasta ahora, está más intrincadamente relacionada con el desenvolvimiento del injusto anterior de lo que en ciertos aspectos se desearía (de cara a sus fines) y algunos proponen extrapolaciones desde el injusto para su solución que no son exactas, problemas de los que ha de ocuparse la dogmática del desistimiento; por todo ello, es necesario tener en cuenta, antes de empezar, que **entre la tentativa y el desistimiento no hay continuidad, sino auténtica ruptura.**

Por decirlo de manera sencilla: El desistimiento no es actualización de una posibilidad que el autor tuviera desde el principio del desenvolvimiento del injusto, de volver sobre sus pasos, evitando el resultado no producido todavía. El conocimiento, incluida su actualización, que el autor se otorga de

esa posibilidad de evitar es completamente irrelevante⁽¹⁾. Lo único relevante, a efectos del desistimiento idóneo, es lo acontecido a partir de un momento crucial en el que el autor da un giro de 180 grados; es decir, el desistimiento es desenvolvimiento de una nueva voluntad de evitación de un resultado que, en función de lo avanzado del plan criminal desistido, requerirá unos actos u otros (o un mero no actuar más)⁽²⁾.

Luego, por lo tanto, la dificultad del desistimiento, sobre todo a partir de un momento en el que se estima que no basta cualquier voluntad de evitación del resultado más su evitación fortuita, sino que se pone empeño en exigir que la evitación del resultado sea retrotraíble causalmente y **en exclusiva** a la acción de desistimiento, estriba en que, puesto que en virtud de lo limitado del conocimiento humano sobre los infinitos cursos causales que concurren en un resultado, quien pone en marcha un curso causal capaz de producirlo está poniendo en marcha un nexo infinito de eslabones causales de producción del mismo resultado a través de eslabones muchos de los cuales desconoce y desconocerá, recoger un curso causal tan complejo hace que el intento de desistimiento se pueda frustrar por multitud de razones, a pesar de que anule los eslabones que quien desiste sí domina⁽³⁾. De ahí pues lo fácil que es tanto el fracaso del desistimiento como la evitación fortuita del resultado, ninguno de los cuales sería suficiente para otorgar relevancia eximente completa (en su lugar: solo causa de atenuación) al desistimiento⁽⁴⁾.

- (1) Vid. las atinadas consideraciones de JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 5ª ed. (trad. de Miguel Olmedo Cardenete), 2002, 554, sobre la irrelevancia privilegiante de la “reserva de desistimiento”.
- (2) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Volumen VII, 1970, 590, lo ilustra muy bien con el ejemplo de quien habiendo disparado a la víctima, y habiéndola arrojado al mar después se arrepiente, e intenta salvarla sin conseguirlo, ya que el peso de la víctima está a punto de hacerle perecer a él, que puede ser salvado por terceros, pero no la víctima que fallece ahogada, cuando dice que no es que se haya frustrado el desistimiento, sino que lo que se ha frustrado (ieh ahí la cesura!) es el plan de salvamento que el autor se trazó.
- (3) Sobre el dominio del salvamento cuando en el mismo intervienen otras personas además de quien desiste, ampliamente, ALCÁCER GUIRAO. *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*. 2002, p. 94 ss., el cual, con buen criterio, 108, propugna que quien desiste pueda hacerlo colaborando en el salvamento iniciado por otros.
- (4) Vid. las interesantes reflexiones de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Mª. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. 1997, p. 141 y ss., sobre el hecho de que cuando el autor desiste, su comportamiento anterior ha generado consecuencias que deben evitarse para eludir la responsabilidad penal, al margen de los efectos del desistimiento, lo que justificaría incluso un régimen menos generoso que el español, que sin duda se basa en la innecesariedad de la pena, y explican quizá la rigidez de Silva Sánchez a la hora de exigir la eficacia del desistimiento que formal, y desafortunadamente, ve fundamentada en el hecho de que el sistema español atenúa de forma obligatoria la pena en caso de tentativa, lo que obliga a solo atenuar la pena (arrepentimiento) en caso de tentativa ineficaz de desistimiento, en tanto que en un sistema de atenuación solo facultativa de la pena por tentativa respecto al delito consumado quizá estaría justificado otorgar exención plena a la mera tentativa de desistimiento. Silva Sánchez formula esta afirmación apodíctica porque asigna al resultado valor constitutivo del injusto, junto a la acción; pero con independencia de la cuestión teórica acerca del fundamento monista o dualista del injusto, la

De ahí también que lo que podemos llamar relevancia del desistimiento no tenga ningún parangón ni con la tentativa, cuya anulación supondría, ni con la comisión por omisión, ya que no se trata de evitar un resultado sino de anular las múltiples causas de un resultado⁽⁵⁾, ni con las causas de justificación, que se conforman con prevenir la lesión del bien jurídico de superior valor amenazado orientándose y limitándose la relevancia jurídica al único factor causal que amenaza al bien jurídico preferente por el comportamiento del agresor, sin que importe qué habría ocurrido en ausencia de aquel factor causal anulado.

Como consecuencia de lo anterior, y abundando en el importante tema de la relevancia del desistimiento, se explica que algunos, concretamente Alcácer Guirao siguiendo entre otros a Roxin⁽⁶⁾, insistan en exigir que el autor ha de elegir el medio mejor y más rápido de evitar: y con razón, pues cada momento que pasa y cada nivel máximo de evitación al que se renuncia, puede alentar un eslabón causal nuevo. Se explica así también que, aunque no lo justifique, se exijan, si es preciso, sacrificios extraordinarios superiores a los de la comisión por omisión. En realidad, lo que ocurre es que medios de evitación del resultado de difícil ejecución se oponen a considerar que estemos ante una situación en la que quepa el desistimiento: desistimiento inidóneo *ex ante*.

Urge pues relajar el altísimo nivel de exigencias legales para reconocer efectos jurídicos al desistimiento. Lo que ha de propiciarse por dos vías. Una que restrinja la irrelevancia del desistimiento al que, además de no evitar el resultado, no evita un curso causal típico, previsible *ex ante*. Otra que estime relevante el desistimiento pese a su ineficacia por la evitación del resultado a través de un curso causal atípico, no previsible *ex ante*.

exigencia del resultado para que aquel se dé completo, no es necesario concluir –por eso su afirmación es apodíctica– que la ausencia fortuita de resultado estando presente una tentativa idónea de desistimiento, no pueda determinar la eficacia plena del desistimiento. En realidad, ni el desistimiento es correlato de la tentativa ni las diferencias de punición entre el delito consumado y la tentativa de los diversos sistemas jurídicos justifica otorgar efectos tan diferentes al desistimiento como para requerir su eficacia o no. Lo único que requiere un sistema basado en el injusto personal es un comportamiento dominable en una dirección determinada.

(5) Aunque ALCÁCER GUIRAO. *¿Está bien lo que bien acaba?* p. 64 y ss., establece un paralelismo estructural entre la acción de desistimiento y la acción debida en la comisión por omisión, que, según él, en nada se diferenciarían, sin embargo a la postre acaba estableciendo mayores exigencias en la primera, la acción de desistimiento, que en la segunda, la acción omisiva que fundamenta la responsabilidad en comisión por omisión, en armonía además con la teoría sobre la obligación de optimizar la acción de evitación del resultado para justificar el privilegio del desistimiento.

(6) Vid. también los atinados ejemplos jurisprudenciales de JESCHECK/WEIGEND. p. 587.

A. Concepto y naturaleza del desistimiento de la tentativa

Según el art. 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”.

Son, por lo tanto, elementos esenciales del tipo de desistimiento:

1. Que se haya evitado el resultado, es decir, que no se haya producido (**desistimiento eficaz**).
2. Que esa evitación sea retrotraíble a la conducta del autor y no a otra circunstancia ajena a su voluntad.
3. Especificación del anterior: Que se haya evitado porque el autor dejó de seguir actuando en orden a la producción del resultado (tentativa inacabada) o porque se realizaron actos que anularon el efecto de la producción del resultado causado por la conducta del autor (tentativa acabada).
4. Que la motivación del autor para desistir proceda de su voluntariedad, de su libertad, no de circunstancias ajenas a su libertad.

Antes de pasar al estudio particularizado de cada uno de estos elementos, aspectos esenciales, a su vez, de un concepto legal de desistimiento de la tentativa bastante preciso, conviene esbozar un concepto dogmático del mismo, a la luz de la teoría del delito, de la noción de injusto, en suma, que permita apuntar cuál es su naturaleza jurídica.

Si la tentativa, como se ha visto, supone el comienzo de la realización del hecho punible que no ha llegado a la consumación o producción del resultado típico, equivalente a lesión (puesta en peligro, en su caso) irreversible del bien jurídico, el desistimiento de la tentativa equivaldrá a la vuelta sobre sus pasos del propio autor que, antes de que el resultado se produzca, evitándolo, anula con hechos posteriores positivos los hechos anteriores negativamente valorados por el legislador como ejecución del hecho delictivo⁽⁷⁾,

(7) Vid. las certeras palabras de Günther Jakobs, *Estudios de Derecho penal* (trad. y estudio preliminar de PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel), 1997, 335 (vid. también *Derecho penal. Parte general* [trad. de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis], p. 899 y ss.), referidas al fundamento del desistimiento en la tentativa acabada: “El autor solo puede desistir si y en la medida en que puede revertir todavía de un modo planificado y seguro el camino que conduce hacia la realización de un tipo. Desiste si hace un uso completo de esta posibilidad de reversión o da comienzo a ello. Con otras palabras, esto significa que el autor solo puede desistir en aquellos casos de la tentativa acabada en los que el curso que va de la creación del peligro a su realización todavía depende con certeza de su conducta”. Vid. también JAKOBS. En: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (ed. de Agustín Jorge Barreiro y otros), 2006, 549.

en el bien entendido de que esos hechos que neutralizan lo anteriormente realizado no constituyen un mérito del autor sino simplemente una vuelta, en palabras de Jakobs⁽⁸⁾, a la senda del derecho, que no obliga a actos meritorios sino a la omisión de actos negativos para los bienes jurídicos o, en su caso, caso del desistimiento, a actos positivos, en este sentido de neutralizadores, que anulan lo anteriormente hecho.

En cuanto que el injusto penal, el disvalor-acción, está representado en derecho penal por el comienzo de la tentativa, una vez iniciada la fase de tentativa el delito se ha comenzado a realizar; quiere decir ello, en consecuencia, como con buen criterio sostiene una vez más Jakobs, que por más que se desista de la tentativa hubo una parte del injusto objetivo, el ya realizado, que no cabe tener por no realizado⁽⁹⁾. De ahí que deba llegarse a la conclusión de que la naturaleza jurídica del desistimiento es la del **comportamiento posdelictivo** (semejanza con el arrepentimiento)⁽¹⁰⁾, tesis, esta, que armoniza muy bien con la concepción personal del injusto y su insistencia en el disvalor-acción.

A su vez, ubicado así el desistimiento de la tentativa, armoniza mejor con el fundamento de punición del injusto (vid. *infra* B.). En la medida en que el injusto es desenvolvimiento del comportamiento atentatorio contra el bien jurídico, el desistimiento es recogida de ese desenvolvimiento mediante un comportamiento en la dirección contraria. Si el fundamento del injusto y de la tentativa es el disvalor-acción, la supresión de ese disvalor la hará desaparecer; algo que no es posible con una concepción objetiva de la tentativa, ya que si en la tentativa se viera un resultado-peligro para el bien jurídico, difícil, por no decir imposible, sería trazar el camino de vuelta, pues un resultado separado del comportamiento del autor no es nunca retrotraíble.

El desistimiento de la tentativa, pues, solo se explica, en puridad dogmática, con una noción personal de injusto que cifre el significado de la tentativa en el desenvolvimiento del disvalor-acción, desandado por el desistimiento. Entendido así el desistimiento, es posible, como se verá a continuación, otorgarle el tratamiento más generoso que cabe pensar desde el punto de vista de la exclusión de la pena.

(8) Estudios, 344.

(9) Estudios, 325: “El fundamento de la pena de la tentativa, según absolutamente todas las teorías cuyos representantes ven alguna razón para su punición, reside en la circunstancia de que con la tentativa algo ha quedado ya **consumado** y, ciertamente, algo cuya producción puede ser penada con justicia”. Siguiendo a JAKOBS: Laura POZUELO PÉREZ. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. 2003, p. 123 y ss., 233 y ss., 245, 269, que llega a la conclusión, por esta vía, la de que el desistimiento desanda el camino de la tentativa, de que el desistimiento excluye el injusto de la tentativa.

(10) De otro parecer POZUELO PÉREZ. *Desistimiento y conducta postdelictiva*. 230.

Esta concepción sobre la naturaleza del desistimiento, por lo demás, no significa negar que lo que ya aconteció antes del desistimiento, de contenido grave de injusto, no haya tenido lugar⁽¹¹⁾, prueba de lo cual es el hecho de que el desistimiento inidóneo puede determinar que se mantenga una responsabilidad, la que precisamente se generó antes de desistir el autor, pero es la única que permite explicar y comprender el efecto especial que los códigos penales asignan desde antaño al desistimiento frente a otras formas de comportamiento positivo postdelictual: la plena exclusión de responsabilidad, al tiempo que es la única también que, unida a la idea de fines de la pena e incluso, aunque desechada como fundamento exclusivo del desistimiento, a la de la política criminal y el puente de plata (vid. *infra* B.), explica y justifica el esfuerzo para que, sin desbordar los límites que han de respetarse, se le asigne al desistimiento el mayor ámbito posible por vía interpretativa de la norma reguladora⁽¹²⁾.

Si se llega a la conclusión de que el desistimiento es una causa personal de exclusión de la punibilidad, se colige fácilmente que solo es aplicable al autor o partícipe en quien concurre⁽¹³⁾. Sobre los requisitos del desistimiento en caso de pluralidad de intervinientes (autores y partícipes) en el delito vid. *infra* F.

Se explica así, también, el hecho de que cuando la tentativa (o el acto preparatorio punible) del que se desiste constituye delito autónomo, el desistimiento no excluye la punibilidad por lo ya hecho y constitutivo de delito autónomo⁽¹⁴⁾.

-
- (11) Vid. la atinada reflexión de COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal, Parte general*. 5ª ed., corregida, aumentada y actualizada, 1999, 730, que les lleva a asignar al desistimiento de la tentativa la naturaleza de causa de exclusión de la pena (en el ámbito de los postdelictual). Cfr., no obstante, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, Parte general*. 7ª ed., 2004, p. 357 y ss., que sigue viendo en el desistimiento una especie de elemento del tipo. Con mejor criterio, SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 140. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español, Parte general, III, Teoría jurídica del delito*/2. 2001, 192, por su parte, que consideraba (y considera) también que según la redacción legal la ausencia de desistimiento forma parte del tipo de tentativa, considera ahora que la alusión de la nueva redacción del CP al desistimiento cuando intervienen varios en el hecho ha convertido al desistimiento en causa personal de exclusión de la pena (excusa absolutoria). Así ya siempre, con mejor criterio, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. 4ª ed., 2000, 486. Vid. también JESCHECK/WEIGEND, p. 589. Por su parte, ROXIN, Caus. *Problemas básicos del Derecho Penal* (trad. de Diego-Manuel Luzón Peña), 1979, 269 ss., defendió una tesis muy influyente e innovadora en Alemania que concebía el desistimiento como causa de exclusión de la culpabilidad.
- (12) Vid. también QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal*. Parte general (con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut), 3ª ed., 2002, 597. Ya: JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado*. VII, 823.
- (13) Trata de corregir este hecho, el de que la impunidad solo alcanza al partícipe que desiste con su concepción de que el desistimiento excluye el injusto de la tentativa, POZUELO PÉREZ. *Desistimiento y conducta postdelictiva*. p. 270 y ss.
- (14) Sobre la subsistencia del delito de peligro abstracto y el delito de peligro concreto en el desistimiento de la tentativa (del delito de resultado lesivo) que los contiene, vid. las interesantes consideraciones de JESCHECK/WEIGEND, p. 590 y ss.

B. FUNDAMENTO DE IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO

En la medida en que aunque el autor ha comenzado ya a realizar el delito, puede incluso que haya hecho todo lo que está en sus manos para causar el resultado (tentativa acabada), todavía no ha sobrevenido este, el derecho, que ante todo persigue el fin de preservar la intangibilidad de los bienes jurídicos, con lo que si esta se ha asegurado por el hecho de que el autor ha dado marcha atrás, evitándolo, se ha visto recompuesto, no es ya necesaria la intervención penal.

El fundamento, pues, de la impunidad del desistimiento es uno pragmático y arraigado en la función primordial del derecho penal, de preservar los bienes jurídicos.

Se explica, así, lo insatisfactorio de todos los ensayos que, yendo más allá de eso, han intentado fundamentarla con argumentos más o menos grandilocuentes⁽¹⁵⁾:

- 1) Así, frente al argumento que en su día se invocó por la **teoría de la política criminal**, según la cual el fundamento del desistimiento sería el de ofrecer al autor un motivo para que no continúe la progresión criminal (“a enemigo que huye puente de plata”), se le objetó en seguida que, teniendo una parte de razón, p. ej., frente a quien conoce la regla del desistimiento, no sirve como fundamento en los casos en que quien desiste no lo ha hecho con ese móvil.
- 2) Algo semejante ocurre con la **teoría premial o de la gracia**, para la que la impunidad sería el premio o contrapartida con que se encontraría quien voluntariamente desistió, lo que, siendo en buena medida cierto, sin embargo no explica la impunidad de quien ni siquiera se ha planteado el beneficio de que su desistimiento va seguido, y, además, cuando ocurre así, ni siquiera puede hablarse de que ese sujeto que desiste haya hecho nada para merecer el premio que recibe. La propia terminología es insatisfactoria porque, como dice Jakobs, y ya vimos, quien desiste no ha hecho nada meritorio sino restablecer un estado que él mismo perturbó.
- 3) Finalmente, han estado en boga recientemente teorías que retrotraen el fundamento de impunidad del desistimiento a la **menor culpabilidad** acreditada por el autor que desiste, lo que hace que la pena pierda buena parte de su **fundamento preventivo general y especial** en esos casos⁽¹⁶⁾.

(15) Vid. también las atinadas críticas a estas teorías de Jakobs. *Estudios*. p. 326 y ss., extensivas a la propia naturaleza de la tentativa en la que fundamentar el desistimiento de la misma. Insistiendo recientemente en este punto, en: RODRÍGUEZ MOURULLO, H. pp. 551-552 y ss.

(16) Esta es la tesis de ROXIN. *Problemas básicos*. p. 266 y ss.; *Política criminal y sistema de Derecho Penal* (trad. de Francisco MUÑOZ CONDE), 1972, p. 69 y ss.

Estas concepciones, que globalizan demasiado indiferenciadamente injusto y culpabilidad, y que adolecen de la normal abstracción de los fines de la pena, desde luego no se compadecen con los supuestos en que quien desistió manifestó en los actos preparatorios y de tentativa realizados una considerable peligrosidad criminal.

Se explica así que el fundamento de impunidad del desistimiento estriba única y suficientemente en el **obrar para la evitación de la lesión del bien jurídico por parte de quien previamente actuó para lesionarlo.**

C. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA INACABADA

Puesto que la tentativa inacabada se caracteriza por que en ella el autor todavía no ha realizado todo lo necesario para consumar el delito, es lógico que el art. 16. 2, defina inicialmente su desistimiento en términos de bastar con no continuar realizando los actos que faltan, ya que con ello se asegura la no producción del resultado. De esta manera puede definirse el desistimiento de la tentativa inacabada, poniendo en relación este elemento característico y específico de la tentativa inacabada con los restantes elementos comunes a todos los supuestos de desistimiento, en los siguientes términos: El autor de la tentativa inacabada que voluntariamente ha dejado de realizar los actos necesarios para la consumación del delito, y, con ello, ha evitado efectivamente su producción que, de otra forma, se habría desencadenado, ha desistido.

Requisitos, pues, del desistimiento de la tentativa inacabada son: 1) La voluntad de no seguir realizando lo que falta hasta la tentativa acabada. 2) Que haya actos todavía necesarios para la consumación que se puedan llevar a cabo y, no obstante, el autor se niegue a continuar. 3) Que, con ello, efectivamente, haya evitado el resultado que, de otra forma, se habría producido.— Puesto que el primer requisito es común al desistimiento de la tentativa acabada, no presentando diferencia alguna, además de por su importancia, lo estudiaremos al final, después de ver otros requisitos que, por cierto, son presupuestos de este, último y definitivo.

Conforme al concepto de la tentativa inacabada⁽¹⁷⁾, el dolo del autor ha de corresponderse con los actos que, conforme al plan inicial, se trazó para que el delito se dé completo. Puesto que cada acto supone una concreta decisión, la ausencia de ella explica la relevancia del desistimiento en esta modalidad de tentativa⁽¹⁸⁾. Ejemplo: Quien tras la primera dosis,

(17) Vide: al respecto, CUELLO CONTRERAS, H. Rodríguez Mourullo, p. 253 y ss.

(18) JAKOBS, p. 902. Vid. al respecto MURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal, Parte general*. 2, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho (trad. de la 7ª edición alemana, de Jorge Bofill Genzsch), 1995, p. 86 y ss., defensores de una tesis minoritaria en Alemania que exige renunciar al hecho concreto planificado que lesionará el bien jurídico, mientras que

inofensiva, del envenenamiento, decide no seguir actuando, ha desistido de la tentativa inacabada.

Incompatible con este requisito del desistimiento de la tentativa inacabada es que, entre tanto, y en contra de lo esperado, el autor se vea sorprendido, ¡por la imprevisibilidad de todo el acontecer causal!, con que han surgido circunstancias inesperadas que le impiden continuar como él había pensado para el propósito seguido (**tentativa inacabada fracasada** o frustración impropia).

En este caso, hay que distinguir: a) Si el autor contaba, ya de antemano, con esa posibilidad, habiéndose resuelto a no continuar en tal caso y volverlo a hacer en otro momento, sigue siendo posible el desistimiento, dado que este, en el momento actual, es compatible con el aplazamiento. b) Si, en cambio, no existe la posibilidad de volver a intentarlo de nuevo después y/o la situación ha empeorado mucho de forma irreversible, no cabe ya el desistimiento⁽¹⁹⁾.

Ejemplo de Jakobs: El francotirador que realiza diversos actos de apuntar con su mira telescópica y desiste, sin que haya cambiado sensiblemente la posibilidad de seguir apuntando y disparar, desiste de forma penalmente relevante; no en cambio, si entre tanto las posibilidades de disparar han empeorado considerablemente.

Aún más: Aplicación amplia del desistimiento: basta que quien fracasó pueda intentarlo de nuevo para que si no lo hace le ampare el desistimiento. Ejemplo: El autor que realizó un disparo que no alcanzó a la víctima, desistiendo de realizar uno nuevo, resulta amparado por el privilegio del desistimiento.

Cuando el autor se niega a continuar porque cree que ha fracasado su plan (**tentativa fracasada putativa**: no frustración), sin que sea así, habrá que negar el desistimiento por falta del requisito de que la negativa a continuar sea en la conciencia de que se podía seguir actuando con posibilidades de éxito⁽²⁰⁾.

Ejemplo de Jakobs: El estafador que, tras comenzar a engañar a la víctima, desiste de continuar porque ha creído que esta se ha dado cuenta de la maniobra, cuando en realidad estaba prácticamente convencida, no está

la doctrina dominante acoge más bien un punto de vista abstracto que contempla también la renuncia a la planificación de futuro, con consecuencias (vid. la casuística presentada por MAURACH; GÖSSEL y ZIPF) para las posibilidades del desistimiento.

(19) JAKOBS, pp. 902, 906; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal, Parte general*. 5ª ed., 1998, 349. JESCHECK/WEIGEND, p. 583, hablan de la conversión de una tentativa acabada en inacabada cuando el autor se da cuenta de que para la consumación es necesario hacer algo más.

(20) JAKOBS, p. 904; BACIGALUPO, p. 350. Vid. también Ramón BLECUA FRAGA, CPCr, 20, 1983, 330. Sobre la “decisión de abandonar” vid. la riquísima casuística de MAURACH; GÖSSEL y ZIPF, pp. 2, 93 y ss.

desistiendo voluntariamente, sino porque cree que el resultado no es posible debido a circunstancias ajenas a su voluntad.

3. La decisión de no seguir actuando en los casos de tentativa inacabada debe ser determinante de que no sobrevenga el resultado. Esta exigencia ha de ser entendida en el sentido de que, de haber continuado actuando el autor (que desiste), el resultado habría sobrevenido (**desistimiento eficaz**)⁽²¹⁾.

Ejemplo: La dosis de veneno suministrada por el autor a la víctima ya empieza a dañar el organismo, con lo que, sumada a las que habrían venido después, y no vinieron por el desistimiento del autor, habrían causado, la suma de ellas, la muerte de la víctima.

Aunque, en principio, el requisito considerado parece excluir del desistimiento los casos en que consta que aun en el supuesto de haber seguido actuando el autor el resultado no habría sobrevenido, ya que choca contra el requisito de que haya sido la evitación del resultado consecuencia de su no hacer, aspecto, este, que el StGB alemán (§ 24. 1) contempla expresamente, extendiendo el efecto del desistimiento al esfuerzo del autor por evitar el resultado que ya no puede evitar porque una circunstancia ignorada por él lo ha evitado, puesto que el resultado no se ha producido y el autor dejó de seguir actuando conforme a su plan y el desistimiento ha sido libre, debe dársele relevancia (**desistimiento inidóneo**)⁽²²⁾.

La cuestión es si resulta aplicable la construcción en el derecho español, donde el CP no ha previsto expresamente esta situación y sí la exigencia de que la evitación del resultado haya sido consecuencia del desistimiento del autor, lo que debe responderse afirmativamente entendiendo el requisito legal de “evitar voluntariamente la consumación del delito, desistiendo de la ejecución ya iniciada” en clave **subjetiva**⁽²³⁾:

Quien desiste de la ejecución ya iniciada, creyendo evitar con ello la consumación del delito (no si sabe que la consumación entretanto es ya imposible)

(21) Vid. al respecto MAURACH; GÖSSEL y ZIPE, pp. 2, 91 y ss, con amplia casuística.

(22) JAKOBS, p. 904. Vid. JESCHECK/WEIGEND, pp. 585 y 586. En contra del desistimiento de la tentativa inidónea acabada MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal* (trad. y notas de José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ), 1935, II, 236. Con mejor criterio WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán, Parte general* (trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, de la 11ª ed. alemana, 1969), 4ª ed., 1993, pp. 233, 235.

(23) CEREZO MIR, pp. III, 70 y ss., que quiere contemplar también este caso, lo compara con la regla del desistimiento cuando intervienen varios, que parece ampararlo. En realidad, ambas reglas contemplan casos diversos (diferencia de la que tampoco es consciente SILVA SÁNCHEZ. *Cuestiones fundamentales*. p. 143 y ss., lo que le lleva a una gran confusión sobre la eficacia del desistimiento en la tentativa, en general, y las peculiaridades del desistimiento en caso de pluralidad de sujetos; vid. *infra* F). La idea de Cerezo Mir, en cambio, de fundamentar la relevancia del desistimiento en la adecuación de la conducta objetivamente *ex ante* para evitar el resultado, es acertada.

y el delito no se ha consumado, desiste eficazmente⁽²⁴⁾. De la misma forma que existe ya tentativa cuando el sujeto inicia la comisión del delito sin consumarlo, ni poderlo consumir ab initio: tentativa imposible, desiste cuando da marcha atrás y el resultado no se ha consumado, cualquiera que sea la razón por la que el resultado no se ha producido, siempre que el autor lo ignore⁽²⁵⁾.

Una vez más: papel decisivo de los conocimientos subjetivos en Derecho Penal.

Más complejos son los casos del denominado **desistimiento malogrado**, es decir, aquellos en los que con los primeros actos ejecutivos del autor se ha producido o se producirá de forma inevitable el resultado sin que aquel pueda evitarlo dejando de realizar los actos que faltaban para la consumación según su plan. Aquí, a su vez, pueden presentarse diversas circunstancias:

- 1) Si el autor se ha dado cuenta de lo ocurrido, puesto que sabe que la no evitación del resultado no será retrotraíble a su dejar de continuar actuando, el hacerlo no exime de responsabilidad por tentativa debido a que no hay desistimiento idóneo (ni creencia en ello), y, puesto que el resultado se ha producido de forma diversa a la prevista por el plan del autor (consumación prematura), el resultado será imputable a título de imprudencia (vid. *infra*).
- 2) El mismo tratamiento merece el caso donde es el autor, subjetivamente, quien ha creído que ya ha fracasado, esto es, que el delito se va a consumir anticipadamente y que él no puede hacer nada por evitarlo.
- 3) Si el autor, en cambio, cree que todavía puede seguir actuando en orden a la consumación y que, por tanto, con el desistimiento, evitará su producción, constelación muy semejante a la vista anteriormente, con la diferencia de que mientras allí no se puede producir ya el resultado aquí se ha producido entretanto, aunque faltan plenamente los elementos caracterizadores del desistimiento: la evitación del resultado y su retrotraimiento a la voluntad libre del autor, como quiera que este no se ha representado el resultado, el resultado no es imputable a título de dolo [sí, en cambio, como *supra* 1) y 2), a título de imprudencia], quedando un resto de responsabilidad a título de delito doloso intentado, que, mientras que la doctrina mayoritaria lo estimaría suficiente

(24) En contra CEREZO MIR, pp. III, 194, por considerar inviable la aplicación de eximentes por analogía.

(25) Se explica así la relevancia del desistimiento de la tentativa inidónea que atormentaba a la doctrina española; vid. RODRÍGUEZ MOURULLO. En: CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*. I, 1971, com. art. 3. 2 y 3, 105 s. Vid. también BACIGALUPO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coords.). *Código Penal comentado*. 1990, com. art. 3, 16.

para hacer responder por tentativa (pese al desistimiento ineficaz) (delito doloso consumado para quienes no creen en el efecto de inimpunitabilidad objetiva en los casos de consumación anticipada en la fase de tentativa), es susceptible de amparo en el desistimiento conforme a las representaciones subjetivas del autor, tal como se hacía en el supuesto contemplado anteriormente, tesis defendida casi en solitario por Jakobs⁽²⁶⁾.

Para reconducir estos casos al concepto de desistimiento de la tentativa, no solo debe modificarse el requisito de que la evitación del resultado sea retrotraíble objetivamente al desistimiento, sustituido todo por la representación subjetiva del autor, como *supra*, sino también el requisito de que se haya evitado la misma consumación del resultado, para lo que hay que hacer una lectura, ciertamente facilitada por el tenor literal del mismo, en el sentido de que el único supuesto en que la no evitación del resultado cierre el paso a la posibilidad del desistimiento relevante sea aquel en el que el autor se ha representado que la producción del resultado es consecuencia de su acto ejecutivo, lo que únicamente ocurre en la tentativa acabada, pero no en la inacabada, que, así, admitirá el desistimiento relevante aun en caso de producción del resultado (desistimiento inidóneo).

D. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA ACABADA

El hecho de que la tentativa acabada se defina como realización por parte del autor de todos los actos que, conforme a su plan, deberían producir el resultado del delito justifica que el art. 16.2 se refiera específicamente a su desistimiento exigiendo que el autor no solo deje de realizar actos necesarios para la consumación, sino que realice actos tendentes a evitar la consumación de los hechos susceptibles de causarla y puestos en marcha, salidos de sus manos⁽²⁷⁾.

Ejemplo: El autor, que ya ha envenenado mortalmente a la víctima, la traslada urgentemente al hospital en el espacio de tiempo que el veneno tardará en hacer efecto. Allí, tras un lavado de estómago, logran salvarle la vida. Desistimiento eficaz.

(26) JAKOBS, p. 905. Vid. en contra de admitir el desistimiento en casos de consumación (aunque el autor lo ignore): JESCHECK/WEIGEND, p. 586. Vid. la posición matizada de Gunter STRATENWERTH. *Derecho Penal*. p. 1, El hecho punible (trad. de Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI), 2005, 303 (si el resultado es imputable a título de dolo no cabe la solución de la imprudencia más desistimiento de la tentativa, de JAKOBS).

(27) Vide: muy atinadamente, RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español*. p. 16 ed., 1993, p. 787 y ss., referido además en la a. r. a la frustración. Vid. también MAURACH; GÖSSEL y ZIPF, pp. 2, 99, extrayendo la conclusión de que por regla general aunque no necesariamente el desistimiento de la tentativa acabada consistirá en una acción, no en una omisión.

El primer caso problemático que presenta el desistimiento de la tentativa acabada es el de la tentativa que, además de acabada, ha devenido inidónea (**desistimiento de la tentativa acabada inidónea** o frustración propia).

Ejemplo: El autor que quiere matar de un disparo a la víctima, lo realiza, no alcanzándole; el autor, después, desiste de realizar un segundo disparo.

En estos casos, a pesar de que el injusto se da completo, a la luz de la doctrina del injusto personal, con lo que parecería que no cabe ya marcha atrás, es excesivo y desaconsejado a la luz del fundamento del desistimiento (no se olvide: incentivar al autor a no lesionar el bien jurídico) descartar la posibilidad del desistimiento, sobre todo cuando repetir la acción, como en el caso del ejemplo, es muy fácil, puede que incluso previsto en el plan del autor (que se otorgue posibilidades de fallar, y, por tanto, la necesidad de repetir)⁽²⁸⁾.

De ahí que cuando hablamos de concepción del desistimiento como desandar el injusto, debamos entenderlo en el sentido más amplio posible, de evitar la consumación o lesión del bien jurídico (vid. *supra* A.).

De la misma forma, es decir, con la máxima generosidad, debe resolverse el caso donde el peligro desencadenado con la tentativa acabada es tan grande que el autor no puede asegurar con lo que haga la evitación de todos los riesgos que previamente desencadenó.

En estos casos, deben ponderarse los riesgos creados con los atajables, debiéndose huir de cerrar demasiado pronto la posibilidad del desistimiento, pues por ese camino, dado que nunca existe la seguridad absoluta de atajar un peligro, los límites al desistimiento se ampliarían desmesuradamente⁽²⁹⁾.

En el ejemplo utilizado por Jakobs⁽³⁰⁾, para defender su tesis contraria al desistimiento en estos casos, el de quien ha intentado matar causando lesiones muy graves, que según él obligan a calificar los hechos de tentativa de homicidio más lesiones graves, no tiene en cuenta que ya la punición de las lesiones graves incluye, por eso son graves, riesgos elevados de muerte, que no deben ser contabilizados también para desestimar el desistimiento de la tentativa de homicidio. Por tanto, el esfuerzo por atajar los peligros desencadenados, puede ser suficiente para estimar el desistimiento⁽³¹⁾.

La cuestión cambia cuando el autor ha creado varios riesgos claros y no hace o no puede hacer nada por evitar alguno de ellos, aun en el caso

(28) En el mismo sentido, ya JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado*. VII, 824; BACIGALUPO, pp. 349, 350. *Desistimiento de la tentativa inidónea*.

(29) Según MAURACH; GÖSSEL y ZIPF. pp. 2, 100, basta con que el autor haya previsto una condición de las muchas que evitan el resultado.

(30) JAKOBS, p. 909 y ss.

(31) Vid. al respecto MAURACH; GÖSSEL y ZIPF, pp. 2, 101.

de que fortuitamente ese riesgo no haya desembocado en el resultado (entonces tentativa).

Ejemplo de Jakobs⁽³²⁾: Quien, para asegurar el homicidio, envenenó a la víctima y además la arrojó al mar, no desiste si le lanza un salvavidas pero no hace nada, o no puede hacerlo, para extraerle el veneno: tentativa de homicidio si la víctima no muere y homicidio si muere.

Por lo que se refiere al **desistimiento malogrado**, al igual que ocurría con la tentativa inacabada (vid. *supra* C.), en virtud del requisito común a ambas, de que con su característico no continuar actuando o actuación en contrario, respectivamente, se haya evitado la consumación del delito, entendida como causación del resultado de la forma prevista por el autor, cabe la posibilidad de extender, aunque la ley no lo diga expresamente, al autor de la tentativa acabada que desconoce su inidoneidad el privilegio del desistimiento si, entre tanto, se ha esforzado por evitar el resultado conforme a su representación, siempre y cuando haya actuado con seriedad respecto a los elementos que, de ser ciertas sus suposiciones, habrían sido necesarios y suficientes para evitar el resultado⁽³³⁾.

E. LA VOLUNTAD LIBRE DEL DESISTIMIENTO

Según la definición del art. 16. 2, la evitación del resultado característica del desistimiento ha de tener su origen en un acto **voluntario**. Con este requisito, añadido a los anteriores, que serían el presupuesto fáctico de este fundamental⁽³⁴⁾, del desistimiento, lo que se exige es que el autor evite la consumación de un modo en el que predomine como motivación de su actuar la voluntad espontánea de volver a la senda del derecho⁽³⁵⁾.

(32) JAKOBS, p. 911.

(33) Sobre toda esta problemática vid. convincentemente JAKOBS, p. 911 y ss. De otro parecer, MIR PUIG, en: JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal* (trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), 1981, II, p. 751, aunque termine por proponer muy certeramente, en estos casos, la aplicación de la norma del desistimiento por analogía *in bonam partem*. Muy restrictivos MAURACH; GÖSSEL y ZIPE, pp. 2, 102.

(34) El intento de ALCÁCER GUIRAO. *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 153 y ss., de objetivar el desistimiento, configurándolo con criterios axiológicos extraídos de la doctrina de la imputación objetiva, con independencia de su valor intrínseco, no puede servir, en contra de lo que él pretende, sin demasiada fe, para objetivar el elemento de la voluntariedad característico del desistimiento que en la tentativa acabada no aportaría nada (salvo quizá excluirlo, el desistimiento, cuando la acción de salvamento la realizó coaccionado). La voluntariedad del desistimiento no es el elemento subjetivo del desistimiento (en contra de lo que también, al igual que Alcácer Guirao –al menos terminológicamente–, entiende POZUELO PÉREZ. *Desistimiento y conducta postdelictiva*, p. 125) sino el motivo de la acción dirigida subjetiva y objetivamente a evitar el resultado.

(35) Sobre lo definitivo del desistimiento, distinguiendo entre renuncia al fin (relevante) y renuncia a los medios (irrelevante), siguiendo a CARRARA, JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado*. VII, p. 826.

De ahí que sus mayores problemas, como se verá a continuación, surjan en aquellos casos en que esa vuelta a la senda del derecho esté muy condicionada por un motivo que el derecho penal no pueda aprobar a estos efectos⁽³⁶⁾.

Puesto que la decisión de desistir siempre tendrá un motivo, o varios, no pudiéndose pretender que la exigencia de voluntariedad opere al modo de un imperativo categórico⁽³⁷⁾, hay que distinguir entre motivos compatibles con la libertad del desistimiento y motivos incompatibles con esa libertad, debiéndose admitir que se trata de una cuestión axiológica respecto a la cual hay que pensar en casos dudosos y en hacer una interpretación generosa del requisito⁽³⁸⁾.

Muñoz Conde. *El desistimiento voluntario de consumir el delito*. 1972, 69 ss., 79 ss., 83 ss., 88 ss., 96 ss., 122 ss., después de realizar una excelente exégesis de los términos “causa independiente de la voluntad del agente” y “libre y voluntario desistimiento”, que obligan a concluir que solo será involuntario el desistimiento cuando el agente se vio ante la “**imposibilidad absoluta de seguir actuando**”, y de acudir a la regulación legal de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo, como criterio heurístico, que obligaría experimentar un “**sentimiento moral elevado**”, conclusiones ambas insatisfactorias⁽³⁹⁾, se apresta a, tras situar el problema entre los extremos representados por la exclusión del desistimiento en los casos de imposibilidad absoluta y su plena eficacia en caso de sentimiento moral de arrepentimiento, pasar revista a los intentos doctrinales, teóricos, de dilucidación de la voluntariedad⁽⁴⁰⁾, que están representados por las posturas extremas de Frank⁽⁴¹⁾, que se conforma con estimar la voluntariedad cuando hubo posibilidad de seguir actuando para el fin que el agente se propuso, y Bockelmann, que exigiría que el motivo que llevó a desistir pueda ser uno asumido por el ordenamiento jurídico, añadiendo todavía el criterio de Roxin, que sitúa la problemática de la voluntariedad del desistimiento en la razonabilidad

(36) Sobre los términos “circunstancias independientes de la voluntad”, vid. también POZUELO PÉREZ. *Desistimiento y conducta postdelictual*. p. 129 y ss.

(37) Atinadamente CEREZO MIR, III, p. 194.

(38) QUINTERO OLIVARES, p. 598, avisa, muy oportunamente, sobre la tendencia restrictiva del TS a la hora de estimar el desistimiento, debido a la confusión reinante sobre su concepto y sus casos. Vid. también la amplitud de criterio de JESCHECK y WEIGEND, p. 584 y ss.

(39) Vid. las atinadas consideraciones de RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO (ed.), CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 99, 133, contrarias a extrapolar al desistimiento de la tentativa y de la frustración los argumentos éticos del arrepentimiento posterior a la consumación.

(40) Vid. también al respecto, ampliamente, POZUELO PÉREZ. *Desistimiento y conducta postdelictiva*. 137 y ss., inclinándose por la normativización [214].

(41) Siguiéndole WELZEL, p. 233.

del delincuente: solo cuando seguir actuando sería racional es el desistimiento voluntario, no cuando la decisión de seguir actuando sería irracional para cualquier otro en su lugar, posturas, todas, que Muñoz Conde desecha porque contemplan solo aspectos parciales del problema, llegando a la conclusión de que su solución requiere más bien una consideración global, que obliga a distinguir entre el aspecto psicológico del desistimiento, en el que la imposibilidad final de continuar actuando es causa de involuntariedad (el shock psíquico o la impotencia que impide la consumación de la violación, p. ej.) y su aspecto valorativo, circunscrito a los motivos que llevaron a desistir allí donde no hubo imposibilidad física de continuar, a cuyos efectos distingue a su vez Muñoz Conde entre⁽⁴²⁾: 1) motivos éticos, que hacen siempre voluntario al desistimiento, 2) miedo, que puede serlo a) a la pena en general, en cuyo caso el desistimiento es voluntario⁽⁴³⁾, b) a la pena en concreto, bien en el sentido de ser descubierto con seguridad, de seguir actuando, en cuyo caso el desistimiento es involuntario, bien en el sentido de que le importe o no al agente su descubrimiento porque p. ej. está ya identificado por la policía, en cuyo caso es voluntario el desistimiento, salvo que vaya a ser apresado irremisiblemente, bien porque existe la posibilidad de ser atrapado posteriormente, aspecto en el que la doctrina está dividida, inclinándose Muñoz Conde, siguiendo a Roxin, por negar la voluntariedad del desistimiento en este caso (los gritos de la víctima, p. ej., pueden atraer a la gente), c) miedo a la propia realización del delito, en cuyo caso, si se trata de peligros sobrevenidos con los que no contó el agente, el desistimiento es involuntario (desistimiento de actuar dada la corpulencia de la víctima, p. ej.), d) miedo a causar un mal de mayor gravedad que el previsto, los autores, p. ej., deciden desistir del aborto dado lo avanzado de la gestación, que puede suponer un peligro añadido para la embarazada, en cuyo caso el desistimiento es voluntario. 3) Motivos interesados, o posibilidad de lograr el mismo objetivo porque la víctima promete entregarse después, que al parecer de Muñoz Conde no merecen el privilegio del desistimiento.

Cuando sagazmente Quintero Olivares, p. 600, sostiene que el desistimiento es voluntario cuando de forma semejante a lo que ocurre con el *iter criminis* el autor puede seguir actuando = no se detiene

(42) Vid. también MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, p. 487.

(43) Vid. ya RODRÍGUEZ MOURULLO. En: CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO (ed.), CCR, I, com. art. 3. 2 y 3, 136.

la tentativa, en realidad lo que está es siguiendo a Frank, esto es, la teoría psicológica del desistimiento.

Aunque Margarita Martínez Escamilla. *El desistimiento en Derecho penal*, 1994, p. 25, confiese que su concepción puramente psicológica del desistimiento no es novedosa, inspirándose en la de zu Dohna, sí lo es el hecho de que se oponga rotundamente a recortarlo con criterios normativos, del tipo valoración de los motivos. Para ejemplificarlo, sostiene que quien se propuso no asesinar a la mujer a quien le habían encargado asesinar, por su extraordinaria belleza y la esperanza de seducirla, no puede verse privado del privilegio del desistimiento, dado que la redacción legal se conforma con un criterio puramente psicológico y objetivo de poder seguir actuando. Recortes al desistimiento de índole valorativa de los motivos requerirían una intervención del legislador [24]⁽⁴⁴⁾. Solo cuando se trate de un impedimento psíquico absoluto: el asesino en el momento de proponerse disparar observa el extremado parecido de la víctima con su padre, lo que le impide disparar [23], o de impedimento objetivo también absoluto: los útiles para el robo son totalmente inadecuado, el violador no experimenta la eyaculación, etc. [24]; solo en esos casos, el desistimiento ha sido involuntario. Martínez Escamilla considera que en muchos casos ese criterio puramente psicológico coincidirá con el de la racionalidad de los motivos de Roxin, pero no puede comprender que ya se decida la involuntariedad del desistimiento, en contra de lo que quiere Roxin y quienes le siguen, cuando el violador renuncia a violar porque la víctima le ha prometido entregarse después [p. 26 y ss.]. Con interesantes consideraciones sobre el tratamiento de esta problemática en la jurisprudencia del TS [p. 30 y ss.].

Así, son casos claros de motivos compatibles con la libertad del desistimiento, los siguientes⁽⁴⁵⁾:

1. Aquellos en los cuales no están presentes circunstancias ajenas al autor y que puedan condicionar el propósito delictivo en su realización más concreta⁽⁴⁶⁾. De ahí que pueda ser un motivo válido el simple capricho del autor, que ya no tiene más interés (incluido el olvido) en consumar el delito⁽⁴⁷⁾, los remordimientos de conciencia, e, incluso, la decisión de

(44) En esta línea ya MIR PUIG. En: JESCHECK. II, p. 752 y ss.

(45) Sigo a JAKOBS, p. 920 y ss., en lo fundamental.

(46) Vid. BACIGALUPO. En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS (dir.), CCP, com. art. 3, 16; PG³, 349.

(47) Vid. JAKOBS, p. 904.

cometer delito distinto al inicialmente previsto⁽⁴⁸⁾; lo que, por cierto, evidencia que el motivo relevante no está impregnado éticamente⁽⁴⁹⁾.

Como problema de lo definitivo del desistimiento, Muñoz Conde. Desistimiento. p. 112 y ss.⁽⁵⁰⁾, ha estudiado el del violador que desiste de violar porque la víctima ha prometido entregarse después. Para resolverlo, propone Muñoz Conde, en primer lugar, proceder conforme a una consideración concreta, no abstracta, según la cual hay que colocarse en el momento de actuar, y en ese momento, ciertamente, se ha desistido de continuar; ahora bien, ello no quiere decir que el desistimiento haya sido voluntario, para lo que es necesario acudir al proceso de motivación que lleva a desistir, ámbito en el que hay que plantear si en un caso como el de la violación hubo abandono del primer hecho o existe más bien una conexión temporal y espacial constitutiva de unidad natural de acción, pues en el segundo caso no cabe hablar de desistimiento, si p. ej. el agente deja en el lugar de los hechos los útiles del robo que continuará mañana, cuando no haya gente en la casa⁽⁵¹⁾.

2. Cuando el motivo para desistir obedece a una causa externa⁽⁵²⁾, hay que distinguir a efectos de tenerlo por relevante o irrelevante de cara al requisito de la voluntariedad. Así:
 - a. No excluye la voluntad libre de desistimiento el miedo a ser descubierto. Solo se excluirá cuando el autor, una vez comenzada la tentativa, descubre una circunstancia que aumenta casi hasta la seguridad que va a serlo⁽⁵³⁾. Ejemplo: El autor de la violación, descubre, una vez iniciada esta, que la víctima no es una desconocida sino alguien que le conoce perfectamente y le identificará⁽⁵⁴⁾.

(48) En contra STRATENWERTH, p. 306.

(49) Vid. también BLECUA FRAGA, CPCr, 20, 1983, 329.

(50) Vid. también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 486 y ss.

(51) Distinguiendo JAKOBS, p. 903. Vid. ya MEZGER, II, p. 232; WELZEL, p. 234 y ss. Negando la voluntariedad del desistimiento en casos de aplazamiento: RODRÍGUEZ MOURULLO. En: CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO (ed.), CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 137; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Comentarios al Código Penal*. 2ª ed. (renovada por el autor y puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG), 1966, 53 s., dice muy gráficamente que es “inmoral” admitir el desistimiento de quien dejó de robar la caja fuerte forzada porque esperó al día siguiente a que hubiera más dinero dentro. Vid. también STRATENWERTH, p. 302 y ss. Vid. por el contrario la posición más favorable al desistimiento en caso de interrupción de una tentativa luego continuada, de JESCHECK/WEIGEND, PG, 583.

(52) Sobre la “causa externa” como motivo del desistimiento y su efecto vid. también MAURACH; GÖSSEL y ZIPF, PG, 2, p. 108 y ss.

(53) Así también QUINTERO OLIVARES, p. 597 y ss. Ya: RODRÍGUEZ MOURULLO. En: CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 136; WELZEL, PG, 233.

(54) Vid. JESCHECK y WEIGEND, pp. 585, 587 y ss., con interesantes consideraciones sobre la relevancia del descubrimiento a los efectos de descartar el desistimiento.

- b. No estamos ante un desistimiento voluntario de cometer el delito cuando su comisión se interrumpe una vez que al autor le ha sobrevenido una incapacidad física o psíquica absoluta de continuar cometiéndolo; sí, en cambio, cuando el desistimiento ha venido precedido de una alteración psíquica originada por la circunstancia externa que influye somáticamente, como el temblor. Ejemplo: Quien tiembla en el momento de disponerse a realizar el disparo homicida o pierde la *potentia coeundi* antes de consumir la violación, por el estado lastimoso de la víctima, puede haber desistido voluntariamente.
- c. Cuando surgen dificultades (que no es lo mismo que la imposibilidad⁽⁵⁵⁾, en cuyo caso estamos ante los supuestos ya vistos de imposibilidad del desistimiento de la tentativa fracasada) para continuar realizando la misma acción inicialmente propuesta que debe ser cambiada por otra para realizar el propósito más semejante, Jakobs ha propuesto la muy interesante solución siguiente:
 - 1) Cuando la única forma de poder seguir actuando en orden a conseguir el propósito inicial pasa por realizar mayor injusto y culpabilidad que el planeado inicialmente, el desistimiento es involuntario. Ejemplo: Cuando el autor se ha propuesto cometer un hurto, pero en un momento determinado no puede conseguir el apoderamiento sin emplear violencia (robo), el desistimiento es involuntario: tentativa de hurto;
 - 2) Cuando es neutro o incluso disminuye el injusto y la culpabilidad, el desistimiento es voluntario⁽⁵⁶⁾;
 - 3) El principio seguido, involuntariedad cuando continuar aumenta el injusto y la culpabilidad, vale también para la tentativa acabada. Ejemplos: El asesino salva a la víctima envenenada cuando esta comienza a sufrir grandes dolores por el envenenamiento = desistimiento involuntario, porque los sufrimientos aumentan el injusto y la culpabilidad (ensañamiento). El homicida salva a la víctima que arrojó al agua para violarla = desistimiento voluntario.

(55) RODRÍGUEZ MOURULLO. En: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 103 s., 133 s., que distingue entre impedimento absoluto, en el que no cabe desistimiento, e impedimento relativo, en el que hay que distinguir, anticipando soluciones como las que siguen. Vid. también José ANTÓN ONECA, Derecho penal, 2ª ed., (anotada y corregida por José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO y Luis BENEYTES MERINO), 1986, 445.

(56) RODRÍGUEZ MOURULLO. En: CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 105, cita un ejemplo de desistimiento voluntario cuando el mal causado es igual: A lanza al mar a B para que se ahogue; después y, arrepentido, lo salva, arrebatándole al salvavidas a C, que por ello muere ahogado: homicidio consumado de C; desistimiento de la tentativa de homicidio de B.

- d. La misma solución propone Jakobs para los casos en que el autor constata que puede conseguir el mismo fin sin necesidad de seguir cometiendo el delito. En tal caso el desistimiento será involuntario si no puede sumar ambos resultados, ya que entonces optar por el delito es más grave para él: realizar un injusto y una culpabilidad frente a no realizarlos. Ejemplo: La víctima de la violación accede al instante al yacimiento⁽⁵⁷⁾. Cuando, en cambio, puede acumularlos, el desistimiento es voluntario, siempre que con ello no aumente el injusto y la culpabilidad. Ejemplo: Quien intenta cometer un robo en una administración de lotería comprueba que le ha tocado el gorro = desistimiento voluntario. Si el autor, en cambio, acometió el robo por necesidad y comprobó después el premio que había obtenido, su desistimiento ha sido involuntario, pues el robo por necesidad habría disminuido su culpabilidad.

Frente a este parecer tan elaborado, debe hacerse alguna objeción correctora. En este sentido, no debe bastar con la diferencia de injusto y culpabilidad legal en abstracto, sino que el criterio, que es válido, debe completarse con el criterio según el cual solo anulará la voluntariedad del desistimiento el elemento agravante de injusto y culpabilidad que, para producirse, necesita de un nuevo actuar delictivo del autor, no aquel que se desencadena sin necesidad de que el autor siga actuando delictivamente. De esta manera, casos que Jakobs excluye de la voluntariedad del desistimiento, como el del acceso al yacimiento de la mujer, la tentativa acabada de asesinato o el robo iniciado por necesidad, anteriormente aludidos, pueden volverse a incluir en su ámbito⁽⁵⁸⁾.

Pozuelo Pérez., *Desistimiento y conducta postdelictual*. p. 252 y ss., por su parte, propone na clasificación de los casos que cuanto menos tiene la virtud de sistematizar una materia tan heterogénea, resbaladiza y polémica como esta. De más clara voluntariedad a menos clara ubica Pozuelo Pérez los siguientes casos: 1). Desistimiento por convicción interna; 2) Desistimiento por pérdida de interés; 3) Desistimiento por riesgo de ser descubierto; 4) Desistimiento por coacción, de los que el ultimo es el más problemático, y para el que

(57) En este sentido, de negar voluntariedad al desistimiento en estos casos, ya RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CP, I, com. art. 3. 2 y 3, 137. Por el contrario, JESCHECK y WEIGEND, p. 583, ponen de relieve cómo la jurisprudencia alemana, en contra de la doctrina, admite desistimiento en estos casos (de no emplear violencia para el acceso carnal). Vid. las interesantes consideraciones matizadas de WELZEL, p. 234, sobre la mujer que accede al yacimiento.

(58) Vid. también las consideraciones en la materia de STRATENWERTH, p. 304 y ss., que en la línea del TS alemán, huye de soluciones drásticas, del tipo motivos autónomos y heterónomos, prefiriendo hablar de grados para referirse a que los peligros o desventajas de continuar sean desproporcionados en comparación con las ventajas de hacerlo.

Pozuelo Pérez, siguiendo a Jäger, propone extrapolar los criterios del estado de necesidad que, entre otras cosas, permite ponderar el mal que amenaza al autor si decide continuar actuando y el bien al que renuncia si deja de hacerlo como consecuencia de la continuación de su comportamiento, etc. Todo lo cual le lleva a concebir la voluntariedad del desistimiento como “imputación personal de la no consumación del delito” [261], reduciéndose así el ámbito del desistimiento voluntario. Merece la pena continuar discutiendo propuestas como esta.

F. EL DESISTIMIENTO DEL PARTÍCIPE (INCLUIDA LA PARTICIPACIÓN INTENTADA)

El art. 16. 3 incluye por primera vez en nuestro derecho una regla específica, complementaria de las contenidas en los párrafos 1 y 2, del desistimiento para los casos en que en el delito intervengan una pluralidad de personas, como autores y/o como partícipes⁽⁵⁹⁾.

El fundamento de esta nueva norma estriba en que cuando intervienen en el delito una pluralidad de personas, y no un autor único, supuesto más simple en el que piensan los párrafos anteriores⁽⁶⁰⁾, no basta con centrar en lo que a su conducta respecta lo exigible de cara a evitar la consumación en que consiste el desistimiento, siendo necesario tener en cuenta, de alguna manera, la aportación a la consumación que han realizado, realizan o tienen aún que realizar los restantes partícipes⁽⁶¹⁾.

Precisamente, la mayor peculiaridad del desistimiento del partícipe, que consiste, como el propio art. 16. 3 establece expresamente, en que no es requisito de su estimación, a diferencia de lo que ocurre en los párrafos anteriores, la evitación mediante el desistimiento de la consumación del delito, bastando con “intentar impedir, seria, firme y decididamente, la consumación”, estriba en que, por intervenir en los hechos otras personas que libremente se proponen cometer el delito, es muy posible que, por más que haga quien desiste de participar, no logre que quien se mantiene en su propósito

(59) Sobre esta problemática vid. ya RODRÍGUEZ MOURULLO. En: CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO (eds.), CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 133.

(60) Esto no lo ven claro (la muy diferente naturaleza del desistimiento del art. 16. 3, respecto al del autor único de los números 1 y 2) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y SERRANO-PIEDecasas, José Ramón. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed., 1999, 285 s. Con mejor criterio, aunque de forma inexacta, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 488, asocian la nueva regla del art. 16. 3, con el desistimiento malogrado.

(61) De tener en cuenta la solidarización con el quebrantamiento de la norma por otros partícipes habla JAKOBS, p. 914, para justificar la especificidad de este desistimiento frente al común (de autor único). Vid. también, muy atinadamente, MAURACH; GÖSSEL y ZIPF, pp. 2, 427, 428 y ss.

consume el delito, no debiendo aquel, quien desiste, verse perjudicado por lo que es una decisión inquebrantable de cometer el delito. El partícipe, pues, desiste con efectos eximentes cuando, eso sí, antes de consumarse el delito, deja de ejecutar su parte, si todavía quedaba algo de ella por realizar, y se esmera en evitar la consumación⁽⁶²⁾, p. ej., denunciado los hechos para que la policía intervenga, si es todavía posible, o tratando de influir psicológicamente sobre quienes todavía han de realizar su participación, etc.

A los efectos de esta regla específica del desistimiento, los varios sujetos que intervienen a que se refiere, incluye no solo al inductor y al cómplice, sino también al coautor. E, incluso, a los que intervienen en los actos preparatorios de la participación: conspiración y proposición⁽⁶³⁾.

En su excelente y pionero estudio sobre el desistimiento del conspirador, Elena Farré Trepas, *ADP*, 1992, p. 711 y ss., ya sostuvo la tesis de que aunque no lo previera el legislador expresamente, la regla del desistimiento de la tentativa del art. 3 a. r. era extensible por analogía al conspirador, siempre y cuando se tuvieran en cuenta algunas peculiaridades derivadas del hecho de que este es un caso de pluralidad de intervinientes, siendo así que la regla expresa del art. 3 pensaba en el autor único (por eso la aportación específica de Farré Trepas al desistimiento del conspirador ha sido tenida en cuenta por quienes posteriormente se han ocupado del desistimiento de cualquier partícipe) [719]. Para ello, después de pasar revista a las distintas posibilidades de establecer requisitos para el desistimiento del partícipe, en su caso el conspirador [719 y ss.], llega a la conclusión de que el desistimiento del conspirador exige, pero basta con ello, “que anule por completo su aportación anterior” [724],

(62) Vid. ya en este sentido BLECUA FRAGA, *CPCr*, 20, 1983, 331. Ya antes JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado*. VII, 85 s.; FERRER SAMA, Antonio. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, 1946, com. art. 3, 67, quien, acertadamente, además, justificaba muy bien porqué no merece el privilegio de la impunidad quien desistió de continuar, pero no impidió que los demás aprovecharan su aportación anterior para intentar consumar el delito sin conseguirlo. Vid. las muy atinadas consideraciones de JESCHECK/WEIGEND, *PG*⁵, 591 ss., sobre lo exigible (y sus límites) del desistimiento en estos casos; JAKOBS, *PG*, 915 s., pone de relieve muy acertadamente que a veces el mero no seguir actuando del partícipe (la desolidarización) puede ser suficiente para el desistimiento del partícipe; acertadamente también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, pp. 2, 426 y ss.

(63) SILVA SÁNCHEZ. *Cuestiones fundamentales*. p. 145 y ss., que no los considera incluidos en la regla del art. 16.3, que habla de “desistimiento de una ejecución ya iniciada”, desearía verlos regulados a través de regla específica del mismo tenor que los restantes casos de pluralidad de sujetos (con el mismo criterio ya MIR PUIG, citado por SILVA SÁNCHEZ). GRACIA MARTÍN. *Cuadernos de Derecho Judicial*. XXVII, 1996, p. 267 y ss., que lo propicia (la posibilidad del desistimiento de quienes intervienen en los actos preparatorios), cree sin embargo necesario acudir para ello a la aplicación de esta norma por analogía (es decir, a quienes inicialmente no son abarcados por el tenor literal de la norma). Admiten el desistimiento de la tentativa de participación por un argumento *a maiore ad minus*, BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. p. 377.

no bastando lo que sostiene otra doctrina defendida en España, que se conforma con que el conspirador se esfuerce en ello. Como consecuencia de esa premisa, contempla los siguientes grupos de casos [p. 729 y ss.]: 1) Si el conspirador anula su aportación, tanto en el caso de que con ello evite también la consumación del delito, como si no, él queda impune, aún en el caso, en esta última variante, en que hubiese podido evitar también el resultado sin riesgo alguno de su parte o denunciando el delito [731]. 2) Si el conspirador no logra neutralizar su aportación ni evitar el hecho, continuando la actuación de los restantes intervinientes, el intento de desistimiento del conspirador no anula su responsabilidad por el hecho principal a título que corresponda (coautor o partícipe), considerando que, aunque simpatiza con ello, de *lege lata* no es posible conformarse con el mero esfuerzo, dado que el derecho español, según Farré Trepát, concede relevancia al disvalor-resultado, evidenciada en la relevancia que concede al hecho de que el sujeto “tenga o no suerte” de que sobrevenga el resultado, como corrobora la frustración.

Martínez Escamilla. *Desistimiento*. ha sido la primera autora que en España ha desarrollado ampliamente el problema del desistimiento del partícipe. Comenzando con el del cómplice y el inductor, que Martínez Escamilla hace extensivo al coautor, aunque en el momento en que ella escribe no estaba contemplada expresamente su punibilidad en el CP, llega a la conclusión de que si está prevista la del autor, quien realiza lo más en el delito, sería incoherente no admitirlo también en el partícipe [109 ss.]. Por lo demás, Martínez Escamilla ha hecho un estudio minucioso y muy esclarecedor de las distintas alternativas existentes en orden a los requisitos del desistimiento del partícipe. Sin poder entrar ahora en mayores detalles (la crítica de las teorías por ella desechadas es excelente), de las tres posibilidades extremas: 1) la que exige que el partícipe evite la comisión del delito; 2) la que se conforma con que el partícipe neutralice su aportación al delito, anulando el peligro de consumación que supone su acto de participación; 3) la que se conforma, pero lo exige, con el serio esfuerzo por parte del partícipe por evitar la comisión del delito, aunque no lo consiga (prevista ya en los proyectos de reforma del CP existentes cuando Martínez Escamilla escribe), se inclina la autora por la segunda alternativa, pues solo ella es coherente con la tesis de la responsabilidad por los propios actos, y los de participación se caracterizan muy bien por el aumento de peligro de que se consume el delito. Por su parte, por lo que se refiere al desistimiento de quienes realizan actos preparatorios de la participación, conspiración,

proposición y provocación, después de hacer un excelente estudio crítico sobre la naturaleza jurídica de estos actos, fundamenta Martínez Escamilla la relevancia de su desistimiento al igual, con mayor razón, que el del partícipe en el delito comenzado a ejecutar, en la menor gravedad de sus actos respecto a los del autor; por lo que si se justifica su desistimiento eximente de punibilidad, lo estará también el de estos sujetos, excepción hecha de la provocación pública, por su naturaleza especial de peligro muy genérico y diferido de que se cometa el delito. En cuanto a los requisitos del desistimiento del conspirador, el proponente y el provocador privado a inducción intentada, aplica, adaptándola a sus peculiaridades, su tesis de que basta con que retiren su aportación, que, por cierto, al estar basada fundamentalmente en la influencia psíquica sobre otro u otros, exigirá un comportamiento activo, del tipo p. ej., para la conspiración, de hacer llegar a los demás su renuncia a seguir actuando en el futuro. Concluye la autora su estudio de esta problemática con una crítica rotunda a lo que después ha sido la regulación del desistimiento del partícipe en el CP de 1995. A Martínez Escamilla hay que objetarle: Nadie entendería que quien ha participado en una tentativa de asesinato, p. ej., pueda desistir retirando su aportación si, además, no evita el asesinato, lo que todavía es posible, p. ej., avisando a la policía.

A pesar del obligado reconocimiento al mérito de la doctrina que con anterioridad a 1995 se ocupó de este tema, proponiendo la aplicación por analogía de la norma del desistimiento entonces vigente referida exclusivamente al autor, aquella doctrina, que se debatía entre exigir que el desistimiento del partícipe habría de evitar el resultado para alcanzar relevancia, tesis de Martínez Escamilla (quien había seguido a Farré Trepas, como Mir Puig, PG⁵, 361, con Farré Trepas y Martínez Escamilla; en el mismo sentido Silva Sánchez, Cuestiones fundamentales, 143 ss.), o conformarse con la anulación de la propia aportación al delito del partícipe aunque no lo evitase, tesis de M^a Carmen Gómez Rivero, referida a la inducción (La inducción a cometer el delito, 1995, 316 ss.)⁽⁶⁴⁾, no acertaba ni con el fundamento del desistimiento ni agotaba todas las posibilidades de configurar el del partícipe: De la misma manera que el desistimiento del

(64) Le sigue LÓPEZ PEREGRÍN, M^a. *La complicidad en el delito*. 1997, p. 287 y ss. GÓMEZ RIVERO, además. *Actualidad Penal*. XV, 1995, p. 201 y ss., ha estudiado el desistimiento de la conspiración, llegando a la conclusión de que este solo requiere “que los demás conspiradores en el momento previo al comienzo de la fase ejecutiva conozcan que no cuentan con la voluntad delictiva de aquel” [211], lo que a su vez debe distinguirse de la aportación adicional que haya hecho como cómplice o cooperador necesario [216], que puede quedar subsistente.

autor obliga a que aquel ataje consecuencias de su actuar no previstas por él en el momento de actuar delictivamente (vid. *supra*), habrá de esmerarse el partícipe por atajar efectos derivados de lo que otros hicieron a partir de lo que él aportó, limitando el CP de 1995 el esfuerzo exigido del partícipe a lo humanamente posible, pero desde luego exigiendo algo más que la mera retirada o anulación de su aportación⁽⁶⁵⁾. Vid. las atinadas consideraciones al respecto de Quintero Olivares, p. 601, con alusión incluso al caso en que el partícipe se esfuerza *torpemente* en evitar el resultado, sin conseguirlo; vid. también muy certeramente Rodríguez Mourullo, en: Rodríguez Mourullo (dir.), CCP, com. art. 116, 79 y ss. Vid. ya José Antonio Sáinz Cantero. *Lecciones de Derecho Penal*. Tomo III, 1985, 173.

Sobre el desistimiento de los actos preparatorios de la participación, con especial alusión a la tentativa de inducción en el derecho alemán, amplia y convincentemente, Maurach/Gössel/Zipf, pp. 2, 476 y ss.

(65) El parecer de VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal*. 1996, I, com. arts. 15-16, p. 101 y ss., según el cual para que sea relevante el desistimiento del partícipe es preciso que: 1) se pueda hacer algo para evitar la consumación, y 2) su intento aún no haya acabado, de manera que si falta alguno no se produce en puridad el efecto del art. 16. 3, aunque si logra evitar la consumación después de actuar puede todavía ser alcanzado por el privilegio (*ratio* del precepto), con lo cual se ha creado un problema imaginario (aunque resoluble por interpretación), es solo un “problema” para quienes, como VIVES ANTÓN, distinguen entre desistimiento y arrepentimiento activo lo que no es necesario: hay solo un desistimiento, con requisitos diferentes, eso sí, en razón de lo acabado o no de la tentativa. Tampoco es afortunada, por exagerada, la tesis de Miguel POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, 1999, com. art. 16, 863, según el cual la norma del desistimiento del partícipe implica una responsabilidad por hecho ajeno.

El delito imprudente desde la perspectiva de la imputación a la libertad^(*)

Profesor Dr. Dr h.c. Edgardo ALBERTO DONNA
(Argentina)

SUMARIO: I. Introducción. 1. La fundamentación de la punición del delito imprudente. La norma, deberes y obligación (incumbencia). 2. El concepto de acción. 3. Análisis introductorio del tipo imprudente. II. El tipo objetivo del delito imprudente. 1. La evitabilidad del perjuicio al bien jurídico. 2. La infracción del deber de cuidado y su determinación. a. Análisis general. b. Los criterios para la determinación del cuidado debido. b.1. El hombre medio empírico. b.2. El hombre inteligente y sensato. b.3. La posición (rol) en el tráfico jurídico. b.4. El criterio de las reglas sociales. b.5. A modo de síntesis. 3. Intento de una solución dentro de la racionalidad de la imputación a la libertad. a. Análisis general del sistema de reglas sociales a efectos de determinar el deber de cuidado. b. Los problemas de un mero criterio objetivo. Los elementos subjetivos que complementan las reglas objetivas.

I. INTRODUCCIÓN

Es grato y a la vez me representa un honor participar en este homenaje a la profesor Klaus Tiedemman, a quien conocí allá por el año 1986 estando en Alemania, justamente becado por la Humboldt Stiftung, en Freiburg,

(*) Además de la bibliografía general que se cita en el texto, se ha tenido en cuenta: DUTTE, Gunnar. *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2001; DÄBRITZ, Jessica. *Die Bestimmung strafbaren fahrlässigen Verhaltens in der Forschung am Beispiel ärztlicher Humanerprobung*, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main. 2004; Fritjof HAFT, *Strafrecht AT* 8. Auflage C.H. Verlag Beckm München 2008, p. 160 y ss; Peter NOLL - Stefb TRECHSEL, *Swezerig die Strafrecht AT*, 2ª edición Schutthess Olygraphischer Verlag Zurich, 1998, p. 222; WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Traducción de 11ª edición alemana, 4ª edición castellana, por BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. *Jurídica de Chile*. Santiago de Chile, Chile, 1993, pp. 157-8; KAUFMANN, Armin. *El delito culposo*. Traducción de Moisés Moreno H. En: *Nuevo Pensamiento Penal*. Depalma, Buenos Aires, Argentina, año 5 (1976), p. 467; ROMEO CASABONA, Carlos María. "El tipo de lo injusto del delito de acción imprudente". En: *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*. Ediciones Coyoacán, México, 2007.

aprendiendo la lengua que me ha posibilitado conocer más del Derecho y en especial del Derecho Penal. Luego he leído obras del profesor Tiedemann, especialmente una sobre el error, obra que nunca pude llevar a mi biblioteca, simplemente porque no la encontré en mis viajes, y sobre la cual creo que es una de las más relevantes sobre la materia. Luego, obviamente cada vez que he necesitado en mis consultas profesionales saber algo sobre el Derecho Penal económico, han sido sus obras las que me han ayudado y mucho. Por último, fue para mí una gran satisfacción que colaborara en la Revista que dirijo.

Como dije al principio es un placer y un honor poder participar de este homenaje, al que gentilmente sus organizadores me han invitado, lo cual agradezco.

1. La fundamentación de la punición del delito imprudente. La norma, deberes y obligación (incumbencia)

Kant decía que “una transgresión realizada sin dolo, que no obstante puede ser imputada, se llama simple culpa”⁽¹⁾. Para ello se sigue el mismo camino de la acción libre, pero en la causa.

Existen deberes que tienen que ver con el imperativo categórico y obligaciones que tienen relación con el imperativo hipotético. Ahora bien la obligación surgía del mandato, contenido en la norma. Cuando existe un mandato normativo que prohíbe algo, como por ejemplo el “no debes matar”, que prohíbe acciones u omisiones de manera incondicionada dirigidas a la muerte de otro ser humano. Pero este mandato tiene además la finalidad de impedir que se quite la vida de otra persona aunque no sean acciones dolosas, siempre y cuando ello pueda ser evitado. Hruschka deduce de la llamada norma primaria de conducta, una norma secundaria que conlleva el aumento del ámbito de lo prohibido y de lo que se manda⁽²⁾.

Además, existen las llamadas definiciones nominales sintéticas, de las cuales se afirma que “las distintas obligaciones se comprenden en relación con la posibilidad de una unión con un fundamento sintético, esto es, con los mandatos y las prohibiciones primarios. O más sintéticamente las llamadas obligaciones pueden ser deducidas de manera sintética de los deberes jurídicos. Y también es bueno recordar el ejemplo del bañero. Este tiene el mandato primario de sacar del agua al bañista que se está ahogando. Pero también y en relación con ello, debe estar atento del peligro que amenaza a otras personas que se bañan. Hruschka, decía que este segundo mandato no está

(1) KANT MdS, AA,VI, p. 224, citado por SÁNCHEZ-OSTIZ. Ob. cit., p. 535.

(2) HRUSCHKA, fest Bockelman, citado por JUBERT, Ujala Joshi. *La doctrina de la actio liberae in causa en Derecho Penal*. J.o. Bosch, Barcelona 1992, p. 139.

implícito en el primer mandato –salvar vidas– de modo que no puede sacarse a través de un puro juicio analítico. La unión se da en este caso a través del juicio sintético que no solo se muestra como plausible, sino como fundante.

La prohibición y el mandato tienen como directa la prohibición expresa de realizar conductas que lleven a la lesión de determinados bienes jurídicos. Se trata de la norma primaria y es sin duda un imperativo categórico. De esta imperativo categórico surge pues un deber que es el que fundamenta los delitos dolosos.

Junto con este deber se deducen una serie de mandatos: a) el de poder mantener las alternativas a la acción prohibida. b) el mandato de no realizar las alternativas posibles, que llevarían a que un acontecimiento constituya un actuar prohibido⁽³⁾. De cada uno de los mandatos se puede deducir que: a) La prohibición de provocar la imposibilidad de cumplir el mandato, b) el mandato de conservar, en caso de peligro, la posibilidad de cumplir con el mandato. c) el mandato de mantener la posibilidad de realización del mandato, en tanto esa posibilidad subsista. Se trata en el caso de los mandatos de la llamada imputación extraordinaria.

La distinción entre deber y obligación posibilita fundamentar la responsabilidad a título del delito imprudente. El ejemplo traído es el del médico, que ha cometido un error inconsciente, que ha llevado a la muerte del paciente. La muerte solo le podrá ser imputada al médico, si conocía realmente la situación de peligro que su conducta implicaba para la víctima (infracción de deber). Si no conocía tal peligro no se le podrá imputar aquel resultado. “Cabría según esta posición, una segunda posibilidad para fundamentar la responsabilidad de este médico. En efecto, la incapacidad del médico podría ser fruto de la lesión imputable de una obligación: todo médico al cual se le solicitan sus servicios está obligado a tener unos conocimientos actualizados en medicina, por lo menos en su ámbito de actuación. Si ha infringido esta obligación de forma imputable, entonces no habrá ningún problema para imputarle la lesión de la “obligación de conocer”, y, en consecuencia, por medio de una imputación extraordinaria de hacerle responsable de alguna forma del resultado producido”⁽⁴⁾.

Existe una obligación que es la de mantenerse actualizado en su ciencia, de modo que si ha violado esta obligación de manera que le sea imputable, la muerte será responsabilidad suya, pero por la imputación extraordinaria. Volvamos al ejemplo del bañero. Este realiza el tipo de homicidio imprudente ya que infringe el imperativo de salvar vidas y no se le castiga

(3) JUBERT. Ob. cit., p. 141; HRUSCHKA. Ob. cit., pp. 398 y 399.

(4) JUBERT. Ob. cit., p. 142.

por el descuido o falta de atención. No hay en la ley penal ningún precepto que penalice la falta de atención⁽⁵⁾.

Es que en el tipo imprudente la llamada infracción del deber de cuidado, “que se basa en la falta de atención o distracción no contiene infracción de deber alguno (es decir no infringe ninguna norma primaria o imperativo categórico), sino que debe interpretarse como lesión de una obligación (en otras palabras, infracción de una norma secundaria –o de un imperativo hipotético–). Hruschka entiende que técnicamente, es incorrecto decir que el bañero se le castiga por haber infringido el deber de prestar atención”⁽⁶⁾.

Estas ideas son retomadas, ahora, por Sánchez Ostiz y que a lo que se ha venido llamado obligaciones, las titula como “incumbencia” (*Obliegenheit*), que es un sucedáneo (*Surrogat*) de la imputación ordinaria, ya que ella no es posible por no darse los requisitos. Dice Sánchez Ostiz que la “incumbencia”, “viene a designar, no un deber –que de existir, fundamentaría la imputación ordinaria–, sino una condición para el cumplimiento de prohibiciones y prescripciones. La traducción castellana menos inidónea que propongo es la de incumbencia. Dicha expresión posee en castellano cierta tradición, y abarca un campo semántico próximo al de deber, sin identificarse con él. Aunque en ocasiones se ofrece como traducción la de obligación, conviene diferenciar incumbencia y deber⁽⁷⁾.

Pues bien la incumbencia no se trata de un deber que exige el dolo en el actuar del agente. El destinatario de la norma debe adecuar su acción a la regla específica para no realizar actos dolosos, pero además debe mantenerse en condiciones de cumplir con lo prescripto o prohibido en la regla en cuestión. Luego, existen contenidos secundarios de la norma cuyos fines no son otros que hacer posible el cumplimiento de los deberes primarios. Por eso se afirma que se trata de “normas” jurídicas, que al ser violadas traen como consecuencia la imposibilidad de cumplir en momento oportuno el deber. De allí la sanción por su incumplimiento. “Las incumbencias tendrían por función no la de impedir primaria y directamente la infracción de una regla de conducta, sino la de asegurar la capacidad de evitar que se precise en cada para impedir la infracción de la respectiva regla. Que ello esté previsto por el ordenamiento jurídico como delito imprudente, con o sin atenuación de la pena, es otra cuestión”⁽⁸⁾.

(5) JUBERT, *ibídem*; HRUSCHKA. Ob. cit., p. 325.

(6) JUBERT. Ob. cit., pp. 144/145.

(7) SÁNCHEZ OSTIZ. *Imputación y teoría del delito*. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 535 y 536.

(8) SÁNCHEZ OSTIZ. Ob. cit., pp. 540 y 542.

Aparece pues el problema del deber de cuidado. La crítica a esta formulación, la sostenía Sánchez Ostiz: “se ha hecho común referirse a la imputación de responsabilidad penal en casos de imprudencia como supuestos de infracción de deber de cuidado. De esta manera se identifica una fuente de responsabilidad propia y a veces autónoma, el deber de cuidado. Sin embargo, esta solución, aún siendo gráfica puede incurrir en un defecto de argumentación”. Se trata entonces de una imputación extraordinaria en dos aspectos. Sucede en casos no ordinarios y tiene su base en requisitos comunes, por una parte, es una excepción a la imputación por dolo. “Operaría como regla-excepción”⁽⁹⁾. Para poder garantizar esta violación con penas, se requiere que se actúe en condiciones fácticas y jurídicas. “Con otras palabras, hay que asegurar que el agente conozca los datos de los hechos y la norma en cuestión, así como pueda actuar y actuar conforme a la norma”⁽¹⁰⁾. Esto lleva a que aparezcan incumbencias que hagan desaparecer la imputación, como el error vencible de tipo y sobre la anti-juridicidad y la actio libera in causa. Lo que se busca es que se respete la posibilidad de tener su libertad de acción siempre que llegado el momento de cumplir el deber esté en condiciones de hacerlo. La incumbencia pertenece a ámbito de las reglas de conducta y no al de las reglas de imputación. De este modo el ciudadano cuenta con la libertad de acción siempre que no se ponga en condiciones de cumplir con el deber o de afectar a terceros de manera inimputable⁽¹¹⁾.

2. El concepto de acción

Debemos insistir en que en la estructura de la norma, el concepto de acción que se utiliza tanto para el tipo doloso, como para el imprudente es igual: se trata de la acción libre del sujeto⁽¹²⁾. En este aspecto, ha sido importante la concepción del injusto, que dejó de lado la consideración meramente objetiva del injusto imprudente, que se basaba en la sola causación naturalística del resultado por parte del autor⁽¹³⁾. Con ello, el injusto personal entra a tener decisiva importancia. El resultado tendrá que ver con el autor, como una obra propia. La norma se dirige, como hemos visto, a evitar la lesión al bien jurídico, que en este caso se realiza mediante una acción imprudente⁽¹⁴⁾.

(9) SÁNCHEZ OSTIZ. Ob. cit., p. 544.

(10) Ibídem, p. 551.

(11) Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín 1930, pp. 280-281, citado por SÁNCHEZ OSTIZ. Ob. cit. p. 552.

(12) Véase DONNA. *Derecho Penal. Parte general*. T. I, p. 29 y ss., y t. II, p. 164 y ss., especialmente p. 172 y ss.

(13) WELZEL. *Das Deutsche Strafrecht*. 11ª edición, Berlín, Walter Gruyter, 1969, p. 127 y ss.

(14) SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. *Teoría del delito imprudente*. Civitas, Madrid, 1991, p. 169 y ss.

La acción en el hecho imprudente debe ser entendida como una conducta libre, que puede dominar la causalidad, pero cuyo fin no tiene por objetivo la realización de un hecho típico, el que solo tiene lugar en caso que se viole el deber de cuidado objetivo. En consecuencia no hay posibilidad de la existencia lógica de un doble concepto de acción. Así, por ejemplo, la dirección final –que, en el caso del médico, es curar al paciente– el problema está, entonces, en los medios elegidos para llegar al fin que se proponía. La necesidad de apreciar el curso total de la acción es de aplicación a las diversas formas de aparición del hecho punible.

El delito imprudente se trata esencialmente de una acción final libre de la que solo un segmento adquiere relevancia para el Derecho Penal, fracción para cuya trascendencia normativa-penal deberá indagarse primariamente en el contenido de la voluntad del agente, sin la cual es imposible determinar, ya en el tipo penal la posibilidad de imputar el resultado. En tanto la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigirlo, consiguientemente, al logro de un objetivo conforme a un plan, el eje central de la acción final es la voluntad consciente del fin, rectora del acontecer causal⁽¹⁵⁾. Debe quedar perfectamente claro: el abordaje en uno y otro tipo de lo injusto es realizado desde perspectivas diferentes; en lo ilícito doloso la óptica analítica se centra en el fin en cuanto tal, mientras en el ámbito de la imprudencia lo relevante se asienta en la ejecución final concreta.

La cuestión es sencilla de explicar, y creemos que ya lo hemos hecho, especialmente en el T. I de nuestra parte general, especialmente en la idea de la imputación a la acción libre, en donde, es claro nos hemos separado de la posición de Welzel. Si el sujeto dirige la causalidad hacía un fin, es obvio que esa dirección debe ser hecha cuidando los bienes jurídicos, de allí que en el delito imprudente se analice esa parte de la conducta del sujeto, que como se dijo viene la violar una obligación –incumbencia– y que le coloca en situación de no poder comportarse de acuerdo a lo que se exige. De allí que nada se puede decir jurídicamente de un mero proceso causal, es más el proceso causal, como bien se explica es una forma de imputación débil, sin consecuencias jurídicas. “La voluntad de la acción, esto es, la ‘finalidad’, tiene aquí incluso una gran importancia práctica, porque solo a través de la misma es posible, en suma, determinar la acción respecto a la cual debe examinarse la infracción del cuidado debido. Precisamente debe siempre aclararse qué comportamiento voluntario del autor debería no haber tenido lugar,

(15) WELZEL. *El nuevo sistema del Derecho Penal*. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001, pp. 41-42.

y el contenido de la voluntad influye el grado del desvalor de acción”⁽¹⁶⁾. Sin la finalidad no se daría suceso alguno dominado por la voluntad, y sin el contenido de la voluntad no podría determinarse en absoluto qué debe ser objeto de análisis de la contrariedad al cuidado debido⁽¹⁷⁾.

Entonces es obvio que la voluntad del autor debe jugar algún papel ya en el tipo penal. Si hay tipo objetivo, debe haber en el delito imprudente un tipo subjetivo. La cuestión está en determinar cuál es su contenido⁽¹⁸⁾.

3. Análisis introductorio del tipo imprudente

Köhler conceptúa al delito imprudente afirmando que: “El tipo del delito imprudente comprende los elementos generales y especiales de la infracción al deber de cuidado objetivo y la conciencia subjetiva de la acción peligrosa de la cual resulta la lesión típica (el peligro) no dolosa”⁽¹⁹⁾.

Con ello tenemos todos los elementos del tipo imprudente sobre el cual hemos de trabajar, esto es con un tipo objetivo, por una parte, y con un tipo subjetivo por la otra, de manera que hemos de diferenciar metodológicamente ambos temas, haciendo una construcción del tipo imprudente análoga al del delito doloso.

En igual sentido Gössel nos va a decir que “la conducta humana dirijible, constitutiva del objeto de la norma, contiene elementos objetivos y subjetivos”⁽²⁰⁾. La distinción entre el hecho doloso y el imprudente, se encuentra en el ámbito de tipicidad⁽²¹⁾. La autonomía con relación con los delitos dolosos, se muestra en la infracción a la norma, y por ello en el ámbito

(16) HIRSCH. *Sobre lo injusto...*, pp. 212-213, La antijuridicidad en el delito culposo. En: *Revista de Derecho Penal*. 65; GIL GIL. *El delito imprudente*. Atelier, Barcelona, 2007, p. 27, se muestra en desacuerdo con la idea de reclamar relevancia de una parte de la finalidad, lo que por otra parte considera insuficiente, pues en su opinión se dejarían fuera los casos en que el medio descuidado o la forma descuidada de utilización del medio, no haya sido elegida conscientemente (determinados supuestos de imprudencia inconsciente); y, por ello, concluye, no pertenecen a la finalidad. Al respecto, Cerezo explica que en los tipos de los delitos imprudentes se compara la dirección finalista real con la dirección finalista exigida por el derecho. Si se parte del concepto finalista de la acción y se lo considera imprescindible para conocer cuál es la acción realizada por el sujeto y para identificar la norma de cuidado aplicable –a partir de lo cual se construye el tipo imprudente–, entonces no puede “negarse, sin embargo, la relevancia de la finalidad para el tipo de los delitos imprudentes, aunque dicha relevancia sea concebida de un modo diferente”; CERESO MIR, José. “Prólogo”. En: GIL GIL. *El delito imprudente*. p. 15.

(17) HIRSCH. La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. En: HIRSCH. *Obras Completas*. T. II, Rubinzal Culzoni, 2000, p. 115.

(18) No es este el lugar de tratar el tema. Véase DONNA, Derecho Penal, T. V, en prensa.

(19) KÖHLER. *Starfrecht Allgemein Teil*. Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1996, pp. 171-172.

(20) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. *Derecho Penal, Parte general*. T II, Astrea, 7ª edición, Buenos Aires, 1989, T. II, § 43, I, B, nm 5.

(21) SAMSON, SAMSON. *Systematischer Kommentar zum strafgesetzbuch*. Anh zu § 16, n. 6, Frankfurt, Metzner Verlag, 1986, p. 123, citado ROMEO CASABONA. *El tipo de lo injusto...*, p. 24.

del tipo penal⁽²²⁾. Partiendo de la acción como hecho del hombre, no existe en este aspecto diferencia alguna con el concepto de acción en los delitos dolosos. Las diferencias, sostiene Maurach-Gössel, debe orientarse a la evitabilidad de los perjuicios de bienes jurídicos provocados por las acciones. De esta forma el hecho punible imprudente es una conducta dirigida a un fin y dominada por la voluntad dirigente⁽²³⁾.

El tipo imprudente contiene pues elementos objetivos y subjetivos. De allí que deba hacerse una distinción entre los elementos propiamente dichos de la infracción normativa, y los presupuestos individuales de la obediencia a la norma. Acá podemos decir, provisionalmente que la previsión o la reconocibilidad del perjuicio al bien jurídico es un elemento subjetivo del tipo, y la capacidad individual de evitar dicha conducta es un elemento integrante de la culpabilidad⁽²⁴⁾.

Viene a cuento lo dicho por Hirsch –aunque este no reconoce al tipo subjetivo–, pero que nos sirve en cuanto a la forma de imputación que se debe exigir del delito imprudente: “Por otra parte, –afirma– no debe perderse de vista el punto de partida teórico de la teoría de lo injusto personal. Por sí mismo afirma, únicamente, que la acción prohibida no tiene que ser reducida a un curso causal meramente voluntario, producido por un impulso arbitrario de la voluntad, como sostuvo la teoría causal de lo injusto, sino que el contenido de la voluntad de la acción debe tenerse en consideración en la determinación de la acción prohibida. Mientras que esta concreta voluntad de la acción en el delito doloso es idéntica al dolo dirigido a la realización de los elementos objetivos del tipo, en la acción imprudente se trata de la consideración de la concreta voluntad de acción individual de la acción que tiene que ser valorada como contraria a cuidado”⁽²⁵⁾.

Hay casi unanimidad que como bien lo afirma Roxin la imprudencia ya es un problema del tipo, y en ese nivel debe diferenciarse del dolo. Un comportamiento imprudente puede ser en el caso concreto justificado o regido bajo las eximentes de la culpabilidad; pero si es o no imprudente propiamente tal, se decide en el tipo⁽²⁶⁾. El ejemplo que trae es muy claro: si un joven cita a su novia en un lugar determinado, en el que esta casualmente es alcanzada por un meteorito que la mata, según la antigua teoría se debía apreciar la producción de una muerte típica y antijurídica, impune por ausencia de cul-

(22) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Ob. cit., T II, § 43, III.

(23) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Ob. cit., T II, párr. 42, p. 122.

(24) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Ob. cit., T II, § 43.

(25) HIRSCH. *La disputa sobre la teoría de la acción*. Ob.cit., en Obras, T II. . Ob. cit., p. 157.

(26) ROXIN. *Derecho Penal, Parte general*. T I § 24, A, nm 3; “Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos del Delito en Base a la Política Criminal”. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., colección IURA-3, Barcelona, 1ª edición, 1992, p. 89.

pabilidad; con arreglo a la concepción que ve en la imprudencia un asunto de tipicidad, se tratará de una conducta inobjetable del causante de la muerte que ni siquiera realiza el tipo imprudente del homicidio⁽²⁷⁾.

En síntesis, y como ha mostrado Gössel, el tipo imprudente tiene dos clases de elementos. Los que describen el perjuicio al bien jurídico, y aquellos elementos no escritos que contienen tienen relación con la evitabilidad. Y ambos, al igual que los tipos dolosos, se subdividen en elementos objetivos y subjetivos⁽²⁸⁾.

II. EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO IMPRUDENTE

1. La evitabilidad del perjuicio al bien jurídico

Se podría dar como base para analizar el tema del tipo penal imprudente, el siguiente postulado: “Los perjuicios a bienes jurídicos solo son evitables cuando la acción que los provoca puede ser dirigida de manera diferente a lo objetivamente acontecido, mediante una dirección subjetiva distinta”⁽²⁹⁾. De este modo, el elemento de la evitabilidad objetiva, es reconocido como integrante de la infracción normativa, y como tal, es un elemento del tipo objetivo.

La evitabilidad toma significación propia dentro del tipo objetivo. Solo es posible evitar el daño al bien jurídico protegido, mediante otra conducta, con una distinta dirección final, que sea cuidadosa del bien jurídico, debido a que se toman las precauciones necesarias para evitar el daño al bien jurídico. El autor utiliza el cuidado objetivo que es necesario para poder proteger al bien jurídico. De lo cual se deduce que el perjuicio podía ser evitado⁽³⁰⁾. Con esta argumentación, se debe afirmar que el tipo objetivo del hecho imprudente, incluye la acción descuidada referida al bien jurídico dañado. Esto es, se incluye, dentro del tipo penal la infracción del deber de cuidado⁽³¹⁾.

En la imputación del delito imprudente hemos avanzado un paso más. Ahora tenemos la acción libre del sujeto que se coloca en una situación en la cual no podrá evitar el daño al bien jurídico. En este punto no hay duda que ese perjuicio del bien jurídico, al ser descuidado es evitable y previsible. Acción evitable, previsibilidad, y el resultado, unidos por la violación del deber

(27) ROXIN. *Derecho Penal*. T. I, § 24, 24, A, nm 3. Lo ilustrativo del ejemplo es también señalado por Bacigalupo; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal, Parte general*. 4ª edición. Akal, Madrid, 1997, p. 246.

(28) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Ob. cit., T II, § 43, II, 7.

(29) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Ob. cit., T II § 43, III, 17.

(30) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Ob. cit., § 43, III.

(31) Ídem.

objetivo de cuidado, aparecen pues como los elementos de la imputación del resultado dañosos.

Queda entonces analizar el problema del deber objetivo de cuidado en el ámbito de relación y su contenido.

2. La infracción del deber de cuidado y su determinación

a. Análisis general

Bajo la denominación “determinación del cuidado objetivamente debido” se agrupan los criterios orientadores, suministrados por la doctrina, para el establecimiento de la concreta regla de conducta que regía en el caso para, posteriormente, precisar si esta fue infringida por el autor mediante el comportamiento efectivamente realizado⁽³²⁾. Pero este proceso de concreción del cuidado objetivamente debido suele ofrecer serias dificultades, dada la enorme variedad y complejidad que revisten las conductas que son sometidas a valoración⁽³³⁾.

Esta tarea de individualizar la regla de cuidado en concreto y su infracción requiere de la construcción previa de un modelo conceptual. Se trata, sin duda alguna, del proceso intelectual más complejo dentro del tratamiento de la imprudencia⁽³⁴⁾.

El tema tiene suma relevancia porque el contenido decisivo de lo injusto consiste, precisamente, en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber realizado el sujeto en virtud del cuidado necesario en el tráfico⁽³⁵⁾.

b. Los criterios para la determinación del cuidado debido

Se sostiene que los baremos contruidos doctrinariamente para la determinación del cuidado objetivamente debido son en general cuatro: el hombre medio empírico, las pautas sociales de conducta, el hombre inteligente y sensato y la posición ocupada en el tráfico jurídico.

(32) ROMEO CASABONA, Carlos María. “Los delitos culposos en la reforma penal”. En: *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*. Ediciones Coyoacán, 2007, p. 36; HAVA GARCÍA, Esther. La imprudencia inconsciente. Comares, Granada, 2002, p. 142.

(33) ROMEO CASABONA, Carlos María. “La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional”. En: *Revista de Derecho Penal. Delitos culposos - II*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002-2, p. 24.

(34) Coincide expresamente con lo relevante de la temática, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*. Edijus, Zaragoza, 1999, p. 187.

(35) WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Versión castellana de la 4ª edición alemana y notas por José CEREZO MIR, Ariel, Barcelona, España, 1964, p. 69; de acuerdo con ello, Francisco MUÑOZ CONDE - Mercedes GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal, Parte general*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 4ª edición revisada y puesta al día, 2000, p. 322.

b.1. El hombre medio empírico

Según la posición que utiliza al hombre medio empírico como modelo de conducta, el Ordenamiento jurídico solo puede exigir al ciudadano aquello que se sitúa dentro de las capacidades poseídas usualmente por un hombre medio⁽³⁶⁾. Con arreglo a esta línea de pensamiento, obra con imprudencia aquel sujeto que no imprimió a su acción la dirección final que es capaz de emplear, ordinariamente, el hombre común⁽³⁷⁾. Cury Urzua construye la posición sobre la base del art. 44 del Código Civil de Chile, precepto que exige, por regla general, la medida de cuidado y diligencia que “los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios⁽³⁸⁾”.

b.2. El hombre inteligente y sensato

Una segunda posición afirma que el modelo es la utilización del parámetro del hombre inteligente y sensato. En ese sentido se afirma que la diligencia a prestar por la persona en el desarrollo de una actividad debe determinarse conforme a dos puntos de vista, en los que el segundo resulta complementario del primero: un criterio intelectual y uno normativo; así, la conducta del autor responderá al cuidado debido objetivamente si considera razonablemente los efectos de la acción planteada que sean cognoscibles en un juicio inteligente, y tras ello si el comportamiento desarrollado coincide con la conducta que hubiera seguido **un hombre inteligente y prudente en la situación del autor**⁽³⁹⁾.

b.3. La posición (rol) en el tráfico jurídico

Según esta idea que se refiere a la posición (rol) en el tráfico jurídico, es posible reconocer una serie de posiciones normativamente caracterizadas, en mérito a los deberes y facultades atribuidos por el mismo ordenamiento, dentro de la realidad social contemplada desde una perspectiva jurídica; posiciones estas singularizadas socialmente por desempeñar un determinado papel (rol) dentro del sistema, en cuyo desarrollo se afecta, necesaria o potencialmente, determinados bienes jurídicos protegidos penalmente⁽⁴⁰⁾. En este papel (rol), en esta posición jurídica dentro del tráfico, es que los partidarios de este modelo hallan el contenido del deber de conducta, entendiendo que para cada situación jurídica existe un determinado grado de diligencia que el sujeto ha de ejercitar en cumplimiento de dicho deber⁽⁴¹⁾.

(36) CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte general*. 2ª ed. actualizada. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1992, pp. 327-8.

(37) CURY URZÚA. *Derecho Penal*. p. 328.

(38) Ídem.

(39) WELZEL. *El nuevo sistema*. p. 71; Cerezo Mir, Curso, t. II, p. 167.

(40) PAREDES CASTAÑÓN. *El riesgo permitido*. p. 341.

(41) Ídem.

b.4. El criterio de las reglas sociales

Afirma Gössel que “el criterio del actuar cuidadoso no es, por tanto, el hombre consciente y ponderado perteneciente al círculo respectivo, sino principalmente el conjunto de reglas sociales generalmente extrajurídicas, desarrolladas para la actuación en el ámbito social respectivamente afectado; por ejemplo el tránsito, la medicina, la industria química etc. En lo sucesivo, entonces el mal médico rural ya no será comparado con el médico rural consciente y ponderado, sino conforme a reglas de vigencia general de la ciencia médica, las que si bien, por razones materiales, establecerán mayores exigencias para los especialistas, no distinguirá entre médicos de ciudad y médicos rurales”. Este ha sido el criterio del BGB (20, 315, 319 y 239)⁽⁴²⁾.

El punto primordial de referencia es el de las reglas sociales desarrolladas para la actuación en el ámbito social afectado, cuyo contenido es generalmente extrajurídico⁽⁴³⁾. Desde este ángulo se argumenta que la conducta humana lleva aparejada el peligro de dañar intereses jurídicamente protegidos, inclusive aquellos beneficiados por protección penal, peligro potencial que se ve usualmente incrementado cuando dicho comportamiento sirve al progreso técnico, médico, social, etc.; así, pues, dada esta amenaza tácita, ínsita en la genérica acción del hombre, todos los círculos de actuación social ostentan reglas sociales especiales diseñadas con el propósito reducir al mínimo posible esta clase de riesgos, tanto mediante precauciones como medios especiales (y citan como ejemplo que en Alemania ha sido desarrollado un instituto especializado en la comunicación y aprendizaje de reglas en el seno de la capacitación profesional)⁽⁴⁴⁾.

b.5. A modo de síntesis

b.5.1. La posición del hombre medio empírico debe descartarse. Dotar de eficacia jurídica directa a las costumbres socialmente imperantes conllevaría la permisión de conductas usuales dentro de la vida en sociedad cuya práctica bien puede presentarse digna de prohibición más que de aprobación; ello, con el consecuente resentimiento en la protección de bienes jurídicos. El punto de partida tomado en cuenta por esta posición para la determinación del cuidado debido implicaría, sin más, la transformación de una prognosis estadística en juicio de valor; de tal modo, la adopción de esta tesitura conllevaría privar al Derecho de una de sus más vitales funciones, cual es la

(42) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Ob. cit., T II, § 43, III, nm. 36.

(43) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Ob. cit., T II t. II, § 43, 36, p. 146.

La posición puede ser también consultada en HEINZ GÖSSEL, Karl. “Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia”. En: *Revista de Derecho Penal. Delitos culposos*. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002-1, p. 19 y ss.

(44) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Ob. cit., T II, t. II, § 43, 36, p. 146.

valoración de conductas. Kaufmann es de la opinión que no resulta posible transformar a priori, sin modificaciones, pronósticos intelectuales de hechos en conclusiones axiológicas⁽⁴⁵⁾. En igual sentido Paredes Castañón quien señala que para determinar cuáles son los usos sociales imperantes que han de convertirse en criterio de juicio es necesaria la existencia de un método establecido y verificable de conocimiento, punto de difícil alcance válido, en tanto impone la realización de un brinco instrumental de la pura frecuencia estadística a un juicio de valor susceptible de convertirlo en imperante o dominante; agrega el autor, con buen criterio, que ello supone un grave defecto metodológico, al pretender convertir en juicios de valor lo que son puros datos fácticos, sin previa explicación de los criterios utilizados para el logro de dicha conclusión valorativa⁽⁴⁶⁾.

En síntesis sigue vigente el principio de que del ser no debe deducirse el deber ser.

b.5.2. En cuanto a la posición que tiende a reconocer en el papel o la función (rol) desempeñado en el tráfico jurídico la pauta central de determinación del deber de cuidado debe ser no debe ser aceptado. Estas funciones (roles) no siempre gozan de gran precisión normativa, ni es tan nítido en la realidad, a lo que debe sumarse que la responsabilidad del ciudadano en la protección de bienes jurídicos no puede verse encasillada en una mera función que convierta a su titular en un autómatas.

La posición es puramente formal y descriptiva, y, en definitiva, solo sirve para aclarar los efectos empíricos del Derecho Penal –incluso, de la pena–; y en el ámbito normativo, los conceptos jurídicos no deben basarse exclusivamente en elementos descriptivos, porque se confunde el ser con el deber ser. Al respecto, se ha enfatizado en lo inconveniente de buscar soluciones en el ámbito puramente sociológico, dado que las ciencias sociales no se agotan en la naciente empírica de los procesos acaecidos en el seno social, sino que también contienen una propuesta valorativa acerca de la desviación y de los sistemas para su control, usualmente alternativos del Derecho Penal. Sobre estas ideas ya nos hemos explayado anteriormente.

b.5.3. Existe una posición seguida, en general por los autores más cercanos a la teoría final de la acción que va a sostener que hay que analizar la relación entre la acción imprudente y el resultado, en cuanto “el núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del

(45) KAUFMANN. *El delito culposos*. Ob. cit., p. 479.

(46) PAREDES CASTAÑÓN. Ob. cit., p. 319.

deber de cuidado que, objetivamente, era necesario realizar”⁽⁴⁷⁾. Por consiguiente el tipo objetivo del hecho punible imprudente incluye una acción descuidada referida al bien jurídico perjudicado⁽⁴⁸⁾. En palabras de Romeo Casabona, “habrá de tomarse en consideración como punto de partida todos los elementos fácticos que concurren en el caso concreto utilizando para ello un criterio intelectual (el de la previsibilidad objetiva, es decir, que el resultado sea objetivamente previsible en un juicio *ex ante*) y otro normativo, que restringe o limita el anterior: el del comportamiento que tendría un hombre sensato y prudente puesto en la situación del autor; pues de lo contrario, infinidad de acciones peligrosas para los bienes jurídicos, de las que es objetivamente previsible que se produzca un resultado, no podrían realizarse sin incurrir en el tipo imprudente, lo que explica también la razón de ser del riesgo permitido”⁽⁴⁹⁾. Las reglas de cuidado –necesarias para completar el tipo de injusto– resultan un indicador, aunque no el único, al igual que la previsibilidad, para brindar al intérprete las herramientas básicas para completar el tipo. Por ejemplo, el comportamiento de un conductor experimentado, las reglas de comportamiento en actividades profesionalmente regladas (médico, enfermero, ingeniero, etc.) permiten establecer el cuidado objetivo que en el caso concreto deberá guiar al autor en miras a la evitación del resultado lesivo al bien jurídico.

Entre la acción contraria al deber de cuidado y el resultado debe verificarse una relación causal, actualmente se habla de imputación objetiva, que establezca que el resultado es el producto de la acción misma. De forma tal no basta con que la acción sea contraria al deber de cuidado exigido –ya sea por normas implícitas o explícitas– y que haya producido un resultado dañoso, lesivo al bien jurídico, sino que debe mediar entre ambas una relación causal. Remarcan en este aspecto algunos autores que si el resultado de todas maneras se hubiese causado por la acción, no existe relación entre la inobservancia del cuidado requerido y el resultado y, por lo tanto, no se da lo injusto del delito imprudente. Se cita en este punto como ejemplo el caso del suicida que es arrollado por un imprudente conductor y que igualmente hubiese causado la muerte del suicida de ser prudente.

b.5.4. Para los seguidores de un enfoque metodológico más de la doctrina finalista tradicional, sin pérdida de vista del contexto social en que la acción tiene lugar y, por tanto, encuentra un ámbito de por sí regulado extra jurídicamente. Entonces, para la concreción del deber de cuidado debe

(47) MUÑOZ CONDE. Ob. cit., p. 74.

(48) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Ob. cit., párr. 43 III, p. 139.

(49) ROMEO CASABONA. *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*. Ediciones Coyacan, México, 2007, p. 36 y ss.

utilizarse una fórmula asentada sobre el reconocimiento razonable de peligros y la actuación atinada frente a ellos. De tal modo, se evidencia la necesidad inicial de un juicio de previsibilidad objetiva, que quedará integrado de la siguiente forma: se situará a un observador externo en el momento de comenzar la acción, y tendrá en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) junto a la experiencia general de la época sobre cursos causales y al saber experimental excepcional del autor (saber nomológico). De ello surgirá si el resultado aparecía como una consecuencia absolutamente improbable de la acción. Si así hubiera sido, el resultado era objetivamente imprevisible. Ante ello no cabe plantear la adopción de recaudo alguno. Únicamente cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible —esto es, cuando surgiera *ex ante* como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción será factible considerar la presencia del marco inicial de una infracción al deber objetivo de cuidado—.

La búsqueda conceptual se dirige a la construcción de una herramienta útil para determinar cuándo las consecuencias que no integran la voluntad de realización del agente son relevantes para el Derecho Penal, y a su turno, si le son imputables. Por ello es muy adecuada y útil la referencia a un hombre inteligente y sensato del círculo del autor en cuanto autor de la acción modelo, ya que si se hiciera referencia a un hombre prudente o respetuoso del Derecho, tal como efectúan una serie de autores, se caería en una repetición de principios, desde que podría alegarse que puede verse en la prudencia una alusión al cuidado debido, y con ello se estaría razonando en círculo: respetaría el cuidado debido un hombre prudente, cuya caracterización de prudente respondería, precisamente, a la observancia del cuidado debido. Es por ello que el sector de la doctrina propulsor de este modelo ha encontrado un criterio fundamental delimitado por estas dos pautas, cuales son la inteligencia y la sensatez.

Estos dos conceptos están librados de tener sobre sí un juicio de valor que prejuzgue sobre la licitud o ilicitud, o sobre la “bondad” o “maldad” del contenido de la voluntad de realización de la acción del sujeto. Debe insistirse en ello: que la acción ejecutada por el autor sea, en su caso, típicamente dolosa y antijurídica no implica que estas dos nociones, la inteligencia y la sensatez, integradas en la figura modelo, sean incompatibles con el concepto de una finalidad desvalorada en sí misma⁽⁵⁰⁾.

De lo que se trata es de construir una herramienta útil para determinar cuándo la ejecución modal de la acción resulta relevante para el Derecho

(50) ABRALDES. *Tesis doctoral sobre el principio de confianza* (en prensa), p. 126 y ss.

penal por tratarse de una acción descuidada con respecto a bienes jurídicos ajenos. En otras palabras, será perfectamente útil la construcción intelectual del hombre inteligente y sensato aún para los casos en los que el sujeto se proponga, por ejemplo, y ejecute un disparo con arma de fuego a su más odiado enemigo y descuidadamente dé muerte a un ocasional transeúnte; o bien, en la respuesta, para repeler a la agresión ilegítima de su más odiado enemigo, ocasione la muerte de este ocasional transeúnte.

La cuestión quedará reducida a constatar si un hombre inteligente y sensato del círculo del autor hubiera procedido como lo hizo el agente en concreto, en el sentido de si, conforme al fin propuesto, la consideración de efectos concomitantes necesarios y posibles con cuya producción contaba, y previa previsibilidad objetiva del resultado, hubiera disparado, por ejemplo, en un lugar donde había mucha gente concentrada, con escasa visibilidad, etc.; incluso más, no ya si hubiera disparado, sino si lo hubiera hecho como el actor lo hizo⁽⁵¹⁾.

De todos modos, tal cual están planteadas las cosas desde la crítica efectuada, parecería que existe en la posición cierta confusión de los planos de la tipicidad y de la antijuridicidad. Bien podría ocurrir que un sujeto quisiera matar a otro, y en la ejecución de tal acción ocasione una muerte no buscada por él. Puede ocurrir que este individuo, por ejemplo, actúe inicialmente bajo los presupuestos objetivos y subjetivos de una legítima defensa y, con ello, quedaría relativizada, incluso descartada, la idea según la cual el hombre inteligente y sensato resulta incompatible con una actuación dolosa que, a primera y parcial vista (matar a otro), se presenta inconsecuente con el respeto al orden jurídico.

En síntesis, si se trata de la indagación por un baremo apto para determinar la tipicidad de lo injusto imprudente, en dicha sede nada tienen que hacer consideraciones relativas a la antijuridicidad de la conducta⁽⁵²⁾.

3. Intento de una solución dentro de la racionalidad de la imputación a la libertad

Nuestra posición había sido fijada en varias oportunidades y en principio y cómo punto de partida se debe aceptar la idea del conjunto de reglas

(51) ABRALDES afirma que por estas razones es acertada la opinión de RUEDA MARTÍN, María Ángeles. (*La Teoría de la Imputación Objetiva del resultado en el Delito Doloso de Acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Temis-Bosch, Bogotá, Colombia, 2002, p. 304), en cuanto señala que “las normas de determinación que prescriben el mencionado límite social por el que ha de discurrir la acción necesaria para conseguir la utilidad social de ciertas actividades y evitar así unos perjuicios innecesarios en el bien jurídico involucrado en la ponderación o en otros bienes jurídicos, son las normas objetivas de cuidado”.

(52) ABRALDES. Ob. cit., p. 128.

jurídico-sociales desarrolladas en el ámbito de actuación del afectado⁽⁵³⁾. Bien dice Gössel que para que se tipifique el delito imprudente es necesario que exista una conducta socialmente inadecuada, esta conducta debe ser descripta como necesaria, pero no es solo ella suficiente a los efectos del tipo imprudente. En principio, pues ello debe ser aceptado, pero, a nuestro criterio no alcanza y existe sin duda un campo que no es posible cubrir, en desmedro de la seguridad jurídica. De allí que este criterio debe ser completado de alguna manera con elementos subjetivos.

Vamos a explicar primero el criterio y luego veremos algunos problemas.

a. Análisis general del sistema de reglas sociales a efectos de determinar el deber de cuidado

Referente al criterio normativo social, esto es, el atinente a las pautas sociales de conducta, cumple señalar que se mostraría insuficiente para la determinación del cuidado exigido y, por tanto, se encuentra necesitado de un criterio normativo de naturaleza jurídica, susceptible de establecer la inobservancia de aquel⁽⁵⁴⁾.

Antes de seguir con esta explicación, debemos adelantar que esto requiere un tipo subjetivo, que conozca de estas reglas.

Ahora bien estas reglas, tienen una ventaja frente al hombre medio ideal, que es una especie de quimera que nadie sabe bien qué es y lo más grave depende del juzgador y su idea de hombre “normal”.

El criterio ahora debe pasar por un conjunto de reglas independientes de ese sujeto normal. Lo importante que en estas reglas juega un punto importante la ciencia. Es decir esas reglas no deben ser irracionales, sino que debe tener un mínimo de base en las leyes científicas, con lo cual se le da racionalidad al sistema.

No cualquier comportamiento socialmente inadecuado es suficientemente grave para ser prohibido; incluso más, lo socialmente inadecuado puede responder, incluso, al cuidado objetivamente debido. Además, también resulta concebible que la tarea legislativa pretenda eliminar una adecuación social existente hasta el momento.

Ahora bien, estas reglas han sido en parte dadas por el legislador y en parte dadas por la costumbre social.

a.1. En el caso de reglas que el propio legislador ha decidido cuales son las normas que son violatorias per se del deber de cuidado. Sobre esto hay

(53) DONNA. *Derecho Penal, Parte especial*. T. I, 2ª edición.

(54) CEREZO MIR. *Curso...* T. II, p. 98.

que recurrir a distintos ámbitos del derecho en donde se encuentran esas normas. Como ejemplo puede citarse las leyes de tránsito, las leyes que se dictan para evitar contagios, las leyes de medio ambiente, entre otras. Pero queda claro que con ello no se ha dado el delito imprudente sino que deben darse todos los elementos del tipo penal. La sola violación de la ley de alguna disposición de las leyes de tráfico, no deciden sobre la responsabilidad penal del sujeto⁽⁵⁵⁾.

a.2. El problema se encuentra en otro tipo de reglas, las cuales no están escritas. “El contrapunto de las reglas jurídicamente fijadas acerca del cuidado, a las que recién (...) está en aquellos casos en los cuales la costumbre social constituye meramente un conglomerado de reglas puramente fácticas y seguidas como socialmente correctas, pero que carecen de una consagración escrita completa, con una pretensión –siquiera social– de vigencia. Cabe contar dentro de estas a las reglas acerca de la ciencia médica, pero también al uso del ‘buen montero’ y el ejercicio artesanal, como también al cuidado de un hombre de negocios ordenado”⁽⁵⁶⁾. En este sentido no infringe el deber de cuidado el médico que se atenga a la *lex artis*, aunque no logre el objetivo de sanar al enfermo. Estas normas, que se verán *ut infra*, son claras en el sentido de que existe un protocolo médico que se debe seguir. Ejemplo frente a un dolor de pecho fuerte, el protocolo médico indica la internación y no el recetar un medicamento. Pero que no se siga ese protocolo no implica que se de el delito imprudente, porque el enfermo, por ejemplo puede morir por otra causa o probarse que igual iba a fallecer. Es decir es un indicio.

En todos estos casos, como la cuestión se remite a la ciencia en particular que rige el caso, debe exigirse la opinión del perito en el ámbito que se discute el tema.

Bien dice Gössel que estas reglas han sido establecidas por expertos, ya sea las escritas y no escritas, en algunos casos, a los efectos de evitar daños a los bienes jurídicos. Las reglas de protección de accidentes de trabajo, reglas deportivas.

Lo importante es que a diferencia de las reglas escritas y con validez jurídica, estas no pueden ser reconocidas *per se* como opuestas al deber de cuidado. “No obstante, conjunto de reglas extrajurídicas pueden proporcionar importantes puntos de referencia para juzgar una conducta dañosa del bien jurídico como socialmente adecuada –conforme al deber de cuidado o como

(55) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Ob. cit., T II, § 43, III, nm 48 y ss.

(56) *Ibidem*, nm 51.

socialmente inadecuada— contraria a dicho deber (Bohnert, JR 82, 6)”⁽⁵⁷⁾. Ahora bien este efecto indiciario descansan sobre la idea de que si se siguen estas reglas de seguridad, se protege al bien jurídico y es una forma de previsión de futuros peligros que están basados en la experiencia y en la razón, por eso la exigencia que tengan cierto carácter científico. Pero solo es un indicio y así deben ser tomados⁽⁵⁸⁾. Por ello, puede ser que estas normas no alcance y en el caso particular se exijan conductas adicionales, ya que la idea es la protección del bien jurídico.

Maurach-Gössel terminan sosteniendo que: “Consecuentemente es posible extraer la siguiente conclusión: el perjuicio de un bien jurídico solo puede ser realizado en forma socialmente inadecuada y evitable cuando hayan sido infringidas reglas legales establecidas respecto de la ejecución cuidadosa (las infracciones al deber de cuidado per se) de esta clase de acciones, o cuando las mismas acciones hayan sido ejecutadas en forma descuidadas, según la regla social respectiva. Otros eventuales conjuntos de reglas acerca de la conducta cuidadosa en el campo social respectivamente afectado constituyen importantes puntos de referencia para la investigación de la regla social (...); no obstante ello, no pueden ser consideradas como reglas con vigencia inmediata acerca de la existencia de una conducta cuidadosa o inevitablemente descuidada en sentido penal”⁽⁵⁹⁾.

b. Los problemas de un mero criterio objetivo. Los elementos subjetivos que complementan las reglas objetivas

Pero el problema, no termina acá, por las razones antes dichas de que hay zonas no normadas, de modo que vale repetir con Frisch que “Sin embargo en todo lo anterior se está presuponiendo siempre una cosa: que existan estándares normativos para los ámbitos en cuestión. Cuando no sea este el caso, la cuestión dependerá del conocimiento y del deber de conocimiento individual de las circunstancias que fundamentan el riesgo. Pero tampoco entonces se está excluyendo el completamente una circunstancia objetiva. Lo que sucede es que entonces esta perspectiva objetiva cumple otra función: es tan solo un indicio para aquello subjetivo que debe admitirse normalmente, pero carece de un significado normativo propio. En este sentido, la construcción de la norma conforme a criterios generales de la fundamentación del injusto depende del conocimiento individual, de modo que el recurso a lo subjetivo puede ser necesario en gran medida. Sin embargo, en una sociedad

(57) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. Ob. cit., nm 54.

(58) Ibídem, nm. 55.

(59) Ibídem, nm 58.

compleja y altamente normativizada muy raramente deberían dar casos en los que faltaran tales estándares”⁽⁶⁰⁾.

Cómo podrá ver el lector la cuestión en este punto se torna compleja. Burkhardt había dicho que: “Si es que no todo nos engaña, el recurso al hombre razonable en la posición del autor (también en relación con el juicio de peligro) se construye actualmente, al igual que en el pasado, según **exigencias de generalización**, estandarización, tipificación, construcción de la norma e interiorización de la misma”⁽⁶¹⁾ (...) “esta exigencias no solo se abandonan (supuestamente) cuando se centra la atención únicamente en los conocimientos del autor como fundamentos del juicio, sino que, además, el juicio de peligro se pierde (supuestamente) su significado generalizador cuando las base el juicio se extienden “hasta lo pronosticable en general por una persona cualquiera, por tanto, hasta la inclusión de todo lo subjetivo”⁽⁶²⁾. Y agrega que el propio Frisch es escéptico en cuanto a la exigencias estándares, pero agrega que –según el autor ahora analizado que si se toma solo el fragmento conocido por el autor ello significa abandonar y de manera no justificada “las exigencias de construcción de la norma y, por tanto, también las de internalización de las normas de conducta”⁽⁶³⁾.

Es que las construcciones de este tipo son vulnerables, porque “efectivamente no hay que discutir que realmente existen, con determinado alcance, exigencias de generalización y construcción de la norma. Sin embargo, lo cuestionable es si el juicio de peligro *ex ante* sobre la base del conocimiento de la realidad de una persona modelo es, en general, **adecuado** para contribuir a la construcción de la norma”⁽⁶⁴⁾. Además su necesidad también es dudosa. Habría que negarla si las exigencias de construcción de la norma pudieran ser tomadas (mejor) en consideración de otra manera y en otro contexto”⁽⁶⁵⁾.

Por eso es acertada la reflexión de Kindhäuser cuando expresaba que “una sustitución del autor concreto por una figura estándar no solo no es posible, sino que tampoco es jurídico-penalmente interesante. Que una persona distinta del autor se hubiera comportado de un modo diferente a este, no podría jamás fundamentar el reproche de que el autor se ha comportado incorrectamente. Pues el autor podría con razón aducir que él es no idéntico a

(60) FRISCH. “Delito y sistema de delito”. En: WOLTER-FREUND. *Sistema integral del Derecho Penal*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004, p. 261.

(61) BURKHARDT. “Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez una aportación contra la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. En: WOLTER-FREUND. *Sistema integral del Derecho Penal*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004, p. 162 y ss.

(62) BURKHARDT. Ob. cit., p. 163.

(63) FRISCH, Vorsatz und Risiko. citada ahora por Burkhardt. Ob. cit., p. 163.

(64) BURKHARDT. Ob. cit., p.164.

(65) Ídem.

la persona en cuestión y que sus disposiciones son, en variados órdenes, distintas; los seres humanos son, ciertamente, diferentes entre sí”⁽⁶⁶⁾. Entonces lo que debe probarse “es cómo habría podido y tenido que comportarse alguien, provisto de los conocimientos del autor, de haberse atendido, con eficacia para la acción, a los estándares de un participante cuidadoso en el tráfico”. En consecuencia, la imprudencia siempre presupone, ciertamente, una figura estándar, pero solo en cuanto a las exigencias normativas dirigidas al comportamiento del autor. En cambio, el conocimiento al cual se encuentran referidas estas exigencias solo puede ser el conocimiento del cual efectivamente dispone el agente individual. La imprudencia es, en otras palabras, un uso deficitario de la concreta capacidad intelectual de evitación del autor individual que se valora como descuidado según estándares objetivos”⁽⁶⁷⁾.

Y entonces, surge el problema que las teorías del modelo objetivo no han logrado solucionar. “Que la imputación jurídico-penal solo fundamenta responsabilidad, en términos de consecuencias jurídicas, sobre la base del uso defectuoso de conocimiento propio, también se muestra en que ya no puede hablarse de un comportamiento imprudente si el autor dispone de conocimientos que con seguridad excluyen un resultado como posible efecto de su comportamiento. Así por ejemplo, si un investigador sabe que un determinado material no puede explotar bajo condiciones que en general, sin embargo, se consideran como altamente explosivas, entonces el ocasionar la presencia de estas condiciones no es descuidado, incluso si todos los demás expertos sostuvieran lo contrario. Lo mismo tiene que valer en el caso en que para el autor sean conocidas circunstancias que exigen medidas de precaución específicas, y ya con independencia de si estos conocimientos se corresponden o no con el conjunto de la experiencia promedio de participantes duchos en el tráfico. Con ello también desaparecen las intensas dificultades con las cuales tiene que lidiar el modelo predominante de un injusto de la acción de la imprudencia fundado de modo puramente objetivo, en los casos en que no puede excluirse que también la víctima haya contribuido a la producción del resultado mediante un comportamiento descuidado”⁽⁶⁸⁾.

Esto quiere decir, en breves palabras que si bien existen normas de cuidado, que en general deben ser aceptadas, habida cuenta de la protección al bien jurídico, es difícil encontrar un marco normativo completo que pueda solucionar el problema del deber de cuidado, por una parte, y por otra que al ser la imputación al sujeto concreto, no es posible trabajar solo con elementos

(66) KINDHÄUSER. “El tipo subjetivo en la construcción del Delito”. En: *InDret*. Revista para el análisis jurídico. En: <www.Indret.com, 4/2008>.

(67) Ídem.

(68) Ídem.

objetivos –de dudosa construcción– sin recurrir ya en el tipo penal a los conocimientos del autor, que son relevantes, sin duda, a los efectos de poderle imputar el resultado típico. En otras palabras: la violación del cuidado debido es inicialmente una acción que aumenta el peligro al bien jurídico, según objetivos conocimientos experimentales, de acuerdo a la situación de la acción, esto es, la previsibilidad, en base a una medida determinada de carácter general. Cómo injusto penal debe llevar al aumento del peligro típico, a causa de la falta del cuidado debido⁽⁶⁹⁾. Este deber general de cuidado, deducido de la norma de prohibición, exige un efecto racional y entendible que debe estar unido a la acción externa.

Pero correlativamente se exige, además del tipo objetivo, solo puede el autor comprender de acuerdo a su capacidad subjetiva, que ese tipo objetivo comprenda algunas condiciones generales⁽⁷⁰⁾. No aceptar estas cuestiones –pura lógica– es romper el esquema de tipo objetivo-tipo subjetivo que debe regir en toda la estructura del delito.

(69) KÖHLER. Ob. cit., p. 183; del mismo Autor: *Die bewusste Fahrlässigkeit*, Winter Universitätsverlag. Heidelberg. Ob. cit., pp. 334 y ss y 412-413.

(70) KÖHLER. AT. Ob. cit., p. 184.

El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ
(España)

SUMARIO: I. El estado de la cuestión. 1. El triunfo de la teoría del bien jurídico. 2. La teoría del Derecho Penal sin teoría del bien jurídico. La función social de estabilización normativa como alternativa a la función de protección subsidiaria de bienes jurídicos. II. La alternativa que se propone: protección de bienes mediante estabilización normativa. 1. Bien jurídico y normativa. 2. Bien jurídico y legitimidad. a. La protección de bienes como criterio general de legitimidad. b. La teoría del bien jurídico como criterio de legitimación de criminalizaciones concretas. c. Problemas conceptuales de la teoría del bien jurídico. d. Un ejemplo concreto: la moderna discusión alrededor de los bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o universales. e. Conclusión final sobre bien jurídico y legitimidad.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. El triunfo de la teoría del bien jurídico

Bajo el título “Política criminal y sistema del Derecho Penal”, Roxin escribió el epitafio del finalismo que él mismo había empezado a enterrar con su artículo en ZStW 74 de 1962 “sobre la crítica a la teoría final de la acción”, dando lugar al alumbramiento de una teoría que se ha venido definiendo –con más o menos fortuna– como funcionalismo teleológico-valorativo, moderado o valorativo y que ha culminado en su monumental manual⁽¹⁾. Frente al sistema ontológico propio del finalismo Roxin diseñó un sistema teleológico (o político-criminalmente teleológico en expresión del propio autor) que se caracteriza por una orientación instrumental a la prevención de lesiones o

(1) Sobre las bases del sistema de este autor, FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, Buenos Aires, 2007, p. 253 y ss., con ulteriores referencias. Vid. recientemente el opúsculo publicado este año por la Universidad de Huelva con motivo de su investidura como Dr. Honoris Causa. p. 27 y ss.

puestas en peligro de bienes jurídicos, si bien dicha orientación se encuentra sometida a límites valorativos. El método teleológico-valorativo es el paraguas bajo el que se aúnan una racionalidad de acuerdo a fines o instrumental con una racionalidad valorativa.

V. Liszt, casi un siglo antes, había construido un muro de contención para los excesos de su política criminal preventiva: el Derecho Penal, entendido como “la violencia punitiva del Estado limitada jurídicamente”, debía desempeñar el papel de barrera infranqueable de la política criminal⁽²⁾. Como Roxin⁽³⁾ ha destacado, “Liszt intentó llevar a buen término la antinomia por él descrita, dividiendo su ciencia en ‘dos reinos’: los presupuestos de punibilidad debían determinarse según los principios liberales del Estado de Derecho, exactamente como desde siempre propugnó la Escuela clásica; pero, una vez constatada la punibilidad según el ‘método jurídico’, la sanción debía medirse exclusivamente por las necesidades sociales. Liszt expresó esas dos tendencias con los conceptos de (dogmática del) ‘Derecho Penal’ y ‘Política Criminal’, que consideraba conceptos opuestos. Solo con esta divergencia se puede comprender la frase citada anteriormente en la que considera al Derecho Penal como la “infranqueable barrera de la política criminal”. El Derecho Penal es el dueño y señor absoluto del ‘si’, y la Política Criminal, la exclusiva soberana del ‘cómo’ de la pena”. Del Derecho Penal positivo se ocupó v. Liszt principalmente en su *Tratado de Derecho Penal* y de una política criminal orientada a la prevención especial de forma primordial en sus numerosos artículos y conferencias recogidos en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*.

Roxin acaba mediante una labor de síntesis con esta separación entre la dogmática y la política criminal. A diferencia del planteamiento dualista de v. Liszt, pretende unificar la dogmática y la política criminal, superando la visión de este autor de dos mundos tajantemente distintos⁽⁴⁾. En lo que interesa para el discurso de este trabajo, el punto de unión de ambos mundos es la teoría del bien jurídico. La protección del bien jurídico, como tarea legitimante del Derecho Penal, cumple una función dogmática y una función político-criminal y el delito, desde ambas perspectivas, es entendido materialmente como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. La función decisiva del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos y, por ello, hay

(2) Sobre ello FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 1), p. 191 y ss.

(3) *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid, 1976, p. 61.

(4) ROXIN. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Barcelona, 1972, p. 19. No es ninguna casualidad que este escrito programático de ROXIN comience con referencias a v. LISZT (p. 15). Hace referencia ROXIN a estas cuestiones recientemente, contestando a las críticas de que se trata de disciplinas antagónicas, en *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*. Ius humanum, Lampe-FS, Berlín, 2003, p. 431 y ss.

que analizar cuál es el papel más idóneo de la pena en cada momento para proteger bienes jurídicos y prevenir su lesión o puesta en peligro. En el momento de la imposición de la pena, debido a los límites inherentes al principio de culpabilidad y su incompatibilidad con los incrementos de la pena derivados de la prevención especial y de la prevención intimidatoria, la mejor manera de proteger bienes jurídicos es, según Roxin, la confirmación, afirmación o reafirmación de la conciencia jurídica (prevención general positiva). Con esta se consigue proteger bienes jurídicos mediante la pena en una medida adecuada, es decir, sin excesos insoportables en el marco de nuestros sistemas constitucionales.

El sistema teleológico de Roxin busca su legitimidad en lo que pretende: protección de bienes jurídicos, evitando que tanto la generalidad como ciertos delincuentes cometan delitos en el futuro. Frente a esta racionalidad teleológica se ha desarrollado una racionalidad vinculada a ciertas garantías del sistema constitucional o a las características del Estado social y democrático de Derecho (en España destacan en esta misma línea Mir Puig y Silva Sánchez⁽⁵⁾). De esta manera la teoría del Derecho Penal se ha venido desarrollando sobre dos pilares independientes que carecen de una fundamentación común y a los que, en el marco de su permanente tensión, se les ha ido otorgando una mayor o menor relevancia en detrimento o beneficio del otro aspecto. Esa esquizofrenia teórica se ha desarrollado a través de contraposiciones del tipo prevención/culpabilidad, prevención/garantismo, utilidad/validez, racionalidad instrumental/racionalidad valorativa (v. Weber) o eficacia/garantismo.

La teoría del bien jurídico se convierte en el marco del dominante sistema teleológico-valorativo en el engranaje esencial que consigue mantener unidas todas las piezas del sistema. La referencia a la teoría del bien jurídico, como broche de cierre del sistema, sirve desde esta perspectiva para afrontar tres cuestiones básicas del Derecho Penal:

- a) Desde la perspectiva de una teoría general la función básica que legitima el Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos.

(5) En España se ha desarrollado una fructífera línea teórica y de investigación que plantea soluciones de síntesis entre prevención y garantías. Esta línea de maximización de prevención y garantías fue iniciada por Silva Sánchez siguiendo las aportaciones de su maestro Mir Puig (*Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona, 1992, pp. 179 y ss., 241 y ss., 267 y ss. sobre el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, p. 278 y ss. y, sobre todo, p. 285 y ss.) y ha sido enriquecida en la misma línea por ALCÁCER GUIRAO (*¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona, 2003, pp. 31, 115 y Prevención y garantías: conflicto y síntesis Doxa 25, pássim).

- b) Desde la perspectiva dogmática el injusto penal es, en esencia, lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.
 - c) Desde la perspectiva político-criminal la teoría del bien jurídico nos sirve para discriminar entre criminalizaciones concretas legítimas e ilegítimas. Si no hay bien jurídico la criminalización es ilegítima⁽⁶⁾.
2. **La teoría del Derecho Penal sin teoría del bien jurídico. La función social de estabilización normativa como alternativa a la función de protección subsidiaria de bienes jurídicos**

Desde los años ochenta la alternativa más relevante a esta forma de ver las cosas que nos ha presentado la doctrina alemana ha sido la teoría funcional de Jakobs, que ha ido sufriendo diversos vaivenes⁽⁷⁾. La posición actual de Jakobs se puede resumir de la siguiente manera: desde una perspectiva sistémica, las normas, entendidas como expectativas normativas o contrafácticas, configuran la estructura del orden social. La configuración de dichas expectativas es labor de la política, debiendo describir y sistematizar la Ciencia del Derecho Penal dichas estructuras normativas (a lo sumo, dejar en evidencia contradicciones o fricciones). El delito es entendido materialmente como defraudación de expectativas del sistema social –no lesión de bienes– y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, la vigencia de la norma. La imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor. Junto a esta función de estabilización el mal que se impone con la pena tiene que ver con su fin preventivo-general: asegurar la probabilidad de seguimiento de la norma. Dicho fin tiene como límite el tratar al delincuente como persona y no como objeto. Sin embargo, esta garantía solo es posible en la medida en la que el delincuente pueda garantizar su fidelidad en el futuro; de lo contrario, ya no puede ser tratado como persona sino como enemigo.

Desde la perspectiva sistémica la categoría de función parte de la idea de que todo sistema social diferenciado guarda una relación con un problema social. La función explica la emergencia de un sistema diferenciado de comunicaciones. Esa función es exclusiva y fundamenta la reproducción de las

(6) Básica la contribución de Claus ROXIN al libro en homenaje a Winfried Hassemer sobre el reciente desarrollo del debate relativo al bien jurídico. Agradezco al Prof. ROXIN, siempre abierto al debate científico, haberme facilitado gentilmente el texto antes de su publicación.

(7) En profundidad, sobre las bases del sistema de JAKOBS, (nota 1), p. 453 y ss., con ulteriores referencias y “La normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”. En: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.). *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada, 2005, p. 435.

La última respuesta de ROXIN se encuentra en *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, Festschrift für Winfried Hassemer*, 2009 (en prensa, consultado por gentileza del autor), apartado XI.2.

comunicaciones (como operaciones genuinamente sociales) del correspondiente sistema. El Derecho, en concreto, se estructura como sistema de comunicaciones que se ocupa de la función de protección o estabilización de expectativas normativas, siendo un elemento central de esta perspectiva que las expectativas están protegidas por sanciones. Jakobs, a diferencia de Roxin, consigue apoyar su teoría global del Derecho Penal en una teoría social de tal manera que la teoría sistémica de Lumann le permite aportar una teoría de la normatividad de gran solidez.

En la perspectiva funcional de Jakobs la pena se mueve en un plano simbólico o comunicativo vinculado a las necesidades de estabilización normativa y ya no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos. Se trata de comunicación frente al delito que, como acción culpable, no sería en esencia una lesión o puesta en peligro –naturalística– de bienes jurídicos, sino básicamente desautorización, quebrantamiento o descrédito de la norma; la pena no debe ser entendida naturalísticamente como un mal que sucede a otro mal, sino comunicativamente como restablecimiento de la validez de la norma⁽⁸⁾. Como consecuencia de esta idea Jakobs ha destacado por su crítica al concepto material de delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos en la medida en que lo relevante comunicativamente es expresar una falta de fidelidad al ordenamiento jurídico. Por ello lo que la pena debe prevenir no es la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino una infidelidad generalizada a la norma. La principal tarea de la pena no es proteger bienes jurídicos sino la fidelidad normativa. Ese concepto de fidelidad se ha ido normativizando y no se entiende en sentido psicológico, sino como una medida normativa. El delito es expresar una fidelidad insuficiente desde una perspectiva objetiva o social.

La teoría funcional del delito de Jakobs se caracteriza porque entiende que el objeto de protección del Derecho Penal es la vigencia de la norma y no los bienes jurídicos de tal manera que tanto él como sus discípulos se han caracterizado por su crítica a la concepción dominante del delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Jakobs ha venido afirmando en diversos trabajos de forma radical que “en correspondencia con la localización del quebrantamiento de la norma y pena en el plano del significado, no se puede considerar como misión de la pena la evitación de lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien la confirmación de la vigencia de la norma”⁽⁹⁾ o que “el Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de

(8) Básico JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Madrid, 1996, pp. 11, 17 y ss.

(9) Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlín, 1991, 1/11.

bienes jurídicos”⁽¹⁰⁾ o que “la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma”⁽¹¹⁾. Para Jakobs el bien jurídico-penal, el objeto de la protección del Derecho Penal, es el aseguramiento (resistencia a las defraudaciones) de las expectativas normativas esenciales o, lo que es lo mismo, la vigencia de la norma en lugar de bienes jurídicos y “el Derecho Penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino solo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma”⁽¹²⁾. Ello viene motivado, más bien, por su comprensión de los bienes jurídicos como intereses puramente individuales y, por ello, ajenos a lo social y a la dimensión simbólica o de significado de los conflictos penales. Por tanto, su crítica va más bien dirigida a una cierta comprensión a-social (o pre-social) o anormativa de los bienes jurídicos⁽¹³⁾. En realidad se viene a criticar una concepción egocéntrica (que no es lo mismo que antropocéntrica) del bien jurídico que muchos partidarios de la teoría del bien jurídico podrían compartir.

El punto de disenso se encuentra más bien, como ha señalado Roxin⁽¹⁴⁾, en que la metodología funcionalista-sistémica “deja a un lado el pensamiento político-criminal de finalidad racional basado en los principios de un Estado social de Derecho y aparece como un mero sistema teórico carente de contenido”. Hay que darle la razón a este autor en la medida en que la teoría funcional de Jakobs aporta prestaciones insuficientes y, por ello, debe ser enriquecida con otras perspectivas que la propia teoría funcional no puede aportar. A través del funcionalismo sistémico solo se puede hacer frente a todo lo que tiene que ver en Derecho Penal con una de las dos grandes cuestiones a las que se enfrenta la filosofía social: la estabilidad (cómo es posible el orden social), pero no a lo que tiene que ver con los problemas de legitimidad (si se quiere formular en términos de filosofía moral, los problemas del Derecho Penal desde la perspectiva de la justicia del orden social). Sin embargo, es preciso reconocer que la primera cuestión la resuelve con una consistencia como ninguna otra teoría hasta la fecha.

(10) ¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, RPDJP 2000 (nº 1), p. 154.

(11) Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, Madrid, 2003, p. 59.

(12) (nota 8), p. 11. Sobre la vigencia de la norma como bien jurídico-penal, vid. (nota 9), 2/1 ss., Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma, PJ nº 49 (1998), p. 297 y ss. y Strafbegründung und positive Generalprävention, en SILLER/KELLER (eds.), Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, Baden-Baden, 1999, p. 135.

(13) En su último trabajo sobre la cuestión en el libro-homenaje a AMELUNG, ¿Lesión de un bien jurídico o daño social?, todavía inédito, afirma que “las condiciones de subsistencia de una sociedad son una cosa, los bienes jurídicos (los bienes jurídicos individuales), otra”.

(14) La evolución de la Política criminal. *El Derecho Penal y el proceso penal*. Valencia, 2000, p. 70, en referencia a STÜBINGER.

Si la segunda cuestión queda sin respuesta es porque la teoría funcional de Jakobs se ha movido siempre por un interés descriptivo-funcional. Para este autor la legitimidad es una cuestión ajena al Derecho que corresponde a la política⁽¹⁵⁾. El Derecho Penal será más o menos legítimo si el sistema que ayuda a estabilizar es más o menos legítimo. Sin embargo, ello no influye en la teoría. La pena cumple, según la teoría funcional jakobsiana, siempre la misma función en cualquier sociedad con independencia de la valoración que se haga de ella: confirmar la identidad o la estructura de esa sociedad. Jakobs parte de la idea de que su perspectiva funcional no está comprometida con ningún modelo político o ideológico determinado y es esa neutralidad descriptiva la que le ha reportado un mayor rechazo. Esta neutralidad o imparcialidad valorativa es la que le resulta escandalosa a un gran sector doctrinal que señala como ese es el punto más débil de la concepción funcional de este autor. En mi opinión, ese es –coherentemente– uno de los puntos ciegos de la perspectiva funcional-sistémica.

Jakobs ha pretendido con sus trabajos comprender la normatividad en sí y no tratar la legitimidad de las normas⁽¹⁶⁾. La perspectiva metodológica funcionalista da lugar a que se desarrolle un concepto universal-funcional válido para cualquier tipo de sociedad (allí donde se haya construido de alguna manera un orden normativo). A Jakobs lo que le acaba interesando a través de la abstracción de los problemas de legitimidad es exclusivamente un concepto universal de Derecho Penal válido para cualquier sociedad. Ello, sin dudas, genera problemas. Por un lado, no es tan evidente que las respuestas sean las mismas en una sociedad pluralista que en una pequeña comunidad con una fuerte integración ética y emotiva o en un sistema político de amplia aceptación que en uno fuertemente contestado, con escaso apoyo de la ciudadanía y que solo se mantiene por la fuerza de las armas. Por otro lado, si bien las teorías funcionales como la de Jakobs no se pueden definir como incorrectas resultan insuficientes. Una teoría del Derecho Penal vinculada a una teoría de la sociedad válida para todo tipo de orden social solo puede realizar aportaciones de carácter muy limitado para desarrollar una teoría del Derecho Penal de las sociedades democráticas occidentales del siglo XXI.

La teoría de Jakobs parece haber implantado la idea de que una teoría del Derecho Penal que renuncie a la teoría del bien jurídico es una teoría incompleta que deja de lado el tema de la legitimidad. Sin embargo, que la teoría

(15) (Nota 11), p. 70 (“respecto de la tesis de la protección de bienes jurídicos rige lo mismo que para la tesis de protección de normas: ambas concepciones solo son tan legítimas como lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo Derecho retratan”).

(16) (Nota 8), p. 25 y ss., con nota 10.

funcional-sistémica sea –coherentemente– ciega a la dimensión de legitimidad o político-criminal del Derecho Penal, no significa que solo la teoría del bien jurídico nos pueda aportar respuestas a esta cuestión.

Los reproches que se han dirigido contra la teoría funcional del catedrático emérito de Bonn por el carácter formal, vago, circular, tautológico o especulativo de su teoría tienen que ver más bien con el nivel de abstracción y, por ello, de formalidad que alcanza. Cada orden social tiene un referente valorativo que una teoría universal válida para todo tipo de sociedad con independencia de sus características no puede tratar o procesar teóricamente⁽¹⁷⁾. Esta es una consecuencia implícita en los planteamientos metodológicos funcionalistas de Jakobs de la que se deriva que su perspectiva metodológica, que nos obliga a ver las cosas a cierta distancia, tenga vedados muchos aspectos que pueden ser de interés. Ciertas carencias del sistema de Jakobs no son más que una consecuencia lógica de su punto de partida: su teoría general carece de vinculación interna con el orden normativo vigente en la medida en la que intenta describir la función de conceptos esenciales como la pena o la culpabilidad en todo sistema social sin que esa descripción se vea condicionada por elementos o aspectos coyunturales vinculados a las características de una sociedad determinada.

En conclusión, el planteamiento funcional de Jakobs reduce la Ciencia del Derecho Penal a una de sus partes, la dogmática, desterrando la perspectiva política-criminal y crítica. Es decir, es solo una Ciencia sobre lo que “es” sin tratar lo que “debería ser” o lo que “no debe ser”. A este autor solo le interesa el sistema jurídico-penal como instrumento del que hacen uso los órganos de justicia, pero no las decisiones legislativas que dan lugar a las normas. Desarrolla una teoría (o una meta-teoría) del Derecho Penal que solo se ocupa de la dogmática y de la aplicación de las leyes, pero es ciega frente a la política criminal o elaboración de las mismas. En esta línea Jakobs considera que la concreción de los procesos de criminalización que debe entrañar la dogmática es una competencia exclusiva de la política jurídica y, sobre ello, no hay mucho que decir desde una perspectiva científica⁽¹⁸⁾.

(17) Frente a críticas como las de formalismo por parte de HIRSCH o las de decisionismo por parte de SCHÜNEMANN, señala JAKOBS, que “ello es así en todas las concepciones que se mueven en este nivel de abstracción. Ejemplo: que el Derecho penal es protección de bienes jurídicos –‘formalismo’, mientras no se determine qué es lo que es un bien jurídico en la sociedad concreta–”. Vid. también (nota 12), pp. 135 y ss. Tiene razón JAKOBS en la medida en la que esta discusión científica de moda se ha movido en unos altos niveles de formalidad y abstracción por parte de todo el mundo. Concretando, hasta ahora nadie ha explicado satisfactoriamente porque resulta más formal decir que la pena protege normas que vetan la posibilidad de matar o lesionar que decir que la pena protege la vida o la salud (sobre todo cuando la vida o la salud se protegen de muchas maneras en el Derecho Penal positivo y no solo este –por suerte– protege dichos bienes).

(18) (Nota 10), p. 166 y (nota 11), p. 70.

Las siguientes palabras de este autor no pueden ser más claras: “La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la Ciencia del Derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial”⁽¹⁹⁾. El sistema funcional de Jakobs manifiesta una renuncia expresa a todo aquello que tenga que ver con la política o la política criminal. Ello es consecuencia de la adopción de un punto de partida sistémico sobre el Derecho como subsistema social. La expulsión de la política criminal viene condicionada por la obsesión de Jakobs en concebir el sistema jurídico como un sistema autorreferente o autopoietico cuyas operaciones no dependen de otros sistemas como la política (que se rige por el código poder/no poder). Por ello la organización protagonista es la Administración de justicia y no los órganos legislativos o parlamentarios⁽²⁰⁾.

En este punto se encuentra uno de los principales inconvenientes metodológicos de la teoría funcional de Jakobs, que deja sin tratamiento aspectos básicos. La Ciencia del Derecho Penal, en una línea muy luhmanniana, queda reducida a la labor dogmática (dirigida al juzgador) siendo desterrada la labor de política criminal (dirigida al legislador). Sin embargo, ni el Derecho Penal es siempre la mejor opción ni las normas penales existentes representan la mejor opción político-criminal. Lo dado (lo positivizado) no siempre es aceptable ni lo más razonable. Solo cabe señalar el creciente fenómeno de funcionalización simbólica del Derecho Penal por parte de la política. La perspectiva de Jakobs –coherentemente– mutila las posibilidades críticas de la Ciencia del Derecho Penal.

Jakobs tiene razón al señalar que el Derecho Penal no puede ser más legítimo que el sistema que defiende, pero no ha tratado el tema de que puede serlo menos. Que la función social del Derecho Penal radique en esencia en la estabilización de normas esenciales no significa que no sea posible con este punto de partida tratar la legitimidad de las normas penales. En lo que interesa aquí, partir de que las normas y los bienes jurídicos son construcciones sociales, no resuelve el problema de cuándo resulta legítimo intervenir con

(19) (Nota 8), p. 40 y ss.

(20) Sin embargo, las ciencias jurídicas, a diferencia de lo que pasa con las ciencias naturales, están vinculadas objetivamente a textos que pueden ser cambiados con facilidad. Ello hace que se tenga que desarrollar tanto una ciencia de *lege data* (dogmática) como de *lege ferenda* (política criminal). Ello es asumido sin muchos problemas por otros autores claramente influidos por la teoría de los sistemas de LUHMANN como BLENCKMANN. *Strafrechtsdogmatik-wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch*. Friburgo, 2002, p. 44.

leyes penales. Si bien es cierto que esta cuestión político-criminal se ha canalizado en la segunda mitad del siglo XX –primero por la doctrina alemana y después por la doctrina española– básicamente a través de la teoría del bien jurídico, ello no significa que sea la única viable para llevar a cabo esta labor.

II. LA ALTERNATIVA QUE SE PROPONE: PROTECCIÓN DE BIENES MEDIANTE ESTABILIZACIÓN NORMATIVA

1. Bien jurídico y normativa

Si bien no es incierto que el Derecho Penal, mediante su instrumento central que es la pena, proteja bienes jurídicos, lo cierto es que solo mediante la estabilización de normas puede cumplir dicha función. La pena solo puede ofrecer seguridad cognitiva o empírica con respecto a los bienes de forma mediata o indirecta ofreciendo seguridad normativa, es decir, mediante el mantenimiento de la vigencia del orden jurídico⁽²¹⁾. En este sentido las posiciones más críticas con la teoría del bien jurídico como las de Jakobs, Amelung⁽²²⁾ o Köhler⁽²³⁾ se dirigen más bien contra todos aquellos que no entienden los bienes jurídicos como construcciones de las normas, sino como bienes vitales de la realidad socio-empírica (v. Liszt); es decir, contra una teoría fáctica e insuficientemente normativizada del bien jurídico que sigue la tradición iniciada por v. Liszt y que insiste más en la seguridad fáctica del bien que en la definición de la juridicidad. Si bien es cierto que no se habla de bienes en general, sino de bienes jurídicos, es decir, de un disfrute de bienes tal y como es garantizado por el ordenamiento jurídico, la juridicidad ocupa en la referencia a la protección de bienes jurídicos una posición puramente adjetiva.

Solo en el Derecho Penal de las medidas de seguridad, es decir, de la peligrosidad, pasa a un primer plano la pura seguridad de bienes, quedando la seguridad normativa como un mero efecto latente.

El principal inconveniente de centrar la función del Derecho Penal en la protección de bienes jurídicos y, consiguientemente, definir como elemento

(21) FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 1), p. 701 y ss.; el mismo. *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid, 2007, pp. 31 y ss.; FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg. 1998, 1/5 ss.; el mismo, MK, antes de 13/63 y ss., 136; KINDHÄUSER. *Gefährdung als Straftat*, Francfort. 1989, pp. 30, nota 6, 132 y ss.; el mismo, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*. Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Francfort, 1990, p. 29 y ss.; ROBLES PLANAS. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Barcelona, 2003, p. 191 (“puede afirmarse que el Derecho penal tan solo protege indirectamente los bienes jurídicos. La función directa del Derecho Penal es el aseguramiento de un determinado orden jurídico”).

(22) AMELUNG. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Francfort, 1972, pp. 330 y ss., 350, especialmente contra las concepciones de v. LISZT, JÄGER y ROXIN del bien jurídico como algo previo al Derecho.

(23) STAFRECHT. *Allgemeiner Teil*. Berlín, 1997, p. 24 y ss.

esencial del concepto material de delito la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, reside en que pone demasiado énfasis en la afectación de bienes dejando de lado la necesaria referencia a la juridicidad⁽²⁴⁾. La única diferencia entre un atropello desafortunado y un homicidio imprudente que se debe castigar no reside en la lesión fáctica del bien, sino en la dimensión comunicativa: la lesión de la juridicidad.

Si el Derecho en el marco de un sistema de libertades como el vigente más que un maximizador de bienes es un maximizador de libertad, lo decisivo a efectos de determinar la lesión de la juridicidad no es lesionar o poner en peligro un bien sino hacer un uso ilegítimo de la libertad. Cuando dicho uso ilegítimo encierra un cierto nivel de lesividad social se merece una pena. Por ello la imputación objetiva no es básicamente una teoría sobre la imputación de resultados lesivos o de peligro a una conducta, sino una teoría sobre la delimitación entre conductas socialmente permitidas o no permitidas. El actual debate alrededor de las “conductas neutrales”⁽²⁵⁾ es una demostración de las diferencias que pueden existir entre poner un mayor énfasis en la seguridad de bienes o en el uso legítimo de la libertad en una sociedad de la confianza. Si se comparte este análisis no es extraño que autores como Jakobs, Frisch, Robles Planas o yo mismo reconozcamos un mayor ámbito de impunidad en este ámbito que los defensores de la función de protección de bienes jurídicos como función esencial⁽²⁶⁾. Lo mismo se podría decir ejemplificativamente cuando se trata de otorgarle relevancia a la autorresponsabilidad de la persona lesionada o puesta en peligro a efectos de afirmar la atipicidad de una conducta.

2. Bien jurídico y legitimidad

En este punto es donde la teoría del bien jurídico parece haberse encontrado más fuerte y disfrutar de una mayor comodidad y, por ello, un análisis crítico de la teoría debe poner un especial énfasis en este ámbito.

(24) No muy distantes de la idea manifestada en el texto: por diversos lugares FRISCH. *Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung*. Müller-Dietz-FS, Munich, 2001, p. 253 y ss., con ulteriores referencias y Strafkonzep, *Strafzumessungstatsachen und Masstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*. BGH-FG, Tomo IV, Munich, 2000, p. 278; JAKOBS. *Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. Munich, 2000, p. 49; PAWLK. *Person. Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*. Berlín, 2004, p. 87.

(25) La última monografía de la que tengo conocimiento sobre esta interminable discusión dogmática es la de RACKOW. *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*. Francfort, 2007. En general, sobre este tema tan relevante en el ámbito del Derecho Penal económico, FEIJOO SÁNCHEZ. *Imputación objetiva en el Derecho Penal Económico y empresarial*. Revista electrónica InDret Penal <www.indret.com> n° 2/2009, pp. 41 ss., 50 ss.; TIEDEMANN. *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*. 2ª ed., Colonia y Munich, 2007, 4/190 y ss.

(26) RACKOW (nota 25), pp. 126, 157 y ss.

Habría, de todos modos, que diferenciar entre la legitimidad que ofrece la teoría en general al Derecho Penal y su utilidad como criterio para medir la legitimidad o ilegitimidad de criminalizaciones concretas.

a. La protección de bienes como criterio general de legitimidad

La fortaleza de la teoría en este punto es meramente aparente. Mi opinión es que en este punto se ha mostrado de forma algo tramposa como fuente de legitimación, cuando en realidad ha venido haciendo uso de criterios de legitimidad ajenos a la teoría. La teoría del bien jurídico se ha venido mostrando por sus defensores como el principal baluarte de las mejores esencias del Derecho Penal de tradición ilustrada, queriendo hacer ver que va de la mano del “contrato social” como metáfora legitimante de un Estado democrático de Derecho que tiene como fundamento la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes⁽²⁷⁾. De forma muy relevante en la segunda mitad del siglo XX, frente a las fundamentaciones de tipo ontológico, se estableció por parte de la doctrina jurídico-penal más destacada un vínculo, más o menos intenso según los autores, entre la teoría del bien jurídico y la identidad del sistema jurídico como un sistema constitucional. La teoría personal del bien jurídico de Hassemer no sería más que la quintaesencia de esta perspectiva de un amplio sector de la doctrina alemana (M. Marx, Marxen, Roxin, Sina) que considera que la referencia al bien jurídico garantiza valores liberales dignos de consideración y, con base en esta idea, han utilizado dicho concepto como estandarte de una política-criminal liberal⁽²⁸⁾.

Diversos estudios históricos sobre la teoría del bien jurídico han dejado en evidencia que la vinculación directa entre teoría del bien jurídico y concepción liberal del Derecho no se encuentra materialmente fundada. Esa vinculación tiene su origen en la coincidencia histórica de que la teoría del bien jurídico surge cuando está en auge el pensamiento liberal⁽²⁹⁾, pero

(27) Representativo ROXIN. *Dependencia e independencia del Derecho Penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión*. ADP 2006, Madrid 2008, p. 7 (=Küper-FS, Heidelberg, 2008, p. 490 y ss.).

(28) En sentido contrario, existe un amplio sector doctrinal que, en mi opinión, de forma correcta, resalta como el principio de protección de bienes jurídicos no garantiza valores liberales: AMELUNG (nota 22), pp. 5, 10, 257 y ss.; el mismo. “Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit”. En: JUNG, MÜLLER-DIETZ y NEUMANN. *Recht und Moral*. Baden-Baden, 1991, p. 275; JAKOBS, (nota 8), 2/ nota 32; KINDHÄUSER, (nota 21), p. 182 y ss.; WOHLERS. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*. Berlín, 2000, p. 230, que señala correctamente como, a diferencia de lo que señala una extendida interpretación, es erróneo de partida concederle a la teoría del bien jurídico por sí misma un contenido liberal o autoritario; sobre el contenido liberal o autoritario de un ordenamiento jurídico-penal no decide la teoría del bien jurídico por sí misma, sino más bien la concepción esencial vigente de una sociedad plasmada en su ordenamiento constitucional.

(29) AMELUNG, (nota 22), 5, pp 14 y ss., 240; el mismo, (nota 28), p. 275 (“la teoría de la protección del bien jurídico como tal no garantiza todavía valores liberales”); MIR PUIG. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona, 1976, p. 131; MÜSSIG. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*. Francfort, 1994, pp. 152 y ss., nota 9.

la evolución histórico-dogmática del concepto demuestra que la confianza que se ha depositado en su papel garantista no tiene mucho fundamento⁽³⁰⁾. La teoría del bien jurídico formulada inicialmente por Birnbaum⁽³¹⁾ surge precisamente para superar el concepto liberal de delito (Feuerbach) como lesión de un derecho individual o subjetivo reconocido por el contrato social⁽³²⁾, es decir, constituye una alternativa a la teoría del Derecho Penal más vinculada a la filosofía política original del contrato social. Esta alternativa se construye porque la concepción liberal no servía para proteger intereses colectivos como las convicciones comunitarias acerca de la religión y la moral o las infracciones de policía (que no protegían derechos subjetivos). Había delitos que afectaban a intereses colectivos y, por consiguiente, no se podían definir como vulneración de un derecho. Por ejemplo, Birnbaum considera que la religión y la moral son bienes comunes del pueblo que deben ser protegidos por el Derecho Penal. Con la teoría del bien jurídico Birnbaum legitima la punición de hechos como los atentados contra la religión o los sentimientos éticos que para Feuerbach no eran más que contravenciones policiales en la medida que no lesionaban derechos individuales. En este sentido quizás el concepto de bien jurídico no es tan liberal como parece, tal y como ha señalado convincentemente Amelung⁽³³⁾, ni garantiza valores liberales. En origen, en la obra de Birnbaum, supuso una referencia legitimadora para la expansión del Derecho Penal más allá de la protección de derechos individuales. Por ello no es extraño que, a pesar de una inicial confrontación de los teóricos de un Derecho Penal totalitario como el del

(30) Sobre la discusión con respecto a este punto en la doctrina alemana ROXIN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª ed., Munich, 2006, 2/6 que siempre ha señalado, no sin razón, como estas cuestiones históricas no son las decisivas, sino que lo realmente relevante es la función que el concepto de bien jurídico puede desempeñar en la actualidad. Ratifica esta idea en su última contribución sobre este tema en el libro homenaje a Hassemer en prensa (Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, nota 33).

(31) Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, Tomo 15, 1834, p. 145 y ss., en especial 175 ss. y Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens, Archiv des Criminalrechts, Tomo 17, 1836, p. 560 y ss. AMELUNG (nota 22), p. 45, señala como los trabajos de BIRNBAUM hubieran pasado desapercibidos si BINDING no se hubiera remitido a su obra.

(32) Básico AMELUNG, (nota 22), p. 15 y ss., 43 y ss. Vid. además ALCÁCER GUIRAO, (nota 5), p. 71, con ulteriores referencias; ANASTASOPOULOU, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, Munich, 2005, p. 5 y ss.; GÜNTHER. *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho Penal?, La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada, 2000, p. 493 y ss.; KRÜGER. *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*. Berlín, 2000, p. 70 y ss.

(33) (Nota 22), pp. 5, 45 y ss. y (nota 28), p. 269 y ss. y Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in HEFENDEHL/V. HIRSCH/WOHLERS. *Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden*. 2003, p. 160. De acuerdo JAKOBS, (nota 9), 2/nota 32. AMELUNG defendió de esta manera una tesis frente a otros trabajos anteriores que habían establecido la idea contraria como el de SINA. Con independencia de que se le quiera otorgar en la actualidad un contenido liberal al bien jurídico del que carecía en origen, creo que el profundo estudio de AMELUNG no deja lugar a muchas dudas.

nacionalsocialismo (escuela de Kiel⁽³⁴⁾) contra el bien jurídico, al identificarlo con una concepción individualista del mismo en la línea de los derechos subjetivos, en cuanto el Derecho Penal nacionalsocialista se instauró como Derecho positivo absorbió sin muchos problemas el concepto de bien jurídico (sobre todo a través de la escuela de Marburgo con autores como Schwinge y Zimmerl⁽³⁵⁾). El nuevo ordenamiento solo tenía que seleccionar los bienes jurídicos propios de los “nuevos tiempos”, bienes que no se caracterizaban precisamente por tratarse de derechos individuales sino por estar orientados al pensamiento comunitario en el que la comunidad jurídica se definía por sus bases biológico-étnicas comunes (pureza de la raza, el sano espíritu del pueblo, los valores de la comunidad, etc.). Es decir, en palabras de Schaffstein, los bienes del pueblo que deben ser protegidos por la norma. El concepto de bien jurídico fue tremendamente dúctil para acoger en el mismo los valores comunitarios y racistas del nacionalsocialismo⁽³⁶⁾, demostrando que no solo tenía cabida en el marco de un Derecho Penal liberal y democrático y que será tan liberal o tan poco liberal como lo sea el sistema político de referencia.

La idea de que una norma penal que no proteja nada digno de protección es ilegítima y que las normas tienen que proteger elementos que sean valiosos para la comunidad jurídica es una prestación bastante pobre que no precisa de la teoría del bien jurídico en el marco de un sistema constitucional en los que las restricciones de derechos fundamentales de los ciudadanos precisan justificaciones legitimantes y no pueden ser arbitrarias. Nuestro Tribunal Constitucional ha derivado del texto constitucional la ilegitimidad de las normas que protegen bienes o intereses constitucionalmente prosritos o socialmente irrelevantes (SSTC 55/1996, f. j. 7, 111/1993, f. j. 9, 136/1999, f. j. 23), por lo que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como criterio general de legitimación resulta irrelevante en la medida en la que existen instrumentos constitucionales de control de la legitimidad que cumplen la misma función.

(34) En profundidad, AMELUNG, (nota 22), p. 226 y ss.

(35) AMELUNG, (nota 22), p. 246 y ss., 251 y (nota 33), p. 160.

(36) AMELUNG, (nota 22), p. 328; GÜNTHER, (nota 32), p. 499; MIR PUIG, (nota 29), p. 131 (“Que el nacionalsocialismo admitiese el bien jurídico, aunque fuese tras un inicial rechazo es, sin duda, la mejor muestra de la ineficacia limitadora de los conceptos que de aquel se manejaban”); SILVA SÁNCHEZ, (nota 5), p. 268; el mismo. *La expansión del Derecho Penal*. 2ª ed., Madrid, 2001, p. 114 (“la dominante teoría del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos surgió en el siglo XIX con vocación ampliadora frente a la teoría de un Derecho Penal protector exclusivamente de derechos subjetivos (así en su iniciador BIRNBAUM); que pese al inicial rechazo, la teoría del bien jurídico fue incluso asumida por los penalistas nacionalsocialistas de la escuela de Kiel; que no es posible controlar ley penal alguna desde la perspectiva de una hipotética vulneración del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”).

b. La teoría del bien jurídico como criterio de legitimación de criminalizaciones concretas

Con independencia de que se compartan las posiciones expuestas hasta este momento, se puede detectar en la literatura especializada una crisis y desmitificación de la teoría del bien jurídico, que parece que se está deteriorando y resquebrajando desde dentro. Se puede constatar en la actualidad una tendencia cada vez más generalizada a reducir las esperanzas que se han puesto tradicionalmente en dicha teoría como eje de la política criminal debido al escaso papel de límite que viene desempeñando⁽³⁷⁾. La doctrina dominante se encuentra cada vez menos cómoda con la idea de la protección subsidiaria de bienes jurídicos y cada vez es más evidente que se han puesto demasiadas esperanzas en la prestación político-criminal del concepto de bien jurídico para diferenciar entre normas penales legítimas e ilegítimas mientras su aportación ha sido defraudante⁽³⁸⁾. Es más, en mi opinión, la teoría del bien jurídico no solo no nos sirve para identificar las patologías del Derecho Penal moderno, sino que contribuye a dichas patologías (administrativización, expansión, etc.), con independencia de que ello no sea de forma voluntaria.

Además, hay que señalar que ante las nuevas condiciones sociales, un sector de la doctrina se plantea la posibilidad de legitimar normas que no tengan que ver directamente con la protección de bienes jurídicos⁽³⁹⁾. Es decir, cada vez se siente más, sobre todo con relación a los problemas político-criminales más actuales, la necesidad de discutir sobre la legitimidad de normas penales o de la punición o impunidad de hechos lesivos socialmente al margen de la referencia a bienes jurídicos. Incluso para autores de referencia de nuestra disciplina como Roxin o Stratenwerth⁽⁴⁰⁾ algo está

(37) Sobre ello FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 1), p. 773 y ss.

(38) Sobre la incapacidad del bien jurídico como canon de criminalización ALCÁCER GUIRAO, (nota 5), p. 23 y ss., con ulteriores referencias a esta idea en la literatura de los años noventa del siglo pasado (STRATENWERTH, FRISCH, KUHLEN y ESER) ("si en algo existe consenso en la actualidad, es que a partir de la mera noción del bien jurídico apenas pueden aportarse parámetros de decisión del legislador, no solo por la propia vaguedad de su definición, coexistiendo una multiplicidad de acepciones del mismo, sino porque para esa decisión político-criminal (...) se precisa una más amplia perspectiva de análisis y decisión"); FREUND, MK, antes de 13/57.

Básico para entender la situación de crisis actual del concepto en la doctrina alemana y el escepticismo existente con respecto a las prestaciones de la teoría del bien jurídico, el libro colectivo HEFENDEHL/v. HIRSCH/WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, especialmente el resumen final de WOHLERS, p. 281 y ss. He realizado ya una recensión a esta obra con el título *Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico*. En: *Revista electrónica InDret Penal* <www.indret.com> n° 2/2008 (abril).

(39) HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Colonia, 2002, p. 52 y ss.; ROXIN, (nota 30), 2/51 y ss.

(40) Paradigmático STRATENWERTH. *Zum Begriff des Rechtsgutes*. Th. Lenckner-FS, Munich, 1989, p. 377 y ss. y en la misma línea en V. HIRSCH, SEELMANN y WOHLERS. *Mediating Principles-Prinzipien der Strafbegrenzung. Zur Legitimation von Verhaltensdelikten*. Baden-Baden, 2005, pássim y STRATENWERTH y KUHLEN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. 5ª ed., Colonia y otras,

cambiando en el horizonte político-criminal. Se palpa en el ambiente que la teoría del bien jurídico, en cuanto instrumento suprapositivo de legitimación, se halla en crisis o, al menos, en serias dificultades. Cada vez hay más autores que ponen en duda que resulte sin más convincente la respuesta que, tradicionalmente, ha venido siendo ofertada mediante la (aparentemente sencilla) fórmula: si se protegen bienes jurídicos la criminalización es legítima y, sobre todo, si no se protegen bienes jurídicos se trata de una tipificación ilegítima.

Llaman mucho la atención las modificaciones y novedades que Roxin introdujo en la cuarta edición de su manual, a pesar de ser el más destacado defensor de una doctrina del bien jurídico como criterio crítico de la legislación penal⁽⁴¹⁾:

1. Si bien la teoría del bien jurídico sigue siendo el eje central de su desarrollo de una concepción material del delito, existen una serie de cambios significativos. Hasta la tercera edición mantenía con respecto a una serie de preceptos que un sector de la doctrina no acababa de ver la referencia tuitiva a un bien jurídico sino solo la intervención del Estado para evitar situaciones de conflicto entre ciudadanos, que el bien jurídico protegido era la paz pública⁽⁴²⁾. Esta posición, que le permitía legitimar delitos como la ofensa de los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, le había reportado gran cantidad de críticas en la medida en la que con la referencia a la paz pública su teoría del bien hacía aguas como criterio para determinar el alcance legítimo de las tipificaciones penales. Pues bien, tras más treinta años de mantener esa posición de repente niega que la paz pública sea un bien jurídico debido a su excesiva abstracción. ¿Por qué hasta ahora para Roxin la paz pública era un bien jurídico que legitimaba determinadas criminalizaciones y a partir de 2006 ya no lo es?

2. También es curioso que el papel que cumplía la referencia a la paz pública pasa a ser ocupado por los sentimientos de inseguridad o temor de un sector de la población. Roxin ni siquiera exige que se trate de sentimientos racionales o comprensibles de temor, sino solo que se encuentren extendidos. Este autor pone un ejemplo significativo: considera que es legítima la

2004, 2/7 y ss., 7/8. Este autor entiende que todos los tipos penales son delitos de comportamiento por lo que la razón de las criminalizaciones concretas no reside en la lesión de determinados bienes jurídicos, sino en la desatención o el menosprecio de normas de conducta fundamentales para el consenso normativo básico de la sociedad. Crítico con STRATENWERTH, ROXIN, (nota 7), apartado XI.1. En tiempos recientes SEELMANN. *Verhaltensdelikte: Kulturschutz durch Recht?*, Heike Jung-FS, Baden-Baden, 2007, p. 893 y ss., demostrando que el debate político-criminal con respecto a la legitimación de criminalizaciones que plantean dudas está sufriendo cambios.

(41) Recientemente, participando valientemente en el debate, ROXIN, (nota 7).

(42) Básica la investigación de HÖRNLE, *Grob anstössiges Verhalten*, Francfort, 2005, pp. 7, 90 y ss. y pássim.

punición del exhibicionismo en la medida en la que genere sentimientos de temor de ser víctima de una agresión sexual. Ahora bien, si la percepción social del hecho cambiara y fuera visto solo como síntoma de una inocua enfermedad mental, el exhibicionismo ya no podría ser castigado con pena.

3. Además de todo esto, Roxin entiende que las nuevas realidades sociales hacen que nos tengamos que plantear si en ciertos casos no habrá que asumir la legitimidad de ciertas normas aunque no tengan que ver directamente con la protección de bienes jurídicos. Por ejemplo, se refiere a la protección de embriones pre-implantatorios o de especies animales o vegetales en peligro de extinción (protección de la diversidad de la creación). Con posterioridad a la última edición y en un reciente trabajo relativo al debate sobre la teoría del bien jurídico como criterio crítico de criminalización, prefiere definir estos supuestos más como ampliaciones del concepto de bien jurídico que como excepciones al bien jurídico como elemento legitimante. De esta manera la protección de las condiciones de vida de las futuras generaciones o la biodiversidad quedan configurados como bienes jurídicos suprapersonales cuya protección es necesaria y constitucionalmente legítima⁽⁴³⁾. La razón de estos cambios terminológicos reside en que Roxin se ha dado cuenta que reconocer excepciones supone una bomba de relojería dentro de su sistema. Sin embargo, en realidad lo que demuestran estas “criminalizaciones del siglo XXI” es que con la referencia al bien jurídico lo que se está haciendo es un análisis político-criminal de la necesidad de pena teniendo en cuenta la lesividad social de la conducta y de legitimidad en el marco del vigente sistema constitucional. Estos elementos político-criminales han quedado fagocitados por la teoría del bien jurídico. Paso a profundizar sobre estas ideas.

c. Problemas conceptuales de la teoría del bien jurídico

En primer lugar, cabe señalar que en cuanto nos salimos del concepto dogmático o formal de bien jurídico, como política-criminal ya realizada a través de una norma, el concepto resulta inaprensible conceptualmente porque es un concepto vago y maleable que carece de contenido material⁽⁴⁴⁾.

(43) (Nota 7), apartado XII.

(44) AMELUNG, (nota 33), pp. 158 y ss., considera precisamente que en su apertura a cualquier tipo de valoración reside el éxito del concepto de bien jurídico; APPEL, *Verfassung und Strafe: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlín, 1998, pp. 337, 344 y ss.; FRISCH, *An den Grenzen des Strafrechts*, Stree/Wessels-FS. Heidelberg, 1993, p. 72; el mismo, *Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens*, en HEFENDEHL, V. HIRSCH y WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003, p. 216; HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia, 1989, p. 103 y ss. (problemas del concepto 105 y ss.), que llegan a afirmar que las definiciones de bien jurídico «son más bien soluciones de compromiso o simples conceptos vacíos que cada uno puede luego rellenar a su arbitrio»; JAKOBS, (nota 9), 2/12, considerando que es un concepto tan elástico que en el mismo entra cualquier finalidad de una regulación; KORIATH, *Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts*. GA 99, p. 561 y ss.; SEHER,

Existe prácticamente una definición de bien jurídico por autor que se ha dedicado al tema y si uno analiza una por una las decenas de definiciones que existen se da cuenta de que o bien se mueven en un plano de abstracción que no aporta nada o bien no pueden abarcar todas las normas penales. Además, se puede apreciar que todas ellas pecan de imprecisión y, en muchos casos, no se puede hablar más que de un hábil y sugerente juego de palabras. No es extraño que Roxin entienda que el escepticismo con relación a la capacidad de prestación del concepto no carece de fundamento⁽⁴⁵⁾. Es más, a estas alturas todavía no resulta claro si el concepto utilizado por la doctrina es un concepto material (heredero del positivismo naturalista-causalista) o bien es un concepto ideal o espiritual⁽⁴⁶⁾. En cuanto se profundiza en estas cuestiones se produce un cierto estupor y desazón⁽⁴⁷⁾. No hay ningún otro concepto que haya tenido tantas definiciones a lo largo de la historia de la Ciencia del Derecho Penal y que con un tratamiento tan amplio haya aportado tan poco rendimiento. Ni hay cuestiones que hayan tenido tan ocupada a la doctrina y que hayan aportado tan poca claridad conceptual. En definitiva, el panorama no puede ser más desconsolador y frustrante para cualquiera

Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutstheorie, en HEFENDEHL, V. HIRSCH y WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, p. 39; STRATENWERTH, (nota 40), p. 378 y ss.; STRATENWERTH y KUHLEN, (nota 40), 2/7; WOHLERS, (nota 28), p. 279; el mismo, *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur*. GA 2002, p. 16. Intenta responder a esta crítica ROXIN, (nota 7), apartado IV.

Uno de los más denodados defensores de la teoría del bien jurídico en la doctrina española en los últimos tiempos, ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho Penal*. Una aproximación desde la filosofía política, ADP 98, p. 540, parte curiosamente de la idea de que “es de sobra sabido que el concepto de ‘bien jurídico’, tomado en sí mismo, aparece, a lo largo de su discusión dogmática, como una mera fórmula vacía y susceptible de ser rellenada de cualquier contenido, tanto liberal como moralizante o autoritario. Por ello, lo que haya de entenderse como tal no podrá venir dado desde su propia ‘naturaleza’, sino que deberá inferirse de consideraciones diversas y externas al mismo, relativas tanto al merecimiento y la necesidad y posibilidad de protección, como a los límites garantísticos, así como, en última instancia, a presupuestos filosófico-políticos que delimiten los contornos de lo que ha de ser merecedor de prohibición y bajo qué límites”.

(45) (Nota 30), 2/3.

(46) Básico AMELUNG, (nota 22), pp. 2, 344 y ss., 350. En profundidad sobre esta discusión tradicional alrededor del concepto de bien jurídico vid. pp. 155 y ss., 174 y ss. Sobre el estado de la cuestión desde 1945 en la doctrina alemana vid. MÜSSIG, (nota 29), pp. 25 ss. Un análisis reciente de esta discusión en las dos últimas monografías más importantes en lengua alemana sobre los bienes jurídicos colectivos: ANASTASOPOULOU, (nota 32), p. 16 y ss.; HEFENDEHL, (nota 39), p. 27 y ss.

Esta cuestión muestra como, aunque no cabe duda de que la doctrina dominante claramente defiende que el concepto material del delito tiene que ver con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, habría que plantearse si cuando se opta o no por un bien jurídico de naturaleza espiritual, ideal o como valor se está hablando de lo mismo que hablan los que optan por un concepto de tipo más fáctico. Que la teoría del bien jurídico haya servido desde el siglo XIX para desarrollar teorías muy diversas del Derecho Penal demuestra la vaguedad y maleabilidad del concepto (y, con ello, quizás, se puede explicar su éxito a lo largo del tiempo).

(47) Clásico WELZEL, ZStW 58, p. 509, al que sigue JAKOBS, (nota 9), 2/7. Con el tiempo la situación no ha mejorado: vid. por todos, FRISCH, (Stree/Wessels-FS, nota 44), p. 71 y ss.; KRÜGER, (nota 32), p. 18; WOHLERS, (nota 28), p. 214, con ulteriores referencias.

que pretenda encontrar en la teoría del bien jurídico las bases de una política-criminal legítima más allá de tópicos o afirmaciones genéricas o superficiales. Sin un referente material la teoría del bien jurídico como teoría legitimadora del Derecho Penal es inane y su capacidad crítica queda desactivada.

La habitual referencia al marco constitucional en las reflexiones sobre el bien jurídico aporta algo evidente para cualquier teoría, sea del bien jurídico, de las normas, de la pena o de la culpabilidad: el ordenamiento penal debe ser coherente con el constitucional si quiere ser legítimo. Ello demuestra que no es la teoría del bien jurídico la que garantiza una política criminal legítima, sino que la legitimación viene preestablecida por el sistema constitucional o por principios de filosofía política. Las teorías constitucionales del bien jurídico moderadas o abiertas extendidas en la doctrina en realidad no son propiamente una teoría del bien jurídico, sino una teoría que canaliza a través de un juicio de proporcionalidad límites constitucionales ajenos a la teoría del bien jurídico⁽⁴⁸⁾.

La afirmación de que solo conductas que pongan en peligro o lesionen bienes jurídicos pueden ser objeto del Derecho Penal queda así convertido en un tópico y la teoría del bien jurídico acaba siendo una teoría arbitraria que se puede manejar a antojo (quizás esa ductilidad explique precisamente su éxito). Es más, si se analiza la teoría del bien jurídico desde su formulación original en 1830 por parte de Birnbaum⁽⁴⁹⁾, se puede apreciar que es un concepto que siempre ha presentado una llamativa ductilidad para amoldarse a lo que cada sistema social ha considerado que debía ser protegido por el Derecho Penal.

La teoría funcional, cuyo principal paradigma es la monografía de 1972 de Amelung, en realidad nos ha demostrado una cuestión muy simple: allí donde quedan definidos más o menos problemas sociales o problemas de organización social surgen nuevos bienes jurídicos. Si la protección de bienes jurídicos como la vida, la salud, la libertad o la propiedad no plantea problemas de legitimidad es porque la función esencial del Estado que legitima su aparición (Hobbes) es la protección de esos bienes. Si en estos casos hablamos de bienes jurídicos básicos o irrenunciables es porque tienen que ver con las necesidades básicas e irrenunciables que tiene que satisfacer

(48) Ello es para mí evidente, por ejemplo, en las últimas reflexiones de HASSEMER. "Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?". En: HEFENDEHL y V. HIRSCH y WOHLERS. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003, p. 59 y ss., sobre la vinculación de la teoría del bien jurídico con la constitución, que parece querer canalizar su teoría personal del bien jurídico a través de una teoría constitucional. Este autor, al igual que otros como STACHELIN o BOTTKKE, intentan legitimar la referencia al bien jurídico como elemento necesariamente integrante del principio de proporcionalidad.

(49) AMELUNG (nota 22), p. 47.

un Estado. Un Derecho Penal que renunciara de forma absoluta a la protección de dichos bienes estaría dando fe del final de una concepción moderna del Estado. En origen el Derecho Penal surge para proteger las instituciones básicas del Estado y los intereses más elementales de los ciudadanos, garantizando ciertas normas básicas sin las que no resulta posible la convivencia o la vida sociedad. Podría darse el caso de que una sociedad que no establezca la prohibición de matar o de mutilar pudiera salir adelante por un cúmulo de circunstancias favorables, pero resulta bastante improbable. Lo que se ha venido denominando Derecho Penal nuclear, con sus bienes jurídicos de indudable legitimidad, tiene que ver con las razones mismas por las que surgen los Estados modernos, incluso antes de que dichos Estados adquieran una mínima legitimidad democrática. Sin embargo, y por suerte, ya no vivimos en sociedades que no pretendan más que garantizar ciertos mínimos de convivencia, sino que se trata de sociedades muy complejas con un alto grado de juridificación de los problemas sociales, por lo que vemos que van cambiando las estrategias de protección jurídico-penal (un paradigma sería el incremento de los delitos de peligro) y el propio sistema jurídico va creando nuevos bienes jurídicos que ya no se corresponden con los intereses básicos de los individuos (vida, salud, libertad, intimidad, propiedad, etc.). Por ello hay que asumir que en la medida que el Estado va realizando labores más complejas, con la progresiva complejidad de la sociedad, los bienes jurídicos también van evolucionando. Por ejemplo, la ordenación del territorio se convierte en bien jurídico ya que es uno de los grandes problemas de España en la actualidad o la protección del medio ambiente se ha convertido en una necesidad para las sociedades modernas. Las características técnicas disponibles han obligado también a introducir en el debate sobre la legitimidad de normas la protección de futuras generaciones que ha pasado a ser una nueva necesidad, al igual que la capacidad destructiva de la Alemania nazi obligó a crear un delito de genocidio una vez que se comprobó que los Estados tenían la capacidad de poder hacer desaparecer grupos humanos de determinadas zonas del planeta. Lo que puede ser un bien jurídico queda de esta manera como una cuestión abierta (individual o supraindividual, con o sin referente o substrato material, etc.) que solo depende de la configuración o necesidades de una sociedad concreta en la medida que la funcionalidad o disfuncionalidad solo se puede definir en referencia a un concreto sistema social. Un bien jurídico-penal es la respuesta jurídica a la existencia de una necesidad social especialmente cualificada que, además, habría que añadir, se considera que se puede resolver imputando hechos concretos a personas concretas. Frente a la concepción político-criminal de bien jurídico de v. Liszt hay que decir que el legislador no se limita a reconocer los bienes jurídicos que existen en la vida social, sino que se dedica a identificar las necesidades de la vida social y convierte

la respuesta a dichas necesidades en bienes jurídicos. Los bienes jurídicos son construcciones normativas de respuesta a necesidades sociales detectadas. Por ello la teoría del bien jurídico, como ha dejado en evidencia Amelung con su teoría funcional o institucional, es una teoría relacionada con la lesividad social, es decir una teoría que sirve para controlar si realmente se tipifican conductas que encierran lesividad o dañosidad social y que resultan gravemente disfuncionales para el sistema social vigente. Sin embargo, habría que apuntar que más bien es una teoría de donde no se puede predicar que exista lesividad social. De hecho se echa de menos en la posición de Amelung una teoría desarrollada de la lesividad social, aunque su obra tiene el enorme mérito de ser la primera en intentar vincular la teoría del bien jurídico con una teoría social o, al menos, con las aportaciones de las Ciencias sociales y de la filosofía social⁽⁵⁰⁾. En realidad, la teoría de la lesividad social de Amelung impulsó decisivamente la necesidad de vincular la teoría del bien jurídico a una teoría de la sociedad para poder concederle un contenido material⁽⁵¹⁾.

En este sentido podemos apreciar como en la actualidad lo normal es que los bienes jurídicos que sirven de referencia a las nuevas criminalizaciones sean creados por el orden primario, de tal manera que la legitimidad viene ya establecida de antemano. En estos casos el elemento central de debate desde la perspectiva de la legitimidad es hasta donde resulta legítima la intervención con penas para proteger esos bienes jurídicos. Como ha señalado Frisch, “en las sociedades modernas la cuestión del bien jurídico está decidida desde hace tiempo y prácticamente en la totalidad de los ámbitos vitales significativos con carácter previo al Derecho Penal”⁽⁵²⁾. Ello significa para este autor que en el ámbito del Derecho Penal “las consideraciones sobre la incriminación en tal ámbito estructurado y valorado jurídicamente con carácter previo al Derecho Penal deben concentrarse casi por completo en problemas de coordinación, como, por ejemplo, en si lo que extrapenalmente se valora como bien jurídico requiere protección jurídico-penal, en que medida esta es necesaria y adecuada, etc.”⁽⁵³⁾.

Lo dicho en el párrafo anterior nos demuestra que la teoría funcional de Amelung inició una vía de análisis adecuado en materia político-criminal, pero es una teoría incompleta en la medida que este autor no llegó a vincular

(50) (Nota 22), introducción y p. 350 y ss.

(51) Sobre los intentos de vincular la teoría del bien jurídico a una teoría de la sociedad, WOHLERS, (nota 28), p. 229 y ss. Destaca en este punto en la doctrina alemana MÜSSIG, (nota 29), pp. 67 y ss., 137 y ss., 149 y ss. (“las teorías del bien jurídico son teorías de la sociedad”), 229 ss. y *pássim*.

(52) En: HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007, p. 316.

(53) *Ibíd.*, p. 319.

su teoría político-criminal con la teoría de la pena; es decir, no vinculó la legitimidad de los procesos de criminalización con la legitimidad general de la intervención del Derecho Penal con penas. Si bien es cierto que todo delito debe ser un hecho lesivo socialmente, no todo hecho lesivo socialmente tiene que ser un delito. Excede de las labores de la Ciencia jurídico-penal discutir sobre la lesividad social de los comportamientos, debiendo vincularse la discusión político-criminal sobre la lesividad social a la tipificación de hechos que justifican la imposición de una pena a una persona derivada de la gravedad del hecho cometido. Lo decisivo es si las normas penales protegen, frente a ataques individualizables, un sector de la realidad social que se merece y necesita protección jurídico-penal.

d. Un ejemplo concreto: la moderna discusión alrededor de los bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o universales

El debate sobre la legitimidad de la pena para proteger bienes jurídicos colectivos es un modelo de discusión político-criminal actual propiciado especialmente por Hassemer y la denominada “escuela de Frankfurt” en la que las necesidades político-criminales de las sociedades modernas han obligado a la teoría a enfrentarse a sus propias deficiencias e imprecisiones. Los delitos económicos, que han protagonizado la obra del homenajeado, se han visto situados en el centro de este debate doctrinal. Es curioso que esta cuestión capitalice el debate actual sobre la teoría del bien jurídico cuando son bienes jurídicos que nacen con la propia teoría y, como he señalado, la aportación originaria del iuspositivista Birnbaum tiene como objetivo precisamente la legitimidad de estos⁽⁵⁴⁾. Lo que demuestra este debate es que la teoría del bien jurídico, tras los colosales esfuerzos empleados con ella, no ha podido perfilar mínimamente el ámbito de los bienes jurídicos que pueden ser relevantes para el Derecho Penal.

Autores como Hassemer han vinculado erróneamente bienes jurídicos colectivos con ausencia de substrato o referente material. Sin embargo, si bien es cierto que un solo vertido no pone en peligro el medio ambiente⁽⁵⁵⁾, tampoco un homicidio pone en peligro la vida humana sobre la faz de la tierra ni un hurto pone en peligro la propiedad como institución ni un delito de lesiones implica que se haya acabado definitivamente con la salud de otra persona. Lo decisivo es si de ese vertido que afecta a un concreto recurso natural del que depende el equilibrio de los sistemas naturales (objeto material u objeto del delito) como, por ejemplo, un lago o un río se puede predicar que

(54) AMELUNG, (nota 22), pp. 44 y ss., 49.

(55) Significativo SILVA SÁNCHEZ, (nota 36), p. 107, en una idea que ha protagonizado sus trabajos sobre protección jurídico-penal del medio ambiente.

encierra una lesividad social cualificada. Si bien es cierto que un bien jurídico colectivo no puede ser destruido con una acción aislada (salvo catástrofe nuclear o similar), ningún bien jurídico (la vida humana, la salud, la libertad, etc.) puede serlo. Parece que los nuevos delitos solo nos están mostrando de forma más clara aspectos que ya estaban presentes en los tipos que podemos denominar más clásicos. Las conductas delictivas nunca lesionan o erosionan significativamente los bienes jurídicos, sino solo los objetos materiales que son su concreción como elementos del hecho típico⁽⁵⁶⁾. Lo que es comunicativamente relevante es que los delitos lesionan o erosionan significativamente ciertas normas esenciales. Lo que importa en el hurto más que la propiedad individual (a la víctima concreta le puede afectar muy poco debido a su gran patrimonio) es el respeto de la propiedad de acuerdo con el ordenamiento vigente. En definitiva, muchos injustos que tienen que ver con bienes colectivos o universales pueden resistir sin muchos problemas una comprobación de la nocividad o lesividad social de la conducta si los tipos están correctamente configurados en ese sentido⁽⁵⁷⁾. El problema, pues, no es una excesiva espiritualización o, perdónese el neologismo, “desmaterialización” de los bienes jurídicos⁽⁵⁸⁾, sino de los tipos penales. Parece que muchas objeciones contra los delitos contra bienes jurídicos colectivos vienen motivadas por una incorrecta teorización inicial de los delitos contra bienes jurídicos individuales, cuyas insuficiencias se van haciendo más evidentes a medida que el análisis se aleja más de los tradicionales delitos de homicidio, lesiones o contra la libertad.

Por ejemplo, lo que caracteriza como injusto un delito de homicidio es que se trata de una arrogación absoluta de un ámbito de organización individual o personal (la persona se ve aniquilada); sin embargo, esto sucede prácticamente solo con los delitos contra la vida, mientras otros injustos evidentes como las lesiones o los delitos contra la libertad ya son más bien arrogaciones parciales de ámbitos de organización ajenos; pues bien, también en relación con los ámbitos de organización colectivos o supraindividuales podemos constatar arrogaciones o lesiones parciales de dichos ámbitos o tipificar comportamientos que tengan que ver con ese tipo de consecuencias. Los problemas dogmáticos se plantean cuando se quiere construir una teoría

(56) ANASTASOPOULOU (nota 32), p. 203 y ss., distinguiendo entre lesión del bien jurídico y exterminio global del bien jurídico, con un amplio estudio de figuras delictivas concretas; ROXIN, (nota 30), 2/85.

(57) Vid. como ejemplo el análisis político-criminal que realiza HEFENDEHL, JR 96, p. 353 y ss. sobre los tipos de falsificación de moneda.

(58) Sobre este *topos* de la actual discusión político-criminal, vid. por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 1), p. 802, con ulteriores referencias; KRÜGER, (nota 32), p. 15 y pássim; MÜSSIG (nota 29), pp. 1 y ss., 233 y pássim; el mismo, RPDJP 2001, p. 317 y ss., en un trabajo que tiene precisamente por título Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal; HASSEMER/NEUMANN, NK, antes de 1/122 ss.; WOHLERS, (nota 28), p. 221 y ss.

general inductivamente a partir de un delito concreto como el homicidio o de un grupo de delitos concretos.

Los problemas dogmáticos que plantean los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos no se pueden intentar resolver a partir de una teoría personal del bien jurídico, sino a través de una teoría personal de la imputación. Como ya he expuesto, dentro de la teoría del bien jurídico se encuentra implícita la idea de que una necesidad social se puede resolver imputando conflictos sociales particulares a personas concretas. La cuestión que subyace al debate doctrinal sobre la legitimidad de las normas que protegen bienes jurídicos colectivos –también los vinculados al correcto funcionamiento del orden socioeconómico que han tenido tan ocupado a nuestro homenajeador– es si la estructura típica por acumulación legitima la intervención del Estado imponiendo penas a personas concretas o los problemas de los daños sociales producidos por acumulación deben ser resueltos sin recurrir a la imposición de penas. Cuando un sector de la doctrina se refiere a la ilegitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos, en realidad se está refiriendo a la ilegitimidad de la protección de bienes mediante estructuras típicas por acumulación. Con respecto a este debate esencial para la política criminal del siglo XXI la teoría del bien jurídico tiene pocas cosas que aportar.

La teoría del bien jurídico es por sí sola una teoría insuficiente para desarrollar una teoría global del hecho punible

La legitimación del Derecho Penal en la protección de bienes jurídicos es imprecisa no solo para caracterizar la función específica del Derecho Penal sino también para resolver concretos problemas jurídico-penales. La teoría del bien jurídico como eje político-criminal sin ulteriores referencias solo puede aportar información sobre qué proteger, pero no puede aportar información político-criminal alguna sobre cómo, cuándo y hasta dónde proteger ese objeto de tutela; es decir, sobre las estructuras típicas. El problema de legitimidad de las figuras delictivas es, pues, mucho más complejo que lo que puede aportar la teoría del bien jurídico. De acuerdo con la posición que se viene manteniendo en este trabajo la política-criminal se debe centrar más que en el objeto de tutela en la forma de desempeñar su labor de protección mediante la pena, que es lo que realmente le distingue de otras instancias sociales. El principal problema político-criminal actual de fondo no es si se protegen bienes jurídicos, sino cómo se protegen y cómo delimitar la permisión de conductas⁽⁵⁹⁾.

(59) Por todos, ANASTASOPOULOU, (nota 32), p. 277, siguiendo a FRISCH; APPEL. *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?*, KritV 99, p. 297 y ss.; el mismo, (nota 44), p. 384 y ss.; FREUND, (nota 21), 1/11; el mismo, MK, antes de 13/59, p. 135 y ss.; v. HIRSCH, *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur: Eine Annäherung von drei Seiten*, GA 2002, p. 9 y ss.; el mismo, *Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm*

La teoría del bien jurídico desde la perspectiva político-criminal o crítica sirve en exclusiva para descubrir los fines protectores de una norma determinada de la parte especial y, discutir de partida, la legitimidad tuitiva de una norma concreta. Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el fin tuitivo es legítimo, ello no significa automáticamente que la norma sea legítima. Por tanto, la teoría del bien jurídico solo puede resolver algunos aspectos con respecto a la legitimidad de la norma, el problema es que se trata de una teoría que ha tenido el efecto pernicioso de hacer creer que resolvía la mayor parte de los problemas de legitimidad cuando no es así. La teoría del bien jurídico solo sirve como criterio con respecto a la legitimidad del fin de una norma concreta, pero no con respecto a su contenido.

El problema esencial es que también existen normas no penales, sobre todo sancionadoras, que sirven para proteger bienes jurídicos. Ello es evidente en el ámbito del Derecho Penal económico y demuestra que es preciso profundizar sobre cuáles son las conductas que merecen ser penadas en beneficio de la protección de bienes jurídicos. Y, como ya he señalado, sobre ello la teoría del bien jurídico poco puede aportar. La cuestión político-criminal decisiva no es determinar cuándo existe una protección de bienes jurídicos sino cuándo existe una protección de bienes jurídicos mediante penas legítima. No basta para legitimar una norma que tenga utilidad para evitar lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos. Algunos autores han adoptado por ello el uso del término bien jurídico-penal o bien jurídico penalmente protegido más restringido que el de bien jurídico. Ello debería llevar a la conclusión de que el objeto central de reflexión debe ser el concepto de injusto penal como injusto específico merecedor de respuesta con una pena y no solo el de bien jurídico⁽⁶⁰⁾.

Un sector de la doctrina considera que la teoría del bien jurídico como elemento esencial del concepto material de delito puede servir para delimitar

Principle”, en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003, p. 19 y ss.; v. HIRSCH/WOHLERS (nota 28), p. 196 y ss.; MÜSSIG (nota 58), p. 322 (“una teoría crítica del bien jurídico no solo debe poder indicar qué es lo que son ‘bienes jurídicos’ y como estos aparecen en la realidad social, sino que también debe poder explicar cómo funciona en detalle la protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal”); SILVA SÁNCHEZ (nota 5), p. 287 y ss.; WOHLERS (nota 28), p. 278 y ss.; el mismo (nota 41), p. 15; el mismo en: HEFENDEHL, VON HIRSCH y WOHLERS. *Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsskeptikers, Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 282 s. La idea de WOHLERS (con la que ha coincidido v. HIRSCH) de que la teoría del bien jurídico solo tiene sentido en relación a la legitimidad de determinadas estructuras típicas o de imputación coincide esencialmente con la idea manifestada en el texto. También muestran su acuerdo con esta idea, STRATENWERTH/KUHLEN, (nota 40), 2/16.

(60) FRISCH, (Stree/Wessels-FS, nota 44), p. 76 ss. y JAKOBS, (nota 10), p. 153. Desde la perspectiva del control de constitucionalidad, LAGODNY. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübinga, 1996, p. 163, critica a la teoría del bien jurídico porque no puede delimitar las cuestiones de legitimidad que tienen que ver con la mera creación de una norma o con la configuración de esa norma como penal.

las infracciones penales de las administrativas. En realidad, se trata de una afirmación que puede quedar bien en un manual para estudiantes, pero que no se corresponde con la realidad. Desde Goldschmidt⁽⁶¹⁾, que trabajó sobre ciertas ideas de Feuerbach, es evidente que con la mera referencia a la teoría del bien jurídico o a la naturaleza del bien protegido no es posible diferenciar entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, especialmente en la época actual en la que los dos sistemas cada vez se asemejan más.

Un ejemplo concreto: política criminal preventivo-instrumental y expansión y administrativización de las tipificaciones penales

La concepción preventivo-instrumental de la pena orientada básicamente a la prevención de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos es, en mi opinión, una de las principales responsables teóricas de la denominada tendencia expansionista e intervencionista del Derecho Penal. Esta, como ha señalado la escuela de Frankfurt, es hija de una determinada idea instrumental de prevención que carece de límites y que, paradójicamente, ha acabado convirtiendo la referencia al bien jurídico como legitimante en una nueva forma de hacer política criminal.

No se puede negar que la abundancia de delitos de peligro abstracto mejora fácticamente la protección de bienes jurídicos. Tiene razón Jakobs cuando señala en esta misma línea que “si se pretende que lo decisivo sea la protección de bienes jurídicos, no hay nada más efectivo que intervenir en cuanto antes”⁽⁶²⁾. Como hace tiempo que viene señalando este autor, el principio mismo de la protección de bienes jurídicos incita las anticipaciones de la punibilidad en la medida en la que “induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede tener una relación positiva con el concepto de bien jurídico”⁽⁶³⁾. “La manía de la anticipación del delito es en el Derecho Penal moderno un problema, a cuya génesis, sin embargo, no es ajena la tesis del Derecho Penal como protección de bienes jurídicos: si de lo que se trata es de la protección de bienes jurídicos, entonces, esta protección se querrá efectiva, y desde esta perspectiva no se entendería la renuncia a penalizar las conductas generadoras de un peligro abstracto”⁽⁶⁴⁾. Como si fuera el doctor Frankenstein, la doctrina, a partir de la legitimación –con la mejor de las intenciones– de la función de protección de bienes jurídicos ha construido un monstruo que ahora no puede controlar.

(61) Sobre esta discusión doctrinal a principios del XX, vid. por todos, AMELUNG, (nota 22), p. 115 y ss.

(62) (Nota 11), p. 67.

(63) Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97, p. 752 y ss.

(64) (Nota 10), p. 162.

Uno de los fenómenos más llamativos que se pueden contemplar en la praxis legislativa de los últimos años es la denominada administrativización de los tipos penales mediante la creación de tipos de peligro abstracto, que es una dinámica a la que la teoría del bien jurídico se ha visto incapaz de poner límites. No es, sin embargo, el enriquecimiento de la teoría con propuestas como la teoría personal del bien jurídico la que le va a permitir al Derecho Penal mantener su identidad, sino una teoría personal de la imputación y de los procesos y las modalidades de imputación. En esta línea, cabe afirmar que cuando se trata solo de mantener la vigencia de normas que estadísticamente se ha comprobado que son útiles para la prevención de lesiones de bienes jurídicos es legítima la intervención del Derecho Penal. La peligrosidad estadística representa, sin duda, una fundamentación suficiente para crear normas que desvaloren ese tipo de conductas, pero no para fundamentar la intervención del Derecho Penal con penas frente a ciudadanos concretos.

La cuestión dogmática general de las estructuras típicas de acumulación se encuentra indisolublemente unida al debate moderno sobre la legitimidad y determinación dogmática de la lesividad social propia de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, con especial incidencia en el ámbito del Derecho Penal económico. En estos casos no se sanciona la conducta por crear por sí sola un riesgo o peligro de entidad suficiente, sino por los efectos nocivos de la repetición o reiteración del mismo tipo de comportamientos. Se trata de un método de imputación estadístico para problemas macrosociales o sistémicos que intenta evitar la creación de riesgos difusos que no tienen una única fuente⁽⁶⁵⁾. Como señala Silva Sánchez⁽⁶⁶⁾, “es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho Penal, una sanción *ex iniuria terti*”. Y, como ha añadido Alcácer Guirao⁽⁶⁷⁾, el injusto *ex iniuria terti* es “indudablemente rechazable desde los presupuestos legítimos de imputación configurados en torno a la propia autonomía individual con respecto al menoscabo de una esfera de libertad ajena, que exige un reproche de culpabilidad basado en un hecho lesivo individual, y no una ‘culpabilidad colectiva’ o vicaria”.

(65) Sobre las estructura típicas por acumulación, con ulteriores referencias: FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 1), pp. 815 ss; el mismo. *Sobre la “administrativización” del Derecho Penal en la “sociedad del riesgo”*. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI, en *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, Liber amicorum en homenaje al Prof. Antonio González-Cuellar García*, p. 157 y ss.; FRISCH, *Gesellschaftlicher Wandel als formende Kraft und als Herausforderung des Strafrechts*, Heike Jung-FS, Baden-Baden, 2007, p. 197 y ss.

(66) (Nota 36), p. 127.

(67) La protección del futuro y los daños cumulativos, ADP 2001, p. 158.

La intervención con penas es ilegítima en estos casos porque el peligro abstracto no es entendido como un peligro predicable del comportamiento sino que se trata de un peligro presunto, estadístico o global relacionado con el comportamiento posible de otras personas sobre las que no se dispone ningún tipo de influencia ni se dispone de ningún tipo de vínculo normativo; es decir, en las estructuras de acumulación se hace responsable a alguien de un peligro todavía no existente basado en la hipótesis de que otros se comportarán en el futuro de forma incorrecta (se responde con una pena porque si todo el mundo hiciera lo mismo (...)). Desde un punto de vista individualmente considerado –ajeno a la incidencia de otros comportamientos que, incluso pueden llegar a no producirse nunca– la conducta es un injusto meramente formal (la conducta es peligrosa porque así lo dice la norma aunque en el caso concreto ni siquiera se pueda constatar su peligrosidad abstracta). En los delitos cumulativos el fundamento de la pena no depende solo del comportamiento individual sino que la razón para el castigo se enmarca en una dinámica de desobediencia en masa. Sin embargo, el tratamiento del tema comportamientos uniformes en masa e imputación colectiva debe quedar relegado al Derecho Administrativo. La pena, por sus características retrospectivas, exige otro tipo de estrategia preventiva que tenga en cuenta aisladamente la peligrosidad del hecho individual con independencia de la dinámica colectiva o social (aunque a veces haya instituciones como la coautoría o la participación que permitan castigar la realización conjunta de un hecho delictivo). No se debe, por ello, prescindir de la categoría de los delitos cumulativos como modelo de análisis crítico o político-criminal de tipos concretos. Se debe aprovechar esta categoría para un objetivo distinto al propuesto por autores como Kuhlen, Hefendehl o Wohlers: para tildar de ilegítimos ciertos tipos penales y dejar claro qué tipos no se merecen el calificativo de hecho punible por lo que deben quedar a expuertas del Derecho Penal. En estos casos la conducta no es socialmente lesiva por sí misma (no se trata de que se vayan acumulando pequeños daños hasta producir uno mayor, sino que solo es posible lesionar mediante una acumulación de conductas inofensivas por sí mismas) y, por ello, se acaba haciendo responder a una persona de las conductas de otros sufriendo un mal mayor que el que le corresponde por su comportamiento.

La referencia que tiene su origen en la doctrina alemana a bienes jurídicos intermedios espiritualizados o con función representativa⁽⁶⁸⁾ para legitimar ciertos delitos contra bienes jurídicos estatales (correcto funcionamiento de la Administración Pública o de la Administración de Justicia) implícitamente

(68) Sobre esta categoría vid. por todos ROXIN, (nota 30), 11/161.

plantea los mismos problemas de legitimidad⁽⁶⁹⁾. Se trata de supuestos en los que se pretende compatibilizar ciertos tipos penales con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En realidad la discusión sobre la legitimidad es otra: habrá que ver en estos casos cuándo se está hablando de una imputación individual de lesividad social y, por tanto, la tipificación es legítima y cuándo no se está haciendo más que usar mediante la referencia a bienes jurídicos otra vía de justificación de la lógica de la acumulación y, por tanto, se trata de tipos penales ilegítimos. El problema de fondo es siempre el mismo y tiene que ver con estructuras de imputación, por lo que la referencia a bienes jurídicos de determinadas características no resuelve los problemas esenciales de legitimidad.

Lo mismo que se ha dicho de la ilegítima administrativización del Derecho Penal mediante los denominado delitos cumulativos cabe predicar de los supuestos en los que de forma expresa o tácita se recurre al principio de precaución como criterio de fundamentación de los delitos de peligro abstracto en supuestos caracterizados por la existencia de incertidumbre científica y la posibilidad de daños graves e irreversibles. En estos casos se puede apreciar también como el Derecho Penal se ve inmerso en una dinámica administrativizadora con base en la idea de una óptima protección de bienes jurídicos: los bienes jurídicos quedan mejor protegidos si se castigan incluso aquellas conductas de las que no se sabe seguro si encierran peligros para bienes o se sospecha que podrían ser peligrosas. De esta manera los espacios de riesgo permitido se ven restringidos en beneficio del interés en la protección de bienes jurídicos. Mediante el principio de precaución se incide en una política criminal de la seguridad (de bienes) como idea directriz y de esa manera la expansión del Derecho Penal resulta imposible de frenar. Pero en el fondo este tipo de legitimaciones hacen que se utilice la pena para castigar una conducta “por sí” podría llegar a ser un injusto o porque se tienen dudas de que lo sea.

En resumen, no hay duda de que la tipificación de los daños cumulativos o la importación del principio de precaución para la legitimación de nuevas criminalizaciones sirven para mejorar la protección de los bienes jurídicos. A pesar de ello no son modelos de intervención del Derecho Penal legítimos porque se rigen por una lógica propia de las sanciones administrativas y del

(69) Es representativa en este punto la evolución de SCHÜNEMANN desde *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 75, p. 798 donde propone la existencia y legitimación de un grupo de delitos de peligro bajo esta denominación hasta *Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?*, en: KÜHNE/MIYAZAWA. *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*. Berlín. 2000, p. 25 donde se encuentran referencias a la lógica de la acumulación. Sobre cómo SCHÜNEMANN se ha ido acercando a la idea de la acumulación vid. ANASTASOPOULOU, (nota 32), p. 164 y ss.

Derecho de policía. Ello no puede legitimar la imposición de una pena sino de otro tipo de sanciones, pero los criterios para la deslegitimación no se encuentran en la teoría el bien jurídico.

La teoría ha carecido históricamente de eficacia práctica y sigue careciendo de eficacia práctica ante las actuales condiciones sociales

El intento de establecer límites a la praxis legislativa del Derecho Penal con el instrumental de la teoría del bien jurídico ha sido un fracaso. Sobre todo si se tiene en cuenta que los supuestos éxitos de la teoría del bien jurídico han obedecido a condiciones sociales ajenas a la teoría. Existe una opinión cada vez más extendida en la doctrina de que la teoría político-criminal del bien jurídico ha fracasado en la medida en la que promete más de lo que ofrece o se le ha exigido más de lo que puede proporcionar por sí sola⁽⁷⁰⁾. Más bien ofrece una apariencia de conducir a resultados a los que, en realidad, se llega con base en baremos externos a la teoría⁽⁷¹⁾.

Un ejemplo concreto: La ineficacia de la teoría del bien jurídico para deslindar los injustos penales de las infracciones morales

La teoría del bien jurídico ni siquiera resulta eficaz donde parece que se mueve con mayor comodidad para constatar la ausencia de lesividad social. Así, por ejemplo, aunque es dominante la idea de que la referencia al bien jurídico evita que las normas protejan exclusivamente determinadas opciones ideológicas, religiosas, morales o políticas, tenemos muchos ejemplos en el Derecho vigente en los que las normas tienen que ver con la corrección política (*political correctness*) y estamos viendo como los empresarios o gestores ideológicos o morales, es decir, los grupos sociales organizados (feministas, protectores de animales, ecologistas, organizaciones contra la intolerancia y la xenofobia, etc.) van consiguiendo su correspondiente criminalización de lo que consideran incorrecto⁽⁷²⁾. Esta es una de las tendencias más llamativas

(70) Vid. por todos, APPEL, (nota 59), pp. 285, 296 y ss., 306 y ss., considerando que el bien jurídico no añade ninguna consideración crítica que no esté contenida ya en un juicio general de constitucionalidad; el mismo, (nota 44), pp. 356 (sobre el fracaso real del concepto de bien jurídico como criterio de limitación del Derecho Penal), 381 ss. (sobre la inidoneidad de la teoría del bien jurídico como concepto para la limitación jurídico-penal), 389 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 1), pp. 823 y ss., con ulteriores referencias; SILVA SÁNCHEZ, (nota 36), p. 115; WOHLERS, (nota 28), p. 279; el mismo, (nota 44), p. 17; el mismo, (nota 59), p. 281, que entiende que la teoría del bien jurídico solo puede deslegitimar tipos penales que exijan algo imposible desde el punto de vista del estándar de racionalidad de una determinada sociedad o que protegen intereses que de acuerdo con la estructura normativa esencial de una determinada sociedad no merecen ser protegidos jurídicamente.

(71) WOHLERS, (nota 59), p. 281.

(72) Tradicionalmente los gestores o empresarios morales se dedicaban a mantener o conservar una determinada moral o ética mediante normas penales. A ello se han sumado los gestores o empresarios de la moral colectiva modernos que pretenden utilizar las normas penales como medio de promoción de una determinada moral o ética. Ya no se trata de mantener el pasado, sino de conseguir determinadas representaciones o valoraciones de cara al futuro.

de los procesos legislativos modernos y una de las razones de la expansión del Derecho Penal. Todo el mundo quiere su delito para demostrar que su causa es correcta. La escasa relevancia de la teoría del bien jurídico para estas cuestiones se puede apreciar en que junto a la afirmación de partida de que el Derecho Penal no tiene la función de proteger determinadas representaciones o valoraciones religiosas, morales o similares, se suele añadir la coletilla o apostilla de que siempre que no sirvan para proteger ciertos elementos esenciales de la vida social o una convivencia pacífica. Por ese desagrüe se escapa todo el supuesto contenido limitador de la teoría del bien jurídico en este ámbito.

En este sentido, el legislador se ve presionado en muchas ocasiones a incluir normas que solo protegen los sentimientos de una mayoría, se haga ello bien de forma implícita (arts. 337, 632.2 del CP⁽⁷³⁾) o explícita (arts. 524 a 526 del CP)⁽⁷⁴⁾. Un representante tan cualificado de la teoría del bien jurídico como Roxin⁽⁷⁵⁾ consideró incluso durante mucho tiempo que la paz pública entendida como la reacción de indignación que provocan determinadas acciones era un bien jurídico digno de protección penal, aunque en la actualidad haya variado su posición inicial⁽⁷⁶⁾. En la actualidad considera, sin embargo, como ya he señalado, que la protección de sentimientos de

(73) En profundidad sobre este tipo de tipificaciones FREUND, MK, antes de 13/49 y ss.; LAGODNY (nota 60), p. 156 y ss., con ulteriores referencias. Intenta legitimarlas sin referencias a bienes jurídicos ROXIN, (nota 30), 2/55 s.

(74) En la doctrina han abundado críticas contra la legitimidad los tipos que solo protegen sentimientos y que, por ello, resultan ilegítimos desde una perspectiva racional. Como señalan FRISCH, (Stree/Wessels-FS, nota 44), p. 74 y JAKOBS (nota 10), p. 161 en algunos delitos del Derecho Penal alemán solo la irritante incorrección de la conducta es la que constituye la razón de la prohibición. En la doctrina anglosajona parece que esta es una idea bastante extendida (v. HIRSCH, -GA, 2002, nota 59-, p. 12 y ss. y -Rechtsgutstheorie, nota 59- p. 22 y ss., en debate con ciertas ideas de FEINBERG).

La doctrina dominante en lengua alemana, sin embargo, ha decidido legitimar en casos extremos estos tipos penales como protección de convicciones o valoraciones morales extendidas o profundamente arraigadas, siendo discutido si con ello se protege o asegura en última instancia la paz social a la que se convierte en bien jurídico como han pretendido legitimarlos tradicionalmente ROXIN (de otra opinión en -nota 30- 4ª, 2/26 ss., especialmente 2/28) y RUDOLPHI, SK, 1/11 o una cierta seguridad en la orientación vital, aunque ello no tenga que ver con bienes jurídicos: AMELUNG, (nota 22), pp. 346 y ss., 378; el mismo (nota 33), p. 171 y ss.; FRISCH, (Stree/Wessels-FS, nota 44), p. 73; SEELMANN, Gefährdungs und Gefühlsschutzdelikte an den Rändern des Lebens, E. A. Wolff-FS, Heidelberg, 1998, p. 492 y ss.; STRATENWERTH, (nota 40), p. 386 y ss.; STRATENWERTH y KUHLEN (nota 40), 2/9. p. 3ª, 2/12, 15. En este punto, como en tantos otros, Roxin demostraba continuas inconsistencias en su teoría del bien jurídico, en la medida en la que aceptaba en casos concretos como bienes jurídicos elementos que eran incompatibles con su definición general. Las abundantes críticas, incluso desde los defensores de la teoría del bien jurídico, le han hecho variar su posición. Sobre este debate FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 1), p. 825 y ss., con ulteriores referencias.

Por otro lado, la paz pública también es un bien protegido por las normas de policía, con lo cual lo decisivo sería determinar cuando es legítimo proteger la paz pública mediante la imposición de penas y no mediante sanciones administrativas u otras medidas de policía.

(76) (Nota 30) 4ª, 2/46 y ss. Ahora ha cambiado de posición argumentando que un objeto material excesivamente abstracto no puede ser un bien jurídico.

temor es legítima en el marco de un Derecho Penal protector de bienes jurídicos⁽⁷⁷⁾. Ello nos demuestra que la teoría del bien jurídico no plantea ningún límite material⁽⁷⁸⁾ y que las decisiones sobre la legitimidad son ajenas a la teoría. En casos como estos en realidad se discute la legitimidad del castigo con el objetivo de evitar potenciales situaciones de enfrentamiento entre personas con concepciones diversas o la legitimidad de la punición de infracciones contrarias a la ética dominante. Por otro lado, existen criminalizaciones que bajo la apariencia de la protección de bienes lo que buscan en el fondo es mantener un cierto código moral. Por ejemplo, la punición de los supuestos de inducción y auxilio al suicidio, incluso en supuestos eutanásicos en los que existen objetivamente buenas razones para querer morir, no se pueden entender sin alguna referencia a la moral estadísticamente dominante. Lo mismo se puede predicar de ciertos delitos relativos a la manipulación genética⁽⁷⁹⁾.

En realidad, cuando se ha llegado a la conclusión de que determinados delitos no protegen bienes jurídicos sino la moralidad (homosexualidad, adulterio, delitos de brujería, etc.), lo que se está afirmando es que la sociedad ha evolucionado y el Derecho Penal resulta disfuncional porque se ha quedado anclado en viejas concepciones morales que ya no se corresponden con las nuevas concepciones, esquemas culturales o ideologías imperantes en la sociedad⁽⁸⁰⁾. Este tipo de evoluciones más que con el bien jurídico tienen que ver con los cambios del contexto o clima cultural o, de lo que podemos denominar en términos habermassianos, del “mundo de la vida”.

(77) (Nota 30) 4ª, 2/26 y ss., Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, en HEFENDEHL, *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*. Colonia, 2005, p. 141 y (nota 27), p. 17 y ss. (=Küper-FS, p. 498 y ss.). Incluso si se entendiera, cosa que Roxin no hace expresamente, que serían legítimas las normas que protegen sentimientos de temor razonables o comprensibles, la teoría del bien jurídico no podría aportar nada sobre la delimitación con aquellos supuestos que se podrían entender como irrazonables o incomprensibles. La prueba de ello es que Roxin, (nota 30), 2/63 y (nota 27), p. 18 (=Küper-FS, p. 499), legitima la punición del exhibicionismo en la medida en que tales modalidades de conducta generen el temor de ataques sexuales, pero si la población lo percibiera nada más que como un síntoma inocuo de una enfermedad mental se trataría de una conducta que no se debería castigar.

(78) FRISCH, (Rechtsgutstheorie, nota 44), p. 216 y ss.

(79) ROXIN, (nota 30), 2/24 y ss.; SEELMANN. Rechtsgutskonzept, “‘Harm Principle’ und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien”. En: HEFENDEHL, V. HIRSCH y WOHLERS. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, p. 267.

(80) APPEL, (nota 59), p. 285; el mismo, (nota 44), p. 356; FRISCH (Stree/Wessels-FS, nota 44), p. 72 y ss.; HASSEMER y MUÑOZ CONDE, (nota 44), p. 168; JAKOBS (nota 10), p. 160, llegando a afirmar tajantemente que “no existe un límite inamovible entre el bien jurídico y la infracción moral” (p. 169); STRATENWERTH y KUHLEN, (nota 40), 2/15; WOHLERS, (nota 28), p. 227; el mismo (nota 44), p. 17; el mismo (nota 59), p. 281, señalando este autor en sus contribuciones como la teoría del bien jurídico lo único que exige es la prueba de que lo que protege la norma debe estar en armonía con la estructura de racionalidad o el estándar de racionalidad de una determinada sociedad.

Intenta rebatir esta opinión de forma poco convincente, especialmente en relación a la posición crítica de autores como STRATENWERTH, HIRSCH y ROXIN (nota 30), 2/18 y (nota 77), p. 136.

Eso es lo que en realidad mueve los cambios de la legislación penal. La mejor prueba de ello es que en estos casos la despenalización es absoluta; es decir, se trata de conductas que no solo dejan de ser prohibidas y sancionadas por el Derecho Penal, sino por el conjunto del ordenamiento jurídico. Lo mismo sucede cuando se transforman bienes jurídicos rancios como la honestidad en nuevos bienes jurídicos como la libertad sexual. Este tipo de cambios van ligados a una transformación social previa (de principios morales y costumbres, modificación del papel social de las mujeres o de la religión en la sociedades modernas, etc.). Las experiencias de despenalización de los últimos treinta años⁽⁸¹⁾ solo demuestran que en las sociedades democráticas occidentales existe una constante variación de principios morales (importante en los últimos años en materia de sexualidad y costumbres⁽⁸²⁾ y religiosidad). En esta evolución considerada positiva de los Derechos Penales europeos occidentales la teoría del bien jurídico se ha imputado méritos de más; con toda seguridad la evolución habría sido igual o similar aunque la doctrina no dispusiera de una teoría del bien jurídico como medio de argumentación, en la medida en la que se trataba de normas que resultaban ya disfuncionales. Como expone metafóricamente Jakobs⁽⁸³⁾, “la contraposición de un bien y la mera infracción moral da lugar a espigar de vez en cuando el Derecho Penal para comprobar si no hay algunos bienes que se han marchitado”. Y, como señala Stratenwerth⁽⁸⁴⁾ con respecto a la reforma del Derecho Penal sexual de 1973 en Alemania, a pesar de la reforma se mantuvieron ciertas figuras delictivas como la provocación al escándalo

(81) En este punto precisamente es en el que Gimbernat Ordeig, Prólogo Alcácer Guirao (nota 5), p. 13, basa su defensa de una política criminal fundamentada en la teoría del bien jurídico: “el movimiento liberal, progresista y descriminalizador que se inicia en los años 60 del pasado siglo, y que propugna –y muchas veces consigue del legislador– la desaparición de los Códigos Penales de conductas como el consumo de drogas, la homosexualidad o la prostitución entre adultos, o el suicidio intentado, entre otras muchas, solo se puede explicar (...) sino desde la teoría del bien jurídico”. Sin embargo, si la teoría del bien jurídico tiene su origen en el siglo XIX (con antecedentes como la concepción del delito como lesión de derechos) y no tiene estos efectos hasta los años 60 del siglo XX es evidente que la explicación tiene más que ver con el “espíritu de los años sesenta” que con la teoría del bien jurídico.

(82) DÍEZ RIPOLLÉS. *El Derecho Penal ante el sexo*. Barcelona, 1981, p. 1 y ss. Este autor, el monografista más importante de esta materia en lengua española, ha señalado recientemente en *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, p. 139, nota 101, como “el movimiento políticocriminal de eliminación de los contenidos inmorales del derecho penal, que tuvo lugar en Europa occidental y España en los años sesenta, setenta y ochenta fue en realidad un significativo avance en la configuración de una sociedad más pluralista y tolerante. La despenalización de determinadas conductas que entonces se produjo no respondía siempre a que tales comportamientos eran incapaces de afectar a la convivencia social externa (...) sino a que determinadas incidencias sobre tal convivencia pasaron a ser socialmente asumibles en la sociedad tolerante y pluralista que se configuraba”.

(83) (Nota 10), p. 161.

(84) (Nota 40), p. 389. Este autor concluye que en la reforma del Derecho Penal sexual en Alemania el concepto de bien jurídico tuvo menos capacidad de prestación que la que le fue reconocida por muchos autores.

público, el exhibicionismo o el incesto⁽⁸⁵⁾ que podrían haber sido también cuestionadas desde la teoría del bien jurídico y con los mismos argumentos con que se despenalizaron otras figuras, pero que se seguían correspondiendo con los sentimientos y valoraciones dominantes. Hay que decir que en la actualidad existe una expansión del Derecho Penal sexual⁽⁸⁶⁾ a pesar de que la doctrina dominante no haya variado su visión del bien jurídico.

Incluso la referencia a que no se puede tipificar el ejercicio de libertades fundamentales solo es válida en la medida en la que dicho ejercicio no se contraponga a otros intereses, no pudiendo aportar la teoría del bien jurídico consideraciones de valía sobre esa ponderación⁽⁸⁷⁾. En este caso los controles constitucionales son los que resultan decisivos⁽⁸⁸⁾ y son tan válidos para el Derecho Penal como para otras ramas del ordenamiento jurídico de naturaleza sancionadora. La teoría del bien jurídico no aporta en este punto ningún tipo de control que no pudiera existir sin ella⁽⁸⁹⁾. Por ejemplo, si no es legítimo prohibir toda reunión de personas que se produzca al aire libre, ello es tan válido para el Derecho Penal como para el Derecho Administrativo o el Derecho de policía. Además cabe señalar que si tras toda norma se encuentra un conflicto de intereses que puede tener relevancia constitucional, a veces esos intereses son tan abstractos como la paz social o pública a los que no queda más remedio que reconducir la fundamentación de algunos delitos cuando la conducta no aporta utilidad social alguna y puede tener efectos fácticos indeseables (reacciones violentas informales, lesión de sentimientos de un colectivo importante, etc.)⁽⁹⁰⁾. Por esta vía se introduce

(85) El Tribunal Constitucional alemán ha considerado conforme a la constitución el castigo del incesto entre hermanos (sentencia publicada en NJW 2008, pp. 1137 ss.).

(86) Vid., por ejemplo, arts. 188.1 *in fine*, 189.2 y .7 CP, todos reformados mediante la LO 15/2003, así como las reformas del Código Penal alemán de 1998 y 2003 en las que se castiga el exhibicionismo y la realización de actos sexuales en público ante adultos, la difusión entre adultos de pornografía violenta o con animales o la posesión de pornografía infantil.

(87) Tiene razón ROXIN, (nota 30), 2/13, cuando señala que tampoco los críticos con el concepto de bien jurídico aceptan leyes penales arbitrarias que se encuentren motivadas ideológicamente o que resulten contrarias a derechos fundamentales, pero la teoría del bien jurídico resulta superflua en estos casos.

(88) Sobre este tipo de controles constitucionales referidos, por un lado, a la norma de conducta y, por otro, a la norma de sanción vid., por todos, el extenso estudio de Lagodny (nota 60), p. 77 y ss.

(89) FRISCH (Rechtsgutstheorie, nota 44), p. 224 y ss.

(90) JAKOBS (nota 9), 2/19 y ss., que se refiere en estos casos a normas sin bienes jurídicos, pareciendo querer heredar la posición de su maestro WELZEL sobre la existencia de delitos sin bienes jurídicos que solo castigan el desvalor del acto. Por mucho que le cueste asumirlo a JAKOBS, se trataría más bien de normas sin bienes jurídicos legítimos en el ámbito del Derecho Penal (aunque puede que cumplan una función social como en su día argumentó AMELUNG –nota 22–, p. 344 y ss.). La paz social o el orden público pueden ser en sentido formal o de *lege data* bienes jurídicos. En este sentido, la diferencia esencial de Jakobs con la doctrina dominante en este punto es básicamente terminológica: mientras Jakobs, (nota 9), 2/ 21, 25, diferencia entre normas que protegen bienes jurídicos y normas que protegen la paz social (ambas serían para él normas que encierran lesividad social), la doctrina dominante no establece distinciones de este tipo. En este punto, como ha señalado PENARANDA RAMOS. *Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho Penal*. RPDJP 2001 (nº 2), p. 425 y ss.,

muchas veces la criminalización de infracciones de carácter ético o moral. Dicho de forma radical, históricamente solo se han expulsado del Derecho Penal las representaciones valorativas, religiosas, morales o ideológicas que ya no eran necesarias para mantener la identidad de una determinada sociedad o prevenir la desintegración social.

Existen, pues, bases normativas más consistentes que la teoría del bien jurídico como, por ejemplo, el carácter pluralista del sistema político vigente (art. 1 CE) para desarrollar un debate científico sobre la ilegitimidad de determinados procesos de criminalización⁽⁹¹⁾ que no castigan en realidad la afectación de otro u otros ámbitos de organización reconocidos por el ordenamiento jurídico. El argumento deslegitimador de fondo es que un Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho no puede estabilizar o potenciar un pensamiento hegemónico o una determinada concepción de lo correcto por mucho que determinadas expresiones provoquen reacciones contrarias de un sector importante de la población. La evidencia de que la teoría del bien jurídico como teoría penal tiene poco que aportar en estos asuntos es que la sanción para la protección de determinadas representaciones o valoraciones es tan ilegítima para el Derecho Penal como para las restantes ramas del Derecho sancionador y de policía (sería tan ilegítimo castigar la blasfemia o la herejía con una pena de multa como con una multa administrativa). Ello demuestra que la ilegitimidad se deriva de criterios normativos externos a la teoría del bien jurídico como, por ejemplo, la neutralidad estatal respecto de representaciones o convicciones morales o religiosas de sus ciudadanos.

El proceso de racionalización del Derecho Penal moderno en las sociedades occidentales a través de la disociación entre legalidad y moralidad (ya presente en la teoría kantiana del Derecho) tiene unas raíces mucho más profundas que la teoría del bien jurídico y obedece a una continuada dinámica más amplia de racionalización de los Estados desde la época de la Ilustración.

“las diferencias entre la posición de Jakobs y la de la doctrina hoy dominante son más bien escasas y se reducen a algunos matices en la definición del concepto de bien jurídico y a una cierta aceptación más resignada que entusiasta (y en cualquier caso inadecuada) de la paz social como objeto directo de protección de algunas, muy contadas, normas penales”. Sobre esta discusión ALCÁCER GUIRAO, (nota 5), p. 76 y ss., que tampoco acaba de ofrecer una solución clara desde la perspectiva de la teoría dominante.

WOHLERS, (nota 28), p. 270, considera que la paz pública como bien jurídico carece de un contenido argumentativo propio, sino que no se trata más que de una fórmula vacía. En este caso WOHLERS acierta al tratar la cuestión como un problema de legitimidad de lo que protegen las normas. Vid. también SEHER, (nota 44), p. 49 y ss., que, influenciado por la obra de FEINBERG, considera que la legitimación de estos delitos se debe tratar al margen de la teoría del bien jurídico y que con independencia de dicha teoría se pueden delimitar las criminalizaciones legítimas de las ilegítimas referidas a hechos que perturban a otras personas.

(91) AMELUNG, (nota 22), p. 318 y ss.

Todo ello tiene que ver con los procesos propios de las sociedades occidentales que Weber ha definido como “desencanto del mundo” o Habermas como “descentramiento de las concepciones del mundo”. Lo único que sucede es que en el marco del debate interno a la Ciencia del Derecho Penal esta dinámica se ha canalizado argumentalmente en algunas ocasiones mediante referencias a la teoría del bien jurídico⁽⁹²⁾.

(92) ALCÁCER GUIRAO, (nota 5), pp. 71 y ss., 99. Estoy de acuerdo, pues, con este autor cuando señala que “el concepto de bien jurídico no es, por sí solo, un instrumento adecuado para delimitar lo merecedor de protección penal, sino que son otros factores, ético-políticos, pragmáticos, etc., los que deben regir la decisión. Más importante que el mero concepto de bien jurídico es, entonces, el ‘programa’ ético-político del que deban emanar los fundamentos y los argumentos, de lo que se considera valioso”. ALCÁCER considera que “el liberalismo político aparece como la mejor opción, en la medida en que se halla en la base del ideal democrático actualmente plasmado en las Constituciones occidentales” (p. 99). En lo que no estoy de acuerdo es en que si el programa político-criminal general nos lo da el propio sistema (constitucional), se deba defender “un concepto de bien jurídico susceptible de englobar al menos algunos de los presupuestos definidores de ese programa ético-político”. Eso significa científicamente mantenernos en la comodidad del autoengaño al seguir manteniendo una política criminal basada en la teoría del bien jurídico no solo con muchos desaciertos sino que, además, se imputa aciertos que no son suyos sino del programa ético-político que hemos construido intersubjetivamente (STRATENWERTH, (nota 40), p. 388 y ss. y *Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter*, en: HEFENDEHL/V. HIRSCH/WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, pp. 255 ss.). En este sentido, el bien jurídico solo se mostrará resistente a la comunitarización mientras el programa ético-político no sea comunitarista. Ya señaló hace más de treinta años AMELUNG, (nota 22), p. 10 y *pássim* que la legitimidad de la normas penales depende necesariamente de la legitimidad del orden social cuya estabilización el Derecho Penal colabora a mantener.

Además, hay que objetarle a Alcácer Guirao que su argumento encierra trucos. En su discurso contrapone continuamente un concepto concreto (concepto liberal, personalista y material de bien jurídico) a un concepto abstracto (vigencia de la norma) para demostrar la mayor utilidad político-criminal del primero. La cuestión en realidad no es esa, sino la siguiente: ¿Qué diferencias político-criminales se pueden establecer entre bien jurídico y norma (conceptos abstractos) o entre bienes jurídicos liberales, personalistas y materiales y normas penales de contenido liberal, personalista y material (conceptos concretos)? También se puede desarrollar un concepto político-criminal de norma susceptible de englobar al menos algunos de los presupuestos definidores de ese programa ético-político liberal y que resulte igual de resistente a la comunitarización y a la moralización del Derecho Penal. Ello demuestra que no es el concepto de bien jurídico el que resuelve las cuestiones axiológicas, sino el metaplano con el que se vincula, que se encuentra fuera de la teoría del bien jurídico.

Una argumentación similar es utilizada por JAKOBS (nota 10), p. 166, aunque desde su perspectiva de desinterés por todo lo que “huela” a política criminal: “si lo decisivo es la protección de normas, y no de bienes predados, entonces, según reza la objeción principal, puede protegerse cualquier orden normativo, sin consideración de su contenido, por medio del Derecho Penal; el Derecho Penal, por consiguiente, perdería su potencial crítico. Esta objeción es errónea porque tampoco la teoría de la protección de bienes jurídicos conoce potencial crítico alguno: lo que no existe no puede perderse. Ciertamente, algunos de los representantes de esta doctrina creen disponer de un punto de partida para la crítica del legislador porque la protección del Derecho Penal (...) habría de servir a los bienes jurídicos de la persona y especialmente a su libertad. Se dice, por tanto, que sería imposible convertir en bien jurídico la protección del Estado per se, la existencia de un determinado partido o incluso la pureza de una raza humana. Por muy simpáticas que puedan resultar estas opciones políticas, no mantienen relación más intensa con la teoría del bien jurídico que con la de la protección de normas: también desde esta perspectiva se puede optar políticamente por normas para la regulación de la vida libre de personas, teniendo entonces el mismo punto de partida crítico del cual se vanagloria la teoría de la protección de bienes jurídicos, pero se trata de un punto de partida político, no científico”.

Como he señalado anteriormente, la teoría del bien jurídico, que prácticamente toda la literatura existente reconoce que tiene su origen en Birnbaum, surgió precisamente en un sentido contrario a esta corriente para corregir las consecuencias de una tajante separación entre el Derecho (como protector de derechos individuales) y la moral. La teoría de Birnbaum, aprovechada dogmáticamente con brillantez por Binding, acabó precisamente con la tradición del delito como lesión de derechos que había triunfado con la obra de Feuerbach. No es extraño, por ello, que la teoría del bien jurídico haya convivido durante mucho tiempo con la concepción del Derecho Penal como “mínimo ético” (vinculada a la idea de la pena como estabilizadora de la ética social) que tan nefastas consecuencias político-criminales ha tenido y sigue teniendo con las nuevas estrategias de creación de opinión pública por parte de organizaciones profesionales y políticas que buscan convertir en dominante una determinada cultura o una determinada ética social (ecologista, feminista, etc.). Un análisis histórico-dogmático serio y sin prejuicios⁽⁹³⁾ de la teoría del bien jurídico demuestra que esta no siempre ha sido fruto de una idea liberal de la política criminal que diferencie tajantemente entre Derecho y ética e, incluso, en muchas ocasiones, ha sido precisamente el punto de acoplamiento entre el mundo jurídico y el mundo de la ética o de los valores culturales⁽⁹⁴⁾.

En definitiva, lo que provoca sucesivas despenalizaciones de delitos que tienen que ver con representaciones valorativas (morales, políticas, etc.) no es que de repente se descubra que esos delitos no protegen bienes jurídicos, sino más bien que esas representaciones ya no están generalizadas o ampliamente reconocidas o no tienen que ver con la autocomprensión de la sociedad o con el estado en que se encuentra un determinado orden social. La mera referencia a la protección de simples infracciones morales en contraposición a una legítima protección de bienes jurídicos peca de superficial y no describe adecuadamente los procesos de criminalización y descriminalización que hemos vivido y que estamos viviendo⁽⁹⁵⁾. Como hemos visto, la función político-criminal del bien jurídico carece de la relevancia que se le ha venido otorgando en relación a los dos aspectos que parecía que ofrecían

(93) Básico AMELUNG (nota 22), p. 235 y ss. y pássim.

(94) Este acoplamiento se ha producido especialmente a través de aquellas teorías que han concebido el bien jurídico como un valor (cultural, social, etc.) y que han tenido un lugar relevante en la doctrina alemana. Sobre esta cuestión, con una profundidad que excede las posibilidades de este trabajo, vid. AMELUNG (nota 22), pp. 155 y ss., 175 y ss. y MÜSSIG (nota 29), p. 50 y ss.

(95) JAKOBS (nota 9), 2/21 y (nota 10), p. 151 y ss., concluyendo que no existe ningún límite absolutamente válido entre conductas simplemente inmorales y lesiones de bienes jurídicos, de deberes especiales o de la paz social; WOHLERS (nota 28), pp. 201, 207 y ss., 213, utilizando como ejemplos el Derecho Penal relativo a drogas y la regulación de la protección de embriones.

mayores prestaciones: la delimitación de infracciones penales de las meras infracciones morales y de las infracciones administrativas.

Habría que añadir a todas estas consideraciones que, si se quiere apuntar como saldo positivo de la teoría ciertos procesos despenalizadores, como en materia de Derecho Penal sexual, también habrá que apuntar como saldo negativo el que la idea de bien jurídico presenta una resistencia a la despenalización en ámbitos que pertenecen al Derecho Penal clásico o tradicional (eutanasia, homicidio y lesiones por imprudencia leve, consentimiento en las lesiones, aborto, etc.) cuya permanencia como injustos penales tiene mucho que ver con la idea de que detrás de esas criminalizaciones se encuentran bienes jurídicos importantes o básicos⁽⁹⁶⁾. En al menos alguno de esos casos resulta difícil disipar la sospecha de que la teoría del bien jurídico está ayudando a mantener infracciones morales en el ámbito del Derecho Penal o hechos de los que hace tiempo que este sector del ordenamiento no se debería ocupar.

e. Conclusión final sobre bien jurídico y legitimidad

En esencia, lo que se pretende con la teoría del bien jurídico como teoría político-criminal es enjuiciar si el objeto de protección o *telos* de una norma de la parte especial (con independencia de los fines o motivos del legislador) es ilegítimo teniendo en cuenta la configuración normativa de una determinada sociedad. Si el fin tuitivo de la norma es ilegítimo la norma será de partida ilegítima. Pero la teoría del bien jurídico es una fórmula vacía que no puede ofrecer respuesta alguna si no se vincula con la configuración normativa de la sociedad. En los países que conforman nuestra tradición jurídica, los valores elementales y los principios básicos se encuentran plasmados en la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico. Sin la referencia a dicho contexto valorativo y axiológico la teoría no puede delindar lo legítimo de lo ilegítimo. Si ello es así, la teoría solo tiene utilidad en casos de evidente deslegitimidad por ausencia de lesividad social por lo que la teoría resulta prácticamente superflua.

Si bien la teoría del bien jurídico puede haber sido un criterio históricamente necesario, en el actual marco constitucional no aporta criterio relevante alguno que no se encuentre implícito en los controles constitucionales. El potencial crítico-sistemático de la teoría del bien jurídico no viene predeterminado a través del concepto de bien jurídico, sino que depende de los baremos normativos y de legitimidad política que se tienen que incorporar externamente a dicha teoría. Por ejemplo, en los países de nuestro entorno la homosexualidad entre adultos libre no puede ser delito con

(96) ROXIN, (nota 27), p. 21 (=Küper-FS, p. 502), hablando de una sintonía entre la ética cristiana y la protección jurídico-penal de la vida en los casos de tipificación del homicidio a petición.

independencia de la teoría del bien jurídico. En realidad, en todos los países de nuestro entorno jurídico y cultural no existe un delito de relaciones sexuales entre personas adultas del mismo sexo en virtud de consideraciones derivadas del libre desarrollo de la personalidad como principio básico del sistema constitucional y del derecho a no ser discriminado por la condición o circunstancias personales (arts. 10.1, 14 y 16 CE). Y ello con independencia de que la mayoría de la población vea con malos o buenos ojos este tipo de comportamientos y de las posibles reacciones que puedan suscitar. De acuerdo con las bases del sistema jurídico se trata de un ejercicio libre de derechos fundamentales. Por las mismas razones el Tribunal Constitucional ha declarado anti-constitucional mediante la STC 235/2007 parte del art. 607.2 del CP sin tener que recurrir a la inexistencia de un bien jurídico y aunque a la mayoría de los integrantes de la sociedad española nos cause una profunda repulsa o repugnancia la negación del holocausto o de ciertos genocidios y se hubieran aportado desde diversas instancias argumentos a favor de su legitimidad basados en la protección en último término de bienes jurídicos de la máxima importancia.

A modo de conclusión final, si la función social que puede cumplir y que **legítima** al Derecho Penal reside en la estabilización de normas indispensables para evitar la desintegración del orden social, desde la perspectiva político-criminal lo decisivo no es lo que pretenden proteger las normas penales, sino lo que estas castigan⁽⁹⁷⁾. La Ciencia del Derecho Penal no puede más que aportar criterios sobre cómo intervenir racionalmente con un instrumento como la pena, pero, más allá de los límites constitucionales, carece no solo de la posibilidad sino también de la legitimidad de fijar qué puede ser digno de protección para una determinada sociedad. Por ello la cuestión esencial para el desarrollo de una teoría de la Política Criminal para el siglo XXI no es si se protegen bienes jurídicos, sino cómo se protegen y cómo delimitar la permisión de conductas, es decir, cuál es la técnica específica de protección de bienes jurídicos que se desempeña mediante la pena, por lo que más que sobre el objeto de tutela la doctrina jurídico-penal debe aportar criterios sobre la forma en la que legítimamente el Derecho Penal puede prestar protección. Dejando de lado que después de más de cien años la doctrina no ha podido fijar unos criterios mínimos para determinar cuando la valoración de un interés como digno de protección es legítima, habría que decir que en el Derecho Penal lo decisivo no es cuándo el Estado puede proteger algo, sino más bien cuándo puede castigar cercenando los derechos de un ciudadano concreto que tiene que soportar una intromisión brutal por parte del Estado. Por tanto, lo decisivo no es cuándo al Derecho Penal le parece

(97) FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 1), p. 848 y ss.

algo bien, sino lo contrario: el desvalor, cuándo algo le parece mal; es decir, cuáles son los criterios por los que una conducta es considerada tan negativa para la pervivencia social que debe ser castigada.

En definitiva, “conducta que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos” no es una expresión equivalente a “conducta merecedora de pena”. Los problemas de legitimidad son mucho más complejos. Los partidarios de la teoría del bien jurídico, como Roxin y alguno de sus discípulos directos o indirectos como Schünemann o Hefendehl, han emprendido una línea de defensa frente a ideas como las que se han expuesto en este apartado considerando que la teoría del bien jurídico sigue siendo válida, aunque haya que enriquecerla con otros criterios normativos. Si es así, la orientación político-criminal básica ya no puede ser lo que protege la norma, siendo en mi opinión la única orientación plausible que queda lo que la norma castiga. Esa es la perspectiva o punto de partida que debe determinar u orientar los criterios normativos relevantes a efectos de legitimación en el marco un sistema constitucional como el vigente que encierra determinadas exigencias ineludibles para que el Estado pueda llevar a cabo restricciones brutales de derechos fundamentales como las que contempla el Derecho Penal. Sobre ello seguiremos discutiendo los próximos años porque los nuevos procesos de criminalización del siglo XXI nos obligarán a ello, al igual que la anterior generación de penalistas tuvo que enfrentarse bajo el banderín de enganche de la teoría del bien jurídico a los problemas político-criminales de las nuevas sociedades que surgieron a partir de la postguerra. En un lugar protagonista de este debate se encontrará el Derecho Penal económico⁽⁹⁸⁾, cuyo tratamiento doctrinal ha sido encabezado y protagonizado por Klaus Tiedemann, pionero y maestro de todos los que nos interesamos por este sector del ordenamiento jurídico.

(98) Recientemente, ZIOUVAS, *Strafrechtsdogmatische Ansätze einer rechtsgutsbezogenen Neuorientierung des deutschen und griechischen Wirtschaftsstrafrechts* (oder: nochmals über den Begriff des Wirtschaftsstrafrechts), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht*, Klaus Tiedemann-FS, Colonia y Munich, 2008, pp. 123 ss. sobre el relevante papel de TIEDEMANN en la legitimación del Derecho Penal económico a partir de la teoría del bien jurídico desde su escrito de habilitación en la Universidad de Tubinga de 1969 *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, donde ya se encuentran muchas de las ideas sistematizadas en su manual de Derecho Penal económico (nota 25). Desde una perspectiva diametralmente distinta, que demuestra la riqueza del debate, ALWART, *Modernes Wirtschaftsstrafrecht* al Project, Harro Otto-FS, Colonia y otras, 2007, pp. 3 ss., especialmente 12 ss. Sobre el concepto de Derecho Penal económico, con ulteriores referencias a la obra de KLAUS TIEDEMANN, FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 25), pp. 3 ss.

Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal

Dr. Urs KINDHÄUSER, Universidad de Bonn^(*)
(Alemania)

SUMARIO: I. Introducción. II. El paradigma de la agresión. III. Sobre la lesión del bien jurídico. IV. Sobre el concepto de peligro. V. Daños de peligro. VI. Resumen y malentendidos.

I. INTRODUCCIÓN

1. En los últimos años apenas ha habido otro tema que haya ocupado tan intensamente a la ciencia jurídico-penal en Alemania como la pregunta sobre el fin y la legitimación de los delitos de peligro. Esto lo explica una serie de razones muy distintas, de las cuales quiero mencionar especialmente tres.

De entrada, son interesantes los problemas más bien técnicos de cómo hay que definir y sistematizar los delitos de peligro. El concepto de peligro se pone habitualmente en relación con la probabilidad de la lesión de un bien jurídico. En la terminología tradicional, se distingue entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, según cuál sea la clase e intensidad del peligro. Esta división tosca se refina mediante una profusión de formas mixtas y modalidades de peligro; así, se dice que existen, entre otros, delitos de acumulación, delitos de idoneidad, delitos de peligrosidad, delitos de peligro potencial y delitos de peligro abstracto-concreto⁽¹⁾. El rendimiento de esas distinciones es ciertamente bajo, pues no pocas veces la clase del peligro depende de la clase del bien jurídico afectado, de manera que tras la

(*) Traducción de Nuria Pastor Muñoz, Doctora en Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Becaria de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn. Título original: *Struktur und Legitimation strafrechtlichen Gefährdungsdelikte*.

(1) Cfr. por todos WOHLERS. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. 2000; ZIESCHANG. *Die Gefährdungsdelikte*. 1998, p. 52 Y ss.

división se esconden, más que modalidades generales de delito, las peculiaridades de los bienes jurídicos afectados. Por ejemplo, el honor se menoscaba de una forma distinta a aquella en que se menoscaba el patrimonio o la integridad física.

Más importante y fundamental que estos problemas técnicos es la cuestión de la fundamentación del injusto de los delitos de peligro, pues todos los delitos de peligro tienen el elemento negativo común de que su injusto no consiste en la lesión de un bien jurídico. Solamente cuando se haya aclarado si los delitos de peligro tienen un contenido autónomo de injusto frente a los delitos de lesión, merece la pena responder a la pregunta técnica de si este injusto se puede subdividir en otras formas específicas de delito⁽²⁾. Por esta razón, en las siguientes consideraciones me concentraré en la posibilidad de fundamentar un injusto autónomo de peligro.

La tercera razón de la intensa discusión en torno a los delitos de peligro atañe al anclaje ético-social del Derecho Penal en una sociedad pluralista. Aquí se entrelazan dos movimientos con un efecto de reforzamiento mutuo. Por una parte, en una sociedad pluralista, se erosiona hasta quebrarse aquella base de orientación religiosa común y acuerdo moral que une a todos los ciudadanos del Estado. El Derecho se presenta como único sustituto más o menos estable para resolver aceptablemente conflictos de manera general. La consecuencia de esto es que la sociedad se “juridifica” cada vez más y, por tanto, aumenta la importancia del Derecho penal como medio de reacción frente al comportamiento desviado. En esta mecánica social, la reivindicación del carácter fragmentario del Derecho Penal se convierte, tarde o temprano, en un postulado político-criminal no vinculante.

Por otra parte, la vida en las sociedades industriales modernas implica una serie de riesgos cuyo dominio no solamente supera al individuo, sino que, además, conduce a inseguridades que apenas pueden ser dominadas por el conjunto de la sociedad. Progreso técnico y riesgos crecientes van de la mano y caracterizan la sociedad actual, desde una perspectiva sociológica, como sociedad del riesgo⁽³⁾. El único instrumentario que tiene la posibilidad de poner en relación valorándolas las ventajas y desventajas de correr riesgos, así como de conducirlas a cauces reguladores es el Derecho. De ahí que se invoque infaliblemente al Derecho Penal cuando hay que asegurar mediante sanciones

(2) En esa medida, acertadamente ZACZYK ZStW 113 (2001), p. 192 (p. 194 y ss.).

(3) Cfr. por todos BECK. *Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne*. 1986; el mismo, *Gegengifte - Die organisierte Unverantwortlichkeit*. 1988; KAUFMANN. *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem - Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*. 2ª ed., 1973; una crítica reflexiva desde el punto de vista del Derecho Penal en KINDHÄUSER. *Universitas* 1992, p. 22 y ss.; PRITTWITZ. *Strafrecht und Risiko*. 1993.

la observancia de los valores límite para los riesgos socialmente tolerados. A esto se añade que toda innovación técnica en el intercambio de bienes ofrece también la posibilidad de un abuso. Esto puede ocurrir mediante el aprovechamiento de las circunstancias técnicas como, por ejemplo, en el caso de la estafa informática o en el de las lesiones de los derechos de autor en internet, pero también puede tener lugar mediante sabotaje o acciones terroristas. La misma posibilidad de abuso alimenta los temores individuales y colectivos, los temores se apaciguan mediante la prevención y la necesidad de prevención se sacia mediante el recurso a las sanciones del Derecho Penal. De esta manera, el Derecho Penal se convierte, expresado en términos informales, en “arma multiusos” del aseguramiento social.

2. En cierto modo, el legislador también puede hacer frente a la necesidad de una seguridad regulada con los medios del Derecho Civil y del Derecho Público. El Derecho Civil puede, por ejemplo, vincular a una responsabilidad objetiva por la puesta en peligro derechos a la indemnización de daños y perjuicios, estimular de este modo la contratación de seguros y, con ello, influir preventivamente, a través de la presión de costes, en la observancia de los estándares de seguridad. Que este modelo funciona relativamente bien lo muestra en especial el tráfico rodado.

Con los instrumentarios del Derecho Público se puede generar una seguridad considerablemente mayor. En este caso se puede, por una parte, sujetar las autorizaciones para comportamientos y actividades peligrosos a concesiones cuyo otorgamiento presuponga la acreditación de estándares de seguridad. Por otra parte, se pueden fijar valores límite para los riesgos e imponerlos coactivamente. Ejemplos de esto son el otorgamiento de un permiso de conducción en el tráfico rodado, la regulación de las emisiones de sustancias nocivas realizadas por las instalaciones industriales o el control de centrales nucleares y plantas de residuos.

Sin embargo, el legislador alemán considera que los medios que el Derecho Civil y el Derecho Público ofrecen para la protección frente a peligros y para su evitación no son suficientes y cree que no puede renunciar al Derecho Penal, y en esto no se encuentra solo desde una perspectiva internacional, sino que encaja en una evolución general del Derecho. Por Derecho Penal entiendo aquí, por de pronto solamente en un sentido muy general, un ámbito del Derecho que reacciona frente a las lesiones culpables de la norma con la imposición de sanciones. En este sentido general, el fin del Derecho Penal es constatar en un proceso formal la responsabilidad por lesiones de normas y someter a los responsables en especial a pérdidas de dinero o de libertad. De esta manera se puede mostrar que la infracción de la norma no merece la pena, de modo que se fortalece a los destinatarios de la

norma fieles al Derecho en su fidelidad al Derecho y se disuade de tal comportamiento a los potenciales infractores de la norma.

El Derecho alemán conoce dos formas del Derecho Penal en este sentido amplio. La primera forma es el denominado Derecho de las infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*), el cual se desarrolló a partir del anterior Derecho de policía y Derecho Penal administrativo. Aquel Derecho prevé multas para personas privadas y empresas que infrinjan las normas que sirven a la protección de la seguridad y orden públicos. En Derecho alemán hay tal cantidad de tipos de infracciones administrativas que apenas es abaricable, pues tales tipos se extienden desde una pequeña multa por aparcamiento indebido hasta la sanción de cárteles internacionales prohibidos con multas de varios cientos de millones de euros. No tengo noticia de la existencia objeciones fundamentales contra el Derecho de las infracciones administrativas formuladas por filósofos de la moral, penalistas o criminólogos. Parece como si el Derecho de las infracciones administrativas fuera un procedimiento para la estabilización de normas jurídicas que se considera legítimo de forma general.

Junto al Derecho de las infracciones administrativas se encuentra el Derecho Penal en sentido estricto, el cual une a la sanción un reproche ético-social y, a la vez, ofrece la posibilidad de someter al autor a una pena privativa de libertad. En lo que sigue, cuando yo hablo de “Derecho Penal”, hago únicamente referencia a este denominado Derecho Penal criminal. Precisamente por el reproche ético-social y por la posibilidad de la privación de libertad, se ve el Derecho Penal como un Derecho sancionatorio más intenso en comparación con el Derecho de las infracciones administrativas, aun cuando las multas del Derecho de las infracciones administrativas, por ejemplo, en el Derecho de cárteles, puede ser mucho más elevadas que la pena de multa.

De aquí surge la problemática de nuestro tema: según una interpretación extendida en la ciencia jurídico-penal, una parte más o menos grande de los delitos de peligro tiene un contenido de injusto y de culpabilidad demasiado pequeño, de manera que su castigo con la pena criminal es cuestionable o, incluso, ilegítimo⁽⁴⁾.

3. Para comprender esta crítica es necesario volver la vista a la historia del Derecho Penal y, en concreto, por lo menos 200 años atrás. A la filosofía de la Ilustración europea no solamente le debemos la idea de los derechos humanos y de la división de poderes, sino también la reivindicación

(4) Especialmente crítico HERZOG. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*. 1991; PRITTWITZ. *Strafrecht und Risiko*. 2000; la orientación contraria la define SCHÜNEMANN, GA 1995, p. 201 y ss.; moderadamente KUHLEN. GA 1994, p. 347 y ss.

de una pena adecuada a la culpabilidad y de una limitación del Derecho Penal. El cambio de tercio decisivo para el Derecho Penal alemán actual tuvo lugar con Anselm von Feuerbach, el penalista alemán más importante y discípulo de Immanuel Kant. Feuerbach no solamente estableció el principio *nullum crimen sine lege* y la teoría de la culpabilidad de la voluntad, sino que también desarrolló un criterio importante para la delimitación del Derecho Penal: según este, son punibles, junto a los delitos contra la existencia del Estado, solamente aquellos comportamientos mediante los cuales se lesiona un derecho subjetivo de la víctima. Además, Feuerbach llevó esta idea a la práctica con su proyecto de un Código Penal del Reino de Baviera de 1813.

Feuerbach no solamente logró elaborar un Código Penal pronunciadamente breve, sino también muy notable. Entre otros, dejaban de ser punibles algunos delitos contra la moral tradicionales. Por ejemplo, los actos homosexuales consentidos no lesionan ningún derecho subjetivo de los intervinientes, de manera que, según Feuerbach, ya no eran merecedores de pena. Ahora bien, esta revolución resultó menos dramática de lo que parece a primera vista porque, aunque Feuerbach vació el Código Penal, no dejó a la homosexualidad libre de sanción, sino que la desplazó, junto con otros muchos delitos tradicionales, a un Derecho policial abotagado.

En la teoría de Feuerbach se manifiesta, además, otra contradicción entre teoría y praxis. Feuerbach consideraba punibles comportamientos que, coherentemente según su teoría, no podría haber fundamentado como punibles. Ejemplo de esto son los delitos contra la Administración de Justicia. Así, Feuerbach pretendía construir el el perjurio (*Meineid*) como fraude contra una parte del proceso, para cumplir de este modo el requisito de la lesión de un derecho subjetivo. Sin embargo, cuando un testigo le da a un acusado una coartada falsa, es difícil ver en este comportamiento un fraude en perjuicio del acusado.

Ahora bien, parece que sobre todo la teoría de Feuerbach no satisface las exigencias político-criminales y dogmáticas de su tiempo, razón por la cual fue reemplazada en el periodo siguiente por la teoría de los bienes jurídicos fundada por Birnbaum⁽⁵⁾. La teoría de los bienes jurídicos desplazaba la atención desde el derecho a un objeto hacia el objeto sobre el que recae un derecho. Un ejemplo simple: mientras que para Feuerbach el injusto de los daños consistía en la lesión de un derecho sobre la cosa, la teoría de los bienes jurídicos ve el correspondiente injusto en el daño a la cosa sobre la que recae el derecho. La lesión de la sustancia reemplaza a la lesión del derecho.

(5) NArch. CrimR 15 (1834), p. 149 y ss.

No quiero explicar con detalle la continuación de la historia de la teoría del bien jurídico. Esta se alejó, en parte hasta la desfiguración, del punto de partida del planteamiento de Feuerbach⁽⁶⁾, en la medida en que, por ejemplo, en el bien jurídico se veía el fin de una ley. De todos modos, en la muy extendida teoría personal del bien jurídico se ha conservado una idea fundamental de Feuerbach: según esta teoría, el bien jurídico debe servir, por lo menos indirectamente, al libre desarrollo personal del individuo. En este sentido se puede, por ejemplo, definir los bienes jurídicos como aquellas características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho⁽⁷⁾.

II. EL PARADIGMA DE LA AGRESIÓN

1. Con estas consideraciones previas he llegado al punto en el que aparece el problema de la legitimación de los delitos de peligro, pues, según una concepción general, los delitos de peligro son delitos en los que el injusto no radica en el menoscabo de la sustancia de un bien jurídico, sino que mediante el hecho se crea, más bien, solamente el peligro de una lesión. Según cuál sea la clase e intensidad de este peligro, se llevan a cabo las distinciones técnicas mencionadas al principio entre las diversas modalidades de delitos de peligro.

La concepción tradicional de los delitos de peligro se orienta según un esquema espacio-temporal que quiero denominar paradigma de la agresión⁽⁸⁾. Esto se puede aclarar con el ejemplo de una acción terrorista: un grupo de cinco fanáticos políticos planea hacer explotar una bomba en una fiesta popular y, de este modo, matar o lesionar una cantidad lo más elevada posible de personas cualesquiera. En este caso, los bienes jurídicos relevantes son, sobre todo, la vida y la integridad física.

En el estadio de planificación, el peligro está, de entrada, solamente en la intención del atentado. Los delitos que ya comprenden, en el estadio de planificación, el peligro de la lesión de un bien jurídico son denominados delitos de preparación. Comete un delito de preparación quien realiza una acción para posibilitar el hecho posterior. En nuestro ejemplo hay además un estadio relevante que es previo a la preparación concreta del hecho, a saber, el delito de organización de la constitución del grupo terrorista con la meta de planear y llevar a cabo tales hechos.

(6) Sobre la evolución de la teoría del bien jurídico cfr., en especial, AMELUNG. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. 1972; HASSEMER. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. 1973; SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, 1962.

(7) Muestras de esto en KINDHÄUSER. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3ª ed, 2008, § 2 núm. marg. 6 y ss.

(8) Por ejemplo, recientemente HIRSCH, *Festschrift für TIEDEMANN*, 2008, p. 145 (p. 146 y ss.).

Pues bien, según el modelo del paradigma de la agresión, todos los demás estadios que median entre la planificación y la lesión se pueden subdividir también en determinadas modalidades de delitos. Así, el poder de disposición sobre una bomba se puede clasificar como posesión peligrosa. Además, la colocación de la bomba en el lugar de la fiesta popular se puede entender como una acción que es idónea para causar la muerte y lesiones graves de personas. Si finalmente la bomba explota, se puede diferenciar entre aquellas víctimas que han muerto o han sido lesionadas efectivamente y aquellas personas que más o menos por casualidad no han sufrido daños.

De este fraccionamiento espacio-temporal de un hecho punible desde la planificación hasta la lesión consumada deducen pues los defensores del paradigma de la agresión dos conclusiones: primero, valoran cada uno de los estadios de la realización del plan según la proximidad de cada uno de ellos a la lesión. Esto significa: el injusto más grave es la misma lesión del bien jurídico. Presenta un injusto menor aquella situación existente justamente antes de la lesión, en la cual depende más o menos de la casualidad que se produzca una lesión de la sustancia del bien. Esta situación se caracteriza como el resultado de la puesta en peligro concreto del bien jurídico afectado. Todos los demás estadios previos son estados de puesta en peligro abstracto, entre los cuales nuevamente la organización de un grupo terrorista o la planificación del atentado presentan el menor contenido de injusto.

La segunda conclusión de los defensores del paradigma de la agresión reza: con cada reducción del peligro y la disminución, que va unida a ella, del injusto, decrece también el merecimiento de pena del comportamiento, merecimiento que depende nuevamente del valor del bien jurídico. Esto significa: la constitución de una organización que planea atentados contra el cuerpo y la vida todavía podría ser eventualmente merecedora de pena. En cambio, la constitución de una organización que únicamente pretende cometer lesiones del honor ya no sería merecedora de pena.

2. No se puede negar que el paradigma de la agresión tiene un cierto atractivo estético. Con su ayuda, los delitos se pueden incorporar a un sistema clasificatorio que, entre otras cosas, permite ponderaciones en caso de situaciones de necesidad y de colisión de deberes, responde cuestiones de la teoría de los concursos y puede delimitar de manera relativamente flexible el ámbito del castigo legítimo con pena.

Sin embargo, la primera imperfección del paradigma de la agresión se muestra rápidamente al consultar la ley. Menciono algunos ejemplos del Código Penal alemán que contradicen la ponderación del injusto que hace el paradigma de la agresión: el tipo de lesión de la estafa (§ 263 StGB) tiene la misma amenaza de pena que el tipo de peligro del fraude de subvenciones

(§ 264 StGB), pese a que el último no exige ni la producción de un perjuicio patrimonial ni la concurrencia de un error de la víctima potencial. La creación, peligrosa en abstracto, de una organización ordenada a la comisión de determinados delitos puede incluso tener prevista una amenaza de pena más elevada que la comisión de los delitos en cuestión. Por último, los delitos de peligro abstracto del perjurio (§ 154 StGB) y de la corrupción de un juez (§ 332 apdo. 2 StGB) están configurados como tipos de delito con una pena mínima privativa de libertad de un año y, con ello, coinciden en el monto de la pena con delitos de lesión especialmente graves.

Ahora, en algunos casos, los defensores del paradigma de la agresión pueden salvar su modelo redefiniendo los bienes jurídicos. Así, por ejemplo, según ellos se podría decir que el fraude de subvenciones no protege el patrimonio como hace la estafa y que, por ello, no es un delito del campo previo a la estafa, sino que pretende asegurar de manera autónoma la capacidad funcional del sistema de subvenciones como bien jurídico autónomo. Que tras este planteamiento se encuentra una idea importante es algo que explicaré más adelante. Por el momento, ya basta con la objeción de que no todos los delitos de peligro se pueden reinterpretar como delitos de lesión. Precisamente los altamente problemáticos delitos de organización se refieren en su mayoría a acciones de preparación que están dirigidas a la lesión de bienes individuales. Subsiste el problema fundamental de que la situación legal existente no se puede explicar con el paradigma de la agresión.

3. No obstante, mi verdadera crítica al paradigma de la agresión concierne a otro punto: si resulta que el injusto está fundamentado en la lesión de la sustancia de un bien jurídico, entonces, ¿cómo puede una puesta en peligro constituir ni siquiera un injusto? Para constatar el peligro, los defensores del paradigma de la agresión se sirven de un observador ficticio del acontecer. En su opinión, existe un peligro cuando tal observador considera más o menos probable la producción de la lesión. Ahora, lo decisivo es de qué conocimientos se dota a este observador.

Si el observador ha de ser omnisciente, en un mundo determinado su juicio *ex ante* se solapa con la constatación *ex post* de que se ha producido el resultado de lesión pues, para un observador omnisciente, en un mundo determinado solamente son peligrosos aquellos estados que además conducen realmente a un resultado de lesión. Bajo esta condición, el juicio de peligro sería supérfluo. El injusto de peligro sería únicamente un estadio previo necesario al injusto de lesión.

Si el injusto de peligro ha de tener un significado autónomo respecto al injusto de lesión –y eso es lo que entienden los defensores del paradigma de la agresión–, entonces también debe concernir a aquellas situaciones en las

que después no se ha producido el resultado de lesión. Sin embargo, en tal caso el juicio de peligro se basa en un error del observador, quien, por tanto, no conocía todos los hechos relevantes para un pronóstico correcto del curso causal. Pero, ¿se puede fundamentar seriamente un injusto jurídico-penal mediante el error de un observador ficticio? ¿Podemos fingir un observador que se equivoca sobre el curso causal, basar en ese error un juicio de injusto y, entonces, castigar al autor por este injusto, aun cuando aquel no ha lesionado realmente ningún bien jurídico? Lo grotesco de esta argumentación queda claro ante todo cuando se considera que el observador tiene que ser fingido por aquel tribunal que ya sabe que no se ha producido el resultado de lesión.

A esto se añade otro despropósito. Bien podría ser que el autor concreto sepa, debido a sus especiales conocimientos, que como consecuencia de su comportamiento no se puede producir una lesión. En tal caso, al autor que parte de una situación correcta se le imputaría como injusto el error ficticio de un observador ficticio. Para evitar esta consecuencia absurda, hay que dotar al observador también de los conocimientos correctos del autor. Sin embargo, puesto que el juicio de peligro concierne al injusto del tipo objetivo y, en cambio, los conocimientos del autor pertenecen al tipo subjetivo, la teoría del paradigma de la agresión tiene que corregir el injusto objetivo con ayuda de los conocimientos del autor –una confusión infernal de los elementos objetivos y subjetivos del hecho–.

4. Por tanto, el paradigma de la agresión se enfrenta al siguiente dilema: en caso de que se haya producido una lesión, para la fundamentación del injusto objetivo no es necesaria la búsqueda de estadios previos de puesta en peligro. Cuando, en cambio, la lesión no se haya producido, tampoco hay un estadio previo a la lesión cuyo injusto objetivo se pudiera derivar de la lesión.

De esto se deduce que: el injusto objetivo de los delitos de peligro o bien no se puede ni siquiera fundamentar o bien el objeto del injusto de los delitos de peligro es un injusto autónomo respecto a la lesión de un bien jurídico en su sustancia. En lo que sigue quiero analizar con detalle la segunda de estas alternativas y dedicarme, antes que nada, a la fundamentación del injusto penal.

III. SOBRE LA LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO

1. Si los bienes jurídicos se entienden como características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho, el valor de los bienes jurídicos radica entonces en la función de hacer posible la libertad. En consecuencia,

cuando los bienes jurídicos son menoscabados en su función de ser medio del libre desarrollo, su valor disminuye.

Este menoscabo puede afectar a la sustancia, pero tampoco en tal caso la disminución del valor radica en la mera modificación de la sustancia, sino en la reducción, mediante la modificación de la sustancia, de la posibilidad de servir al libre desarrollo. Con un ejemplo: que en la modificación de la sustancia de una cosa haya que ver una mejora o un daño es algo que depende de qué fin esté unido a la modificación. De acuerdo con esto, en la acción de escribir una carta no vemos un daño al papel, sino su utilización con sentido. Con otras palabras, los bienes jurídicos no son piezas de museo, sino características de las personas, cosas e instituciones en la vida social.

Quien acepte esta premisa también admitirá que la posibilidad de una utilización de los bienes conforme al fin no solamente se puede menoscabar mediante la modificación de su sustancia. Un ejemplo llamativo: para evitar que un propietario pueda utilizar un objeto de su pertenencia, puedo destruir ese objeto. También puedo sustraerlo o amenazar al propietario con dispararle en caso de que prenda el objeto. En todos estos supuestos, se priva al propietario de la posibilidad de utilizar el objeto y, con ello, también se menoscaba el valor del objeto en su función de medio. Por tanto, resulta insuficiente ver la disminución del valor de un bien jurídico para su titular solamente en la modificación de su sustancia.

2. En la vida cotidiana, esto es una obviedad. Suponiendo que yo tuviera una casa de vacaciones en otro país y que en este estalla inesperadamente una guerra civil. El valor de venta de mi casa de vacaciones caería repentinamente de forma drástica, aun cuando los conflictos bélicos no la hubieran menoscabado en absoluto en su sustancia. Con este ejemplo queda claro que el valor de una cosa también depende de las condiciones marco en las que puede ser empleada conforme a su fin. Incluso en caso de que en las proximidades directas de la casa no hubiera tenido lugar hostilidad alguna, la utilidad de aquella se vería restringida, porque, por ejemplo, sería irracional desplazarse por la zona en guerra para llegar hasta la casa.

3. Pues bien, no es posible ver razón alguna por la que el Derecho Penal solamente deba proteger a los bienes jurídicos frente a menoscabos de su sustancia. Para el propietario, la privación total de una cosa no constituye un perjuicio menor que la modificación de su sustancia. Una mirada al Código Penal alemán muestra que el legislador también ve las cosas de esta manera. En un gran número de delitos, por ejemplo, se prevé el castigo con pena de los menoscabos de posibilidades muy diversas de utilización de cosas, junto a los daños, entre otros, la frustración de derechos de aprovechamiento u ocupación, la privación duradera de la posesión o la enajenación contraria a

Derecho. Además, hay que tener en cuenta que también se protegen bienes jurídicos –como, por ejemplo, el honor– que no consisten en características sustanciales, sino que se fundan en una atribución normativa. Por eso, las lesiones del honor solamente son posibles en la medida en que no se respeten los derechos de una persona a la correcta atribución de alabanza y reproche.

IV. SOBRE EL CONCEPTO DE PELIGRO

1. Si los bienes merecen protección jurídico-penal no solamente frente a menoscabos de su sustancia, se plantea la pregunta de si, cuando el concepto de peligro se define solamente como estadio previo a un resultado de lesión, no se está entendiendo quizá de manera demasiado. Un ejemplo puede ilustrar este problema: en el piso 28 de un rascacielos S le dice a su amigo A que quiere suicidarse, abre una ventana y salta al vacío. Sería contrario al sentido del lenguaje que después A describiera este acontecimiento diciendo que S se expuso voluntariamente a un peligro para la vida. En cambio, el caso sería distinto si S quería mostrar a A que no tenía vértigo y, para probarlo, se hubiera puesto en el borde de la ventana. En este caso, tendría sentido que A le hubiera gritado que tenía que dejarlo porque, mediante ese comportamiento, S se estaba exponiendo a un peligro para la vida.

¿Por qué en el primer caso la utilización del concepto de peligro es incorrecta, mientras que en el segundo caso es correcta? Pues bien, el concepto de peligro es normativo en dos sentidos. Por una parte, se refiere a la posibilidad de un acontecimiento lesivo cuya producción no es deseada por quien habla. De ahí que el concepto de peligro no sea utilizado con sentido en caso de que quien habla no contemple el posible suceso como un daño. Quien compra un número de lotería no se expone al peligro de ganar el premio principal, sino, en todo caso, al peligro de haber gastado su dinero en vano. El equivalente positivo del peligro es la posibilidad.

Por otra parte, el concepto de peligro implica la incapacidad física, psíquica o cognitiva de poder evitar intencionadamente la producción de un daño cuando se ejecuta un comportamiento. De ahí que no se hable de un peligro cuando se está seguro de la producción de un daño, como ocurre, por ejemplo, en el salto del suicida desde el rascacielos. Y no se habla de un peligro cuando se considera seguro que se puede evitar la producción de un daño. Por tanto, al concepto de peligro pertenece esencialmente el elemento de la inseguridad. Con otras palabras, peligro es inseguridad consciente.

Evidentemente, alguien puede encontrarse inconscientemente en peligro. Por ejemplo, alguien ignora que cerca de él hay una serpiente venenosa. Sin embargo, quien emite el juicio según el cual el afectado se encuentra en peligro sabe, en primer lugar, de la existencia de la serpiente y parte, en

segundo lugar, de que el afectado no ve a la serpiente y de que, por ello, este último no se puede proteger intencionadamente frente a una posible picadura. En esta situación, el juicio de peligro está caracterizado de manera decisiva por el hecho de que el amenazado no tiene plena capacidad de evitación, debido a su ignorancia.

2. Los criterios del peligro –inseguridad respecto a la evitabilidad intencionada de un posible daño– se pueden trasladar de diversos modos a situaciones, así como a comportamientos.

De entrada, es significativa la situación en la que, desde la perspectiva de un bien, no se puede evitar intencionadamente un daño. En ese caso, se habla de una puesta en peligro, esto es, del estar-expuesto pasivo de un estado de inseguridad. Por ejemplo, una persona está en peligro cuando se le dispara y ella no sabe cómo se puede proteger rápida y eficazmente. O un patrimonio está en peligro concreto cuando su titular no tiene ninguna posibilidad de conjurar intencionadamente la disminución que le amenaza.

Además hay comportamientos que pueden ser peligrosos y, en concreto, en dos sentidos. Desde la perspectiva de quien actúa, un actuar es peligroso cuando en su ejecución no se puede evitar intencionadamente la posibilidad de una autolesión. Así, por ejemplo, es peligroso asomarse exageradamente a la ventana, porque de esa manera eventualmente ya no se puede evitar perder el equilibrio y caer. Desde la perspectiva de un bien, un actuar puede ser peligroso cuando quien actúa –queriéndolo o no–, a consecuencia de la ejecución de la acción, ya no está en condiciones de evitar intencionadamente el menoscabo del bien. Por ejemplo: una persona deja correr libre a su perro mordedor y, de ese modo, no puede evitar que sean atacados unos niños que están jugando.

Por lo demás, las acciones y las situaciones pueden ser calificadas como peligrosas desde diversas perspectivas y para bienes distintos. Así, el conductor de un vehículo que corta una curva sin visibilidad actúa peligrosamente porque, en caso de que se le aproxime un vehículo en sentido contrario, no puede evitar intencionadamente ni el menoscabo de bienes propios ni el menoscabo de bienes ajenos.

Una observación terminológica: cuando no puedo evitar intencionadamente un posible menoscabo, esto significa que su producción o no producción depende, desde mi perspectiva, de la casualidad. En esa medida, en el concepto de peligro el elemento de la inseguridad también se puede sustituir por el elemento de la casualidad, manteniendo el mismo significado.

3. Que las consideraciones realizadas hasta el momento sobre el uso general del lenguaje del concepto de peligro se pueden trasladar sin más a las

diferentes estructuras jurídico-penales del delito es algo evidente que no requiere una explicación exhaustiva.

Así, se puede caracterizar como delito de peligro concreto la descripción en un tipo penal de un daño inminente cuya producción solamente depende, desde la perspectiva del bien, de la casualidad.

Se pueden caracterizar como puestas en peligro abstractas aquellos casos en los que ejemplarmente se habrían dado todas las condiciones de una puesta en peligro si un bien se hubiera encontrado en el mismo lugar. A este respecto, el hecho de que en el mismo lugar no se encontrara un bien es algo que nuevamente tiene que depender de la casualidad. Con un ejemplo: cuando alguien corta una curva sin visibilidad, concurre un peligro abstracto, pues no se habría podido evitar intencionadamente un menoscabo en caso de que un vehículo se hubiera aproximado en sentido contrario. Que de hecho no se haya aproximado vehículo alguno era, desde la perspectiva del conductor o desde la perspectiva de cualquier participante en el tráfico, casualidad.

V. DAÑOS DE PELIGRO

1. Ahora quiero reunir las consideraciones precedentes sobre la fundamentación del injusto y sobre el concepto de peligro. Los bienes jurídicos –este era el punto de partida– son, por su función de servir como medio al libre desarrollo del individuo, valiosos y están jurídico-penalmente protegidos. Su valor disminuye sin duda cuando su sustancia es modificada en tales términos que se menoscaba su función de medio. Esto es lo que ocurre en la lesión de un bien jurídico.

Ahora bien, el valor de un bien para su titular también disminuye cuando se encuentra en una situación en la que solamente depende de la casualidad que tal bien sea menoscabado en su sustancia o no⁽⁹⁾. El ejemplo de la casa de vacaciones en la zona de guerra ha ilustrado que este daño no se ha de fundamentar, por ejemplo, diciendo que la situación es únicamente un potencial estadio previo a una lesión. Más bien, la casa pierde valor solamente por el estado de inseguridad en el que se encuentra, y ello con independencia de si es realmente dañada por actos de guerra. En la bolsa hay un dicho de los bolsistas según el cual nada es peor que la inseguridad; las acciones pueden perder valor de manera drástica solamente por

(9) También BINDING. *Normen I*. 4ª ed., 1922, p. 372, ve en la evitación de la misma puesta en peligro el fin de las prohibiciones de puestas en peligro concretas e interpreta estas últimas como “conmoción de la seguridad en la existencia”, aun cuando fundamenta el desvalor de la puesta en peligro en que el bien no sea perturbado y no haciendo referencia a su función de medio.

los meros rumores de que los beneficios están bajando. Por ello es perfectamente posible y está perfectamente justificado ver en el peligro concreto el monoscabo autónomo de un bien, aun cuando el estado de puesta en peligro dure solamente poco tiempo.

Con todo, también las puestas en peligro abstractas se pueden valorar como menoscabos sui géneris, pues los bienes no se pueden utilizar racionalmente como medio del libre desarrollo cuando no es suficientemente seguro que al emplearlos no serán dañados. Por ejemplo, sería irracional presentar una demanda ante el tribunal cuando resulta posible que el juez sea corrupto y los testigos mientan. O sería irracional desplazarse con un vehículo cuando es incierto si otros conductores están embriagados o si hay bandas de ladrones que hacen barricadas. Es cierto que, si no se demanda, no se perderá el proceso y que, si no se utiliza el vehículo, este no sufrirá daños. Pero de ese modo se recortan las posibilidades de un libre desarrollo y los bienes no tienen para su titular el valor que podrían tener.

2. Si se parte de que a los delitos de lesión y de peligro les corresponde un injusto autónomo respectivamente, es difícil aclarar un problema frente al que el paradigma de la agresión se encuentra desvalido, a saber, el problema de que el monto de la pena no disminuye progresivamente desde los delitos de lesión hasta los delitos de peligro abstracto.

El hecho de que, según el Derecho Penal alemán, los delitos de peligro abstracto de constitución de una organización terrorista y del perjurio tengan prevista, como tipos de delito, una pena mínima de privación de libertad de un año muestra lo grave que es para la configuración de la vida de los ciudadanos el peligro de una justicia que no funciona o de atentados terroristas.

Mientras que el delito de lesión característico tiene por objeto un conflicto individual, las intervenciones en los ámbitos de seguridad afectan a los intereses de una pluralidad de seres humanos, con la consecuencia de que, pese a que la carga para el individuo sea solamente pequeña, esa intervención se puede convertir cumulativamente en un injusto importante. Con un ejemplo: si en una pelea, mi vecino mata al amante de su mujer, ello no afecta en nada a la configuración de mi vida. En cambio, si descubro que unos terroristas han intentado hacer explotar una bomba en el tren con el que me desplazo diariamente al trabajo, esto me puede forzar a una importante restricción de la configuración de mi vida.

Ahora bien, en ningún caso puede ponerse en tela de juicio que el monto de pena previsto para los delitos de peligro abstracto puede estar ampliado por razones de prevención.

VI. RESUMEN Y MALENTENDIDOS

1. Quiero resumir las consideraciones expuestas hasta ahora y luego abordar, acto seguido, de la mano del ejemplo de los delitos contra la Administración de Justicia, tres malentendidos a los que está expuesta mi concepción de los delitos de peligro.

En primer lugar, el resumen: los bienes jurídicos son características de las personas, cosas e instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho. En esta función como medios del libre desarrollo, los bienes jurídicos pueden ser menoscabados en su valor de tres modos:

(Primero): Pueden ser modificados en su sustancia de tal manera que ya no puedan cumplir su función o que ya no puedan cumplirla en su totalidad. En este caso se ha producido la lesión de un bien jurídico.

(Segundo): Se coloca a un bien jurídico en una situación en la que depende solamente de la casualidad que sea menoscabado en su sustancia. En tal tesitura, disminuye considerablemente el interés, orientado a la existencia segura, en la utilización del bien. Concorre un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro concreta.

(Tercero): Se da una situación en la que no están garantizadas las condiciones de seguridad necesarias para una disposición racional sobre un bien. También en este caso el bien solamente se puede utilizar de manera restringida y, por ello, pierde en valor para su titular. Concorre un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro abstracta⁽¹⁰⁾.

En los tres casos da lo mismo si el bien está asignado individualmente a una persona o si sirve a la generalidad en el sentido de una utilidad colectiva.

2. Ahora los malentendidos. En ocasiones, mi concepción se entiende como si yo quisiera postular un superbien jurídico de la seguridad y transformar, de acuerdo con esto, los delitos de peligro en delitos de lesión. Sin embargo, en mi concepción, la seguridad es solamente un criterio para el valor que tiene la utilización racional de un bien. Por tanto, no se amplía el alcance de los bienes jurídicos, sino que solamente se amplían las posibilidades de menoscabo de los bienes jurídicos.

(10) En este sentido, las normas de comportamiento de los delitos de lesión y de peligro son “normas que son un fin en sí mismas”, es decir: con el comportamiento contrario a la norma se causa per se el daño que la norma pretende evitar. La suposición de que en esta interpretación las normas de sanción de los delitos de peligro también son “normas que son un fin en sí mismas” es totalmente equivocada; en este sentido, sin embargo, TENTHOFF. *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips*. 2008, p. 132.

3. Además, mi concepción se entiende como si sirviera para una legitimación acrítica de todos los posibles delitos de peligro. Sin embargo, las cosas no son en absoluto así. Mi planteamiento es puramente analítico, lo que significa: quiero mostrar solamente las condiciones bajo las cuales los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto se pueden entender, más allá del ingenuo paradigma de la agresión, como menoscabos específicos y, con ello, como un injusto autónomo. En absoluto afirmo que un delito de peligro concreto o de peligro abstracto sea merecedor de pena solamente debido al injusto que hay en él.

Si un comportamiento constituye un injusto y si este injusto es merecedor de pena son dos preguntas que hay que deslindar limpiamente. Sería perfectamente compatible con mi concepción sacar fuera del Derecho Penal todos los delitos de peligro abstracto y asignarlos al Derecho de las infracciones administrativas. No obstante, en tal caso tendríamos de nuevo una situación en la que ya se encontró Feuerbach cuando quiso rescatar el merecimiento de pena del perjurio mediante una construcción desequilibrada. En mi opinión, se puede defender el mantenimiento de una serie de delitos de peligro en el Derecho Penal. Y la responsabilidad al respecto la tiene el legislador democrático.

4. Y con esto ya llego al último punto. Contra mi concepción se objeta que el estado de seguridad que los delitos de peligro han de garantizar no es otra cosa que el estado que existe cuando todos los ciudadanos respetan las normas de los delitos de lesión. Es decir, según esta objeción, la seguridad es únicamente un reflejo de la protección de bienes jurídicos concretos⁽¹¹⁾.

No obstante, esta objeción pasa por alto que no todos los bienes jurídicos se pueden proteger de acuerdo con el simple esquema del paradigma de la agresión. Evidentemente, cuando se trata de la mera conservación de la sustancia de un bien, bastan los solos delitos de resultado. Así, sería totalmente supérfluo promulgar junto a la prohibición de las lesiones otra prohibición ubicua de la puesta en peligro corporal.

Sin embargo, hay bienes que no existen como tales en una sustancia, sino que son generados institucionalmente de forma permanente. Esos bienes, que en el momento del hecho todavía no existen, sino que se han de crear, no pueden ser protegidos con sentido –o, por lo menos, no solamente– frente a lesiones. Más bien, esos bienes han de ser protegidos ante todo asegurando suficientemente las condiciones bajo las cuales son creados. Con otras

(11) ZACZYK ZStW 113 (2201), p. 192 (p. 198); ZIESCHANG. *Die Gefährungsdelikte*. 1998, p. 356; reiterado por HIRSCH, FS TIEDEMANN, p. 145 (p. 162); TENTHOFF. *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips*. 2008, p. 132.

palabras, se ha de evitar que la creación de estos bienes mediante el hecho fracase o se vea dificultada. Un ejemplo de esto es la protección de la Administración de Justicia, en relación con la cual quiero desarrollar con más detalle esta idea de la mano de los delitos de falso testimonio (*Aussagedelikte*).

La tarea de la Administración de Justicia consiste en decidir los casos jurídicos correctamente, y esto requiere que los tribunales tengan, junto a el conocimiento suficiente de la ley, un conocimiento correcto de los hechos a los que se refiere la aplicación de las leyes. Un medio especialmente importante desde la perspectiva práctica para adquirir un conocimiento correcto de los hechos es la prueba de testigos y de peritos. En esa medida, los falsos testimonios también son especialmente idóneos para originar fallos incorrectos.

No obstante, sería evidentemente incorrecto configurar el falso testimonio como delito de resultado, es decir, considerarlo contrario a la norma solamente cuando conduzca efectivamente a un fallo incorrecto. Esto es así, en primer lugar, por las dificultades que surgen aquí en la prueba de la causalidad. Cuando se produzca un fallo incorrecto, se debería probar que ha sido precisamente el falso testimonio el que ha condicionado el carácter incorrecto de la sentencia. Que, en cambio, el juez haya dado crédito solamente al autor y su conclusión no se base también suficientemente en otros hechos es algo que *ex post* no está en absoluto claro. Además, esta situación se agudiza en el caso de las sentencias colegiadas con votos disidentes. El Derecho de la revisión penal procesal alemán acude, no sin razón, a un concepto de causalidad normativo que se separa del Derecho material y que considera suficiente que concurren posibilidades de un nexo causal. Y en el Derecho procesal civil la sentencia puede deberse, pese al falso testimonio, a la distribución de la carga de la prueba.

Ahora bien, además y sobre todo, la sentencia no cae en el ámbito de competencia del autor, sino en el del tribunal. Ciertamente, el autor es responsable de lo que dice, pero no es responsable de que, con base en su declaración, se dicte una sentencia jurídicamente correcta. Tampoco entra en consideración la autoría mediata, pues el autor mediato ha de reunir todas las características de un autor y, en cambio, el autor como testigo o perito no reúne per se las características de un juez competente para dictar la sentencia. Esto significa: el bien jurídico de la sentencia jurídicamente correcta no puede ser lesionado en absoluto por el autor de un falso testimonio, porque est último no es responsable de que se dicte tal sentencia correcta.

Ahora bien, los partidarios del paradigma de la agresión tampoco afirman otra cosa. Utilizan más bien una artimaña, en la medida en que no ven el bien jurídico de la Administración de Justicia en las sentencias jurídicamente correctas de los tribunales, sino en la capacidad funcional de la Justicia.

Sin embargo, una capacidad no es una sustancia, sino una disposición. Una disposición se define a través de las condiciones bajo las cuales se manifiesta. Por ejemplo: la fragilidad de un vidrio no es una propiedad que se añada a las propiedades de un vidrio. Que un vidrio es frágil significa, más bien, que está configurado de tal manera que se rompe cuando, por ejemplo, alguien lo tira al suelo. Y, en consecuencia, la capacidad funcional de la Justicia no es una propiedad que se añada a las propiedades de la Justicia, sino que expresa que esencialmente se cumplen todos los presupuestos bajo los cuales la Justicia puede sentenciar correctamente casos jurídicos en lapsos de tiempo razonables.

Y precisamente con estos estamos en los delitos de peligro: a las condiciones marco que se deben cumplir para que los tribunales puedan dictar sentencias jurídicamente correctas pertenece la seguridad de que los testigos y peritos están obligados a decir la verdad. En esta medida, la seguridad que se ha de garantizar en este caso no constituye el reflejo de una protección de bienes jurídicos a través de prohibiciones de lesión, sino la condición de que se pueda siquiera generar el bien jurídico de las sentencias jurídicamente correctas.

5. Los delitos de falso testimonio son un ejemplo característico de la utilización, necesaria y con sentido desde una perspectiva práctica, de los delitos de peligro. Estos delitos tienen su lugar genuino allí donde se trata de proteger ámbitos institucionalizados de la vida que son per se peligrosos o que son en gran medida susceptibles de abuso. Otros ejemplos son el tráfico rodado, la producción de armas y de sustancias químicas o la transferencia automatizada de dinero. En estos casos, los solos delitos de lesión son insuficientes, puesto que cada uno de estos ámbitos de la vida solamente puede funcionar cuando se cumplen estándares de seguridad. Si estas normas han de ser asignadas al Derecho Penal criminal o al Derecho de las infracciones administrativas depende de su valor para el libre desarrollo del individuo.

La interpretación orientada al marco penal en el sistema de identificación del Derecho Penal^(*) ^(**)

Prof. Dr. Hans KUDLICH
(Alemania)

SUMARIO: I. La falta de acompañamiento teórico de la interpretación orientada al marco penal en la aplicación práctica del Derecho. II. Clasificación formal y valoración material de una interpretación orientada al marco penal. 1. Orientación al marco penal y orientación general a las consecuencias. 2. La orientación al marco penal y los cánones clásicos. a) La interpretación gramatical. b) La interpretación sistemática. c) La interpretación histórico-genética. d) La interpretación teleológica. e) La interpretación conforme a la Constitución. f) Balance provisional. 3. Justificación de una interpretación orientada al marco penal a partir de su contenido. a) La consideración del marco penal como consecuencia de la teleología general de la regulación jurídica. b) La relación de la gravedad de la sanción y la amplitud de la interpretación. c) El tratamiento de la extensión de los marcos penales en el StGB y su inconsistencia parcial. 4. Límites de la interpretación orientada al marco penal. III. Resumen y conclusión.

I. LA FALTA DE ACOMPAÑAMIENTO TEÓRICO DE LA INTERPRETACIÓN ORIENTADA AL MARCO PENAL EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO

Klaus Tiedemann –como lo muestra este homenaje– es conocido como un experto del Derecho Penal económico y del Derecho Penal comparado mucho más allá de los límites de Alemania. Por esta razón, uno se olvida

(*) Traducido por Juan Pablo Montiel, Doctor europeo en Derecho Penal y Ciencias penales por la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

(**) Versión ligeramente ampliada y complementada con notas al pie de la conferencia de habilitación pronunciada por el autor el 09/01/2003 en la Facultad de Derecho de la Ludwig-Maximilians-Universität München. Una versión de este artículo fue publicada en *ZStW* 105 (2003), 1 y ss. Le agradezco a mi amigo Juan Pablo Montiel por la traducción al español.

demasiado fácilmente que el homenajeado repetidas veces ha hecho mucho por otros ámbitos en cierto modo “clásicos”. No son pocas las veces en las que él también trata cuestiones interpretativas relativas a los principios de la aplicación del Derecho⁽¹⁾. Por ello, para mí es una gran alegría y un gran honor dedicar a mi “abuelo académico” la versión española de mi conferencia de habilitación, la cuál se ocupa igualmente de una de las cuestiones interpretativas más importantes –a saber, de la cuestión relativa a la “interpretación orientada al marco penal”. Entre los penalistas se trae a la discusión el tema relativo a la “interpretación orientada al marco penal” de tal manera que la mayoría de ellos arrojan de golpe una lista de ejemplos. Se intenta, entonces, determinar cómo podría ser encasillada y valorada una orientación al marco penal de este tipo, volviéndose las respuestas rápidamente dudosas. Este diagnóstico no sería sorprendente, pues refleja en el fondo una imagen claramente contradictoria en la jurisprudencia y en la literatura. Una mirada en tratados o en comentarios al § 1 StGB muestra precisamente que, en relación a la interpretación de las leyes penales, como mucho se remiten a los “clásicos” cánones⁽²⁾. En cambio, habitualmente falta una discusión sobre el significado de una orientación al marco penal en la interpretación, con la salvedad de unas muy pocas excepciones⁽³⁾.

Sin embargo, en lo que se refiere a las cuestiones **especiales** que se discuten en relación a la interpretación (sobre todo en la Parte Especial), la jurisprudencia y la literatura siempre recurren reiteradamente a los marcos penales. A modo de introducción, son mencionados aquí en principio solamente dos ejemplos cortos. Ellos se refieren –como también todos los ejemplos que siguen– a la interpretación del tipo penal, esto es, de los **presupuestos** de la punibilidad; que el marco penal tenga indiscutiblemente un gran significado

- (1) Cfr. por ejemplo, los pasajes metodológicos en el fundamental escrito de habilitación de TIEDEMANN, “Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht”. p. 38 y ss., 54 y ss., 70 y ss.
- (2) En la literatura relativa a la teoría del método se habla, por un lado, de “el canon” en singular (cfr. simplemente LOOSCHELDERS/ROTH. *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*. 1996, p. 129); por otro lado, de los cánones de la interpretación en plural (como, por ejemplo, en general en: MÜLLER/CHISTENSEN. *Juristische Methodik*. T. I, 8ª ed., 2002, pássim [cánones]). Dentro del significado originario del término “regla”, el segundo giro, “pauta” (“*Richtschnur*”), parece más apropiado, debido a que justamente hablamos de *diferentes* reglas de interpretación; de ahí que, en lo que sigue, se recurra a este.
- (3) Así por ejemplo, –hasta donde llego– en KINDHÄUSER, LPK, 2002, § 1 nm. 8; OTTO. *Grundkurs AT*, 6ª ed., 2000, § 2 nm. 41 y ss.; STRATENWERTH, AT I, 5ª ed., 2000, § 3 nm. 28; WESSELS/BEULKE, AT, 32ª ed., 2002, nm. 57 y ss. Representan excepciones que merecen aquí mención –hasta donde llego– de un modo muy conciso, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, § 17 IV 3 (“Finalmente, las *amenazas de pena* arrojan también importantes datos para la interpretación”, resaltado aquí), al igual que, por ejemplo, más extensamente SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER. 26ª ed., 2001, § 1 nm. 48 y ss., quien advierte que como punto especial de orientación junto a los “principios generales de la interpretación (...) para la interpretación en el Derecho Penal” podrían “representar también las penas amenazadas y su relación recíproca (...) un importante punto de contenido y, sobre todo, un parámetro de las valoraciones del legislador”.

para el acto de **individualización** de la pena⁽⁴⁾, no debe ser fundamentado de un modo más detallado y conviene omitirlo en lo que sigue:

- El primer ejemplo estaría referido a la exigencia formulada permanentemente de una interpretación restrictiva de los elementos –o, en todo caso, los particulares– del delito de asesinato, de cara a la amenaza con pena de prisión perpetua del § 211 StGB⁽⁵⁾. No obstante, este es ya un problema especial frente al cuál no solo tiene importancia lo elevado del monto de la pena, sino ante todo su carácter absoluto.

Por un lado, ello muestra que la discusión sobre la interpretación restrictiva de los elementos del tipo penal debe ser llevada en todo caso sin la misma intensidad frente a los tipos penales que reconocen como sanción una pena de prisión perpetua, pero que permiten además junto a ello una pena temporal. Justamente, de cara al § 251 StGB pueden observarse escasamente en la jurisprudencia los esfuerzos por restringir. Por otro lado, es un fenómeno general que frecuentemente se intenten abordar los elementos típicos en los ordenamientos con consecuencias jurídicas inflexibles del modo más moderado posible o, en todo caso, de un modo más flexible, para así permanecer abierto a un resultado adecuado respecto al caso individual. Por ejemplo, ello se muestra claramente en el Derecho procesal penal respecto a la interpretación de los elementos del § 136a StPO, el cual estatuye igualmente como consecuencia jurídica una prohibición **absoluta** de utilización⁽⁶⁾.

- Por otro lado, cabría remitirse a la cuestión decidida por el BGH recién modernamente, relativa a si la extracción de dinero de un cajero automático realizada por el titular **autorizado** de la tarjeta en infracción al contrato es punible como estafa informática según el § 263a StGB, como abuso de tarjeta de crédito según el § 266b StGB o a partir de ambos preceptos. La cuestión tiene repercusión práctica, dado que el marco penal llega en el § 266b StGB solo hasta tres años de prisión, mientras que en el § 263a StGB hasta cinco. El BGH solamente considera –según mi parecer de modo convincente⁽⁷⁾– adecuado

(4) Cfr. simplemente BRUNS. *Das Recht der Strafzumessung*. 2ª ed., 1985, p. 45; HETTINGER, GA 1995, pp. 399, 408.

(5) Cfr. fundamentalmente BVerfGE 45, 187, 262; en la literatura, entre otros, SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, § 211 nm. 10a, 10b; TRÖNDLE/FISCHER, 51ª ed., 2003, § 211 nm. 46, 47; ARZT/WEBER, *Strafrecht BT* 2000, § 2 nm. 17, 18; KÜPPER, BT 1, 2ª ed., 2001, § 1 nm. 33 y ss.

(6) Cfr. respecto a esa relación, escuetamente KUDLICH, JuS 2000, 951, 954.

(7) Con la creciente sustitución de las tarjetas EC por las tarjetas Maestro (la cual supera la pérdida de la función de la tarjeta bancaria), ello debió juzgarse, sin embargo, de otro modo. Aquí debería ser llamado el legislador.

típicamente el § 266b StGB y excluye, por consiguiente, al § 263a StGB: “Habla igualmente a favor de la opinión aquí defendida que el legislador (...) introduce al mismo tiempo con el § 263a StGB también el § 266b StGB. Este precepto representa un (...) delito especial que amenaza la extracción de dinero contraria al contrato con una pena más baja frente a los §§ 263, 263a StGB. Concebir como estafa informática, según el § 263a StGB, el abuso de la tarjeta de crédito como tarjeta-pin (*Codekarte*) en el cajero automático por su legítimo titular, conduciría a notables contradicciones valorativas de cara a los diferentes marcos penales del § 263a StGB y § 266b StGB (...)”⁽⁸⁾.

Estos son solo dos ejemplos entre mucho otros, de modo que la cuestión está en entender de dónde es que viene esta contradicción entre el conocimiento teórico del que prácticamente se carece en relación a la orientación al marco penal en la teoría de la interpretación y la aplicación práctica cada vez más frecuente: ¿Es la orientación al marco penal solo un argumento aparente de la práctica jurídica que no está lo suficientemente fundado teóricamente? ¿Es superfluo como criterio autónomo debido a que a que ella es abarcada completamente por algún otro *topoi* generalmente reconocido? ¿O, justamente al contrario, ella representa un problema teórico que hasta el día de hoy ha sido pasado por alto a causa de la evidencia de su plausibilidad?

II. CLASIFICACIÓN FORMAL Y VALORACIÓN MATERIAL DE UNA INTERPRETACIÓN ORIENTADA AL MARCO PENAL

Para responder a estas preguntas conviene de momento analizar en lo que sigue la relación formal de la “interpretación orientada al marco penal” con los tópicos clásicos de la interpretación (abajo en 2). A continuación serán revisadas la legitimidad material de un concepto de “orientación al marco penal” (abajo en 3), pero también el límite de su capacidad de rendimiento (finalmente en 4). Sin embargo, antes de llegar a todos estos puntos debe separarse brevemente la orientación al marco penal de la denominada “interpretación orientada a las consecuencias”, las cuales a primera vista parecen similares.

1. Orientación al marco penal y orientación general a las consecuencias

La interpretación orientada al marco penal tiene con el concepto de consideración de las consecuencias u orientación a las consecuencias no solo un nombre que parece similar, sino también el hecho común de que la relación

(8) NJW 2002, 905, 906 con comentarios de BECKEMPER, JA 2002, 545; igualmente KUDLICH, JuS 2003 (en prensa).

de ambas con los cánones clásicos no ha sido todavía lo suficientemente aclarada⁽⁹⁾. Pero existen incluso diferencias fundamentales, en virtud de las cuáles la interpretación orientada al marco penal difícilmente pueda ser entendida satisfactoriamente como un subcaso de la consideración de las consecuencias.

El concepto de consideración de las consecuencias puede describirse –más allá de las diferencias particulares⁽¹⁰⁾– como una recomendación escrita al aplicador del Derecho de “considerar las consecuencias sociales de la interpretación en la interpretación de las leyes y, en caso necesario, corregir la interpretación a partir de sus finalidades”⁽¹¹⁾. Sin embargo, no se trata (directamente) de la consecuencia **jurídica** de una decisión previamente establecida por el legislador, como la condena al pago por reparación del daño, la retirada judicial de una autorización o la imposición de una pena de prisión. Más bien, son observadas las consecuencias **reales**⁽¹²⁾, es decir, por ejemplo,

- Una mejor organización, de cara al futuro, de los deberes de seguridad vial, con el objeto de impedir otras pretensiones de resarcimiento de daños,
- El despido de numerosos trabajadores, motivado en que el emprendimiento ya no puede ser llevado adelante de un modo rentable sin la autorización retirada, o
- Las consecuencias perjudiciales de una pena de prisión en relación a un niño que es criado únicamente por una madre que ha cometido un delito.

De ahí que la orientación general a las consecuencias sea descrita como el “caballo de Troya” en relación a la invasión de las ciencias sociales “en la ciudadela del Derecho”⁽¹³⁾. Por lo tanto, las consecuencias que deben ser consideradas son aquellas representaciones ciertas que tiene el juez con motivo de su propio conocimiento de la vida cotidiana, las cuáles –al menos teóricamente– son revisables y pronosticables con los métodos de la investigación social empírica. No obstante, todo esto tiene poco que ver con una interpretación orientada al marco penal: por ejemplo, si se tomara un caso en el que el concreto autor o el autor típico de un delito determinado no dejase

(9) Cfr. DECKERT, JuS 1995, 480; HASSEMER, Coing-FS I, 1982, pp. 493, 494.

(10) Esta diferencia no puede ser desarrollada aquí por razones de espacio; cfr. por ejemplo, en relación a los diferentes enfoques, las monografías de LÜBBE-WOLFF. *Rechtsfolgen und Realfolgen*. 1981; SAMBUC, *Folgenerwägungen im Richterrecht*. 1977 y WÄLDE. *Juristische Folgenorientierung*. 1979.

(11) Cfr. DECKERT, JuS 1995, 480.

(12) Cfr. en relación a esta diferenciación, LÜBBE-WOLFF (nota 10), p. 25 y ss.; además, HASSEMER (nota 9), pp. 504, 511 y ss.

(13) Cfr. HELDRICH, JuS 1974, 281 (cita modificada gramaticalmente), del mismo modo que retoma esta metáfora relativa a la orientación a las consecuencias DECKERT, JuS 1995, p. 480.

algún pariente llorando en casa y, por cualesquiera motivos, fuera especialmente bien recuperable de cara a la resocialización en el sentido del § 2 párr. 1 StVollzG, estos aspectos no jugarían ningún rol frente a la interpretación **orientada al marco penal**, sino que, en todo caso, tendrían una clara influencia para la individualización de la pena⁽¹⁴⁾. Igualmente, es poco imaginable que la pregunta mencionada al principio respecto al § 263a StGB relativa al abuso de cajeros automáticos deba ser respondida con independencia de si la autora deja o no un marido incapaz de vivir, quien al poco tiempo moriría de hambre sin ella, en medio de trapos sucios sin lavar. Con el mero conocimiento de la circunstancia de que con una pena de prisión prolongada podría aumentar tendencialmente el peligro de consecuencias secundarias negativas⁽¹⁵⁾, no surge todavía ninguna relación de la interpretación orientada al marco penal que aquí nos interesa (respecto a la cual el párrafo citado arriba, relativo a la sentencia del BGH sobre cajeros automáticos, es más o menos típica) con las ciencias sociales empíricas⁽¹⁶⁾. Con motivo de ello, es evidente lo que puede fundamentarse fácilmente en el caso y lo que puede ser comprobado en este lugar: aquellas objeciones contra el concepto general de la orientación a las consecuencias que se basan en la problemática de la evaluación y valoración de las **concretas** consecuencias⁽¹⁷⁾, de ningún modo hablan en contra de una interpretación orientada al marco penal.

2. La orientación al marco penal y los cánones clásicos

Al tener poco que ver la “interpretación orientada al marco penal” con la orientación general a las consecuencias y sin que ellas probablemente puedan aportar conocimientos por esta razón, la siguiente cuestión se presenta respecto a la relación en que se encuentra la interpretación orientada al marco penal con los métodos tradicionales de interpretación. Por lo tanto, en lo que sigue deben ser abordados brevemente los métodos ampliamente denominados y descritos en la actualidad como “clásicos”⁽¹⁸⁾ de la inter-

(14) Cfr. § 46 I 2 StGB; sin embargo, según el § 46 I 1 StGB tampoco puede ser superado por este motivo el umbral de la pena adecuada a la culpabilidad. Que el concepto de una orientación a las consecuencias no esté extendido ampliamente en sentido restrictivo para la interpretación de los elementos típicos en el Derecho Penal, lo constató acertadamente hace ya bastante tiempo HASSEMER (nota 9), p. 498.

(15) Cfr., por ejemplo, en relación a los efectos negativos de la prisionización y también de las privaciones con una pena de prisión de duración prolongada, KAISER/SCHÖCH. *Strafvollzug*, 5ª ed. 2002, § 5 nm. 13 y s.; igualmente, LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, 3ª edición 2003, nm. 207 y ss., en especial 215 respecto a la pena prolongada.

(16) También de modo similar, HASSEMER (nota 9), p. 511 y ss.

(17) Cfr., por ejemplo, respecto a estas objeciones BÖHLKE/UNTERSEHER, *JuS* 1980, 323, 325; LUHMANN. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. (1974), p. 35 y ss.; una valoración más positiva en LÜBBE-WOLFF (nota 12), p. 13 y ss.; RÖTTLEUTNER, *ARSP* 1980, Nueva Serie 13, p. 97, 114.

(18) En contra de un malentendido habitual, estos cánones no son del todo coincidentes con los nombrados por SAVIGNY, cfr. al respecto MÜLLER/CHRISTENSEN (nota 2), nm. 87 y ss., en especial 92 y ss.; ZIPPELIUS. *Juristische Methodenlehre*. 7ª ed. 1999, § 8.

pretación gramatical, sistemática, histórica y genética, al igual que la teleológica⁽¹⁹⁾. Ante todo, se pondrá la atención en ver si respecto a los cánones investigados tienen algún rol las consideraciones del marco penal y si la interpretación orientada al marco penal puede ser considerada, en consecuencia, como un subcaso de una de estas formas de interpretación:

a) La interpretación gramatical

La pregunta relativa a la interpretación gramatical puede ser rápidamente respondida: por ejemplo, la tarea de los marcos penales podría ser, junto a figuras concretas o muy claramente concretizables mediante los §§ 38 y 40 párr. 1 StGB, uno de los raros casos en los que una amplia función delimitadora aparece vinculada al tenor literal de la ley, frente a todas las reservas formuladas a la eficacia de una interpretación puramente gramatical. Estos datos tampoco tienen importancia para la interpretación de los elementos del delito: pues ellos describen y afectan justamente solo la parte de las consecuencias jurídicas, en cambio, no los elementos del tipo penal. No obstante, en sentido restringido⁽²⁰⁾, es propio de la interpretación gramatical que el tenor literal y el uso del lenguaje puedan tener importancia, en principio, solo para la parte de la norma en la que la que se encuentra también la palabra afectada.

b) La interpretación sistemática

En cambio, claramente pueden observarse ejemplos en los cuáles es posible recurrir a las consideraciones del marco penal en el ámbito de una interpretación sistemática⁽²¹⁾.

- Por ejemplo, la exigencia de la denominada relación de inmediatez en las lesiones con resultado de muerte conforme al § 227 StGB

(19) Por ejemplo, en la literatura relativa al método estas cuatro formas son designadas como cánones centrales, LOOSCHELDERS/ROTH (nota 1), p. 130 y ss.; VOGEL, *Juristische Methodik*. 1998, pp. 114 y ss.; WANK, *Die Auslegung von Gesetzen*, 1997, §§ 5 y ss.; RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 2ª ed. 2001, pp. 596 y ss.; LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª ed. 1995, p. 141 y ss.; en la literatura jurídico-penal, entre muchos otros, JESCHECK/WEIGEND (nota 3), § 17 IV; KINDHÄUSER (nota 3), § 1 nm. 8; OTTO (nota. 2), § 2 nm. 41 y ss.; WESSELS/BEULKE (nota 3), nm. 57 y ss.

(20) La cuestión relativa a lo que se señala como interpretación gramatical o ya como sistemática depende, en este sentido, del enfoque elegido. Que este pueda ser elegido con ciertos límites por el lector es una clara consecuencia de una comprensión moderna, pragmática, de la unidad del texto, la cual se mueve por fuera del texto, como una dimensión de sentido precisa, dirigida a un concepto del texto que es acuñado a través de la concreta situación, al respecto cfr. simplemente HEINEMANN, en: KLEIN/FIX (ed.), *Textbeziehungen*. 1997, pp. 21, 27 y ss.

(21) Cfr. junto a los nombrados al azar a continuación los citados más recientemente por EBEL, *NStZ* 2002, 404 y ss. (respecto a la relación del § 221 StGB con los §§ 315a y ss., los cuáles deberían ser considerados como privilegiados debido a su marco penal –indefendible de hecho según la opinión de Ebel–, si el § 221 StGB fuera entendido como un “delito básico de peligro general”).

—de hecho, esto no es otra cosa más que una interpretación restrictiva del elemento “mediante”— se fundamenta⁽²²⁾ en que el marco penal del § 227 StGB (de tres a quince años de prisión) es claramente más alto que el resultante de la simple aceptación de un concurso ideal entre los delitos de lesiones y del homicidio imprudente aquí comentados, según el § 223 y el § 222 StGB⁽²³⁾ (es decir, con multa o prisión de hasta cinco años). Con otras palabras: la comparación de los marcos penales conduce a que se impongan exigencias adicionales para restringir en la interpretación el tipo penal frente a la aceptación de la punibilidad conforme al marco penal más alto.

- Igualmente, la argumentación descrita arriba, relativa a la interpretación sistemática, puede ser relacionada con los marcos penales de los §§ 263a y 266 StGB: la comparación con un marco penal conscientemente privilegiante para los casos de meros incumplimientos contractuales conduce a que el precepto con el marco penal más alto sea considerado inaplicable.

A partir de estos ejemplos, ¿puede llegarse a la conclusión de que la interpretación orientada al marco penal sería un subgrupo de la interpretación sistemática? Claramente no, puesto que las consideraciones del marco penal también se encuentran en relación con los cánones siguientes:

c) La interpretación histórico-genética

La interpretación histórico-genética puede ser ilustrada mediante dos ejemplos procedentes de las amplias modificaciones de la 6ª ley de reforma del Derecho penal de 1998⁽²⁴⁾.

- Según el § 250 párr. 1 N° 1b StGB actualmente vigente, comete un robo quien en el hecho “porta un instrumento o medio para impedir o superar la resistencia de otra persona mediante violencia o amenaza de violencia”. Frente a la discutida cuestión de la versión anterior referente a si también un arma falsa puede representar un

(22) Así, por ejemplo, en KINDHÄUSER (nota 3), § 227 nm. 4; WESSELS/HETTINGER, BT I, 25ª ed., 2001, nm. 297 (solamente sobre los marcos penales elevados que se introducen sin una comparación explícita con los §§ 223, 222, 52 StGB); TRÖNDLE/FISCHER, § 227 nm. 4 (con ulteriores referencias); LK-HIRSCH, § 227 nm. 5.

(23) Esta diferencia se mantiene todavía (a pesar de quedar claramente mitigada) cuando se toma en consideración, en lugar de la simple lesión, la lesión peligrosa que constituye habitualmente el motivo del comienzo de la muerte: incluso aquí el marco penal es de solo 6 meses a 10 años de pena de prisión, a pesar de que se imponen mayores exigencias adicionales a la cualidad de la acción.

(24) Ello es apropiado no solo debido a que se trató de la modificación del Derecho penal material más amplia del pasado reciente, sino también porque justamente la orientación al marco penal fue un objetivo del legislador, cfr. Diario Parlamentario (BT-Drs.) 13/7164, p. 18, igualmente, al respecto resumidamente, KUDLICH, JuS 1998, 468.

medio típico idóneo del robo agravado, a partir de ahora la mayor parte de la literatura y de la jurisprudencia se ha adherido y lo ha aceptado⁽²⁵⁾. Junto a las correspondientes explicaciones del legislador⁽²⁶⁾ –reconocidas como más decisivas– y a la distinción sistemática entre “armas y otros instrumentos peligrosos” en el N° 1a, así como “otro medio peligroso”⁽²⁷⁾ en el N° 1b, puede uno aquí remitirse a la rebaja de la pena inferior de cinco a tres años. La objeción que frecuentemente se presentaba con anterioridad, de que una pena atenuada de cinco años era demasiado alta para quien lleva una simple arma falsa, cuanto menos se habría debilitado de este modo⁽²⁸⁾.

- El segundo ejemplo se refiere al incendio especialmente grave del § 306b párr. 2 N° 2 StGB. Este presupone que el autor de un incendio “se comporte con el propósito de ocultar o posibilitar otro ilícito”. Ante todo, se discutió acaloradamente con motivo de la reforma respecto al ejemplo del incendio provocado para la realización de una estafa de seguro, si regía la delimitación defendida en relación a la versión anterior del § 307 N° 2 StGB⁽²⁹⁾, consistente en si ante el fuego el autor justamente debería aprovechar para su hecho el peligro general y el pánico vinculado a este. El BGH ha dejado de estimar necesaria –con la aprobación de una parte de la literatura– una interpretación restrictiva, que excluiría prácticamente siempre su aplicación ante una estafa de seguro posterior, mediante un “saneamiento caluroso”⁽³⁰⁾. Frente a ello, argumenta el BGH a partir del fundamento de las leyes, según el cuál la ampliación de los elementos cualificantes se corresponde con la

(25) Cfr. simplemente KREß, NJW 1998, 633, 643; KUDLICH, JR 1998, 357, 358; KÜPER. *Definitionen BT*. 5ª ed. 2002, p. 443 y ss.; el mismo, Hanack-FS, 1999, p. 569, 583 (crítico, pese a aceptar la voluntad del legislador); LACKNER/KÜHL, StGB, 24ª ed. 2001, § 250, nm. 2; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, § 250 nm. 15, SCHROTH, NJW 1998, 2861, 2865; TRÖNDLE/FISCHER, § 250 nm. 4; WESSELS/HILLENKAMP, BT 2, 25ª ed. 2002, nm. 344 y s.; de otra opinión, KINDHÄUSER (nota 3), nm. 9, así también, LESCH, JA 1999, 30, 37 y ss.

(26) Cfr. BT-Drs. 13/7164, p. 44 y ss.

(27) Cfr. KUDLICH, JR 1998, 357, 358.

(28) Si una pena mínima de tres años para la utilización de un arma falsa es proporcional, puede merecer una discusión desde la política jurídica; en todo caso, ella no es contraria al sistema, si se considera el elevado marco penal de los delitos de robo (cfr. § 316a StGB).

(29) Cfr. especialmente al respecto BGHSt 38, 309 y 40, 251, igualmente, al respecto vale la pena leer ZOPFS, JuS 1995, 686 y ss.

(30) Cfr. BGHSt 45, 211, 216 y s., con comentario de KUDLICH, JA 2000, 361 y ss.; de modo favorable, por ejemplo, MARTIN, Jus 2000, 503, 504; RADTKE, JR 2000, 425, 428 y ss.; críticos frente a ello, por ejemplo, LACKNER/KÜHL, § 306b nm. 4; SCHÖNKE/SCHRÖDER-HEINE, § 306b nm. 13; TRÖNDLE/FISCHER nm. 9a; JOECKS, StGB, 3ª ed. 2001, § 306b nm. 7.

reducción de la pena de diez a cinco años en comparación con la versión anterior del § 307 StGB⁽³¹⁾.

En ambos casos, la afirmación de que el cambio legislativo habría ampliado el ámbito de aplicación se apoya en que se redujo la pena mínima. Por lo tanto, las consideraciones sobre el marco penal tuvieron un rol no solo en la interpretación sistemática, sino también en la histórico-genética⁽³²⁾. No obstante, algo similar también puede verse en los modelos argumentativos que pertenecen a la interpretación teleológica:

d) La interpretación teleológica

La interpretación teleológica, a la que, por un lado, se le ha atribuido el carácter de “corona del proceso interpretativo”⁽³³⁾, pero que, por otro lado, también es juzgada frecuentemente con escepticismo por otro sector crítico de la metodología⁽³⁴⁾, en su versión objetiva conocidamente dominante se pregunta por el sentido fundamental de la ley y por el fin perseguido con la regulación. También deben derivarse del marco penal –máximo y mínimo– de un precepto puntos de referencia relacionados con a este fin objetivo de la ley. Nuevamente dos ejemplos⁽³⁵⁾:

- El precepto del § 160 StGB relativo a la “inducción” a cometer un perjurio aparece como un caso de autoría directa amenazado con pena, separado de los delitos de perjurio que son de propia mano y,

(31) Cfr. BGHSt 45, 211, 217 y ss. Sin embargo, un conocido problema que presenta un argumento orientado al marco penal de este tipo radica concretamente en que el Bundesrat objetó también que esta pena mínima es todavía “desproporcionadamente elevada”, lo cual, sin embargo, no fue compartido por el Gobierno alemán, cfr. Diario Parlamentario (BT-Drs.) 13/8587 pp. 49, 70, 88.

(32) No obstante, este argumento también encuentra fundamento si se efectúan modificaciones de la clase de los ejemplos señalados junto a las reducciones de los marcos penales, las cuales permiten al menos una interpretación más amplia. Frente a ello, permanece sin modificarse la formulación del tipo y, por ejemplo, en la exposición de motivos la elevación de la amenaza de pena se basa en que el legislador la considera necesario para una mejor protección (así, por ejemplo, en relación a la nueva versión de los delitos de lesiones de la 6ª StrRG, Diario Parlamentario [BT-Drs.] 13/7164, p. 19), pudiéndose fundar solo de un modo dificultoso una futura interpretación estricta desde una orientación histórica al marco penal; de ahí que sea problemático el intento de LK-Lilie, § 224 nm. 22, de fundamentar una interpretación más estricta del elemento “instrumento peligroso” en el § 224 I Nr. 2 StGB con la elevación del marco penal frente al § 223a de la versión antigua. En todo caso, sería imaginable –aunque, según mi parecer, inadecuado para este caso– que el marco penal sea en cualquier momento tan elevado que, según razones teleológicas orientadas al marco penal, se exija en general una interpretación restrictiva, cfr. al respecto a continuación.

(33) Así, por ejemplo, en la literatura jurídico-penal, JESCHECK/WEIGEND (nota 3), § 17 IV 1 b, p. 156.

(34) Cfr. simplemente HERZBERG, NJW 1990, 2525 (sin embargo, no muy distinto); MÜLLER/CHRISTENSEN (nota 2), nm. 92 y ss. Sobre el intento de una aclaración para esta valoración ambivalente cfr. CHRISTENSEN/KUDLICH, Theorie richterlichen Begründens, 1999, p. 378 y s.

(35) Para otro ejemplo, cfr. WOHLERS/GÄDE, GA 2002, 483, 488, quienes advierten que la interpretación restrictiva del tipo de prevaricación ha encontrado aprobación parcial a través de la jurisprudencia para “casos de ‘rupturas elementales con el Derecho’ (...) en la literatura, como una adecuada interpretación de la norma en vistas a la gravedad de la amenaza de pena (...)” (resaltado agregado).

por ende, no comisibles en autoría mediata. Debido a ello, parecería evidente aplicar de todas maneras el § 160 StGB a todos las formas de “autoría mediata propia” (esto es, por ejemplo, en casos de dominio de la necesidad mediante el hombre de atrás). Sin embargo, la doctrina claramente dominante parte de que el § 160 StGB –dejando aquí de lado la polémica cuestión relativa al error⁽³⁶⁾– queda circunscrito a los casos de comportamientos **no dolosos** del perjurador, mientras que, por ejemplo, perjurios dolosos aunque exculpa-dos para el hombre de atrás a causa de una coacción deben dar lugar a una inducción y de ninguna manera a un caso del § 160 StGB. Respecto a la fundamentación, se advierte que el marco penal claramente inferior del § 160 StGB del delito de perjurio –no superior a los dos años, ni tampoco parcialmente superior a los seis meses de prisión– prueba que se trataría solamente de un precepto complementario, cuyo significado autónomo solo llega hasta donde el castigo de la inducción queda excluido⁽³⁷⁾. Del marco penal inferior se deduce, por tanto, una determinada función (en este caso solo complementaria) del precepto, la cuál conduce, en cambio, a una determinada interpretación (en este caso, restrictiva).

- También podría ubicarse el caso recién nombrado oportunamente dentro de la interpretación sistemática en lugar de la interpretación teleológica, al introducirse en la concreta comparación de los marcos penales, por un lado, el § 160 StGB y, por el otro, a los §§ 153, 154, 26 StGB. Este carácter comparable en concreto aparece de un modo aun más fuerte en el siguiente ejemplo: según el § 306a I N° 1 StGB es castigado con pena de prisión no inferior a un año, quien prende fuego a “un edificio que sirve de vivienda a las personas” –e incluso sin que deba encontrarse una persona dentro del edificio al momento del hecho–. Por tanto, se trata de un delito de peligro abstracto con un marco penal relativamente alto. En todo caso, que se discuta ampliamente si una reducción teleológica⁽³⁸⁾ no sería

(36) Sobre todo es discutible si, según el § 160 StGB, tiene lugar un caso de inducción consumada o simplemente tentada cuando quien actúa declara falsamente a sabiendas en contra de lo aceptado por el hombre de atrás, al respecto cfr. ARZT/WEBER, BT, 2000, § 47 nm. 132; KINDHÄUSER (nota 3), § 160 nm. 6 y ss.; LACKNER/KÜHL, § 160 nm. 4.; WESSELS/HETTINGER, BT I, 26ª ed. 2002, nm. 783; KÜPER (nota 25), p. 129 y ss.

(37) Explícitamente de este modo, advirtiendo sobre el marco penal inferior, ARZT/WEBER (nota 36), § 47 nm. 130 y s.; KÜPER (nota 25), p. 128 y s.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER, § 160 nm. 1.

(38) Frente a una sistemática que diferencia estrictamente entre identificación del Derecho secundum y praeter legem (*Rechtsfindung secundum und praeter legem*), la interpretación teleológica ya no debería ser encasillada, en realidad, como una “interpretación” en sentido estricto. Sin embargo, estas observaciones pueden ser aquí pospuestas, pues se trata principalmente de cómo el marco penal puede ser puesto en relación con consideraciones teleológicas (formuladas de modo genérico).

aconsejable cuando es **seguro** que de todos modos un peligro concreto estaría excluido⁽³⁹⁾, podría fundarse **también** en todo caso en este marco penal: uno podría decir⁽⁴⁰⁾: cuando el peligro –el cuál mínimamente debe exigirse que exista de algún modo de cara al marco penal del § 306a StGB– no ha tenido lugar de ningún modo, la finalidad del § 306a StGB no se realiza y el tipo debe ser reducido teleológicamente. En realidad, la crítica se concentra principalmente en la legitimidad de los delitos de peligro desde la perspectiva de la culpabilidad jurídico-penal⁽⁴¹⁾; aunque resulta llamativo que aquel sea mucho más intensamente esgrimido frente al § 306a StGB que, por ejemplo, frente al precepto del § 316 StGB, el cuál prevé una amenaza de pena esencialmente inferior, incluso pese a castigar también la conducta imprudente.

e) La interpretación conforme a la Constitución

Todavía cabría aludir simplemente a la interpretación conforme a la Constitución –ya que, en realidad, solo tiene importancia posteriormente en el control y no en la clarificación de conceptos⁽⁴²⁾–. Que también aquí la consideración de los marcos penales juega un papel relevante, lo muestra ya el ejemplo nombrado al principio del § 211 StGB. Pues, la interpretación restrictiva de los elementos del homicidio es realizada por el Tribunal Constitucional alemán, en cuanto la amenaza absoluta de una pena de prisión perpetua sería problemática frente al art. 2, párr. 1, 1 I GG⁽⁴³⁾. También aquí la relación es obvia: la inconstitucionalidad de un precepto, aunque también de una específica interpretación, puede derivarse de que la norma de conducta en sí o su conminación penal infrinja la Constitución, o de que la reacción frente al comportamiento penado se encuentre para la ocasión fuera de proporción y, con ello, se lesione la prohibición de exceso. Sin embargo,

(39) Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER-HEINE, § 306a nm. 2; TRÖNDLE/FISCHER, § 306a nm. 1; en forma negativa KINDHÄUSER (nota 3), § 306a nm. 9 y s.

(40) Indirectamente, ello se aclara con la argumentación contraria de KINDHÄUSER (nota 3), § 306a nm. 10, cuando el mismo rechaza exigencias mínimas en la perceptibilidad del peligro, debido a que tras el incremento del marco penal del § 306 StGB respecto al delito básico de incendio, la consecuencia de este peligro sería solo marginal para el marco penal: este argumento presupone claramente que la opinión contraria deriva del *marco penal* exigencias sobre el grado de peligro.

(41) Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER-HEINE, vor §§ 306 y ss. nm. 3a.

(42) En todo caso, ello rige en relación a la interpretación conforme a la Constitución en sentido estricto, en la cuál solo se prueba con posterioridad si entre varios resultados interpretativos posibles uno de ellos puede quedar excluido, al no ser compatible con la Constitución. No obstante, junto a estos criterios con un ámbito de aplicación ciertamente estrecho, es imaginable una interpretación “sistemático-constitucional” o “del sistema de Derechos fundamentales” a este lado del límite de una “inconstitucionalidad grave”, que abogue dentro del proceso de interpretación por resultados que, *sub specie constitutionis*, sean más deseados que otros, cfr. KUDLICH. *Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht*. JZ 2003, 127 y ss.

(43) Cfr. BVerfGE 45, 187, 259 y ss., especialmente en 262 y ss.

de este modo la entidad de la pena y el marco penal se convierten en un parámetro en el juicio de constitucionalidad; lo sería a los efectos de una interpretación conforme a la Constitución en sentido estricto; lo sería a los efectos de una interpretación sistemático-constitucional en sentido amplio⁽⁴⁴⁾.

f) Balance provisional

Con esto llegamos a un primer balance provisional: la interpretación orientada al marco penal no tiene nada que ver con el concepto general de la consideración de las consecuencias. Más bien, la consideración del marco penal aparece, con excepción de la interpretación gramatical, en todos los cánones clásicos de la tradicional interpretación de la ley. Ello tiene dos consecuencias: por un lado, la interpretación orientada al marco penal no representa un *topoi* realmente independiente, aunque, por otro lado, tampoco se trata precisamente de un “subcaso” de uno de los cánones tradicionales.

Con motivo de los casos ejemplares descriptos hasta aquí, resulta posible observar, en realidad, un argumento transversal que podría ser descrito tal vez como un “criterio argumentativo de segundo nivel”: se trata de un criterio auxiliar que tiene una función útil frente a los otros criterios. Esta consiste en que, mediante la evaluación de los concretos marcos penales o de la comparación de los diferentes marcos penales, puedan encontrarse enunciados sobre:

- La relación entre los diferentes tipos,
- Los desarrollos históricos, o
- La finalidad del precepto.

Y que, a partir de ahí, pueda ser mejor fundamentada una interpretación sistemática, histórico-genética o teleológica.

Lo que así se deriva de este modo inductivo como función de la orientación al marco penal⁽⁴⁵⁾, también puede ser fundamentado de modo teórico: principalmente, en cuanto se necesita absolutamente de este “criterio interpretativo de segundo nivel”. Teniendo presente que la “interpretación” –desatendiendo otras cuestiones de detalle⁽⁴⁶⁾– es siempre un **aprovechamiento**

(44) Cfr. nuevamente nota 42.

(45) El significado de esta descripción inductiva, orientada desde la jurisprudencia principalmente a ejemplos, no puede ser menospreciada de ningún modo (y con ello tampoco puede ser mal entendida la sucesiva fundición [*Fundierung*] teórica, como la mera apología de una práctica jurídica que sigue insuficientemente un método): no solo debe ser tomado en serio, sino que de ningún modo puede ser infravalorado el significado de una “teoría acompañante de la praxis” a partir de razones teórico-científicas, cfr. CHRISTENSEN/KUDLICH (nota 34), p. 269 y ss., con ulteriores referencias.

(46) Y, frente a ello, pasa inadvertida la cuestión de si se trata de un acto de conocimiento de un significado fijo o si, en verdad, es una decisión derivada del método relativa a conflictos de significados; en profundidad

de contextos (*Erschließung von Kontexten*) para poder determinar mejor los elementos típicos controvertidos, los diversos cánones están, de este modo, relacionados con los diferentes *contextos* (por ejemplo, el contexto de otras normas, el contexto del fundamento de la ley, etc.). Este camino⁽⁴⁷⁾ de **aprovechamiento** o utilización de estos contextos consiste también en una comparación y evaluación de los marcos penales. Formulado de otro modo: a menudo, los contextos considerados a través de los cánones pueden resultar fructíferos a partir de observar cada marco penal establecido por el legislador.

La primera particularidad se encuentra en que el marco penal adquiere un gran valor, no **como tal** sino siempre en combinación con otros contextos. La segunda se encuentra en que este no establece ninguna conclusión sino únicamente tendencias. Ambas están relacionadas, al no poder corresponderse nunca “uno por uno” el significado de un concepto del tipo con un valor numérico de la consecuencia jurídica. Al contrario, especialmente por tres motivos se ofrecen datos numéricos como “instrumentos de aprovechamiento”, del modo en que se presentan los marcos penales:

- Los datos numéricos pertenecen en el ámbito del lenguaje natural a los datos más precisos y, por ello, también “de los más fuertemente determinados”⁽⁴⁸⁾.
- Los datos numéricos son relativamente fáciles y claros de comparar
- Los datos numéricos permiten teóricamente –e incluso siempre con la claridad necesaria– múltiples posibilidades de graduación. El legislador los emplea especialmente con la amenaza de la pena de prisión, cuyo límite máximo y mínimo se encuentra en los numerosos variados niveles de entre un año y medio y la prisión perpetua. Esta flexibilidad es notablemente mayor para quien **establece** la norma (y no recién para el aplicador del Derecho⁽⁴⁹⁾) que cuando, por

respecto a esta segunda perspectiva, CHRISTENSEN/KUDLICH (nota 34), *pássim*, especialmente p. 151 y ss., al igual que en p. 380 y ss. (mediante ejemplos prácticos).

(47) Otras vías constituyen modelos argumentativos como el argumento *a minore ad maius* y *a maiore ad minus*, el argumento a contrario, la presunción (desvirtuable) de un único uso de los conceptos legales, la presunción de la aprobación de una práctica jurídica dominante ante la incorporación de preceptos en las reformas vinculadas a una temática, etc.

(48) Ello no se ve afectado por la crítica relativa a que los marcos penales fijados de un modo diversamente amplio serían (en otro sentido) demasiado “indeterminados” para un proceso racional de individualización de la pena. Al contrario, la “determinación legal” se encuentra presente en el sentido indicado de tenerse que lograr un consenso relativamente sencillo únicamente en el nivel del habla, cuyo periodo está indicado, por ejemplo, con una pena máxima de 5 años de prisión.

(49) Cuyo ámbito de operatoria no es mucho más grande (también en el Derecho Penal): ante la concreta determinación de la pena puede ser encontrada en la pena de multa, según el § 40 I 2 StGB, una escala de entre 5 y 360 cuotas diarias y también el § 39 StGB permite resultados diferentes para la medición de una pena de prisión.

ejemplo, en el Derecho Administrativo puede ser o no concedida una autorización, o cuando en el Derecho Civil un contrato es eficaz o ineficaz, o hay motivos para que la reparación de un daño sea procedente o improcedente.

A efectos de evitar malos entendidos en este lugar: **cuán** elevada es la concreta reparación del daño es comparable, en tanto cuestión del caso individual, más con la individualización de la pena que con el marco penal. Sin embargo, la cuestión no admite de ningún modo conclusiones sobre la interpretación del tipo, debido a que –en un sentido distinto a la conformación del marco penal–, en relación a los comportamientos comparables totalmente, las enormes diferencias pueden estar en la entidad de la reparación del daño que debe realizarse en concreto. Si una infracción a la prioridad de paso provocadora de un accidente conduce a un deber de reparar el daño, no puede depender típicamente de si –*certeris paribus*– el perjudicado por el accidente conduce un vehículo de clase media, de quince años de antigüedad, con un valor residual de € 1000 o una limusina recién estrenada de un valor nuevo de € 100.000.

3. Justificación de una interpretación orientada al marco penal a partir de su contenido

Por tanto, la orientación al marco penal es adecuada “técnicamente” para aprovechar contextos en la interpretación. Sin embargo, con ello todavía no queda abarcada la justificación **material del contenido** de la consideración del marco penal en la interpretación. En lo que al origen de esta cuestión de legitimidad respecta, se parte, tomando los ejemplos nombrados hasta ahora, de que la mayoría de las veces se recurre a un **marco penal más elevado** –absoluto o comparativamente– como argumento para una **interpretación restrictiva**, mientras que una reducción del marco penal o un **marco** comparativamente **menor**, debe permitir necesariamente como mínimo una **interpretación amplia**, cuando no puede partirse –como arriba en el ejemplo del § 160 StGB– de que el marco penal inferior debe constituir la excepción.

A primera vista, dos cosas no son evidentes en este caso: por un lado, que **en general** el marco penal, como componente que establece la **consecuencia jurídica**, no es significativo para la interpretación del **tipo**; por otro lado, que la creciente gravedad del marco penal favorece tendencialmente una interpretación restrictiva y que, a partir de ello, debe limitar justamente el ámbito de aplicación de las normas penales que supuestamente protegen los bienes jurídicos frente a los peligros graves. Cabe añadir, como objeción imaginable, que los marcos penales del StGB serían muy poco consistentes en relación a esta orientación al marco penal. Sin embargo, según mi parecer, estas objeciones pueden ser, al menos, parcialmente eliminadas:

a) La consideración del marco penal como consecuencia de la teleología general de la regulación jurídica

Primer punto: Pese a que en última instancia no puede perderse de vista completamente la supuesta vinculación a un programa condicional del tipo y de la consecuencia jurídica, la justificación o, en realidad, la necesidad, se deriva ya de la teleología de cada regulación jurídica. Pues esta experimenta su orientación a la finalidad (*Zweckhaftigkeit*) justamente a partir de las consecuencias “hechas obligatorias” por ella. FREUND lo formula aquí de modo adecuado: “el (...) carácter del Derecho de crear la realidad y no meramente de reconocerla precisa de su estructura teleológica, de su adaptación a un objetivo que debe ser como siempre determinante (...). Por tanto, la legitimación de una norma abstracta (...) en el fondo debe ser vista siempre a partir de las consecuencias-‘jurídica’ (explícitas e implícitas) en cuestión (...)”⁽⁵⁰⁾.

Llevado al marco penal⁽⁵¹⁾, este se corresponde con el ordenamiento “de-seado”, en el sentido de que es concebible como la reacción posible frente a la situación concreta con el fin de alcanzar un objetivo. En consecuencia, debe contarse con un marco que de cabida, en lo posible, a todas las penas, aunque solo a aquellas que, respecto a un determinado comportamiento, sean adecuadas a la culpabilidad y a la prevención⁽⁵²⁾. En caso contrario, no se alcanzaría el objetivo general de la ley de establecer consecuencias jurídicas adecuadas al tipo. En este sentido, no queda absolutamente excluida cualquier repercusión del marco de la consecuencia jurídica en la interpretación de los elementos típicos.

b) La relación de la gravedad de la sanción y la amplitud de la interpretación

Pero también el segundo punto, es decir, aquel que parte de la **concreta** relación material, en virtud de la cual un aumento del marco penal pugna regularmente como argumento a favor de una interpretación comparativamente restrictiva, puede fundamentarse a partir de diferentes planos:

aa) En el plano teórico del Derecho Penal pueden tomarse aquí los conceptos que proceden, en general, de la discusión relativa a los límites de la

(50) FREUND, JZ 1992, 993, 995.

(51) Sin embargo, aquí *Freund* podría referirse principalmente a las consecuencias reales –y en esta medida a las consecuencias tanto de la decisión y como de la adaptación–, pese a emplear el término (puesto entre paréntesis) consecuencias “jurídicas”.

(52) Sobre la relación entre una atención más fuerte a las consecuencias y el predominio de las teorías preventivas de la pena, HASSEMER (nota 9), p. 503.

pena estatal⁽⁵³⁾. De las dos cuestiones cardinales que se discuten ahí⁽⁵⁴⁾ referidas a si un comportamiento puede ser “desaprobado” en **general** y si, en caso afirmativo, se puede reaccionar realmente frente a este con una pena, es más decisiva la segunda para nuestros fines⁽⁵⁵⁾: a saber, partiendo de que la pena, como “último y más agudo medio de descalificación de comportamientos incorrectos”, va también acompañada de la “expresión de un severo reproche ético-social (en cuanto a la intervención jurídica)”⁽⁵⁶⁾, debe quedar esta circunscrita, por tanto, a aquellos comportamientos que ya “en sí mismo” lesionan “de modo relevante las exigencias de la vida en comunidad” y en ellos se apoya una “decisión cualificada, negadora de las exigencias del bien” de cara al bien jurídico lesionado⁽⁵⁷⁾.

No obstante, esta idea puede formularse también en medidas cuantitativas: un marco penal elevado es la expresión de una mayor descalificación ético-social de un comportamiento. Para justificar ello debe quedar circunscrito cada tipo al comportamiento que lesiona aun en mayor “medida las exigencias de la vida en comunidad”. Y ello conduce –no siempre, pero– tendencialmente a la exigencia de una interpretación restrictiva.

bb) Sin embargo, un concepto similar también puede ser formulado por la Constitución: teniendo en consideración el mandato fundamental de proporcionalidad, el peligro de una intervención desproporcionada es mayor cuando, por un lado, más elevada es la pena y, por el otro, el comportamiento castigado es menos grave⁽⁵⁸⁾. Entretanto, el marco penal superior conduce tendencialmente a una agravación de la intervención, de este modo puede ello ser contrarrestado mediante un incremento simultáneo de los requisitos típicos.

(53) Como es sabido, en este se critica reiteradamente que los modelos de legitimación de la pena estatal (y entre ellos el dogma dominante de la protección de bienes jurídicos) solamente cumplirían su “función de delimitación negativa” insatisfactoriamente, de modo que contendrían muy pocas referencias en relación a cuándo la intervención del Derecho Penal *justamente* no estaría permitida. Cfr. bajo la expresión del escaso “potencial crítico” del dogma de la protección de bienes jurídicos, FRISCH, Stree/Wessels-FS, 1993, p. 69, 72 y ss.; WOHLERS, GA 2002, 15 y ss.; respecto al llamado a contrarrestar “la reducción de todos los aspectos relevantes de ponderación en la protección de bienes jurídicos (...) también mediante un tratamiento sistemático de los *intereses en la delimitación de la pena*”. SCHÜNEMANN. Bockelmann-FS. 1979, pp. 117, 129 (resaltado aquí).

(54) Cfr. el muy citado artículo de FRISCH, Stree/Wessels-FS, p. 69 y ss.

(55) En relación a lo que sigue, FRISCH, Stree/Wessels-FS, p. 69, 85 y ss.; *Frisch* se pregunta por la “adecuación misma del establecimiento de la pena”.

(56) A esta comprensión la muestra FRISCH, Stree/Wessels-FS, pp. 69, 86 como la visión “absolutamente dominante en Alemania” (con referencias aquí en nota 65); de modo similar, KINDHÄUSER, GA 1989, 493 y OTTO, ZStW 96 (1984), 339, 346; crítico, APPEL, Verfassung und Strafe, 1998, p. 482 y ss.

(57) Cfr. FRISCH, Stree/Wessels-FS, pp. 69, 86 y ss.

(58) Cfr. respecto al concepto de proporcionalidad relativo a las consecuencias jurídico-penales en la actualidad, WEIGEND, Hirsch-FS, p. 917 y ss.

cc) Finalmente, en la jurisprudencia del BGH aparece formulada la relación entre la elevación de la pena y la interpretación en los concretos problemas dogmáticos: en relación a las sentencias sobre prevaricación de los órganos de persecución penal en la antigua RDA, el BGH⁽⁵⁹⁾ señala que entraría en consideración la aceptación de una prevaricación a causa de una desproporción intolerable de la pena en relación a la acción condenada, cuando la interpretación de una norma penal en perjuicio del acusado afecta abiertamente el límite externo de la aplicación del Derecho tolerable, pese a que al mismo tiempo se imponga “una consecuencia jurídica especialmente grave prevista en el marco penal”. No obstante, la concreta elevación de la pena y la amplitud de la interpretación pueden ser vistas como magnitudes que pueden conducir a una desproporción inaceptable, por lo que algunos abogan por hacer también dependiente la aplicación de un marco penal elevado de una interpretación tendencialmente estricta.

c) El tratamiento de la extensión de los marcos penales en el StGB y su inconsistencia parcial

Sin embargo, como objeción a la justificación material de una orientación al marco penal se considera el argumento de la inconsistencia del marco penal. Las reflexiones hechas hasta aquí han presupuesto reiteradamente y de modo implícito que los marcos penales de la ley constituyen un sistema lógico en sí mismo, axiológicamente convincente y libre de contradicciones. Empero, precisamente esta circunstancia no es raramente negada⁽⁶⁰⁾. Por ejemplo, también la contradicción entre el marco penal del delito de lesiones, por un lado, y el de determinados delitos patrimoniales, por el otro, fue reducida al menos⁽⁶¹⁾ numéricamente⁽⁶²⁾ y, pese a los grandes intentos de armonización mediante la 6ª ley de reforma del StGB⁽⁶³⁾, queda una lista de marcos penales que dan lugar a una serie de dudas⁽⁶⁴⁾. Más allá de estos casos

(59) Cfr. BGHR StGB § 336 del Derecho de la RDA 7, p. 2 y ss.

(60) Detalladamente sobre la problemática HETTINGER, GA 1995, 399 y ss., quien ya en su introducción lamentaba la carencia de un “principio fundamental (...) de los marcos penales del Derecho vigente”.

(61) Esta reducción se siguió, en lo esencial, de la ley de lucha contra el delito del año 1994, cfr. BGBl. I, p. 3186.

(62) Crítico con las sospechas de una mera “armonía numérica”, sin un fundamento que sea suficiente materialmente, HETTINGER, GA 1995, 399, 402.

(63) Cfr. nuevamente la referencia en nota 24.

(64) Cfr. los ejemplos nombrados en HÖRNLE, Jura 1998, 169, 174, sobre la situación legal tras la 6ª ley de reforma del StGB, al igual que su resumen en p. 182; en especial sobre los delitos de incendio tras la 6ª ley de reforma del StGB, FISCHER, NStZ 99, 13 y ss.; sobre los delitos de lesiones tras la ley de lucha contra el delito, HETTINGER, GA 1995, 399, 420 y ss. También de modo general, PAWLIK, Jura 2002, 26, 31 (con ulteriores referencias aquí en nota 43), quien advierte satisfactoriamente que los marcos penales vigentes no están siempre graduados de un modo convincente de cara a la “valencia” de los bienes jurídicos, sino que son influenciados por “numerosos otros factores de índole político-criminal” (frente a lo cual, sin embargo, –en relación a los argumentos ver a continuación– todavía no se ha llegado a advertir alguna vez que estos factores

concretos, además es objetada frente a numerosos marcos penales su enorme amplitud, la cual perjudica la función esencial de la individualización de la pena e incluso podría ser de dudosa constitucionalidad de cara al art. 103 párr. 2 GG⁽⁶⁵⁾. Ambos puntos críticos tienen, en realidad, un núcleo justificado, pero no condenan al fracaso en general y desde un principio al concepto de una interpretación orientada al marco penal.

aa) Comenzando por lo señalado en último término: también un marco penal establecido de un modo amplio muestra, en general, con su límite superior y/o su límite inferior de qué modo el legislador encuadra la gravedad del injusto y de la culpabilidad⁽⁶⁶⁾. Respecto a la interpretación orientada al marco penal⁽⁶⁷⁾, justamente tienen relevancia estos límites, mientras que una menor el ámbito comprendido entre ellos, debido a que los límites son especialmente plásticos y precisos. Cabe añadir que –en toda su extensión– los marcos penales con una pena mínima leve, regularmente acaban también en su límite superior antes que aquellas penas mínimas significativamente altas. En cambio, los solapamientos más o menos grandes entre los distintos marcos penales no desempeñan ningún rol decisivo, dado que los valores medios que deben existir en una determinada relación para el contenido del injusto y de la culpabilidad del caso medio⁽⁶⁸⁾ son, sin embargo, muy diferentes.

bb) En cambio, es grave el reproche por las desproporciones sistemáticas y valorativas entre determinados marcos penales. Sin embargo, ello tampoco es del todo grave. Por empezar, este reproche cuenta realmente con un **amplio consenso**⁽⁶⁹⁾ probablemente solo en relación a una parte proporcionalmente pequeña de los tipos penales. En lo que sigue, se hacen notar las frecuentes contradicciones valorativas entre los tipos que solo hasta cierto punto pueden ser puestas en relación, debido a que afectan circunstancias vitales totalmente distintas. Por ejemplo, ello vale para la crítica ya arriba

político-criminales deberían confrontar **siempre** con la legitimación material de una interpretación orientada al marco penal).

(65) Cfr. SCHÜNEMANN. *Nulla poena sine lege?*. 1978, p. 7, con ejemplos ilustrativos (no obstante considerar casos graves y menos graves).

(66) Cfr. HETTINGER, GA 1995, 399, 410; TRÖNDLE/FISCHER, § 46 nm. 16 y ss.

(67) Naturalmente, algo distinto rige para la teoría de la individualización de la pena, desde la cuál se deriva justamente esta crítica; cfr. al respecto que solo considera muy excepcionalmente al límite superior y al inferior **como resultado** del concreto acto de individualización, entre otros TRÖNDLE/FISCHER, § 46 nm. 16.

(68) Cfr. por ejemplo BGHSt 27, 2, 4; TRÖNDLE/FISCHER, § 46 nm. 17 (casos promedio, bajo el valor aritmético medio); SK/StGB-HORN, § 46 nm. 87 (“el cuántum del injusto que indica el caso regular podrá encontrarse, por consiguiente, por debajo del tercio de los marcos penales legales”).

(69) Que el juzgador individual considere desacertado un marco penal motivado desde la política jurídica, tiene a su vez tan poco peso como cuando, en relación a las valoraciones jurídico-políticas, no existe ningún consenso general, ello no varía en relación a las consideraciones de una decisión de *lege lata* del legislador.

apuntada en la relación entre los delitos de lesiones y patrimoniales, aunque también para la relación entre los casos de robos graves y las formas cualificadas de violación⁽⁷⁰⁾. Que tales contradicciones merezcan no pocas críticas desde un punto de vista jurídico-político es algo evidente; igualmente lo es que una interpretación orientada al marco penal pierda fuerza por completo, mientras más inconsistencias existan dentro del sistema de los marcos penales. Sin embargo, las contradicciones entre los delitos “más distantes” son menos precarias para la interpretación, porque cada uno de los otros delitos también será consultado de un modo menos frecuente que los parámetros de comparación de **una concreta cuestión interpretativa**. Por último: en lo que respecta a cómo deben ser observadas las fracturas individuales del sistema, las que se transmiten de un modo realmente significativo a la interpretación, ellas son casos en los que justamente la orientación al marco penal resulta poco productiva –pero también lo son eventualmente el tenor literal, la sistemática o la génesis de la ley, sin que por ello su aptitud fundamental como criterio interpretativo sea puesta en duda. Un ejemplo ilustrativo es aquí la discusión sobre la interpretación de los elementos “comercializar” o “ayudar a comercializar” del § 259 StGB: tanto la opinión que considera necesario el resultado de comercializar como también la opinión contraria se remiten al tenor literal, el cual abiertamente señala dos direcciones distintas y, de este modo, se presenta más engañoso que fructífero⁽⁷¹⁾. En consecuencia, no cabe ninguna duda de que el tenor literal es un criterio interpretativo (aun central). Más bien, justamente el elemento de una interpretación lo suficientemente compleja y fructífera debe fundamentar que se desatienda un punto de vista en una determinada situación o, incluso de un modo más general: debe reflexionarse no solo sobre la valoración general de un argumento en relación a la estructura de la norma, sino también sobre cuán intenso es este en concreto⁽⁷²⁾.

4. Límites de la interpretación orientada al marco penal

a) En definitiva, una consideración de los marcos penales en la interpretación puede ser fundamentada, en general, tanto técnico-formalmente

(70) Cfr. nuevamente los ejemplos en HÖRNLE. *Jura*. 1998. pp. 169, 174.

(71) En contra de una impresión quizá espontánea, los “acertijos del marco penal de la 6ª ley de reforma del StGB” en los delitos de incendio *no* son un caso de semejante infructuosidad (cfr. FISCHER, NSz 1999, 13 y ss.). Ello se debe a que también aquí los marcos penales han sido elegidos, en parte, de un modo desafortunado: cuando ellos conducen a una interpretación que, como mínimo, intenta evitar las más groseras contradicciones valorativas, entonces ello es justamente un caso de orientación al marco penal –la mirada al marco penal induce a una interpretación (relevante para la justicia penal), que se halla más bien lejos de aquella que solamente mira al texto de los diferentes tipos (en el sentido de las condiciones de punibilidad).

(72) Cfr. en relación a la doble importancia de los argumentos, según la estructura normativa y la intensidad, CHRISTENSEN/KUDLICH (nota 34), p. 377 y ss.

como también materialmente y a partir de su contenido. Del mismo modo, tampoco conviene perder de vista las conocidas dificultades de fijar límites a las posibilidades de una orientación al marco penal. En este punto observo principalmente dos problemas y límites:

aa) El primer límite es realmente evidente y consiste en que las consideraciones del marco penal tampoco pueden ser establecidas de un modo absoluto. Pues bien, el resultado de la interpretación puede ser apoyado en las consideraciones del marco penal no de un único modo y a partir de una completa desaparición gradual de otros argumentos posibles. Este es un principio generalmente reconocido para cada interpretación⁽⁷³⁾ y que también debe regir naturalmente como “criterio del segundo nivel”. Debido a que entonces ella desarrolla su eficacia regularmente recién junto con otro canon (por ejemplo, el del sistema o el del telos), al mismo tiempo una exclusiva mirada a la orientación al marco penal daría demasiada importancia al criterio apoyado por ella.

bb) En cambio, el segundo límite es un problema específico de la orientación al marco penal y requiere posiblemente una aclaración un poco más profunda: este consiste en que el intérprete, en su afán por establecer una correspondencia entre los marcos penales y el contenido del injusto que debe ser exigido, pueda establecer su propia valoración de un modo no ilimitado, en lugar de aquella del legislador. Pues a este debe reconocérsele una cierta prerrogativa valorativa⁽⁷⁴⁾. Con otras palabras: una “nivelación del injusto” realizada ampliamente por el legislador no puede ser reemplazada regularmente a partir de pautas valorativas propias⁽⁷⁵⁾. Uno querría permitir esta valoración autónoma del injusto, por lo que tomaría aquellas estructuras fijas de la sistemática de los marcos penales a la cuál justamente se remite. De ahí que, en lo que respecta a determinados grupos de comportamientos que claramente deben ser alcanzados por un tipo, estos grupos puedan ser entendidos de modo restrictivo, con el objeto de mantenerlos lo más reducidos posible⁽⁷⁶⁾; sin embargo, ellos no deben ser dejados de lado a priori a causa de

(73) Cfr. también HASSEMER (nota 9), p. 493 y ss.

(74) Por ejemplo, los límites se encuentran allí donde existen *claras* contradicciones, como cuando frente a un comportamiento ciertamente idéntico debiera ser menos castigada la lesión de un bien que la puesta en peligro.

(75) En este sentido, la ley tampoco puede ser más inteligente que su autor, en el sentido del conocido aforismo de *Radbruch* –pues no contiene ninguna nivelación del injusto del concreto comportamiento que sea divergente–.

(76) Por ejemplo, en la problemática que se expone a continuación de las armas falsas, esta interpretación restrictiva consistiría en la delimitación del concepto de armas falsas, en el sentido de la “doctrina Labello” (cfr. BGH NStZ 1997, 184), aceptada asimismo explícitamente por el legislador y empleada, según mi entender, en la literatura de modo general, pese a la crítica frecuente.

una apreciación de la gravedad general del injusto de estas formas de comportamiento que sea divergente de la del legislador.

b) Ello sería puesto a prueba al tomar la pregunta ya arriba formulada sobre a si el concepto de “otro tipo de herramienta” del § 250 párr. 1 N° 1 b StGB abarca, tras la 6ª reforma del StGB, también las “armas falsas”⁽⁷⁷⁾. La argumentación del autor es tan original como ingeniosa, pero amenaza con tropezar con algunas trampas que aparecen al desatenderse los límites aquí aludidos.

aa) El razonamiento –expresado escuetamente– es el siguiente⁽⁷⁸⁾:

1er paso: el § 250 párr. 1 N° 1 b StGB, esto es, la comisión de un robo portando otro tipo de herramienta “con el fin de superar (...) la resistencia de otra persona” está sometida a la misma amenaza de pena que el § 250 párr. 1 N° 1 c StGB, es decir, de causar a otro mediante el robo el “peligro de una grave lesión para la salud”.

2do paso: la mera portación, vinculada con el plan⁽⁷⁹⁾ de aparentar ante la víctima del robo peligros para la integridad física o la vida, no puede tener de ninguna manera el mismo contenido de injusto que la producción del peligro concreto de una grave lesión a la salud.

3er paso: Por tanto, el § 250 párr. 1 N° 1 b StGB no puede abarcar armas falsas; más bien, debe tratarse de objetos a los que se asocia una potencialidad de peligro tan grande que como mínimo caen bajo la prohibición de la restricción de licencia. Aquí el concepto de otro tipo de instrumento se encuentra con el de “otro instrumento peligroso” del § 250 párr. 1 N° 1 b StGB, de modo que, en relación con el N° 1b, no permanece ningún otro ámbito propio de aplicación.

bb) En este punto son aclaradas las dos cuestiones que se exponen más arriba:

En primer lugar, el artículo toma en consideración casi exclusivamente –aunque desde distintos puntos de vista– marcos penales homogéneos relativos

(77) Cfr. la referencia arriba en nota 25.

(78) Cfr. en relación a lo que sigue, LESCH, JA 1999, 30 y ss., especialmente 37 y ss.

(79) En el lugar citado, *Lesch* habla solo de ese plan; este no tiene mucho peso debido a que solamente el significado meramente secundario se corresponde con la portación, independientemente de ese plan únicamente –no obstante desfigurarlo–, en cuanto se sugiere con ello que el legislador consideraría únicamente la mala voluntad. La verdadera portación de un arma falsa (esto es, considerando la estrecha interpretación exigida por el legislador que se corresponde con la “doctrina Labello”: de un objeto que es idóneo para provocar, desde una perspectiva objetiva, la apariencia de un arma) es de todas formas un componente en el que puede manifestarse un desvalor de acción objetivo que no puede ser completamente pasado por alto.

a todos los casos del § 250 párr. 1 StGB⁽⁸⁰⁾, al igual que el merecimiento de pena relativamente alto o bajo de las diferentes formas comisivas⁽⁸¹⁾. Pues bien, evidentemente no puede pretenderse que incluso en un artículo extenso sea considerado todo aspecto imaginable. El argumento consistente en contraponer “**otros instrumentos peligros**” en el N° 1a e “**instrumentos de otro tipo**” en el N° 1b, el cuál es “cercano al texto de la ley” y que por esta razón tiene una especial importancia para la estructura de la norma, requiere, no obstante, un tratamiento seguro, al igual que las declaraciones explícitas en los fundamentos de la ley, en cuanto argumento genético de carácter muy “intenso”⁽⁸²⁾. Ello vale tanto más cuando con el fin del redactor son evitadas las “fricciones axiológicas”⁽⁸³⁾ temidas por este, solo a costa de una interpretación que acepta cualquier significado independiente, lo cuál resulta apenas convincente.

Todo esto sugiere examinar si la orientación al marco penal puede ser fortalecida, aunque no por sí misma⁽⁸⁴⁾. Pero justamente este es el caso, dado que en el segundo paso de la argumentación descrita arriba con el enunciado “la mera portación con la intención de simular peligro es siempre menos grave que cualquier causación de un peligro a la salud”, la graduación legislativa del injusto es reemplazada justamente por una propia. Con ello es infringida la prerrogativa de juicio (*Einschätzungsprärogative*), dado que el juicio del legislador es seguramente atacable, pero difícilmente sea falso de un modo manifiesto (y en cierto modo “redimible”). Pues, en definitiva, se exige objetivamente en el § 250 párr. 1 N° 1b StGB la portación de determinados objetos, al igual que subjetivamente un determinado propósito, los cuáles respectivamente no tienen ninguna correspondencia en el § 250 párr. 1 N° 1c StGB.

III. RESUMEN Y CONCLUSIÓN

Por consiguiente, puede señalarse resumidamente:

1. Pese al gran silencio relativo a este tipo de argumentación dentro de la teoría general de la interpretación del Derecho Penal, es posible justificar

(80) Junto a ello se acepta también en otros contextos el marco penal del § 250 II StGB y sus modalidades, lo cual, sin embargo, se suprime de acuerdo a nuestros fines.

(81) Constituye una excepción la reproducción de una cita de RADBRUCH (JA 1999, 30, 33 y s.) más extensa (aunque, en realidad, más en cuanto a su expresión que a su fundamentación) sobre el significado del sentido objetivo de la ley, el cuál posiblemente podría debilitar el contexto histórico-genético.

(82) Cfr. nuevamente arriba en nota 72.

(83) Cfr. LESCH, JA 1999, pp. 30, 32.

(84) Por tanto, según la estructura del argumento se trata, por su parte, de refutar la objeción apoyada en la sistemática de los marcos penales y manifestada en contra de la opinión defendida aquí (o, en general, de debilitar, en cuanto tiene menos peso que el argumento favorable a la opinión defendida aquí); en relación a la descripción de una estructura de la argumentación jurídica que considera la afirmación, la objeción y la réplica, cfr. CHRISTENSEN/KUDLICH (nota 34), p. 256 y ss., especialmente 263 y ss.

una “interpretación orientada al marco penal” en el tratamiento de los concretos problemas interpretativos en la jurisprudencia y en la literatura.

2. Según su clasificación formal, la interpretación orientada al marco penal no es ni un subcaso de la orientación general a las consecuencias ni de los clásicos cánones interpretativos. Más bien, se trata de un “criterio interpretativo de segundo nivel” que ayuda a **aprovechar** los respectivos contextos frente a los conocidos cánones, especialmente frente a la interpretación sistemática y teleológica. Solo raramente ella aparece *sola* de un modo tan manifiesto, como en ocasiones pueden estarlo otros argumentos. No obstante, mediante su combinación con otros cánones diferentes cuenta con un amplio campo de aplicación y gracias a la precisión, la adecuada comparabilidad y la amplia flexibilidad (y no solo gracias a la fuerza sugestiva) de los indicadores numéricos referidos frecuentemente a una cierta plausibilidad *prima facie*.
3. En cuanto al contenido, una orientación al marco penal se justifica gracias al direccionamiento teleológico de las reglas jurídicas, al igual que mediante la correspondencia entre la gravedad del injusto y la amenaza de pena. También ciertas inconsistencias del sistema de los marcos penales legales no la obstaculizan necesariamente.
4. Los límites de la interpretación orientada al marco penal se encuentran, por un lado, en que ellos no pueden ser establecidos de un modo absoluto ni pueden ser aplicados a través de un proceso discursivo con otros criterios. Por otro lado, debe poderse conceder al legislador en la valoración de la gravedad del injusto de un comportamiento una prerrogativa de juicio, que no pueda encubrirse mediante los juicios propios.

L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"^(*)

Giorgio MARINUCCI
(Italia)

I

È grande merito del maestro che onoriamo la conquista delle "funzioni del Tatbestand nel diritto penale complementare"⁽¹⁾, soprattutto la "funzione di garanzia". È una conquista che Tiedemann raggiunge segnalando, tra l'altro, i pericoli che i più diversi metodi interpretativi fanno correre al divieto di analogia, tra i quali in particolare quello dell' "aproccio economicistico". Con l'aiuto di questo metodo si vuole assicurare una tutela senza lacune dell' economia: si "svincola la punibilità dalla conformità alla fattispecie penale", che andrebbe "liberata" dalla dipendenza da materie extrapenalistiche come il diritto amministrativo. È un "aggiramento", sottolinea Tiedemann, che però coincide nei risultati col "metodo dell'analogia"⁽²⁾. Ricorda la "liberazione dal pensiero civilistico" che, negli anni '30, fu patrocinata dalla "interpretazione fattuale" delle norme penali protettive del patrimonio individuale⁽³⁾: anni in cui lo Zeitgeist reclamava che si prendesse congedo sia dal "vicolo della forma come ceppo nella lotta contro la criminalità",

(*) Para una lectura adecuada de este artículo se incluye a continuación del mismo su traducción al castellano.

(1) TIEDEMANN. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am problem des Wirtschaftsstrafrecht*. 1969.

(2) TIEDEMANN, *ob. cit.*, p. 56.

(3) TIEDEMANN, *ob. cit.*, p. 57. cita il noto lavoro di H.J. BRUNS, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1958, ispirato dichiaratamente allo scritto del Segretario di Stato FREISLER. "Zur Befreiung des Rechtsdenken". In: *Deutsche Justiz*. 1937, p. 1570.

sia dal “bisogno di certezza del diritto dello Stato di diritto liberale”⁽⁴⁾. Oggi, il quadro costituzionale è fortunatamente mutato. In ogni settore del diritto penale andrebbero perciò tratti i corollari del ripristinato divieto di analogia, che *Tiedemann* enuncia limpidamente: “lacune (nel senso di assenza di regolamentazione legislativa) non sono presenti nelle fattispecie penali; ciò che nel processo potrebbe apparire soggettivamente come lacuna di punibilità, è in verità uno spazio libero dal diritto penale”⁽⁵⁾.

II

Questa visione rassicurante è messa in discussione, apertamente o in modo occulto, da una parte della letteratura contemporanea, tedesca e italiana, che disintegra il *nullum crimen nulla poena sine lege*, assegnando ai legislatori e ai giudici un ruolo paritario nella produzione delle norme penali. Lo imporrebbe la teoria dell’interpretazione: avrebbe ‘dimostrato’ l’insistenza di lacune da colmare con l’aiuto dell’analogia, essendo l’interpretazione del giudice necessariamente analogica e creativa. Sarebbe, quindi, da relargare tra i miti del passato l’idea che il “possibile significato letterale della legge” segni la linea di confine tra interpretazione della norma penale (consentita) e applicazione analogica (vietata)⁽⁶⁾.

Muovendosi sul solo terreno della “logica del diritto” e dell’“interpretazione della norma penale”, fatalmente questa tendenza dottrinale vive solo nello jheringhiano cielo dei concetti. Ed è conseguente che ignori l’invito alla “fedeltà alla legge”, e, soprattutto, che faccia *astrazione dalla storia* sia dell’origine del divieto di analogia, e del suo permanere nella gran parte degli ordinamenti, sia della sua (reclamata e/o attuata) abolizione. I fautori della *nouvelle vague*, se improvvisamente venissero a conoscenza della lunga lotta *per o contro* il divieto di analogia, rimarrebbero stupefatti. La riterrebbero insensata –un falso problema che ha ottenebrato le menti di tanti legislatori, preda di tanti studiosi: gli illuministi, a cominciare da Feuerbach, che hanno lottato *per* l’introduzione del divieto; studiosi conservatori, come il grande Binding, nemico dichiarato dell’illuminismo e dei suoi avvelenati frutti legislativi,

(4) H.J. BRUNS, *ob.cit.*, pp. 6 e 15.

(5) TIEDEMANN, *ob. cit.*, p. 18.

(6) Nella letteratura tedesca, fra i tanti, SCHÜNEMANN. “Die Gestzinterpretation in Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristische Methodenlehre”. In: *Festschrift für U. Klug*. 1983, 169 ss.; Hassemer. *Tatbestand und Typus*. 1967; ID., *Richtiges Recht durch richtiges Sprechen?*. in GREWENDORF (a cura di). *Rechtskultur als Sprachkultur*. 1992, p. 88 y ss.; e nella letteratura italiana DI GIOVINE. *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*. 2006. Per un penetrante esame critico di questi orientamenti nella letteratura tedesca KREY. *Studien zum Gesetzvorbehalt im Strafrecht*. 1977; ID., *Gesetztreue und Strafrecht*, in ZStW 1989, p. 838 y ss.; ROXIN. *Strafrecht*. I, 2^a ed., 1997, p. 110 y ss. e nella letteratura italiana VIGANO. *La tutela penale della libertà individuale. I, L’offesa mediante violenza*, 2002, p. 201 y ss.

schieratosi con inusitata violenza verbale *contro* quel divieto, ma consapevole dei limiti dell'auspicata abolizione; la gran parte degli studiosi del secolo scorso che si sono invece pronunciati *per* il suo mantenimento, come "palladio della libertà del cittadino"⁽⁷⁾; i teorici del diritto penale nacionalsocialista, nemici dell'individualismo liberale nel nome del primato della comunità del popolo, che si sono insistentemente pronunciati *contro* il divieto di analogia, ottenendone nel 1935 l'abolizione legislativa; agli studiosi italiani che, nell'epoca della tragica vicinanza tra dittature fascista e dittature nacionalsocialista, duellarono tra chi era *per* e chi era *contro* la conservazione del divieto di analogia; i giudici tedeschi che, applicando la nuova disciplina introdotta nel 1935, emisero sentenze scrutinate coscienziosamente anche in Italia, il cui ricordo –in alcuni casi– è tuttora un bruciante documento di quel che può comportare l'espressa abolizione legislativa del divieto di analogia, ma –in altri casi– documenta che anche l'ammissione legislativa dell'analogia deve rispettarne il presupposto: l'esistenza di una lacuna *involuntaria* da colmare –nessuno spazio per l'interpretazione necessariamente 'analogica' del giudice vagheggiata da un settore dell'odierna teoria dell'interpretazione.

III

Uno schizzo delle accennate vicende storiche può bastare per dare succo e sangue alle ragioni del mantenimento o dell'abolizione del divieto di analogia.

1. Getta vivida luce sulla posta in gioco il più grande avversario del divieto: Karl Binding. Combatte in nome della "scienza contro il diritto penale codificato"⁽⁸⁾, fonte di una degradazione científica che culmina "tra l'approvazione generale, con il sacrificio dell'analogica"⁽⁹⁾; e sottolinea l'influsso di "due idee di fondo completamente diverse" all'origine del *nullum crimen, nulla poena sine lege* e del divieto di analogia⁽¹⁰⁾ –una teoria giuridico-*penale*⁽¹¹⁾ e una teoria giuridico-*statuale*⁽¹²⁾.

La *prima* idea è la teoria della pena come coazione psicologica. Essendo basata sull'effetto deterrente del male di una pena superiore ai vantaggi del crimine, questa teoria esige un diritto penale scritto, fonda la colpevolezza sulla conoscenza della legge penale, che è ovviamente possibile solo se la legge penale da conoscere non venga modificata e allargata per analogia dal singolo

(7) MEZGER. *Strafrecht*. 2ª ed., 1933, p. 77.

(8) BINDING. *Handbuch des Strafrechts*. 1885, p. 15.

(9) *Ibidem*, p. 16.

(10) *Ibidem*, p. 19.

(11) *Ibidem*, p. 19.

(12) *Ibidem*, p. 21.

giudice. *Binding* addebita quest'idea innanzitutto a Feuerbach, ma se ne libera come una delle tante fallaci teorie "relative" sulla pena⁽¹³⁾.

La *seconda* diversissima idea, all'origine del divieto di analogia, è la visione statuale dell'illuminismo, imperniata sulla teoria della separazione dei poteri dello OP Stato⁽¹⁴⁾ e sulla difesa del cittadino dall'arbitrio dei giudici: una visione che esige giudici assoggettati alla legge, i cui confini non possono essere estesi per analogia. E alla domanda sul perché l'analogia sia vietata soltanto per il diritto penale, *Binding* risponde con un'invettiva imbarazzante, in linea con la programmatica lotta della scienza contro la codificazione penale. La scienza (quale?) conosce l'origine di una tale esclusione da parte della codificazione penale⁽¹⁵⁾: apparentemente, "*la sicurezza dell'imputato nei confronti del giudice*"; in realtà, "*la nostra tradizionale indulgenza verso il delinquente*" (!); la scienza deplorea –come "chi è offeso"– che "*il mero silenzio della legge consenta di lasciare impuniti gravi misfatti*" (!); sa anche che "*la punizione*" di quei gravi misfatti "*non costituisce un'ingiustizia, ma accade all'imputato solo quel che ha meritato*" (!); nè può salvarlo "la falsa teoria della lacerazione del potere statale", perché la scienza prescrive che "non solo si deve lasciare libero il giudice di giudicare sulla base dell'analogia", ma si deve "*exigiré che lo faccia*" –"a meno che non voglia tagliarsi le vane da sola"! È una filippica che contiene anche espressioni non lontane da quelle ricorrenti nella letteratura tedesca degli anni '30: il divieto di analogia bollato come "*un indegno cippo*" che ostacola la lotta alla criminalità; o come l'altra: il legislatore "*non può inseguire il delinquente in tutti gli anfratti*", perché –si dirà in seguito con "fraseormaiclassica"⁽¹⁶⁾– si sa che il delinquente "tenta di sguizzar via dalle maglie della legge"⁽¹⁷⁾.

Ven'anni dopo *Binding* si lanciò in un'altra filippica. Bollò "il carattere frammentario di tutte le leggi penali"⁽¹⁸⁾, come frutto del divieto di analogia: "è un accecamento al massimo grado il fatto che la legge, con una brutale pronuncia contro l'estensione analogica, veda nel suo più grande difetto la sua più grande perfezione, lo ritenga addirittura sacrosanto [...] Le leggi, come la vita, hanno bisogno della giusta analogia, perchè hanno bisogno di giustizia!". La "giusta analogia": il grande giurista sente infatti il bisogno di un ammo-

(13) *Ibidem*, pp. 19 e 20.

(14) *BINDING, ob. cit.*, pp. 21 ss.

(15) *BINDING, ob. cit.*, pp. 28 ss.

(16) VASALLI. *La giurisprudenza penale germanica in materia de analogia. Aplicación e proposte di applicazione del § 2 del Codice penale del Reich*, in *Revista di diritto penitenziario*. 1937, p. 921.

(17) Ad es. AMMON. *Die Strafbarkeit von Ausländer nach § 5 Abs. 2 BlutschutzG*, in *juristische Wochenschrift*. 1936, p. 2936.

(18) *BINDING. Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*. Bd. I, 2a ed., 1902 (Neudruck 1969), p. 21.

nimento finale, perchè una cosa é l' analogia, tutt' altra cosa –“púdicamente nascosta sotto la maschera dell' interpretazione estensiva”⁽¹⁹⁾– é “cercare di ricondurre sotto la legge azioni non minacciate da pena”: “il che accade spesso”. Sono “il molto deriso amico dell' analogia”, ma “mi opporrò dovunque” –conclude Binding– a questa frode delle etichette.

2. Leggere Binding sarebbe, da sola, una medicina salutare per chi parla oggi del carattere necessariamente analógico dell' interpretazione dell' norme penali. D' altra parte, al termine delle sue scintillanti invertite ben a ragione si autodefiní come “il molto deriso amico dell' analogia”. In effetti, in Germania rarissimi erano già stati e ancor meno saranno i suoi seguaci, sino all' avvento della dittatura nazionalsocialista⁽²⁰⁾. In Italia, neppure la dittatura fascista lacerò, sotto questo profilo, l' eredità del passato: l' art.1 del codice penale del 1930 riaffermò il divieto di analogia (“nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* previsto dalla legge come reato”), che nel 1942 venne ribadito dall' art.14 delle “Disposicion sulla legge in generale” (Le leggi *penali* ... *non si applicano oltre i casi e i tempi da esse considerati*). La matrice del divieto era però controversa. Si evocava Feuerbach, ma come fondatore moderno della teoria della pena come coazione psicologica⁽²¹⁾. Non si metteva in luce –come del resto anche in Germania⁽²²⁾– che si doveva a Feuerbach, come ben sapeva Binding, il duplice fondamento “giuridicostatuale” del divieto di analogia: a) *la supremazia istituzionale del potree legislativo sul potree giudiziario* e b) *il bisogno di garanzia del cittadino dagli arbitri giudiziari*.

Nella “Revision” Feuerbach aveva scolpito sul portone d' ingresso del divieto di analogia *la supremazia del potree legislativo sul potree giudiziario*: “se in base alla somiglianza formale fosse possibile estenderé le leggi penali ai casi non nominati, il giudice invaderebbe del tutto lo spazio del político e del legislatore”: “in tal modo scomparirebbero tutti i confini tra potree legislativo

(19) BINDING, *ob. cit.*, p. 21.

(20) Solo EXNER. *Gerechtigkeit und Richteramt*. 1922, p. 39 y ss. ritenne l' analogia ammissibile già de lege lata: così HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930, p. 39 nota 5; LISZT-SCHMIDT. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. I, 26ª ed., 1932, p. 110, nt. 6.

(21) Fra molti, pur pervenendo a conclusioni opposte sull' abolizione del divieto dell' analogia, CARNELUTTI. *L' equità nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, p. 114 y ss. e DELITALA. *Criteri direttivi del nuovo codice penale* in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 590 y ss.

(22) Riferimenti imprecisi si trovano, nella letteratura degli anni '30, in ACKERMANN. *Analogieverbot im geltenden und zukünftigen Strafrecht*. 1934 (Neudruck 1977), p. 13 y ss. e GROSSMANN. *Der Grundgedanke eines Strafgesetzes im Sinne des § 2 StGB und seine Bedeutung für die strafbegründende Analogie*. 1941 (Neudruck 1977), pp. 57 y ss.

e potree giudiziario e il potree giudiziario conterrebbe in sè anche il potree sovrano del legislatore”⁽²³⁾.

Qualche anno dopo, nella “Critica al progetto di codice penale” redatto da Kleinschrod⁽²⁴⁾, Feuerbach meterá in luce il secondo fondamento giuridicostatuale del divieto di analogía: *la difesa dagli arbitri del giudice*. Parlando espressamente dei “vincoli del giudice e dell’interpretazione giudiziaria della legge”⁽²⁵⁾, sottolineò che “appartiene ai principali compiti del legislatore elecare le leggi al di sopra dell’arbitrio del giudice”, e si chiese con una domanda retorica: “che cosa vale la migliore legislazione, se il giudice ha il potree, seguendo il suo umore o la sua mera volontà, di liberarsi dai benècifi vincoli che la legge pone al suo arbitrio?” In particolare, “tutti i tipi di applicazione analogica della legge sono vietati al giudice in modo assoluto. Un’applicazione analogica della legge ha luogo, guando la prescrizione legislativa viene applicata a un caso, che non compare e non è contenuto nella legge, a causa della somiglianza con i casi nominati nella legge e dell’uguaglianza del fondamento [...] Permettere al giudice una table applicazione analogica parirè porta e finestre all’arbitrio”⁽²⁶⁾.

3. La strada a doppia corsia tracciata da Feuerbach per legittimare il divieto di analogía –difesa dagli arbítri del giudice e supremazia del potree legislativo sul potree giuidiziario⁽²⁷⁾– venne percorsa, in Germania, da chi prudentemente biasimò l’avvenuta abolizione del divieto e, in Italia, da chi si oppose alla proposta di seguire l’esmpio del legislatore tedesco.

(23) FEUERBACH. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. II, 1800 (Neudruck 1966), pp. 24, 25.

(24) FEUERBACH. *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*. Zweiter Teil, 1804 (Neu herausgegeben von Werner Schmid 1988).

(25) FEUERBACH, *ob. cit.*, p. 18.

(26) FEUERBACH, *ob. cit.*, pp. 24-26. Di qui la ferma critica di Fuerbach al testo del progetto di Kleinschrod, che ammetteva esplicitamente –al §12– l’applicazione analogica ai casi non nominati dalla legge. Queste la parole del testo del progetto: “Solle in Zukunft ein Fall eines vorkommen, der in unsern Gesetzen nicht genannt ist, so ist der Richter befugt, das Gesetz auszudenhnen, wen der ungenannte Fall den Begriff der im Gesetz benannten Fälle an sich trägt und der Grund des Gesetzes bei dem ungennten Falle vollkommen eintritt” (“Se in futuro si presentasse un caso non nominato nelle nostre leggi, il giudice è autorizzato a estendere la legge, se il caso non nominato ha in s’e il significato dei casi nominati, e quando in essi è completamente presente il fondamento della legge stessa”). Cfr. FEUERBACH, *op. cit.*, p. 29. per l’esame e la discussione di questo testo e della critica di Feuerbach Cfr. M. CATTENEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, 1970, pp. 370 s.; MARINUCCI-DOLCINI. *Corso di diritto penale*. I, 3ª ed., 2001, p. 19.

(27) L’importanza di Feuerbach nella duplice fondazione del divieto del analogia è oggi pacifica nella letteratura tedesca e italiana: KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983, pp. 18 ss. e 76; COLMAN, *Der Begriff des Staatheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafgesezen* 1969, p. 190; SCHREIBER. *Gesetz und Richter*. 1976, p. 109 s.; M. CATTANEO. *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*. 1970, pp. 323 y ss. e 369 y ss.

Scrisse Zimmerl, nel 1936, che il divieto di analogia contiene *non solo una tutela del singolo contro l'arbitrio del giudice, come espressione della Ideologia liberale, bensì anche la garanzia per il legislatore che la sua volontà venga rispettata*. Solleticando con sottile irenismo i detentori del nuovo potree politico, soggiunse che, *in relazione a questo ulteriore compito, che doveva essere ritenuto pieno di significato anche nello Stato nacionalsocialista, l'eliminazione del divieto di analogia avrebbe rappresentato uno svantaggio, tanto più grande, quanto più ne risultasse affievolito il vincolo del giudice alla legge*⁽²⁸⁾.

Non diversa, ma più frontale, fu la quasi contemporanea opposizione di Delitala alla proposta abolizione in Italia del divieto di analogia: "militano in questo senso il bisogno della certezza del diritto ed il principio di eguaglianza: i giudici potrebbero esser più sapienti del legislatore; ma la legge è la legge, e la sentenza la sentenza. Quella impone una decisione uniforme per tutti i casi consimili; questa è un comando concreto che si applica ad un caso soltanto. Parire la porta all'analogia significa consentire che il medesimo caso possa essere deciso domani da giudici diversi in maniera diversa. E poi, un po' di diffidenza verso i giudici, in materia penale, non è irrispettosa. La gravità della sanzione che colpisce nella vita, nella libertà, nell'onore, nei beni più preziosi e più sacri, la giustifica appieno (...). Ma, insorgono i giuristi tedeschi, il mantenimento del divieto, che ha origini illuministico-liberali, contrasta con le nuove concezioni dello Stato. Al principio di libertà si è, oggi, sostituito, trionfalmente, quello di autorità". Tuttavia, replicò Delitala con un irenismo politico simile a quello di Zimmerl, "si potrebbe addirittura affermare che la possibilità di applicare analógicamente le norme penali, lungi dal corrispondere ai principi di uno Stato autoritario, è con essi in contrasto. Non rafforza il potree esecutivo, ma quello giurisdizionale, e non è chi non veda come il principio di autorità possa essere scosso da eccessivo portare degli organi giudiziari"⁽²⁹⁾.

"Certezza del diritto, principio di uguaglianza, diffidenza verso i giudici che applicano durissime sanzioni penali, eccessivo potree degli organi giudiziari": parole vuote per i pochissimi teorici italiani ammiratori della riforma germanica del § 2 StGB, e, ancor più, per i tanti teorici tedeschi avversari dichiarati dell'eredità di Feuerbach, fervidi fautori del nuovo Stato nato sulle ceneri dello Stato liberale.

In Italia parlò a favore dell'abolizione del divieto di analogia un solo giurista di spicco, Carnelutti: "È vero –scrisse– che la pena si

(28) ZIMMERL. *Zur Auslegung des §2 StGB*, in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*. 1936, pp. 174 ss.

(29) DELITALA, *ob. cit.*, p. 590 y ss.

risolve in una notevole compressione (...). (Ma) che la libertà del cittadino abbia da essere tutelata più severamente di fronte alla pena che alle altre misure del diritto, è soltanto un pregiudizio, anzi una superstizione (!). La superstizione sta, secondo me, nel ritenere che i limiti della legge scritta abbiano da essere le colonne d'Ercole del diritto penale (...). Non vi è alcuna vera ragione per la quale un atto socialmente dannoso non espressamente previsto dalla legge penale non possa essere punito; *la esigenza della certezza del diritto limita inesorabilmente la soddisfazione del bisogno di giustizia*" (!)⁽³⁰⁾.

Quando poi all'ideologia che animava in Germania i fautori del nuovo Stato, la sottolineò criticamente Bettiol a beneficio dei penalisti italiani, riassumendo il lavoro di Henkel su "*Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*"⁽³¹⁾. Questi i passaggi essenziali del riassunto: "allo Stato di diritto di marca liberale, caratterizzato dalla supremazia del potere legislativo sugli altri due, è subentrato un tipo di Stato nel quale *il governo doctrina* il parlamento e la *magistratura*. Infante sono, in breve, tutte le ragioni che postulano un codice penale ove le azioni criminose e le pene siano taxativamente previste. Anche il nuovo tipo di cittadino, che si è venuto in questi anni formando, non richiede più, ai fini della propria sicurezza giuridica, l'esistenza del principio di legalità, perché a una giustizia astratta e ridotta ad aridi schemi preferisce quella che lo Stato attua secondo le necessità del caso facendo proprie le esigenze della coscienza popolare. *Analogía, consuetudine, coscienza popolare* saranno le fonti del nuovo diritto penale tedesco. Data, però, *la subordinazione politica del l'organo giudiziario a quello esecutivo, l'ultima fonte* del diritto penale hitleriano sarà da ritrovarsi nel *comando* (Befehl), con cui si esprime l'attività degli organi di uno Stato autoritario"⁽³²⁾.

IV

Lo schizzo storico sin qui tracciato dovrebbe rendere meno spensierati i teorici dell'interpretazione che hanno proclamato l'abolizione "concettuale" delle lacune del diritto penale e del divieto di analogia e, con ciò, lo svuotamento del principio di legalità. Il pur grande Arthur Kaufmann

(30) CARNELUTTI. *L'equità nel diritto penale*. in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, p. 114.

(31) HENKEL. *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*. 1934.

(32) BETTIOL, in *Riv. it. dir. pen.* 1934, p. 424.

ha bolato quasi come un ricatto argomentare con il ricordo del passato⁽³³⁾; i teorici italiani contemporanei lo ignorano, semplicemente, vivendo nel solo mondo delle idee. A loro é dedicata l'ultima parte dello schizzo, tratteggiata dalle sentenze dei giudici tedeschi –scrutate in Italia da Vassalli⁽³⁴⁾– che hanno applicato la norma che aveva abolito, nel 1935, il divieto di analogia⁽³⁵⁾.

1. Vassalli segnala innanzitutto, per la loro ovvia scottante importanza, due sentenze su casi sollevanti dall'applicazione della legge a "tutela della razza". Il *primo* caso è quello dell'ebreo e della donna ariana che mantengano tra di loro un commercio carnale fuori dal matrimonio, consistente non in congiunzione carnale, bensì in ogni altro atto di libidine diverso dalla congiunzione carnale. Il § 5 della legge punisce l'uomo che contravvenga al divieto, posto dal § 2, di commercio extramatrimoniale, e il § 11 del decreto di attuazione dichiara che commercio extramatrimoniale nel senso del § 2 della legge è solo il commercio carnale. Facendo appello all'analogia, i tribunali⁽³⁶⁾ si sono pronunciati per la punibilità anche di tai di libidine: secondo il Reichsgericht, l'idea di fondo della legge, ai sensi della nuova disciplina dell'analogia, è la tutela non solo del sangue, ma anche dell'onore tedesco, che è offeso da qualunque contatto sessuale tra una donna ariana e un uomo ebreo⁽³⁷⁾. Un *secondo* caso è quello dell'uomo ebreo e dell'ariana tedesca, o dell'ariano tedesco e della donna ebrea che si congiungano carnalmente fuori del territorio tedesco: un caso non previsto dal § 4 dello StGB, che elenca(va) i casi in cui, eccezionalmente, è punibile un'azione anche se commessa all'estero (alto tradimento della Patria). Anche per punire questo ulteriore caso di commercio carnale, "profanatore della razza", si è fatto ricorso all' analogía: si è assimilata la categoria del "tradimento della razza" alla categoria del "tradimento

(33) ARTH KAUFMANN. *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. 1982 (trad. it., 2003), p. 17: "Il divieto di analogia penale é un tabú. Chi lo tocca si prepara al rimprovero di essere ancora posseduto dallo spirito maligno della novella sull'analogia del 1935. In: Germania gli anni infausti della dittatura condizionano ancora la discussione scientifica".

(34) VASSALLI, *ob. cit.*, pp. 907 ss.

(35) Giova rammentare il testo del § 2 StGB riformato dalla legge 28 giugno 1935 (cfr. KOHLRAUSCH, *Strafgesetzbuch*, 36a ed., 1941, p. 25): "Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie besten zutrifft" ("Viene punito chi commette un fatto, che la legge dichiara punibile o che merita punizione secondo il pensiero fondamentale (Grundgedanke) di una legge penale e secondo il sano sentimento del popolo. Ove nessuna precisa disposizione penale trovi immediata applicazione al fatto, allora il fatto sarà punito secondo la legge, il cui pensiero fondamentale (Grundgedanke) gli si attaglia nel modo migliore").

(36) Cfr. soprattutto RGSt., 70, p. 3 y ss.

(37) VASSALLI, *ob. cit.*, p. 917 ss.

della Patria”⁽³⁸⁾. Anche un *terzo* caso meritava una segnalazione prioritaria da parte di Vassalli: al pari dei primi due, incarnava i riflessi della abolizione del divieto di analogia su materie ideologicamente scottanti – la tutela della “razza” e, in quest’ultimo caso, la libertà di religione. Si trattava di un’associazione religiosa, disciolta e proibita in tutto il territorio tedesco, che aveva preso parte a cosiddette “feste di famiglia” in Svinzzeria: un tribunale condannò i membri dell’associazione per partecipazione alle riunioni, punibili solo se avvenute all’interno dello Stato, ma, in via analogica, anche se commesse all’estero, trattandosi di uno “sguizzar via dalle maglie della legge”⁽³⁹⁾.

2. Tra parentesi: sorprende che, pur leggendo nella ricerca di Vassalli anche questo decisione in materia di “tutela della razza” e di “libertà di religione”, il giovane filosofo del diritto italiana *Norberto Bobbio*, divenuto nel dopoguerra famoso per l’intransigente difesa dei principi di libertà e di eguaglianza, scrivesse nel 1938 che “la ricerca serve soprattutto a dimostrare che *il diavolo non è poi così brutto come si dice*” (!)⁽⁴⁰⁾.
3. Altri casi di applicazione analogica, tra quelli menzionati da *Vassalli*, sono quelli dell’omicidio colposo aggravato, secondo il § 222 Abs.2 StGB, “quando l’agente era obbligato a una particolare attenzione, in ragione del suo ufficio, lavoro o mestiere”. Alla domanda se potesse essere considerato “austista per lavoro” un membro della S.A., e quindi destinatario dell’ipotesi aggravata di omicidio colposo, il Reichsgericht rispose che tale ipotesi poteva essergli applicata in via analogica secondo il § 2 StGB, perché l’idea di fondo del § 222 Abs.2 StGB consentiva che venisse estesa anche a chi, come il membro della S.A., svolge l’attività di austista non come “lavoro in senso stretto”⁽⁴¹⁾.

Ulteriori casi li ha richiamati *Krey*⁽⁴²⁾, senza però illustrarne il contenuto. Significativi due casi decisi dal Reichsgericht nello stesso anno, relativi al delitto previsto dal § 173a StGB, che punisce il fatto di un uomo di età superiore ai ventuno anni, il quale “seduce” una persona di sesso maschile di età inferiore a ventuno anni inducendola a prostituirsi con lui o a lasciar compiere su se stesso atti di libidine. In un caso l’abuso sessuale era avvenuto ponendo in stato di incoscienza il minore di anni ventuno istigandolo al consumo dell’alcool, nel secondo ponendolo in stato di ipnosi. In entrambi i casi il § 173a StGB non era direttamente applicabi-

(38) VASSALLI, *ob. cit.*, p. 919 ss. Su questo caso cfr. AMMON, *ob. cit.*, p. 2962 y ss.

(39) VASSALLI, *ob. cit.*, p. 922.

(40) BOBBIO, *L’analogia e il diritto penale*. in *Riv. pen.*, 1938, p. 540 nota 22.

(41) RGSt 70, p. 335 y ss.

(42) KREY. *Keine Strafe ohne Gesetz*. 1983, p. 32.

le: per 'sedurre' qualcuno bisogna poter influire sulla sua volontà; una persona incosciente, essendo ubriaca o sotto ipnosi, non può perciò essere 'sedotta'. Cionondimeno, l'idea di fondo del § 173a StGB consentiva, a giudizio del Reichsgericht, di essere applicata analogicamente anche a quei due casi non abbracciati dalla lettera della legge⁽⁴³⁾.

I drammi della guerra sono fonte di altre decisioni fondate sull'applicazione analogica di svariate norme incriminatrici. In un caso si trattava dell'applicazione del § 235 StGB, che sancionava la sottrazione di minori ai genitori, tutori o curatori. La norma non era direttamente applicabile alla sottrazione di bambini di origine tedesca, separati dai loro genitori per vicende belliche, che erano stati affidati dalla polizia alle cure di un servizio sociale. Cionondimeno, la loro sottrazione ai servizi sociali, secondo l'idea di fondo del § 235, venne ritenuta applicabile analogicamente, pur non essendo stato nominato un tutore o curatore: "la punizione dell'imputato –decise il Reichsgericht– è ammissibile e imposta ai sensi del § 2 StGB"⁽⁴⁴⁾. Ancora: il § 189 Abs.3 StGB puniva il vilipendio alla memoria di un defunto, che avesse dato la propria vita per il popolo tedesco; nel caso di specie la persona vilipesa era un soldato che aveva combattuto presso Stalingrado, ma che era scomparso: non si sapeva se fosse vivo o morto. Il Reichsgericht ritenne applicabile analogicamente il § 189 Abs. 3 StGB, perché la sua "idea di fondo" era la protezione dell'onore dei soldati che avevano lottato al fronte, vivi o morti che fossero⁽⁴⁵⁾. Un'ultima serie di casi atteneva alla protezione penale delle istituzioni del partito nazionalsocialista, non consentita dalla lettera della legge. Si trattava della norma prevista dal § 164 StGB, che punisce chi, rivolgendosi a un "autorità", renda "sospetto" taluno di aver commesso un reato. "Autorità" non era l'autorità locale del NSPD, né lo era l'opera di soccorso invernale: un'istituzione dello Stato nazionalsocialista, e neppure gli uffici delle *Sturmabteilung*. In tutti i casi, il Reichsgericht decise che il *Grundgedanke* del § 164 StGB consentiva un'applicazione analogica, considerandos quelle istituzioni come altrettante "Autorità"⁽⁴⁶⁾.

4. Tutte discutibili le applicazioni analogiche decise dal Reichsgericht: l'identificazione del "Grundgedanke" –della *ratio legis*– delle varie norme è sempre esposta, come aveva ammonito Feuerbach, all'umore o alla mera volontà del giudice. Peraltro, il Reichsgericht sapeva quel che sembrano

(43) RGSt 72, pp. 50-53; RGSt 72, pp. 352-353.

(44) RGSt 75, pp. 65-68.

(45) Cfr. NIETHAMMER. *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts*. 1950, p. 201 y ss.

(46) RGSt 71, pp. 221 ss.; RGSt 71, p. 289.; RGSt 77, p. 129 y ss.

ignorare gli odiosi sostenitori del carattere sempre “analogico” dell’interpretazione: che *l’analogia* è un procedimento *ammissibile sempre e solo* se nella legge vi è una *lacuna*, e *sempre* e solo se la lacuna è *involuntaria*; quando invece è *volontaria*, perchè il caso non regolato è stato intenzionalmente lasciato fuori dal legislatore, sarà del tutto conseguente negare *l’estensione analógica*. Il Reichsgericht la negò, infatti, in molti casi commentati da *Vassalli* nella sua rassegna. Taluni casi emblematici furono ampiamente discussi anche nella letteratura tedesca dell’epoca: ad es. i § 175 e 175a StGB punivano le relazioni omosessuali tra uomini e non le relazioni lesbiche. Se era una lacuna, era senz’altro voluta dal legislatore: la strada dell’analogia era perciò preclusa⁽⁴⁷⁾. Era del pari una lacuna volontaria, non avvenuto⁽⁴⁸⁾, che il codice penale italiano prevede invece all’art. 367 con il nome di “simulazione di reato”. Lacuna volontaria era, del pari, quella lasciata dal legislatore nel formulare il § 174 StGB: puniva gli atti di libidine che determinate persone, elencate minuziosamente, compiano su persone affidate per determinate ragioni (tutela, cura, vigilanza, istruzione, educazione, ecc.) e, tra questi, gli atti di libidine compiuti da genitori sui propri figli adottivi. L’elencazione tassativa decise il Reichsgericht, precludeva di applicare analogicamente la norma agli atti di libidine commessi dal padre legittimo sulla propria figlia legittima: “tutta la formulazione del § 174, con la sua precisa casistica, indica che appartiene a quelle norme, di cui il legislatore ha voluto tracciare netamente il campo di applicazione e il cui pensiero fondamentale non è altro che quello chiaramente espresso nella norma”⁽⁴⁹⁾.

Ancora: il § 182 fissava un preciso limite di età –sedici anni– alla seduzione punibile di una ragazza, e con quella tassativa indicazione dell’età precludeva l’applicazione analogica al caso di una ragazza Maggiore di anni sedici, ma il cui sviluppo era corrispondente a un’età inferiore⁽⁵⁰⁾.

5. *Vassalli* poteva riassumere in questi termini l’insegnamento degli “scrittori e dei giudicati, specialmente del Reichsgericht: *non é dato in alcun modo* sulla base del § 2, né con *l’analogia* della legge, né con l’analogia del diritto, *oltrepassare i confini che el legislatore ha scientemente tracciato alla sfera di applicazione di una determinata legge*”⁽⁵¹⁾. Alla stessa perentoria conclusione perveniva poco dopo un altro grande studioso

(47) RGSt 70, p. 270 ss.; BRINKMANN, *Grenzen der analogen Anwendung von Strafgesetzen*, in *Deutsche Justiz*, 1935, p. 1588; SCHAFER, *Die Einzelheiten der Strafgesetznovelle vom 28 Juni 1935*, in *Deutsche Justiz*, 1935, p. 994.

(48) RGSt 70, p. 367.

(49) Cfr. VASSALLI, *op.cit.*, p. 928: la sentenza del Reichsgericht è pubblicata in *Deutsche Justiz*, 1936, p. 609.

(50) Cfr. VASSALLI, *op. cit.*, p. 929.

(51) VASSALLI, *op. cit.*, p. 940.

italiano, Nuvolone, analizzando la portata efectiva della "riforma del § 2 del cod.pen.germanico"⁽⁵²⁾: "*allorchè il legislatore, attraverso il tenore di una disposizione, lascia chiaramente intendere di voler determinare la punibilità a un ristretto, ben definito campo di azioni, significa andare contro la volontà della legge pretendere di estenderne la portata oltre questi confini. In questo caso deve essere esclusa ogni analogia. Su questo punto –concludeva Nuvolone– non c'è una sola voce discorde*"⁽⁵³⁾.

Una sola voce discorde si levò in Italia: quella del giovane filosofo del diritto Bobbio, già autore di una monografia nella quale motivava con la "logica" dell'interpretazione il venir meno del fondamento del divieto di analogia in diritto penale⁽⁵⁴⁾. L'ascolto della sola "logica", come si è già visto, lo rese insensibile, in uno scritto successivo, di fronte allo spettacolo dell'applicazione analogica in Germania, illustrata da Vassalli, delle norme in materia di "tutela della razza" e di "libertà di religione": "il diavolo –scrisse, come si sa– non è poi così brutto come si dice"⁽⁵⁵⁾. La ricerca di Vassalli mostrava però molte altre cose che sfuggivano alla "logica" di Bobbio: i giudici tedeschi non maneggiavano l'analogia come "una para argomentazione logica", perchè ne escludevano l'applicazione quando le lacune repressive erano volontarie, avendo il legislatore scientemente tracciato confini insuperabili alla sfera di applicazione di una legge. Non solo: Vassalli, come Delitala, sottolineava il rischio congenito dell'applicazione analógica di una legge –la violazione del principio di eguaglianza– essendo il giudizio di somiglianza tra un caso previsto dalla legge e quello non previsto "fonte di molte disparità di trattamento da luogo a luogo, da tribunale a tribunale"⁽⁵⁶⁾.

Colpito da questi rilievi, monché dall'unanime difesa del divieto di analogia da parte dei penalisti italiani⁽⁵⁷⁾, Bobbio abbandonò di fatto el terreno della logica, per passare su quello della "giustificazione etica" e della "esigenza di giustizia" dell'analogia in diritto penale: "in un ordinamento giuridico (l'analogia) non ha soltanto un fondamento logico, ma anche una giustificazione etica", perchè "assorbendo il caso non previsto nella regolamentazione del caso simile, fa in modo che esso non sfugga (!) alla stringente ed esigente logica della giustizia", e "contribu-

(52) NUVOLONE, *La riforma del §2 del cod. pen. germanico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938.

(53) NUVOLONE, *ob. cit.*, p. 554.

(54) BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*. 1938 (ristampa 2006, a cura di Di Lucia).

(55) BOBBIO, *L'analogia e il diritto penale*. in *Riv. pen.*, 1938, p. 540.

(56) VASSALLI, *ob. cit.*, p. 942.

(57) BOBBIO, *ob. cit.*, p. 533 s. è costretto a registrare l'opposizione di Saltelli, Petrocelli, Tesauero, Battaglini, Manzini, Art. Rocco, Betiol, Del Giudice, M. Angioni, Bellavista, Flrian, D'Amelio, Escobedo. L'unica omissione è di quella di Delitala, autore di un celebre intervento citato nel testo di questo lavoro.

isce a soddisfare quell'esigenza di giustizia che ogni ordinamento esprime"⁽⁵⁸⁾. Si respira l'arica della letteratura tedesca degli anni '30: l'abolizione del divieto, che serve ad avitare il ben noto "*sguizzar via dalle maglie della legge*", e che nel linguaggio di Bobbio suona: "il caso non previsto *non sfugge*"; e quando alla "*giustificazione etica*" dell'analoga in diritto penale, ricorda l'insegnamento dei teorici nazionalsocialisti dell'abolizione del divieto di analogia: "il legislatore tedesco, che muove dall'*unità di diritto e etica*, non può mai accontentarsi che un determinato comportamento sia meritevole di punizione, perchè contrasta con l'idea di fondo di una legge penale, ma al tempo stesso non potrebbe essere punito perchè la lettera della legge non lo abbraccia"⁽⁵⁹⁾. Questa brutta piega del dibattito venne così commentata, poco dopo, da Vassalli: "pare indiscutibile che dall'ammissione dell'analogia derivi una notevole *incertezza del diritto*; *tuttavia, proprio codesta incertezza è dichiarata benefica dai sostenitori dell'analogia*, come quella che *tiene lontani dal male coloro che* sotto l'impero del principio di stretta legalità *agiscono ai margini della legge*"; echiusse il dibattito con una *domanda retorica*: "è meglio poter giungere a punire tutto ciò che è meritevole di punizione, attuare cioè su questa terra la giustizia tutta intera" –come volevano i teorici del nazionalsocialismo, e da noi, il giovane Bobbio– "oppure non rinunciare alla libertà, all'uguaglianza e ai tanti altri vantaggi che sono loro connessi?"⁽⁶⁰⁾.

V

La domanda retorica di Vassalli ci avvicina alla conclusione –alle ragioni perenni del divieto di analogia.

1. La prima ragione è interamente *politica: fedeltà alla legge, democrazia parlamentare, strenua difesa della libertà e dell'uguaglianza dei cittadini*. È lotta contro l'odierna tendenza a spostare gli equilibri della potestà punitiva dalla "legge" ai "giudici", i quali si ritengono (e vengono considerati) come "legislatori di riserva"⁽⁶¹⁾, capaci di una "giustizia del caso concreto" da preferire alla "certezza del diritto"; è d'altra parte crescente la perdita di autorità del legislatore agli occhi di una letteratura "elitaria", che ritiene i giudici in grado di individuare "la" giustizia, mentre non saprebbe coglierla il legislatore parlamentare, dove si alternano una molteplicità di "giustizie" sociali a seconda delle maggioran-

(58) BOBBIO, ob. cit., p. 530.

(59) WILKE. *Die Bedeutung des §2 StGB*. 1938 (Neudruck 1977), p. 3.

(60) VASSALLI. "Nullum crimen sine lege". In: *Nuovo dig. it.*, VIII, 1939, p. 1177.

(61) È l'incisiva espressione critica di HIRSCH. *Zum Spannungverhältnis von Theorie und Praxis*, in Colman (a cura di), *Strafrechtliche Probleme*, 1999, p. 113; ID., in *ZStW*, 1989, p. 927 y ss.

ze partitiche⁽⁶²⁾. Fortunatamente, questi attacchi politici sono resistibili: l'odierno quadro storico e costituzionale non è più quello dell'Italia e della Germania negli anni delle dittature fascista e nacionalsocialista; e sarebbe altamente desiderabile che ne fossero consapevoli quegli spensierati torici dell'interpretazione "sempre analogica e creativa", dimentichi che in Germania l'abolizione normativa del divieto di analogia fu uno dei tanti corollari della dittatura, e che in Italia l'élite dei giuristi si oppose a un'analogia abolizione, nel nome della libertà e dell'uguaglianza dei cittadini.

2. L'attualità del divieto di analogia scaturisce anche da una quadruplici ragione di natura *giuridica*. Innanzitutto, non pochi tra quanti patrocinano o prestano ascolto agli sviluppi della teoria dell'interpretazione ritengono tuttavia insuperabile "il limite dei possibili significati letterali della legge": emblematico l'ammonimento di Hassemer – "l'analogia vietata inizia dove finisce l'effettivo significato delle parole"⁽⁶³⁾ –, e quello di due studiosi italiani sensibili a quegli sviluppi: "se da un lato è vero che il procedimento ermeneutico è aperto alle scelte valutative del giudice, dall'altro occorre circoscriverne lo spazio entro limiti corrispondenti al significato letterale, sia pure teso all'estremo, del testo di legge"⁽⁶⁴⁾; "si ricade invece nel divieto di applicazione analogica della legge penale, se l'opzione ermeneutica va al di là della massima estensibilità interpretativa del testo"⁽⁶⁵⁾.

In secondo luogo, vanno chiuse le porte a chi rinvia alla *ratio legis*, ieri come oggi utilizzata come strumento per 'correggere' i limiti troppo stretti segnati dalla lettera della legge⁽⁶⁶⁾. In terzo luogo, l'interpretazione "estensiva", come ai tempi di Binding, spesso è solo una "maschera" sotto la quale si nasconde "pudicamente" l'analogia; è dovere dei giuristi smascherare questo camuffamento⁽⁶⁷⁾, ma il dovere di evitarlo o almeno di ridurne la portata incombe innanzitutto sul legislatore, che tende spesso a esprimersi in modo oscuro scaricando il peso delle decisioni sulle spalle dei giudici;

(62) Esemplare la sintesi e l'analisi critica di questi orientamenti svolta nella letteratura tedesca da KREY, *Gesetztreue und Strafrecht*, in ZStW. 1989, p. 870 y ss. e nella letteratura italiana, criticando analoghi orientamenti in Italia, da DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio di eguaglianza*. In: questa *Rivista*, 2004, p. 50 y ss.

(63) HASSEMER. AK-StGB, 1990, § 1, Rn 80.

(64) FIANDACA-MUSCO. *Diritto penale*, P.G., 5ª ed., 2007, p. 123.

(65) FIANDACA-MUSCO, *ob. cit.*, p. 107.

(66) VIGANÒ, *ob. cit.*, p. 214 y ss.

(67) CONTENUTO. *Interpretazione estensiva e analogia*. in STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, 1991, p. 3 y ss.; FIANDACA-MUSCO, *ob. cit.*, p. 124; MARINUCCI-DOLCINI. *Corso di diritto penale*. 3ª ed., 2001, p. 108 y ss.; MANTOVANI. *Diritto penale*. 5ª ed., 2007, p. 71; PADOVANI. *Diritto penale*. 8ª ed., 2006, p. 34 y ss.

il rimedio è noto: una tecnica legislativa che assicuri il massimo di precisione possibile, non arretrando di fronte alla tecnica definitoria e casistica⁽⁶⁸⁾. Infine, va ricordato che il legislatore utilizza non solo termini del *linguaggio comune*, per la loro imprecisione aperti a una pluralità di significati, ma sempre più spesso precise terminologie specialistiche, recepite innanzitutto dal *linguaggio giuridico*: è il territorio degli “elementi normative della fattispecie”, che compaiono nei settori del diritto penale che disciplinano materie giuridicamente preformate, tra l’altro, dal diritto civile e amministrativo, alle cui regole il giudice dovrà perciò necessariamente far riferimento; e la “liberazione” da quelle regole è proprio quello “svincolarsi dalla conformità alla fattispecie penale” limpidamente biasimato da *Tiedemann* come “aggiramento” del divieto di analogia.

(68) Sino all’ultimo ha lasciato scritto WELZEL. *Das Deutsche Strafrecht*. 11^a ed., 1969, p. 23: “il vero pericolo che minaccia il principio nulla poena sine lege non viene dall’analogia, ma dalle leggi penali imprecise”.

La analogía y la “punibilidad desvinculada por la conformidad al supuesto de hecho penal”^(*)

Giorgio MARINUCCI
(Italia)

I

Es un gran mérito del maestro que honramos la conquista de las “funciones del Tatbestand en el Derecho Penal complementario”⁽¹⁾, sobre todo la “función de garantía”. Es una conquista que Tiedemann alcanza señalando, entre otros, los peligros que los más diversos métodos interpretativos trasladan a la prohibición de analogía, entre los cuales, en particular, aquel del “acercamiento económico”. Con la ayuda de este método se desea asegurar una tutela sin lagunas de la economía: se “desvincula la punibilidad de la conformidad al supuesto de hecho penal”, que sería “liberada” de la dependencia de materias extrapenales como el Derecho Administrativo. Es un “giro”, subraya Tiedemann, que coincide en los resultados con el “método de la analogía”⁽²⁾. Recuerda la “liberación del pensamiento civilista” que, en los años treinta, fue patrocinada por la “interpretación factual” de las normas penales protectoras del patrimonio individual⁽³⁾: años en los cuales el Zeitgeist reclamaba que se tomase licencia, tanto del “camino de la forma como cepo en la lucha contra la criminalidad”, como de la “necesidad de certeza

(*) Título original: *L'analogia e la "Punibilità Svincolata dalla Conformità alla Fattispecie Penale"*. Traducción realizada por Nélvor Antonio Carreteros Torres.

(1) TIEDEMANN. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am problem des Wirtschaftsstrafrecht*. 1969.

(2) TIEDEMANN. Ob. cit., p. 56.

(3) TIEDEMANN. Ob. cit., p. 57. cita el conocido trabajo de H.J. BRUNS. *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*. 1958, inspirado declaradamente en el estudio del Secretario de Estado FREISLER. “Zur Befreiung des Rechtsdenken”. En: *Deutsche Justiz*. 1937, p. 1570.

del derecho del Estado de derecho liberal”⁽⁴⁾. Hoy, el cuadro constitucional afortunadamente ha cambiado. Por consiguiente, en todo sector del derecho penal se traerían los corolarios de la restablecida prohibición de analogía, que *Tiedemann* enuncia lípidamente: “lagunas (en el sentido de ausencia de reglamentación legislativa) no están presentes en los supuestos de hecho penales; lo que en el proceso podría aparecer subjetivamente como laguna de punibilidad, en verdad es un espacio libre del Derecho Penal”⁽⁵⁾.

II

Esta visión garantizadora es puesta en discusión, abiertamente o de manera oculta, por una parte de la literatura contemporánea, alemana e italiana, que desintegra el *nullum crimen nulla poena sine lege*, asignando al legislador y a los jueces un rol paritario en la producción de las normas penales. Lo impondría la teoría de la interpretación: que habría “demostrado” la nula resistencia de lagunas a colmar con la ayuda de la analogía, siendo la interpretación del juez necesariamente analógica y creativa. Por consiguiente, estaría relegada entre los mitos del pasado la idea que el “posible significado literal de la ley” señale la línea de confín entre la interpretación de la norma penal (consentida) y la aplicación analógica (prohibida)⁽⁶⁾.

Moviéndonos solo sobre el terreno de la “lógica del Derecho” y de la “interpretación de la norma penal”, fatalmente esta tendencia doctrinal vive solo en el *jheringhiano* cielo de los conceptos. Y, es consecuente que ignore la invitación a la “fidelidad a la ley”; y, sobre todo, que se **abstraiga de la historia** tanto del origen de la prohibición de analogía, y de su permanencia en gran parte de los ordenamientos, como de su (reclamada y/o actuada) abolición. Si los partidarios de la *nouvelle vague*, improvisadamente tomasen conocimiento de la larga lucha **por o contra** la prohibición de analogía, quedarían estupefactos. La considerarían insensata, un falso problema que ha confundido las mentes de tantos legisladores, víctimas de tantos estudiosos: los iluministas, comenzando por Feuerbach, que han luchado **por** la introducción de la prohibición; estudiosos conservadores, como el gran Binding, enemigo

(4) H.J. BRUNS. Ob.cit., pp. 6 y 15.

(5) TIEDEMANN. Ob. cit., p. 18.

(6) En la literatura alemana, entre tantos, SCHÜNEMANN. *Die Gestzinterpretationin Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristische Methodenlehre*, en *Festschrift für U. Klug*, 1983, p. 169 y ss.; HASSEMER. *Tatbestand und Typus*. 1967; ID., *Richtiges Recht durch richtiges Sprechen?*, en GREWENDORF (a cura de). *Rechtskultur als Sprachkultur*. 1992, p. 88 y ss.; y, en la literatura italiana DI GIOVINE. *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*. 2006. Para un penetrante examen crítico de estas orientaciones en la literatura alemana KREY. *Studien zum Gesetzvorbehalt im Strafrecht*. 1977; ID., *Gesetztreue und Strafrecht*. In: *ZStW* 1989, p. 838 ss.; ROXIN. *Strafrecht*. I, 2ª ed., 1997, p. 110 ss. y en la literatura italiana VIGANO. *La tutela penale della libertà individuale, I, L'offesa mediante violenza*. 2002, p. 201 y ss.

declarado del iluminismo y de sus envenenados frutos legislativos, alineados con inusitada violencia verbal **contra** aquella prohibición, pero conocedora de los límites de la deseable abolición; gran parte de los estudiosos del siglo pasado que se han pronunciado **por** su mantenimiento, como “paladio de la libertad del ciudadano”⁽⁷⁾; los teóricos del Derecho Penal nacionalsocialista, enemigos del individualismo liberal en el nombre del primado de la comunidad del pueblo, que se han pronunciado insistentemente **contra** la prohibición de analogía, obteniendo en 1935 la abolición legislativa; a los estudiosos italianos que, en la época de la trágica cercanía entre dictaduras fascistas y dictaduras nacionalsocialista, se batieron entre quienes estaban **por** y quienes estaban **contra** la conservación de la prohibición de analogía; los jueces alemanes que, aplicando la nueva disciplina introducida en 1935, emitieron sentencias incendiarias concienzudamente incluso en Italia, cuyo recuerdo –en algunos casos– permanece aún como un fulminante documento de lo que puede comportar la expresa abolición legislativa de la prohibición de analogía, pero –en otros casos– documenta que la admisión legislativa de la analogía debe respetar su presupuesto: la existencia de una laguna involuntaria a colmar, ningún espacio para la interpretación necesariamente “analógica” del juez anhelante por un sector de la moderna teoría de la interpretación.

III

Un esbozo de las marcadas vivencias históricas puede bastar para dar sustancia y sangre a las razones del mantenimiento o de la abolición de la prohibición de analogía.

1. Arroja vívida luz sobre la puesta en juego el más grande adversario de la prohibición: Karl Binding. Combate en nombre de la “ciencia contra el derecho penal codificado”⁽⁸⁾, fuente de una degradación científica que culmina “entre la aprobación general, con el sacrificio de la analógica”⁽⁹⁾; y, subraya el influjo de “dos ideas de fondo completamente diversas” en el origen del *nullum crimen, nulla poena sine lege* y de la prohibición de la analogía⁽¹⁰⁾ –una teoría jurídico-penal⁽¹¹⁾ y una teoría jurídico-estatal⁽¹²⁾.

La **primera** idea es la teoría de la pena como coacción psicológica. Que se basa sobre el efecto disuasorio del mal de una pena superior a las ventajas

(7) MEZGER. *Strafrecht*. 2ª ed., 1933, p. 77.

(8) BINDING. *Handbuch des Strafrechts*. 1885, p. 15.

(9) BINDING. Ob. cit., p. 16.

(10) BINDING. Ob. cit., p. 19.

(11) Ídem.

(12) BINDING. Ob. cit., p. 21.

del crimen, esta teoría exige un Derecho Penal escrito, funda la culpabilidad sobre el conocimiento de la ley penal, que es obviamente posible solo si la ley penal a conocer no es modificada y ampliada por analogía por el particular juez. Binding atribuye esta idea ante todo a Feuerbach, pero se libera de esta como una de las tantas falaces teorías “relativas” sobre la pena⁽¹³⁾.

La **segunda** idea muy diversa, en el origen de la prohibición de analogía, es la visión estatal del iluminismo, fundada sobre la teoría de la separación de los poderes del OP Estado⁽¹⁴⁾ y sobre la defensa del ciudadano del arbitrio de los jueces: una visión que exige jueces sometidos a la ley, cuyos confines no pueden ser extendidos por analogía. Y a la pregunta sobre el por qué la analogía está prohibida solamente por el Derecho Penal, Binding responde en línea con la programática lucha de la ciencia contra la codificación penal. La ciencia (¿cuál?) conoce el origen de una tal exclusión por parte de la codificación penal⁽¹⁵⁾: aparentemente, “la seguridad del imputado frente al juez”; continúa, “nuestra tradicional indulgencia hacia el delincuente”; la ciencia deplora –como “quien es ofendido”– que “el mero silencio de la ley permita dejar impunes graves daños”; ciertamente “la punición” de aquellos graves daños ocasionados “no constituye una injusticia, sino sucede al imputado solo por lo que merece”; ni puede salvarlo “la falsa teoría de la laceración del poder estatal”, porque la ciencia prescribe que “no solo se debe dejar libre al juez para juzgar sobre la base de la analogía”, sino se debe “exigir que lo haga” - “a menos que no desee cortarse las venas por sí sola”. Es una filípica que contiene también expresiones no lejanas de aquellas que recurren en la literatura alemana de los años treinta: la prohibición de analogía estampada como “una indigna cepa” que obstaculiza la lucha contra la criminalidad; o como la otra: el legislador “no puede seguir al delincuente en todos los rincones”, porque –se dirá seguidamente con “frase ahora clásica”⁽¹⁶⁾– se sabe que el delincuente “intenta deslizarse lejos de las redes de la ley”⁽¹⁷⁾.

Años después Binding lanzó otra filípica. Marcó “el carácter fragmentario de todas las leyes penales”⁽¹⁸⁾, como fruto de la prohibición de analogía: “es un deslumbramiento al máximo grado, el hecho que la ley, con un brutal pronunciamiento contra la extensión analógica, vea en su más grande defecto su más grande perfección, lo considera incluso sacrosanto (...) Las

(13) BINDING. Ob. cit., pp. 19 y 20.

(14) BINDING. Ob. cit., p. 21 y ss.

(15) BINDING. Ob. cit., p. 28 y ss.

(16) VASALLI. “La giurisprudenza penale germanica in materia de analogia. Applicazione e proposte di applicazione del § 2 del Codice penale del Reich”. En: *Rivista di diritto penitenziario*. 1937, p. 921.

(17) Por ejemplo, AMMON. *Die Strafbarkeit von Ausländer nach § 5 Abs. 2 Blutschutz G*, in *juristische Wochenschrift*. 1936, p. 2936.

(18) BINDING. *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*. Bd. I, 2ª ed., 1902 (Neudruck 1969), p. 21.

leyes, como la vida, tienen necesidad de la justa analogía, porque tienen necesidad de justicia!”. La “justa analogía”: el gran jurista siente, en efecto, la necesidad de una advertencia final, porque una cosa es la analogía; y, otra totalmente distinta –“púdicamente escondida bajo la máscara de la interpretación extensiva”⁽¹⁹⁾– es “buscar conducir bajo la ley acciones no amenazadas por la pena”: “lo que sucede a menudo”. Es “el muy burlado amigo de la analogía”, pero “me opondré en cualquier parte” –concluye Binding– a este fraude de las etiquetas.

2. Leer a Binding sería, por sí sola, una medicina saludable para quien habla hoy del carácter necesariamente analógico de la interpretación de las normas penales. Por otra parte, al término de sus brillantes razonamientos, ciertamente, se autodefine como “el muy burlado amigo de la analogía”. Efectivamente, en Alemania rarísimos eran ya sus partidarios y aún menos serían sus seguidores, hasta el advenimiento de la dictadura nacionalsocialista⁽²⁰⁾. En Italia, ni siquiera la dictadura fascista vulneró, bajo este perfil, la herencia del pasado: el art. 1 del Código Penal de 1930 reafirmó la prohibición de analogía (“nadie puede ser castigado por un hecho que no esté **expresamente** previsto por la ley como delito”), que en 1942 es repetido por el art. 14 de las “Disposiciones sobre la ley en general” (Las leyes penales (...) **no se aplican más allá de los casos y los tiempos por estos considerados**). Sin embargo, el origen de la prohibición es controvertido. Se evocaba a Feuerbach, pero como fundador moderno de la teoría de la pena como coacción psicológica⁽²¹⁾. No se ponía en evidencia –como por lo demás también en Alemania⁽²²⁾– que se debía a Feuerbach, como bien sabía Binding, el doble fundamento “jurídico estatal” de la prohibición de analogía: a) **la supremacía institucional del poder legislativo sobre el poder judicial**; y, b) **la necesidad de garantía del ciudadano de las decisiones judiciales**.

En la “Revisión” Feuerbach había esculpido sobre el portón de ingreso de la prohibición de analogía **la supremacía del poder legislativo sobre el**

(19) BINDING. Ob. cit., p. 21.

(20) Solo EXNER. *Gerechtigkeit und Richteramt*. 1922, p. 39 y ss. considera la analogía admisible ya de ley lata: así HIPPEL. *Deutsches Strafrecht*. II, 1930, p. 39 nota 5; LISZT-SCHMIDT. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, I, 26ª ed., 1932, p. 110, nt. 6.

(21) Entre muchos, incluso llegando a conclusiones opuestas sobre la abolición de la prohibición de la analogía, CARNELUTTI. *L'equità nel diritto penale*. En: *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, 114 y ss. y DELITALA. *Criteri direttivi del nuovo codice penale*. En: *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 590 y ss.

(22) Referencias imprecisas se encuentran, en la literatura de los años treinta, en ACKERMANN. *Analogieverbot im geltenden und zukünftigen Strafrecht*. 1934 (Neudruck 1977), p. 13 y ss. y GROSSMANN. *Der Grundgedanke eines Strafgesetzes im Sinne des § 2 StGB und seine Bedeutung für die strafbegründende Analogie*. 1941 (Neudruck 1977), p. 57 y ss.

poder judicial: “se basaba en la semejanza formal de la posibilidad de extender las leyes penales a los casos no nominados, el juez invadiría totalmente el espacio del político y del legislador”: “en tal modo desaparecerían todos los límites entre poder legislativo y poder judicial y el poder judicial contendría en sí también el poder soberano del legislador⁽²³⁾.”

Algunos años después, en la “Crítica al proyecto de Código Penal” redactado por Kleinschrod⁽²⁴⁾, Feuerbach pondrá en evidencia el segundo fundamento jurídico estatal de la prohibición de analogía: **la defensa de las decisiones del juez**. Hablando expresamente de los “vínculos del juez y de la interpretación judicial de la ley”⁽²⁵⁾, subrayó que “pertenece a las principales tareas del legislador catalogar las leyes más alto que las del arbitrio del juez”, y se hace una pregunta retórica: “¿cuánto vale la mejor legislación, si el juez tiene el poder, siguiendo su humor o su mera voluntad, de liberarse de los beneficiosos vínculos que la ley pone a su arbitrio?”. En particular, “todos los tipos de aplicación analógica de la ley están prohibidos al juez en modo absoluto. Una aplicación analógica de la ley tiene lugar, cuando la prescripción legislativa es aplicada a un caso, que no compara y no está contenido en la ley, a causa de la semejanza con los casos nominados en la ley y de la igualdad del fundamento (...) Permitir al juez una tal aplicación analógica abriría la puerta y ventana al arbitrio”⁽²⁶⁾.

3. La vía a doble sentido trazada por Feuerbach para legitimar la prohibición de analogía –defendida por las decisiones del juez y supremacía del poder legislativo sobre el poder judicial⁽²⁷⁾– es recorrida, en Alemania, por quien prudentemente reprocha la abolición de la

(23) FEUERBACH. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. II, 1800 (Neudruck 1966), pp. 24 y 25.

(24) FEUERBACH. *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz- Bayrischen Staaten*. Zweiter Teil, 1804 (Neu herausgegeben von Werner Schmid 1988).

(25) FEUERBACH. Ob. cit., p. 18.

(26) FEUERBACH. Ob. cit., pp. 24-26. De aquí la firme crítica de Feuerbach al texto del proyecto de Kleinschrod, que admitía explícitamente –en el §12– la aplicación analógica a los casos no nominados por la ley. Estas palabras del texto del proyecto: “Sollte in Zukunft ein Fall eines vorkommen, der in unsern Gesetzen nicht genannt ist, so ist der Richter befugt, das Gesetz auszudehnen, wenn der ungenannte Fall den Begriff der im Gesetz benannten Fälle an sich trägt und der Grund des Gesetzes bei dem ungenannten Falle vollkommen eintritt” (“Si en un futuro se presentase un caso no nominado en nuestras leyes, el juez está autorizado a extender la ley, si el caso no nominado tiene en sí el significado de los casos nominados, y cuando en estos esté completamente presente el fundamento de la ley misma”). Cfr. FEUERBACH. Ob. cit., p. 29. Para el examen y la discusión de este texto y de la crítica de Feuerbach Cfr. M. CATTANEO. *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*. 1970, p. 370 y ss.; MARINUCCI-DOLCINI. *Corso di diritto penale*. I, 3ª ed., 2001, p. 19.

(27) La importancia de Feuerbach en la doble fundación de la prohibición de la analogía es hoy pacífica en la literatura alemana e italiana: KREY. *Keine Strafe ohne Gesetz*. 1983, pp. 18 y ss. y 76; COLMAN. *Der Begriff des Staatseingriffes und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafgesetzen* 1969, p. 190; SCHREIBER. *Gesetz und Richter*. 1976, p. 109 y ss.; M. CATTANEO. *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*. 1970, pp. 323 y ss. y 369 y ss.

prohibición y, en Italia, por quien se opone a la propuesta de seguir el ejemplo del legislador alemán.

Escribe Zimmerl, en 1936, que la prohibición de analogía contiene no solo una tutela del individuo contra el arbitrio del juez, como expresión de la ideología liberal, por cierto también la garantía para el legislador que su voluntad sea respetada. Estimulando con sutil pacifismo a los detentadores del nuevo poder político, añade que, en relación a esta ulterior tarea, que debía ser considerada llena de significado incluso en el Estado nacionalsocialista, la eliminación de la prohibición de analogía habría representado una desventaja, tanto más grande, cuanto más debilitado resultase el vínculo del juez a la ley⁽²⁸⁾.

No diversa, pero más frontal, fue la casi contemporánea oposición de Delitala a la propuesta abolición en Italia de la prohibición de analogía: “militan en este sentido la necesidad de la certeza del derecho y el principio de igualdad: los jueces podrían ser más conocedores que el legislador; pero la ley es la ley, y la sentencia es la sentencia. Aquella impone una decisión uniforme para todos los casos semejantes; este es un mandato concreto que se aplica a un caso solamente. Abrir la puerta a la analogía significa permitir que el mismo caso pueda ser decidido mañana por jueces diferentes de manera diversa. Y, después, un poco de desconfianza hacia los jueces, en materia penal, no es irrespetuosa. La gravedad de la sanción que afecta la vida, la libertad, el honor, los bienes más preciosos y más sacros, la justifica plenamente (...). Pero, surgen los juristas alemanes, el mantenimiento de la prohibición, que tiene orígenes iluminista-liberales, contrasta con las nuevas concepciones del Estado. Actualmente, al principio de libertad se ha sustituido, triunfalmente, aquel de autoridad”. Sin embargo, replicó Delitala con un pacifismo político similar al de Zimmerl, que “se podría incluso afirmar que la posibilidad de aplicar analógicamente las normas penales, lejos de corresponder a los principios de un Estado autoritario, está en contraste con estos. No refuerza el poder ejecutivo, sino aquel jurisdiccional, y no hay quien no vea cómo el principio de autoridad pueda ser afectado por el excesivo poder de los órganos judiciales”⁽²⁹⁾.

“Certeza del derecho, principio de igualdad, desconfianza hacia los jueces que aplican durísimas sanciones penales, excesivo poder de los órganos judiciales”: palabras vacías para los poquísimos teóricos italianos admiradores de la reforma alemana del § 2 StGB, y, aún más, para los tantos teóricos alemanes adversarios declarados de la herencia de Feuerbach, fervorosos seguidores del nuevo Estado nacido sobre las cenizas del Estado liberal.

(28) ZIMMERL. *Zur Auslegung des §2 StGB*, en *Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*. 1936, p. 174 y ss.

(29) DELITALA. *Ob. cit.*, p. 590 y ss.

En Italia habló a favor de la abolición de la prohibición de analogía un solo jurista de brillo, Carnelutti: “Es verdad –escribe– que la pena se resuelve en una notable compresión (...). (Pero) que la libertad del ciudadano haya de ser tutelada más severamente frente a la pena que a las otras medidas del derecho, es solamente un prejuicio, antes una superstición. La superstición está, según yo, en considerar que los límites de la ley escrita hayan de ser las columnas de Hércules del Derecho Penal (...). No existe alguna verdadera razón por la cual un acto socialmente dañino no expresamente previsto por la ley penal no pueda ser castigado; la exigencia de la certeza del derecho limita inexorablemente la satisfacción de la necesidad de justicia”⁽³⁰⁾.

Posteriormente refiriéndose a la ideología que animaba en Alemania a los seguidores del nuevo Estado, lo subrayó críticamente Bettiol en beneficio de los penalistas italianos, resumiendo el trabajo de Henkel en “*Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*”⁽³¹⁾. Estos pasajes esenciales del resumen: “al Estado de derecho de origen liberal, caracterizado por la supremacía del poder legislativo sobre los otros dos, se le ha sustituido un tipo de Estado en el cual el gobierno adoctrina el parlamento y la magistratura. En efecto son, brevemente, todas las razones que postulan un Código Penal en el que las acciones criminales y las penas estén taxativamente previstas. También el nuevo tipo de ciudadano, que se ha venido formando en estos años, no requiere más, a los fines de la propia seguridad jurídica, la existencia del principio de legalidad, porque a una justicia abstracta y reducida a áridos esquemas prefiere aquella que el Estado actúe según las necesidades del caso haciendo propias las exigencias de la conciencia popular. Analogía, costumbre, conciencia popular serán las fuentes del nuevo Derecho Penal alemán. Sin embargo, dada la subordinación política del órgano judicial a aquel ejecutivo, la última fuente del Derecho Penal hitleriano deberá reencontrarse en el mandato (Befehl), con el cual se expresa la actividad de los órganos de un Estado autoritario”⁽³²⁾.

IV

El esquema histórico hasta aquí trazado debería hacer menos irreflexivos a los teóricos de la interpretación que han proclamado la abolición

(30) CARNELUTTI. *L'equità nel diritto penale*. En: *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, p. 114.

(31) HENKEL. *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*. 1934.

(32) BETTIOL. en *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 424.

“conceptual” de las lagunas del Derecho Penal y de la prohibición de analogía y, con ello, el vaciamiento del principio de legalidad. El aún grande Arthur Kaufmann ha marcado casi como un rescate argumentar con el recuerdo del pasado⁽³³⁾; los teóricos italianos contemporáneos lo ignoran, simplemente, viviendo solo en el mundo de las ideas. A ellos dedica la última parte del esbozo delineado por las sentencias de los jueces alemanes –escudriñadas en Italia por Vassalli⁽³⁴⁾– que han aplicado la norma que había abolido, en 1935, la prohibición de analogía⁽³⁵⁾.

1. Antes de todo, Vassalli señala por su obvia perjudicial importancia, dos sentencias sobre casos turbadores de la aplicación de la ley como la “tutela de la raza”. El **primer** caso es aquel del hebreo y de la mujer aria que mantienen entre sí un comercio carnal fuera del matrimonio, que no consiste en una unión carnal, sino en todo otro acto de lujuria diverso de la unión carnal. El § 5 de la ley castiga al hombre que contravenga a la prohibición, puesto por el § 2, de comercio extramatrimonial, y el § 11 del decreto de actuación declara que comercio extramatrimonial en el sentido del § 2 de la ley es solo el comercio carnal. Apelando a la analogía, los tribunales⁽³⁶⁾ se han pronunciado por la punibilidad incluso en casos como la lujuria: según el Reichsgericht, la idea de fondo de la ley, a los efectos de las nuevas disciplinas de la analogía, es la tutela no solo de sangre, sino también del honor alemán, que es ofendido por cualquier contacto sexual entre una mujer aria y un hombre hebreo⁽³⁷⁾. Un **segundo** caso es aquel del hombre hebreo y de la aria alemana, o del ario alemán y de la mujer hebrea que se unen carnalmente fuera del territorio alemán: un caso no previsto por el § 4 del StGB, que catalogaba los casos en los cuales, excepcionalmente, es punible una acción incluso si es cometida en el exterior (alta traición a la patria). Igualmente para castigar este ulterior caso de comercio carnal, “profanador de la raza”, se ha

(33) KAUFMANN, Arth. *Analogie und “Natur der Sache”. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. 1982 (trad. it., 2003), p. 17: “La prohibición de analogía penal es un tabú. Quien lo toca se prepara a la reprobación de ser aún poseído por el espíritu maligno de la novela sobre la analogía de 1935. En Alemania los años infaustos de la dictadura condicionan también la discusión científica”.

(34) VASSALLI. Ob. cit., p. 907 y ss.

(35) Ayuda recordar el texto del § 2 StGB reformado por la ley 28 junio 1935 (cfr. KOHLRAUSCH. *Strafgesetzbuch*. 36ª ed., 1941, p. 25): “Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie besten zutrifft”. (“Es castigado quien comete un hecho, que la ley declara punible o que merece punición según el pensamiento fundamental (Grundgedanken) de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo. Donde ninguna precisa disposición penal encuentre inmediata aplicación al hecho, entonces el hecho será castigado según la ley, cuyo pensamiento fundamental (Grundgedanke) se le adapta en el mejor modo”).

(36) Cfr. sobre todo RGSt., 70, p. 3 y ss.

(37) VASSALLI. Ob. cit., p. 917 y ss.

recurrido a la analogía: se ha asimilado la categoría de la “traición a la raza” a la categoría de “traición a la Patria”⁽³⁸⁾. También un tercer caso merecía una señalación prioritaria por parte de Vassalli: al igual que los dos primeros, encarnaba los reflejos de la abolición de la prohibición de analogía sobre materias ideológicamente perjudiciales, la tutela de la “raza” y, en este último caso, la libertad de religión. Se trataba de una asociación religiosa, disuelta y prohibida en todo el territorio alemán, que había tomado parte en las llamadas “fiestas de familia” en Suiza: un tribunal condenó a los miembros de la asociación por participar en las reuniones, que se castigaba solo si se practicaba al interior del Estado, pero, en vía analógica, aunque se realizara en el exterior, tratándose de un “deslizamiento fuera de las redes de la ley”⁽³⁹⁾.

2. Entre paréntesis: sorprende que, incluso leyendo en el trabajo de Vassalli también esta decisión en materia de “tutela de la raza” y de “libertad de religión”, el joven filósofo del Derecho italiano Norberto Bobbio, fuera famoso en la postguerra por la intransigente defensa de los principios de libertad y de igualdad; y, escribiese en 1938 que “el trabajo sirve sobre todo para demostrar que **el diablo no es tan malo como se dice**”⁽⁴⁰⁾.
3. Otros casos de aplicación analógica, entre los mencionados por Vassalli, son los de homicidio culposo agravado, según el § 222 Abs.2 StGB, “cuando el agente estaba obligado a una particular atención, en razón de su oficio, trabajo o profesión”. A la pregunta si pudiese ser considerado “conductor por trabajo” un miembro de la S.A.; y, por consiguiente, destinatario de la hipótesis agravada de homicidio culposo, el Reichsgericht responde que tal hipótesis podía serle aplicada en vía analógica según el § 2 StGB, porque la idea de fondo del § 222 Abs.2 StGB consentía que fuese extendida también a quien, como miembro de la S.A., desarrolle la actividad de conductor no como “trabajo en sentido estricto”⁽⁴¹⁾.

Ulteriores casos ha citado Krey⁽⁴²⁾, sin ilustrarnos el contenido. Significativos dos casos decididos por el Reichsgericht en el mismo año, relacionados al delito previsto por el § 173a StGB, que castiga el hecho que un hombre mayor de veintiún años, “seduzca” a una persona de sexo masculino menor de veintiún años, induciéndola a prostituirse con él o a realizar sobre sí misma tales actos de lujuria. En un caso el abuso sexual sucedió poniendo en estado de inconsciencia al menor de veintiún años

(38) VASSALLI. Ob. cit., p. 919 y ss. Sobre este caso cfr. AMMON. Ob. cit., p. 2962 y ss.

(39) VASSALLI. Ob. cit., p. 922.

(40) BOBBIO. “L’analogia e il diritto penale”. En: *Riv. pen.*, 1938, p. 540 nota 22.

(41) RGSt 70. p. 335 y ss.

(42) KREY. *Keine Strafe ohne Gesetz*. 1983, p. 32.

instigándolo al consumo de alcohol, en el segundo poniéndolo en estado de hipnosis. En ambos casos el § 173a StGB no era directamente aplicable: para “seducir” es preciso poder influir sobre su voluntad; una persona inconsciente, estando ebria o bajo hipnosis, no puede por ello ser “seducida”. Con todo eso, la idea de fondo del § 173a StGB consentía, a juicio del Reichsgericht, ser aplicada analógicamente también a aquellos dos casos no abrazados por la letra de la ley⁽⁴³⁾.

Los dramas de la guerra son fuente de otras decisiones fundadas sobre la aplicación analógica de diversas normas incriminadoras. En un caso se trataba de la aplicación del § 235 StGB, que sancionaba la sustracción de menores a los progenitores, tutores o curadores. La norma no era directamente aplicable a la sustracción de niños de origen alemán, separados por sus padres por situaciones bélicas, que fueron confiados por la policía a los curas de un servicio social. Con todo esto, su sustracción a los servicios sociales, según la idea de fondo del § 235, es considerada aplicable analógicamente, incluso no habiendo sido nombrado un tutor o curador: “la punición del imputado –decide el Reichsgericht– es admisible e impuesta a los efectos del § 2 StGB”⁽⁴⁴⁾. También: el § 189 Abs.3 StGB castigaba el vilipendio a la memoria de un difunto, que hubiese dado su vida por el pueblo alemán; en el caso especial la persona vilipendiada era un soldado que había combatido cerca a Estalingrado, pero que había desaparecido: no se sabía si estaba vivo o muerto. El Reichsgericht considera aplicable analógicamente el § 189 Abs. 3 StGB, porque su “idea de fondo” era la protección del honor de los soldados que habían luchado en el frente, que estuviesen vivos o muertos⁽⁴⁵⁾. Una última serie de casos se referían a la protección penal de las instituciones del partido nacionalsocialista, no consentidas por la letra de la ley. Se trataba de la norma prevista por el § 164 StGB, que castigaba a quien, dirigiéndose a una “autoridad”, sea “sospechoso” de haber cometido un delito. “Autoridad” no era la autoridad local del NSPD, ni lo era la obra de socorro invernal: una institución del Estado nacionalsocialista; y, ni siquiera los oficiales de la *Sturmabteilung*. En todos los casos, el Reichsgericht decide que el *Grundgedanke* del § 164 StGB consentía una aplicación analógica, considerando aquellas instituciones como otras tantas “Autoridades”⁽⁴⁶⁾.

(43) RGSt 72, pp. 50-53; RGSt 72, pp. 352-353.

(44) RGSt 75, pp. 65-68.

(45) Cfr. NIETHAMMER. *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts*. 1950, p. 201 y ss.

(46) RGSt 71, p. 221 y ss.; RGSt 71, p. 289; RGSt 77, p. 129 y ss.

4. En todos los casos discutibles las aplicaciones analógicas decididas por el Reichsgericht: la identificación del *Grungedanke* –de la *ratio legis*– de las diversas normas está siempre expuesta, como había prevenido Feuerbach, al humor o a la mera voluntad del juez. Por otro lado, el Reichsgericht sabía aquello que parecían ignorar los actuales sostenedores del carácter siempre “analógico” de la interpretación: que la **analogía** es un procedimiento **admisible siempre y solo** si en la ley existe una **laguna**, y **siempre** y solo si la laguna es **involuntaria**; en cambio, cuando es **voluntaria**, porque el caso no regulado ha sido intencionalmente dejado fuera del alcance del legislador, será del todo consecuente negar la **extensión analógica**. El Reichsgericht la negó, en efecto, en muchos casos comentados por Vassalli en su reseña. Algunos casos emblemáticos fueron ampliamente discutidos también en la literatura alemana de la época: por ejemplo los § 175 y 175a StGB castigaban las relaciones homosexuales entre hombres y no las relaciones lésbicas. Si existía una laguna, era sin más deseada por el legislador: el camino de la analogía estaba, por ello, impedido⁽⁴⁷⁾. Igualmente era una laguna voluntaria, no realizada⁽⁴⁸⁾, la que el Código Penal italiano preveía en el art. 367 con el nombre de “simulación de delito”. De igual modo, laguna voluntaria era aquella dejada por el legislador al formular el § 174 StGB: castigaba actos de lujuria que determinadas personas, catalogadas minuciosamente, realizaban sobre personas confiadas por determinadas razones (tutela, curatela, vigilancia, instrucción, educación, etc.) y, entre estos, los actos de lujuria realizados por progenitores sobre sus propios hijos adoptivos. La catalogación taxativa decide el Reichsgericht, impedía aplicar analógicamente la norma a los actos de lujuria cometidos por el legítimo padre sobre su propia hija legítima: “toda la formulación del § 174, con su precisa casuística, indica que pertenece a aquellas normas, en las cuales el legislador ha querido trazar claramente el campo de aplicación y cuyo pensamiento fundamental no es otro que aquel claramente expresado en la norma”⁽⁴⁹⁾.

Aun: el § 182 fijaba un preciso límite de edad –dieciséis años– para la seducción punible de una niña, y con aquella taxativa indicación de la edad impedía la aplicación analógica al caso de una niña mayor de dieciséis años, pero cuyo desarrollo correspondía a una edad inferior⁽⁵⁰⁾.

(47) RGSt 70, p. 270 y ss.; BRINKMANN. “Grenzen der analogen Anwendung von Strafgesetzen”. En: *Deutsche Justiz*. 1935, p. 1588; SCHAFER. “Die Einzelheiten der Strafgesetznovelle vom 28 Juni 1935”. En: *Deutsche Justiz*. 1935, p. 994.

(48) RGSt 70, p. 367.

(49) Cfr. VASSALLI. Ob. cit., p. 928: la sentencia del Reichsgericht es publicada en *Deutsche Justiz*, 1936, p. 609.

(50) Cfr. VASSALLI. Ob. cit., p. 929.

5. Vassalli podía resumir en estos términos la enseñanza de los “escritores y de los jueces, especialmente del Reichsgericht: no es dado en algún modo sobre la base del § 2, ni con la analogía de la ley, ni con la analogía del derecho, exceder los confines que el legislador ha trazado deliberadamente a la esfera de aplicación de una determinada ley”⁽⁵¹⁾. A la misma perentoria conclusión llegaba poco después otro gran estudioso italiano, Nuvolone, analizando el alcance efectivo de la “reforma del § 2 del Código Penal alemán”⁽⁵²⁾: “cuando el legislador, a través del tenor de una disposición, deja considerar claramente querer determinar la punibilidad a un restringido y bien definido campo de acción, significa ir contra la voluntad de la ley pretender extender el alcance más allá de estos confines. En este caso debe ser excluida toda analogía. Sobre este punto –concluía Nuvolone– no existe una sola voz disorde”⁽⁵³⁾.

Una sola voz disorde se elevó en Italia: la del joven filósofo del Derecho Bobbio, ya autor de una monografía en la cual motivaba con la “lógica” de la interpretación el ocaso del fundamento de la prohibición de analogía en el Derecho Penal⁽⁵⁴⁾. La escuchó de la sola “lógica”, como ya se ha visto, la hace insensible, en un escrito posterior, frente al espectáculo de la aplicación analógica en Alemania, ilustrada por Vassalli, de las normas en materia de “tutela de la raza” y de la “libertad de religión”: “el diablo –escribe, come se sabe– no es tan malo como se dice”⁽⁵⁵⁾. Sin embargo, la investigación de Vassalli mostraba muchas otras cosas que escapaban a la “lógica” de Bobbio: los jueces alemanes no manejaban la analogía como “para una argumentación lógica”, porque excluía la aplicación cuando las lagunas represivas eran voluntarias, habiendo el legislador deliberadamente trazado confines insuperables a la esfera de aplicación de una ley. No solo: Vassalli, como Delitala, subrayaban el riesgo congénito de la aplicación analógica de una ley –la violación del principio de igualdad– siendo el juicio de semejanza entre un caso previsto por la ley y aquel no previsto “fuente de muchas disparidades de tratamiento de lugar a lugar, de tribunal a tribunal”⁽⁵⁶⁾.

Afectado por estos relieves, así como por la unánime defensa de la prohibición de analogía por parte de los penalistas italianos⁽⁵⁷⁾, Bobbio abandonó,

(51) VASSALLI. Ob. cit., p. 940.

(52) NUVOLONE. “La riforma del §2 del cod. pen. germanico”. En: *Riv. it. dir. pen.*, 1938.

(53) NUVOLONE. Ob. cit., p. 554.

(54) BOBBIO. *L'analogia nella logica del diritto*, 1938 (reimpreso 2006, a cura de Di Lucia).

(55) BOBBIO. “L'analogia e il diritto penale”. En: *Riv. pen.*, 1938, p. 540.

(56) VASSALLI. Ob. cit., p. 942.

(57) BOBBIO. Ob. cit., p. 533 y ss. está constreñido a registrar la oposición de Saltelli, Petrocelli, Tesaro, Battaglini, Manzini, Art. Rocco, Bettiol, Del Giudice, M. Angioni, Bellavista, Flrian, D'Amelio, Escobedo. La única omisión es aquella de Delitala, autor de una célebre intervención citada en el texto de este trabajo.

de hecho, el terreno de la lógica, para pasar a aquel de la “justificación ética” y de la “exigencia de justicia” de la analogía en Derecho Penal: “en un ordenamiento jurídico (la analogía) no tiene solamente un fundamento lógico, sino también una justificación ética”, porque “absorbiendo el caso no previsto en la regulación del caso similar, lo hace de manera que este no escape a la apremiante y exigente lógica de la justicia”, y “contribuya a satisfacer aquella exigencia de justicia que todo ordenamiento expresa”⁽⁵⁸⁾. Se respira la literatura alemana de los años treinta: la abolición de la prohibición, que sirve para heredar el bien conocido se “desliza fuera de las redes de la ley”, y que en el lenguaje de Bobbio suena: “el caso no previsto no escapa”; y, en cuanto a la “justificación ética” de la analogía en Derecho Penal, recuerda la enseñanza de los teóricos nacionalsocialistas de la abolición de la prohibición de analogía: “el legislador alemán, que parte de la **unidad del derecho y la ética**, no puede jamás contentarse con que un determinado comportamiento sea merecedor de castigo, porque contrasta con la idea de fondo de una ley penal, pero al mismo tiempo no podría ser castigado porque la letra de la ley no lo abraza”⁽⁵⁹⁾. Este desagradable sometimiento del debate es comentado, poco después, por Vassalli: “parece indiscutible que de la admisión de la analogía derive una notable incertidumbre del derecho; sin embargo, precisamente esa incertidumbre es declarada beneficiosa por los sostenedores de la analogía, como aquella que tiene alejados del mal aquellos que bajo el imperio del principio de estrecha legalidad actúan en los márgenes de la ley”; y, cierra el debate con una pregunta retórica: “¿es mejor poder llegar a castigar todo lo que es merecedor de punición, es decir, actuar sobre la tierra la justicia total” –como querían los teóricos del nacionalsocialismo, y entre nosotros, el joven Bobbio– “o bien no renunciar a la libertad, a la igualdad y a las tantas otras ventajas que están a estos conexos?”⁽⁶⁰⁾.

V

La pregunta retórica de Vassalli nos acerca a la conclusión –a las razones perennes de la prohibición de analogía–.

1. La primera razón es enteramente política: fidelidad a la ley, democracia parlamentaria, valiente defensa de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos. Es lucha contra la actual tendencia a desplazar los equilibrios de la potestad punitiva de la “ley” a los “jueces”, los cuales se consideran

(58) BOBBIO. Ob. cit., p. 530.

(59) WILKE. *Die Bedeutung des §2 StGB*, 1938 (Neudruck 1977), p. 3.

(60) VASSALLI. “Nullum crimen sine lege”. En: *Nuovo dig. it.*, VIII, 1939, p. 1177.

(y, son considerados) como “legisladores de reserva”⁽⁶¹⁾, capaces de una “justicia del caso concreto” a preferir la “certeza del derecho”; por otra parte, es creciente la pérdida de autoridad del legislador a los ojos de una literatura “elitaria”, que considera a los jueces en grado de individualizar “la” justicia, mientras no sepa tomarla el legislador parlamentario, donde se alternan una multiplicidad de “justicias” sociales según las mayorías partidarias⁽⁶²⁾. Afortunadamente, estos ataques políticos son resistentes: el actual cuadro histórico y constitucional no es más aquel de la Italia y de la Alemania en los años de las dictaduras fascista y nacional-socialista; y, sería altamente deseable que fuesen conocedores aquellos despreocupados teóricos de la interpretación “siempre analógica y creativa”, y no olviden que en Alemania la abolición normativa de la prohibición de analogía fue uno de los tantos corolarios de la dictadura, y que en Italia la élite de los juristas se opone a una análoga abolición, en el nombre de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos.

2. La actualidad de la prohibición de analogía surge incluso de una cuádruple razón de naturaleza **jurídica**. Ante todo, no pocos entre cuantos patrocinan o prestan atención a los desarrollos de la teoría de la interpretación consideran; sin embargo, insuperable “el límite de los posibles significados literales de la ley”: emblemática la advertencia de Hassemer –“la analogía prohibida se inicia donde termina el efectivo significado de las palabras”⁽⁶³⁾–, y aquel de dos estudiosos italianos sensibles a aquellos desarrollos: “si por un lado es verdad que el procedimiento hermenéutico está abierto a las elecciones valorativas del juez, por el otro es necesario circunscribirles el espacio dentro de los límites correspondientes al significado literal, y sea también extendido al extremo, del texto de ley”⁽⁶⁴⁾; “en cambio, se recae en la prohibición de aplicación analógica de la ley penal, si la opción hermenéutica va más allá de la máxima extensibilidad interpretativa del texto”⁽⁶⁵⁾.

En segundo lugar se cierran las puertas a quien reenvía a la *ratio legis*, ayer como hoy utilizada como instrumento para “corregir” los límites demasiados estrechos señalados por la letra de la ley⁽⁶⁶⁾. En tercer lugar, la interpretación

(61) Es la incisiva expresión crítica de HIRSCH. “Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis”. En: COLMAN (a cura de), *Strafrechtliche Probleme*. 1999, p. 113; ID., en *ZStW*, 1989, p. 927 y ss.

(62) Ejemplar la síntesis y el análisis crítico de estas orientaciones desarrolladas en la literatura alemana por KREY. “Gesetztreue und Strafrecht”. En: *ZStW*, 1989, p. 870 y ss. y en la literatura italiana, criticando análogas orientaciones en Italia, por DOLCINI. “Leggi penali ‘ad personam’, riserva di legge e principio di eguaglianza”. En: *Rivista*. 2004, p. 50 y ss.

(63) HASSEMER, *AK-StGB*, 1990, § 1, Rn 80.

(64) FIANDACA-MUSCO. *Diritto penale. P.G.*, 5ª ed., 2007, p. 123.

(65) FIANDACA-MUSCO. Ob. cit., p. 107.

(66) VIGANÓ. Ob. cit., p. 214 y ss.

“extensiva”, como en los tiempos de Binding, a menudo es solo una “máscara”, bajo la cual se esconde “púdicamente” la analogía; es deber de los juristas desenmascarar este camuflaje⁽⁶⁷⁾, pero el deber de evitarlo o al menos de reducir el alcance incumbe sobre todo al legislador, que tiende a menudo a expresarse de manera oscura, descargando el peso de las decisiones sobre las espaldas de los jueces; el remedio es conocido: una técnica legislativa que asegure el máximo de presión posible, no retrocediendo frente a la técnica definitoria y casuística⁽⁶⁸⁾. Finalmente, se recuerda que el legislador utiliza no solo términos del **lenguaje común**, por su imprecisión abiertos a una pluralidad de significados, sino también y, más a menudo, a precisas terminologías especialistas, recibidas sobre todo por el **lenguaje jurídico**: es el territorio de los “elementos normativos del supuesto de hecho”, que aparecen en los sectores del Derecho Penal que regulan materias jurídicamente preformadas, entre otros, por el Derecho Civil y Administrativo, a cuyas reglas el juez deberá por ello necesariamente hacer referencia; y, la “liberación” de aquellas reglas es precisamente aquel “desvincularse de la conformidad al supuesto de hecho penal” límpidamente desaprobado por Tiedemann como “giro” de la prohibición de analogía.

(67) CONTENTO. “Interpretazione estensiva e analogia”. En: STILE (a cura de). *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*. 1991, p. 3 y ss.; FIANDACA-MUSCO. Ob. cit., p. 124; MARINUCCI-DOLCINI. *Corso di diritto penale*. 3ª ed., 2001, p. 108 y ss.; MANTOVANI. *Diritto penale*. 5ª ed., 2007, p. 71; PADOVANI. *Diritto penale*. 8ª ed., 2006, p. 34 y ss.

(68) Hasta el último momento ha dejado escrito WELZEL. *Das Deutsche Strafrecht*. 11ª ed., 1969, p. 23: “el verdadero peligro que amenaza el principio nulla poena sine lege no viene de la analogía, sino de las leyes penales imprecisas”.

QUINTA PARTE

Derecho Procesal Penal
y otros

La caución como medio de evitar la fuga en Suiza. ¿Un régimen atractivo únicamente para casos excepcionales?

Jürg-Beat ACKERMANN^(*)
(Suiza)

SUMARIO: I. Relevancia y atraktividad. II. Objetivo de puesta en seguridad. III. Comprobación y fundamentación. IV. Presupuestos: Prueba de la existencia de indicios de criminalidad y de simple tendencia de fuga. V. Cuantía y reducción. VI. Vencimiento. VII. Devolución, gestión y compensación. VIII. Problemas relacionados con una “caución por parte de terceros”.

I. RELEVANCIA Y ATRACTIVIDAD

En el sistema de Derecho estadounidense el depósito de una caución como medio de evitar la fuga⁽¹⁾ teniendo como objetivo poner en libertad al inculcado en prisión preventiva, constituye la norma mientras que en Suiza se trata, por el contrario, de una excepción. Los tribunales y las fiscalías muestran al respecto una gran reserva. Aunque la posibilidad de la caución está regulada en el art. 5 cifr. 3 EMRK y asimismo en el art. 9 cifr. 3 IPBPR siendo también contemplada en los diferentes derechos procesales cantonales, esta raras veces se plantea, ni siquiera en aquellos casos de delincuencia económica en los que, según opinión general, los delincuentes podrían eludir la prisión pagando un rescate⁽²⁾. Los inculcados pasan regularmente

(*) La señora cand. iur. Esther Tewlin me prestó un gran apoyo en la selección y elaboración de la práctica judicial e igualmente la señora cand. iur. Raquel Amigo en la traducción; ¡mi más vivo agradecimiento a ambas!

(1) Para el concepto véase la sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 1P.545/203 del 07/10/2003, E. 2.4.2.

(2) Así fue comunicado por el primer fiscal de delitos económicos del cantón de Zürich, lic.iur. Peter Pellegrini. Véase en gen. NIKLAUS SCHMID. *Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechts des Kantons Zürich und des Bundes*. 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, N 719.

su tiempo de prisión preventiva encarcelados. Los motivos para ello –en lo que se refiere a Suiza– no han sido suficientemente investigados. Una explicación es quizás el hecho de que los inculpados simplemente no disponen de los medios económicos suficientes para pagar la fianza⁽³⁾. En el caso especial de que el riesgo de fuga sea agudo podría ser que las autoridades tengan sus dudas respecto a si el pago de una caución podría realmente disminuir el riesgo de fuga. Esto resulta especialmente válido cuando no se puede constatar la procedencia de los medios financieros. Aún más problemático resulta en la práctica el conocimiento insuficiente sobre las posibilidades financieras de la persona encarcelada.

En un futuro, es decir, a partir del 1 de enero de 2011 se regulará la libertad bajo fianza de forma uniforme en toda Suiza quedando contemplada en los art. 238-240 de la nueva **Ley de procedimiento penal** suiza (CH-StPO). El Derecho Procesal futuro no conoce ningún límite máximo por lo que es posible que se den casos de fianzas a la altura del caso recientemente fallado en Austria (abril de 2009) en el cual el banquero privado vienés Meisl, en un proceso penal en el que se le acusaba de fraude profesional grave, gestión desleal así como de infringir varias leyes jurídico-económicas accesorias, tuvo que depositar una fianza de nada más ni nada menos que 100 millones de euros⁽⁴⁾. El importe actual máximo en Suiza se sitúa muy por debajo de esta cifra, como máximo alrededor del millón.

A raíz de la reforma reciente del Código Penal suizo las penas menores de privación de libertad se han reducido mientras que ha aumentado la aplicación de penas condicionales o semicondicionales. La consiguiente pérdida de relevancia de las penas de privación de libertad conlleva un aumento de la importancia de la prisión preventiva. Muchos ven en ella hoy en día la verdadera sanción. La caución ganará correspondientemente en importancia como modo de aliviar justamente esta sanción. Este hecho constatado por nosotros contribuirá también a explicar porqué sobre todo la jurisprudencia tiende a facilitar la caución: conforme a la práctica más reciente los presupuestos de la caución deberán ser examinados de oficio (cifr. 3), para la verificación de la existencia de indicios de criminalidad se puede aplicar una medida menos severa que la empleada para la prisión preventiva (cifr. 4), además se estima suficiente una **tendencia** a la fuga sin exigirse un verdadero peligro de fuga (cifr. 4), por último, se permite una “caución por parte de terceros” (cifr. 7). Todo ello podría aumentar la atraktividad de la caución en un futuro.

(3) Compárese con la sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 1B_295/2007 del 22/01/2008, E. 4.3.

(4) <http://www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/wien_privatbankier_meisl_kaution_frei_1.2321607.html> (07/04/2009).

II. OBJETIVO DE PUESTA EN SEGURIDAD

La caución como medio de evitar la fuga es una medida sustitutoria de la prisión preventiva⁽⁵⁾ y se aplica solamente –tal y como indica el concepto mismo– en caso de prisión motivada por riesgo de fuga⁽⁶⁾. El riesgo de reincidencia o de comisión no puede evitarse en Suiza mediante el pago de una caución. La fianza sirve únicamente para asegurar (1) la presencia de la persona inculpada durante el proceso penal y para asegurar (2) la aplicación de la pena o de las medidas⁽⁷⁾ –así se contempla también en el art. 238 párr. 1 (ligeramente sujeto a malentendidos: se sustrae [...] a la aplicación [...]) y en el art. 240 párr. 1 CH-StPO. Por el contrario, la caución no debe servir para la puesta en seguridad de otros deberes tales como los del cumplimiento total de la condena o los de las costas procesales⁽⁸⁾. Si escapa, por ejemplo, un condenado a la aplicación de la pena, deberá devolverse la fianza a pesar de este hecho⁽⁹⁾. Conforme al art. 240 párr. 4 CH-STPO la garantía únicamente podrá utilizarse después de su vencimiento para cubrir las exigencias de las personas dañadas, las sanciones pecunarias, las multas y las costas procesales.

III. COMPROBACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN

Conforme al art. 5 párr. 2 Constitución Federal de la Confederación Suiza toda acción estatal debe ser proporcional por lo que también la posibilidad de una caución (en lo relativo a la prisión provisional) ha de someterse a un examen de oficio, según exigió el Tribunal Supremo Confederal recientemente y de forma expresa: “*L'autorité est tenue d'examiner d'office si la mise en liberté provisoire peut intervenir moyennement des mesure de substitution*”⁽¹⁰⁾. Esto quedará expreso en un futuro en el art. 237 CH-StPO. El juez encargado de dictar el auto de prisión o de ordenar medidas coercitivas cumple con su deber constitucional de fundamentación solamente cuando expone los motivos por los cuales la fianza ofrecida no resulta válida para descartar suficientemente el riesgo de fuga. En este caso es indiferente si la

(5) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B_277/2007 del 08/01/2008, E. 7.4.

(6) Cómparese en gen. con la sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B_277/2007 del 08/01/2008, E. 7.4. Conforme a la práctica constante de, por ejemplo, el cantón Basel Land, la posibilidad de libertad bajo fianza se tiene en cuenta solo con muchas reservas. Una caución se considera insuficiente en los siguientes casos: el peligro de fuga es especialmente agudo y caben dudas sobre la disminución de este peligro, la caución no la presta el inculpado mismo, se ignora la procedencia de los medios, véase <http://www.baselland.ch/verfahrens-rechtl_fragen-htm.303429.0.html> (07/04/2009).

(7) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B_277/2007 del 08/01/2008, E. 7.1.

(8) Tribunal Supremo Confederal (BGer), BGE 6B_277/2007 del 08/01/2008, E. 7.4.

(9) Tribunal Supremo Confederal (BGer), BGE 107 Ia 209.

(10) Tribunal Supremo Confederal (BGer), BGE 133 I 27, E. 3.2, véase GÉRARD PIQUEREZ. *Traité de procédure pénale suisse*. 2^e éd., Zurich 2006, § 112, n° 870, p. 565; compárese también con ANDREAS DONATSCH/NIKLAUS SCHMID. *Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich*. Zürich 2006, § 72 N 10.

caución se solicita formalmente o si solo se trata de discutir la posibilidad de una caución para cuyo ordenamiento el juez encargado de dictar auto de prisión o de ordenar medidas coercitivas dispone de arbitrio⁽¹¹⁾. Habrá que esperar para ver en qué medida esta obligación de examinar será incorporada en la práctica o bien qué criterios se aplicarán para clarificar cuándo un tribunal de medidas coercitivas debe tratar la cuestión de la caución *ex officio*.

IV. PRESUPUESTOS: PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE INDICIOS DE CRIMINALIDAD Y DE SIMPLE TENDENCIA DE FUGA

Los presupuestos para la caución eran anteriormente los mismos que se exigían para la prisión preventiva: Se exigía la prueba de la existencia de indicios acuciantes de criminalidad y del riesgo de fuga. La tendencia más reciente consiste en reducir la severidad de estos presupuestos tan estrictos. Debido a la baja intensidad de la intervención de la caución se debe aplicar una medida menos severa en lo que respecta a la prueba de la existencia de indicios de criminalidad⁽¹²⁾. Esto mismo es válido para el riesgo de fuga. En determinadas circunstancias basta incluso una **tendencia** a la fuga para fundamentar el pago de una fianza⁽¹³⁾. La nueva ley de enjuiciamiento criminal resulta al respecto bastante clara: La caución solo es posible “en lugar de” prisión preventiva o prisión de seguridad. En cualquier caso se requiere constatar la existencia de indicios de criminalidad conforme al art. 221 párr. 1 CH-StPO y el temor serio de un peligro de fuga conforme al art. 221 párr. 1 letr. a CH-StPO. Resulta por lo menos dudoso si, de esta forma, se interrumpirá “la tendencia a reducir la severidad”, entre otras cosas porque el ZH-StPO actual contiene una norma con idénticas palabras y, a pesar de ello, y en contra de la práctica claramente limitativa del Tribunal de Casación de Zürich, el Tribunal Supremo Confederal sigue manteniendo su línea⁽¹⁴⁾.

V. CUANTÍA Y REDUCCIÓN

La cuantía de la fianza debe adecuarse a (1) la gravedad de los hechos reprimidos y a (2) las condiciones personales del inculcado⁽¹⁵⁾. En un primer

(11) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 1B 295/2007 del 22/01/2008, E. 4.4.

(12) Véase en lo referente a medidas sustitutorias la sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 1B 139/2007 del 17/12/2007.

(13) Tribunal Supremo Confederal (BGer), BGE 133 I 27, E. 3.2; véase en gen. PETER GOLDSCHMID; THOMAS MAURER y JÜRIG SOLLBERGER. *Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung*. Bern 2008, p. 226.

(14) Compárese también con SONJA PFLAUM y STEPHAN SCHLEGEL. Bemerkung zu KassGer ZH. del 27/12/2007, Anforderungen an den Nachweis der Fluchtgefahr bei Anordnung einer Dokumentensperre, en: *forum poenale* 3/2008, 141 ff.

(15) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 1P463/2006 del 17/08/2006, E. 3.7.1; en el futuro art. 238 párr. 2 CH-StPO; NIKLAUS SCHMID. *Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der*

plano se encuentran las condiciones financieras que deberán ser expuestas detalladamente. A este respecto le corresponde al inculpado –que se beneficia evidentemente de la caución como medida sustitoria más suave que el encarcelamiento– un deber de colaboración fáctico⁽¹⁶⁾. En base a esta exposición detallada de las condiciones financieras se puede fijar la cuantía de la caución a fin de impedir que el acusado se de a la fuga⁽¹⁷⁾. La práctica judicial confederal es consiguientemente estricta. Esta parte de la base de que incluso las cauciones elevadas en condiciones financieras no completamente transparentes no sirven de antemano para impedir una fuga⁽¹⁸⁾.

El criterio referente a “la gravedad de los hechos incriminados” para fijar la cuantía tiene como objetivo en última instancia las sanciones previstas, es decir, la cobertura de los costes relacionados con una posible encarcelación y la cobertura de supuestas sanciones pecunarias y multas. La claridad textual del art. 238 párr. 2 CH-StPO prohíbe, por el contrario, considerar posibles costas procesales e indemnizaciones⁽¹⁹⁾. El porcentaje de la caución que tras la liberación y según el marco fijado por el art. 239 párr. 2 CH-StPO puede ser destinado a cubrir costas procesales e indemnizaciones equivale únicamente a la incautación de bienes a fin de asegurar las costas procesales⁽²⁰⁾. Por consiguiente, es imprescindible distinguir de forma estricta la caución de la incautación en lo referente a la fijación de su cuantía.

En el supuesto de que las condiciones personales del inculpado (incluidas las familiares) sufran modificaciones posteriores a la prestación de caución, el importe de dicha caución puede ser restituido o reducido⁽²¹⁾.

VI. VENCIMIENTO

La caución vence en cuanto (1) el inculpado no se somete a proceso penal o (2) no cumple la condena. Se considera suficiente, por ejemplo, el hecho de no comparecer ante el tribunal a pesar de requerimiento formal ya sea por falta de razones disculpantes o por inobservancia no disculpante (agravio concreto) y, por supuesto, también por fuga al extranjero (agravio

Grundlage des Strafprozessrechts des Kantons Zürich und des Bundes. 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, N 719 f.

(16) Sentencia del Tribunal Penal Confederal, RR.2008.214 del 16/09/2008, E. 4.2.

(17) Sentencia del Tribunal Penal Confederal, RR.2008.214 del 16/09/2008, E. 4.2.

(18) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 8G.11/2003 del 21/02/2003, E. 5; còmparese también con la sentencia del Tribunal Penal Confederal, RR.2008.214 del 16/09/2008, E. 4.2.

(19) Véase PETER GOLDSCHMID/THOMAS MAURER/JÜRIG SOLLBERGER. *Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung*. Bern 2008, 227.

(20) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B_277/2007 del 08/01/2008, E. 7.3.

(21) Sentencia de la Cámara de apelación del Tribunal Penal Confederal, BB.2006.16 del 24/07/2006, E. 4.3.

abstracto)⁽²²⁾. En caso de fuga no se puede esperar de las autoridades penales que envíen citaciones de antemano inútiles a la dirección del inculcado ni tampoco que las publiquen en boletines oficiales. Tampoco se puede exigir una toma de declaraciones del inculcado en el extranjero por la vía de cooperación jurídica, una petición de extradición o un requerimiento de transferencia de la persecución penal⁽²³⁾. La garantía vencida puede utilizarse para saldar las exigencias de los damnificados, las costas procesales, las sanciones pecuniarias y las multas⁽²⁴⁾.

VII. DEVOLUCIÓN, GESTIÓN Y COMPENSACIÓN

La fianza quedará libre en cuanto (1) se suprima el motivo de encarcelamiento por riesgo de fuga, en cuanto (2) se suspenda la investigación, en cuanto (3) al inculcado se le declare inocente o (4) se le condene a una pena condicional de privación de libertad⁽²⁵⁾ o (5) se le aplique la pena⁽²⁶⁾. En el caso de que la caución no sea requerida, deberán restituirse al titular autorizado los bienes patrimoniales depositados, incluyendo intereses, ya que las autoridades judiciales no persiguen con la caución ningunos intereses fiscales ni económicos. A la inversa, no siendo la caución una inversión financiera a favor del inculcado y dado que es difícil estimar la duración del proceso en el momento del cobro, las autoridades no tienen obligación alguna de invertirla con fines de lucro (sobre todo en tanto que la caución debe estar disponible en todo momento para su devolución)⁽²⁷⁾. Según las leyes y la jurisprudencia cantonal una caución liberada puede utilizarse para compensar multas, sanciones pecuniarias, costas procesales o indemnizaciones impuestas al inculcado, siempre y cuando él mismo haya prestado fianza. La caución equivale entonces parcialmente –como ya se ha señalado con anterioridad– a una incautación de bienes patrimoniales a fin de asegurar las costas procesales⁽²⁸⁾. Por el contrario, la compensación de otras obligaciones por medio

(22) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 1P.626/2004 del 10/02/2005, E. 2.3; 6P.133/2005, 6S.410/2005 del 07/06/2006, E. 9.3.1.

(23) Cómparese con la sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 1P.626/2004 del 10/02/2005, E. 2.3 y con BGE 123 I 31, E. 3d. Véase la sentencia del Tribunal Cantonal Graubünden del 25/04/2005 como típico ejemplo para el vencimiento de una caución.

(24) Sentencia del Tribunal Penal Confederal, SN.2008.3 del 26/03/2008, E. 2.4.

(25) Sentencia del Tribunal Penal Confederal, SN.2008.3 del 26/03/2008, E. 2.1. La puesta en libertad condicional del cumplimiento de la condena crea, en lo que respecta al resto de la pena aún por cumplir, una situación parecida a la de la pena condicional de privación de libertad fallada por un juez. De haberse prestado en tal caso una caución, la puesta en libertad condicional no basta para motivar una retención de la caución (E. 2.2.).

(26) Sentencia del Tribunal Penal Confederal, SN.2008.3 del 26/03/2008, E. 2.1.

(27) Sentencia del Tribunal Penal Confederal, SN.2008.3 del 26/03/2008, E. 2.3; SOG 2001 Nr. 1, E. 2.

(28) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B_481/2008 del 15/12/2008, E. 4.3; 6B_18/2008 del 15/05/2008, E. 3.2; NIKLAUS SCHMID. *Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechts des Kantons Zürich und des Bundes*. 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, N 719 f.;

de fianza es de *lege lata* y conforme al proceso penal confederal únicamente posible en caso de tratarse de una caución vencida⁽²⁹⁾. El art. 239 párr. 2 CH-StPO asumirá la regulación habitual en algunos cantones según la cual la fianza se puede utilizar para la cobertura de las costas a pesar de su restitución.

VIII. PROBLEMAS RELACIONADOS CON UNA “CAUCIÓN POR PARTE DE TERCEROS”

Quien no es capaz de depositar una fianza que sirva para evitar con toda probabilidad una fuga, queda excluido de esta medida sustitutoria⁽³⁰⁾, a pesar de que, evidentemente, está prohibida una caución enteramente prohibitiva⁽³¹⁾. Con todo, existe la posibilidad en Suiza de que una tercera persona preste caución. Sería inadmisibles rechazar el depósito de la misma por el simple hecho de que el inculcado no se la pueda permitir⁽³²⁾. El Tribunal Supremo Confederal considera anticonstitucional rechazar una caución cuyo efecto consistiría en impedir la fuga, únicamente atendiendo al hecho de que es un tercero el que presta garantía⁽³³⁾. Para poder estimar dicho efecto se debe examinar en el caso concreto de una “caución por parte de terceros” qué tipo de relación existe entre el inculcado y la persona que se ofrece a prestar caución y, en ciertos casos, cuál es su situación financiera⁽³⁴⁾. El monto de la garantía se fija fundamentalmente atendiendo a la gravedad del hecho delictivo y a las condiciones económicas del acusado incluso cuando sea un tercero el que haya puesto los medios a su disposición o cuando el tercero haya pagado la fianza a cuenta del inculcado. Otra cosa muy distinta es si las autoridades mismas exigieran de un tercero prestar caución. En tal caso sería determinante la situación económica del tercero⁽³⁵⁾. En estos momentos queda abierta la cuestión de hasta qué punto será también necesario examinar con más detalle la situación económica de un tercero en los primeros casos.

El hecho de que las autoridades judiciales tengan básicamente y en lo referente a este punto el deber de oficio de agotar todas las fuentes de información a su disposición, no significa que el inculcado quede exento de tener

Sentencia del Tribunal de Casación de Zürich del 31/10/2005 con respecto a la modificación del código penal procesal del 1 de julio de 1992.

(29) Sentencia del Tribunal Penal Confederal, SN.2008.3 del 26/03/2008, E. 2.4.

(30) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 1S.25/2006 del 06/11/2006, E. 3.2; NIKLAUS SCHMID. *Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechts des Kantons Zürich und des Bundes*. 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, N 719 f.

(31) Tribunal Supremo Confederal (BGer), BGE 105 Ia 186, E. 4a.

(32) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B 481/2008 del 15/12/2008, E. 4.1; compárese con la sentencia del BGer, 6B_277/2007 del 08/01/2008, E. 7.4.

(33) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 1P.197/2004 del 21/04/2004, E. 2.4.

(34) Sentencia del Tribunal Penal Confederal TPF BB.2006.16 del 24/07/2006. E. 4.3.

(35) Sentencia de la Cámara de apelación del Tribunal Penal Confederal BB.2006.16 del 24/07/2006; sentencia del BGer, 1A.98/2003 del 27/10/2003, E. 3.2.

que suministrar informaciones verificables sobre las condiciones económicas y sobre el tipo de relaciones que mantiene con la persona que presta fianza⁽³⁶⁾.

En caso de devolución de la caución (para las razones véase: art. 239 párr. 1 CH-StPO) es ilícito compensar exigencias del Estado frente al inculcado con la garantía prestada por un tercero⁽³⁷⁾. Dicha compensación tendría un carácter arbitrario faltando a la buena fe (art. 9 Constitución Federal)⁽³⁸⁾. En un caso de compensación el fiador ocupa una posición comparable a la de un damnificado –siempre y cuando el inculcado mismo no dispusiera de medios suficientes⁽³⁹⁾. Esto significa en especial que, según el proceso penal suizo, el tercero debe participar de forma activa en un posible proceso ante instancias cantonales a fin de estar legitimado para la interposición de una queja posterior ante el Tribunal Supremo Confederal⁽⁴⁰⁾. Únicamente al tercero le corresponde la pretensión de restitución contra el Estado⁽⁴¹⁾. En tal caso, el inculcado mismo no goza de legitimación alguna para hacer valer el derecho del tercero⁽⁴²⁾.

La situación legal sería distinta si el tercero le hubiera concedido un préstamo al inculcado a fin de garantizar el depósito de la fianza y sin que las autoridades tuvieran conocimiento alguno de este hecho. Las autoridades supondrían que la fianza proviene del inculcado mismo. En este caso únicamente el inculcado podría hacer valer la pretensión de restitución ante el Estado. La tercera persona que habría concedido el crédito, no poseería más que una pretensión de restitución contra el inculcado⁽⁴³⁾.

(36) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 1P.463/2006 del 17/08/2006, E. 3.7.3.

(37) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B_481/2008 del 15/12/2008, E. 4.4.

(38) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B_481/2008 del 15/12/2008, E. 4.4.

(39) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B_334/2008 del 08/11/2008, E. 3; sentencia del Tribunal de Casación de Zürich del 08/08/2005 respecto a la modificación del Código procesal penal del 1 de julio de 1992.

(40) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B_334/2008 del 08/11/2008, E. 3.

(41) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B_481/2008 del 15/12/2008, E. 4.4.

(42) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B_18/2008 del 15/05/2008, E. 3.3; BGE 133 IV 121 E. 1.1; Sentencia del BGer, 6B_277/2007 del 08/01/2008, E. 7.4; Sentencia del BGer, 6P.133/2005 del 07/06/2006, E. 9.3.3.

(43) Sentencia del Tribunal Supremo Confederal (BGer), 6B_277/2007 del 08/01/2008, E. 7.4: Cómparese también con ZR 78/1979 Nr. 72.

Colombia: Un caso sui géneris en el marco de la justicia de transición

Prof. Dr. Alejandro APONTE CARDONA^(*)
(Colombia)

SUMARIO: Sobre el Profesor Tiedemann. Presentación. I. Mecanismos de superación del pasado o presente conflictivo. 1. La denominada “Ley de Justicia y Paz” y el papel de los tribunales nacionales. 2. Extradición y Ley de Justicia y Paz: el Derecho es absorbido por la política. 2.1. Las jugadas políticas contra el derecho y contra las expectativas sociales. 2.2. ¿Es posible aplicar el proceso de justicia y paz en la distancia? 3. Los límites del derecho en escenarios de extrema conflictividad. 3.1. ¿Se puede incorporar la violencia masiva y degradada al lenguaje civil del Derecho? 3.2. La “violencia pura” y sus relaciones con el Derecho. 3.3. La “violencia pura” y la banalización del mal. 3.4. ¿Puede el estado de excepción captar la violencia más primitiva? II. Recuperación de las víctimas para la sociedad y el Derecho. III. Subversión de los procedimientos e ilegitimidad del Parlamento. IV. Mecanismos de justicia transicional en Colombia y Corte Penal Internacional. V. Reflexión final. VI. Bibliografía.

Sobre el Profesor Tiedemann

Como jurista colombiano, país en el cual las relaciones entre guerra y derecho, entre guerra y política, en el cual la excepción ha sido tantas veces la regla y la emergencia ha marcado el Derecho Penal de una manera tan clara, las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal han sido explícitas y permanentes desde el siglo XIX, me causó especial sorpresa leer de palabras del Prof. Tiedemann en los años 90, que dichas relaciones

(*) Doctor en Derecho Penal y Teoría del Derecho de la Universidad del Saarland, en Saarbrücken, Alemania. Profesor de Derecho Penal General en la Universidad Javeriana de Bogotá y profesor de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes, profesor invitado al Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional de Friburgo y a diversas universidades de América Latina y Europa. Miembro del grupo de estudios latinoamericanos sobre Derecho Penal Internacional apoyado por la fundación Konrad-Adenauer. Se desempeña como asesor y consultor internacional de agencias nacionales e internacionales.

no eran tan explícitas o tradicionales en el caso alemán. En efecto, el Prof. Tiedemann opina que “esta reserva de la literatura de derecho penal alemana es notable desde el punto de vista internacional y a primera vista es sorprendente. Tan solo compárese el apasionado *boom* que desató la reconstrucción de una Constitución democrática en la joven escritura del derecho penal española”. (*Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg, 1991, p. 4).

También en el caso italiano la literatura es extensa. Sin embargo, la alusión de Tiedemann puede ser relativizada, si se tiene en cuenta que en Alemania, desde la teoría del derecho, con trabajos de Dreier y de Alexy por ejemplo, está presente, a partir del análisis de la jurisprudencia constitucional, el estudio de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho penal, mientras que de hecho el tribunal constitucional alemán ha jugado un papel de primer orden en el marco de estas relaciones. Además, desde luego, en años más recientes la literatura al respecto es extensa, por ejemplo, desde la sistematización que hace Ivo Appel de los más diversos temas, generales y procesales, vistos desde una perspectiva penal-constitucional (*Verfassung und Strafe. Zu den staatlichen Strafans verfassungsrechtlichen Grenzen*, Berlin, 1998).

De esta forma, mi acercamiento a la obra del profesor Tiedemann, fue desde la perspectiva constitucional-penal que, como se dice, para un jurista colombiano, es algo elemental incluso porque antes de ser creada la Corte Constitucional como un tribunal especializado para el estudio de la posible inconstitucionalidad de las normas, la antigua Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se apoyó siempre, para dictar sus providencias y de manera definitiva, en la Sala Penal; el tema de la emergencia, la regulación del estado de sitio, las más disímiles respuestas penales a problemas sociales complejos, se decidían, en última instancia, con base en las posiciones de los magistrados de la Sala Penal. Asimismo, la doctrina ha estado influida siempre por estas relaciones inescindibles.

En el caso de Tiedemann, desde una perspectiva comparada y avistando los problemas que se veían venir relacionados con la globalización del derecho, acentuaba la necesidad de pensar siempre en estos dos niveles, el constitucional y el penal. De hecho, en el tema que ocupa este aporte al homenaje tan merecido que organizan y editan tan acuciosos profesores peruanos, la justicia transicional, dichas relaciones están siempre presentes y los mismos límites del derecho penal en procesos transicionales, deben ser leídos en clave constitucional.

Presentación

El presente trabajo constituye un esfuerzo por contextualizar el caso colombiano, heterodoxo por naturaleza, en el marco de la discusión general

internacional sobre justicia de transición⁽¹⁾. De la gran cantidad de problemas y desafíos que hoy tiene el país, respecto de la implementación de los diversos mecanismos de justicia transicional, se han escogido aquellos aspectos que hoy son especialmente complejos. Lo primero que es necesario advertir y tiene que ver con el título mismo de este trabajo, es el carácter heterodoxo, diferente y específico del caso colombiano. Ello ha llevado incluso a que la comunidad jurídica del país se encuentre dividida en torno a este fenómeno. De un lado, existen quienes expresan su escepticismo, muy natural por lo demás, respecto del hecho de que se viva en el país un auténtico proceso de justicia transicional. Títulos de textos que abordan la complejidad del caso colombiano, así lo denotan: “¿Justicia transicional sin transición?”, es uno de ellos⁽²⁾.

La respuesta a esta pregunta se dirige a los efectos reales que en la dinámica diaria de la democracia pueden tener figuras auténticas de justicia transicional y si estas tienen o no lugar en el país. Para otros, en cambio, hoy se vive un proceso auténtico de justicia transicional. Un hecho debe ser enfatizado, no obstante en este escrito y en esta dirección: para la Corte Constitucional y para el sistema penal en conjunto, se trata, en el caso de la Ley de Justicia y Paz –sobre la cual se volverá más adelante– y de sus efectos, de una ley especial con procedimientos especiales y figuras propias de la justicia transicional. De entrada y para resolver vacíos legales, con el propósito de aclarar dilemas en su aplicación, la Sala Penal por ejemplo, en numerosas sentencias, hace relación al hecho de que se trata de una ley comprendida en el horizonte de la justicia transicional.

La participación de los tribunales nacionales, frente a esta Ley y los mecanismos que ella desarrolla, ha sido muy activa. Por ejemplo y siendo el primero de los tribunales en intervenir, la Corte Constitucional, como se ha dicho, en la intervención masiva que tuvo en la ley, la ajustó en función de la dinámica de justicia transicional, interviniendo una y otra vez en los artículos referidos a los derechos de las víctimas⁽³⁾. Así lo ha entendido también y

(1) El presente trabajo recoge reflexiones planteadas en la reunión del Grupo de Estudios Latinoamericano de Derecho Penal Internacional celebrada en Valparaíso Chile, en el mes de marzo de 2008 y recoge planteamiento expuestos por el autor en el congreso: “El Papel de los tribunales en contextos de justicia transicional. Oportunidades y desafíos en la región iberoamericana”, celebrado en Madrid en el mes de mayo de 2008 y patrocinado por el Centro de Estudios Constitucionales con sede en esa ciudad. El volumen que recoge los aportes de los diferentes miembros del Grupo, y que amplía considerablemente este trabajo, será publicado en el mes de marzo de 2009, por la Fundación-Konrad-Adenauer, programa Estado de Derecho, con sede en Montevideo. Versión inicial publicada en la revista *International Law*, *Revista colombiana de derecho internacional*. Universidad Javeriana, Bogotá, volumen 12, diciembre de 2008.

(2) UPRIMNY, Rodrigo (editor). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. (Bogotá. Centro de estudios de Derecho, justicia y sociedad, DeJusticia, 2006).

(3) Se trata de la Sentencia N° C-370 de 2006, que será comentada posteriormente.

desde luego la Fiscalía, actor hoy de primer orden en la aplicación práctica de la ley. Se trata de un hecho fundamental para este escrito, ya que en el discurso y en la práctica de los operadores, está presente el hecho de que la ley se inscribe en esta lógica de justicia transicional, así como también, diversos mecanismos de lo que se denomina DDR (desarme, desmovilización y reintegración), diversas fórmulas de reparación a las víctimas y diversos mecanismos dispuestos en la lógica de la reconciliación, también son concebidos en una lógica transicional. Una posición intermedia, respecto del caso colombiano, podría ser aquella que constata que se trata hoy, en el país, de un proceso complejo con fórmulas y mecanismos de justicia transicional, mas no en sí de un proceso de justicia transicional⁽⁴⁾. En cualquier caso y como se ha dicho, para los operadores jurídicos y para las instituciones estatales, diversos mecanismos, como la Ley de Justicia y Paz y aquellos que de ella se derivan, deben ser interpretados como propios de la justicia transicional.

Ahora bien, la heterodoxia del caso colombiano, tiene que ver con el hecho de que no se trata en el país de mecanismos o de procesos propios de una transición ortodoxa –como en Argentina o Chile por ejemplo– de un régimen de facto y antidemocrático, a una democracia. Por eso y en todo caso, no se debe hablar en Colombia de superación del pasado, sino de un caso, si se quiere mejor, de “superación de un presente conflictivo”, expresión que ilustra mejor el caso colombiano⁽⁵⁾. Desde luego y en perspectiva histórica, también en el país se han generado mecanismos propios de una posible superación de pasados conflictivos; pero, como se dice, el concepto que mejor se adecua a la actualidad, es el de superación de un presente continuo de violencia endémica. Y es justamente esta violencia endémica, degradada y muchas veces sin salida a la vista, aquello que determina la especificidad más concreta del caso colombiano.

En efecto, y tal como lo ha establecido el autor en diversos trabajos previos a este, es la dinámica de la relación entre la guerra y la política, la guerra y el derecho, en últimas, la dinámica misma de la guerra, la que le da el verdadero contenido a estatutos normativos, como es el Estatuto de Roma de

(4) Esta es por ejemplo una conclusión de uno de los autores que, desde el punto de vista del derecho comparado, más ha trabajado el tema, y que hace parte del ICTJ, International Centre for Transitional Justice, Pablo de Greiff, director de la unidad de investigación con sede en New York. Esta conclusión fue expresada en el contexto del congreso internacional sobre justicia transicional. “El Legado de la verdad: Impacto de la Justicia Transicional en la construcción de la democracia en América Latina”, celebrado en Bogotá en el mes de junio de 2007, con el patrocinio del ICTJ.

(5) Expresión utilizada por Kai Ambos y Ezequiel Malarino, en el índice seguido por los autores de los informes del Grupo de Estudios latinoamericanos sobre derecho penal internacional, en el tema desarrollado en la discusión conjunta en Valparaíso, Chile, en marzo de 2008. Los resultados de la discusión, serán publicados, como se ha advertido, en el mes de febrero de 2009 por la Fundación Konrad-Adenauer.

la Corte Penal Internacional, y de otras normatividades propias del derecho penal internacional en el derecho interno; también, es la dinámica de la guerra que le da contenido específico a la aplicación de la jurisprudencia sobre crímenes internacionales y lo es, tanto más y desde luego, en el caso de los mecanismos de justicia transicional que se apliquen en el país. Precisamente ellos han sido concebidos en el horizonte de un conflicto degradado, que produce inmensos costos económicos y sociales y que, sobre todo, produce hoy toda suerte de acciones contra civiles inocentes, contra ciudadanos desarmados e inermes, que produce diariamente delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Ese es el contexto general con base en el cual se ha redactado el presente trabajo⁽⁶⁾.

Como se ha dicho, en Colombia se han utilizado numerosos mecanismos, tanto en el contexto de aquellos que pueden definirse en el horizonte de la denominada **superación del pasado**, como en el contexto, más coherente, de posible **superación de un presente conflictivo**. Las amnistías, los indultos, el uso del derecho de gentes como mecanismo regulador de las confrontaciones armadas, los delitos de rebelión y de sedición, como base del delito político –amnistiable e indultable por esencia–, han sido figuras ligadas a numerosos procesos de paz y a numerosos intentos de superación de pasados conflictivos o de presentes que continúan o se perpetúan en el tiempo.

Debe entenderse, para una ubicación histórica consistente, que las diversas guerrillas que han existido en Colombia, cuando han estado involucradas en procesos de paz, han sido objeto de figuras como las amnistías o los indultos, con el propósito de ser incorporadas a la vida civil. También, aunque de manera excepcional, actores como el narcotráfico, han sido objeto, si bien no de amnistías o indultos directamente, sí de modelos de justicia penal que, desde el punto de vista del derecho comparado, pueden ser concebidos como **derecho penal premiado**, como es el caso por ejemplo de la denominada “ley de sometimiento a la justicia”, una ley especial que, durante los años noventa, pretendió conceder beneficios especiales a narcotraficantes y, con ellos, a miembros de grupos paramilitares de entonces, con el propósito de dismantelar sus máquinas de guerra. (Este ley tuvo en cuenta, además, diversas normas que en Italia fueron desarrolladas desde los años ochenta y en los noventa para combatir las mafias y neutralizar sus efectos).

Por tradición, los mecanismos de superación del pasado o de incorporación a la vida civil, de actores armados ilegales, habían sido aplicados solo a

(6) Ver, a manera de ejemplo, el texto titulado: “Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del ‘proyecto de alternatividad penal’ en el caso colombiano”. Publicado en el libro: en: AMBOS, Kai (editor). *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España* (Montevideo, marzo de 2005, pp. 117-150).

las guerrillas: respecto de ellas se reconocía un carácter político de su acción, eran concebidos como delincuentes políticos y, por ello, con dichas guerrillas el Estado, a diferencia de los delincuentes comunes, podía entrar en diálogo; habían sido concebidas siempre, en el horizonte, digamos, de aquella figura concebida por Gustav Radbruch como el *Überzeugunstäter* o delincuente por convicción.

Mientras tanto, otros actores, como el narcotráfico o miembros de grupos paramilitares, no habían sido concebidos en el horizonte del delito político y, por esa razón, con ellos no se entraba en procesos de negociación, por lo menos, por “encima de la mesa”; para usar esta imagen: con el delincuente político se negocia por encima de la mesa y con los delincuentes comunes, ligados al conflicto, se negocia por “debajo de la mesa”. Valga aquí introducir una diferencia que, por lo menos desde el punto de vista metodológico puede servir para observar la diferencia que históricamente ha existido entre los actores del conflicto. Esta diferenciación la hace Johan Huizinga en un libro clásico, *El Homo Ludens*, en el cual el autor diferencia entre el “enemigo del juego” y el “falso jugador”⁽⁷⁾.

El enemigo del juego es aquel que por principio, está fuera del juego económico, político y jurídico; sería, digamos, el delincuente político; mientras el falso jugador es aquel que, si bien amenaza el juego en general, no se opone al mismo, sino que busca una mejor posición dentro de él, usando desde luego la violencia, el crimen y toda suerte de métodos ilegales. Hoy, no obstante, tanto desde el punto de vista fáctico y del comportamiento de los actores, y desde el punto de vista normativo, estas diferencias son tenues, no existe más en la realidad cotidiana. Pero, la discusión sobre el carácter de los autores, sigue siendo fundamental: por primera vez en la historia del país, por lo menos de una manera sistemática y masiva, miembros de grupos paramilitares, ligados además como lo están las guerrillas, al narcotráfico, han sido concebidos, por lo menos en la decisión política del ejecutivo, como delincuentes políticos; sus acciones han sido concebidas como parte del delito de sedición que no presupone la pretensión de sustituir un régimen, sino de interrumpir su normal funcionamiento. El artículo 71 original de la Ley de Justicia y Paz, daba ese carácter a los nuevos actores ligados a la violencia crónica del país. No obstante, el sistema judicial del país, ha negado este carácter de manera sistemática, primero el juez constitucional y luego el juez penal, a través de la Sala Penal de la Corte, han negado esta condición.

Se trata de un debate supremamente complejo, que ha creado enemistad entre las ramas del poder público y una ingerencia manifiesta y dañina

(7) HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens. Vom Ursprung der Kultur im Spiel*. p. 20. (Hamburg, 1997),

del poder ejecutivo sobre el poder judicial: la clásica categoría desarrollada por la criminología, el denominado “poder de definición”, se juega todos los días en este escenario; su valor connotativo, su valor explicativo es hoy más que nunca fundamental. En el país existe una disputa entre el sistema judicial y el poder ejecutivo, en cuanto se refiere al carácter que se le debe otorgar a los diversos actores de la guerra, particularmente, en el caso que nos ocupa, a los sujetos actuales de la Ley de Justicia y Paz. Es un tema fundamental, que se liga a la tradición de Colombia. Y a esta tradición se liga, además, el reconocimiento explícito, por parte del sistema judicial, de la existencia del conflicto armado interno y de la necesidad de regularlo, a pesar de que el actual gobierno niegue dicho conflicto armado⁽⁸⁾.

Debe decirse que existe un avance significativo, no solo desde el punto de vista de la tradición del país, de aplicación de mecanismos para acotar o mermar los efectos de la guerra a otros actores, sino un avance significativo, en relación con la aplicación y consolidación en el país, de fórmulas propias de la actualmente denominada “justicia transicional”⁽⁹⁾. Hoy en día, alrededor de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz y como contrapeso a los beneficios que ella trae para criminales de lesa humanidad y criminales de guerra, se desarrollan numerosos mecanismos de dicha forma especial de “justicia” –que no es tan solo jurídica desde luego–, que se ligan a la triada instalada hoy en el discurso y en la práctica, de “verdad-justicia y reparación”.

Se agrega, finalmente en esta introducción que, además de los hechos señalados, tres ejes temáticos principales son desarrollados en el mismo: las intervenciones del poder ejecutivo, o solo en el momento de creación de la Ley de Justicia y Paz, sino en su propio desarrollo y a la presión que este ejerce sobre el sistema judicial, el problema filosófico y práctico sobre cómo sería posible encajar la violencia masiva en un sistema de derecho y el problema central de la corrupción política ligada a la actuación de actores comprometidos en la comisión masiva y sistemática de crímenes internacionales.

(8) Ver, a propósito, un trabajo del autor de este escrito, en el cual se reconstruye la tendencia jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte respecto del tema del conflicto armado, durante las dos últimas décadas: “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. pp. 79-111. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2ª Época, (enero 2007).

(9) Es un texto muy importante sobre el tema y con referencias permanentes al caso colombiano, Kai Ambos utiliza mejor el concepto de “justicia en sociedades en transición”, para sociedades que se encuentran viviendo situaciones de conflicto o de post-conflicto. Aquella expresión está incluida en el concepto más genérico de “justicia de transición”. AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*. p. 2. (Temis, Bogotá, 2008).

I. MECANISMOS DE SUPERACIÓN DEL PASADO O PRESENTE CONFLICTIVO

1. La denominada “Ley de Justicia y Paz” y el papel de los tribunales nacionales

La Ley de Justicia y Paz fue expedida en el mes de junio de 2005, luego de intensos debates en el Congreso de la República, de intentos previos del ejecutivo, como el conocido “proyecto de alternatividad penal” de 2003, con base en el cual la rebaja de penas y la sustitución de estas por penas alternativas, era total, como los posteriores proyectos, todos modificados sobre todo a partir de la presión internacional. Puede decirse, de manera general, que la Ley de Justicia y Paz, fue producto de una gran presión de la comunidad internacional para que esta se ajustara a estándares internacionales mínimos y a presupuestos mínimos de verdad, justicia y reparación. Este componente no estaba explícito y era muy débil en los proyectos anteriores a la Ley, esta se fue modificando a partir de intensos debates y sufrió una modificación –**modulación**– en términos del nuevo constitucionalismo, por la Corte Constitucional que intervino radicalmente en ella. Se dice entonces y de manera sintética, que la Ley de Justicia y Paz, “se encuentra dirigida fundamentalmente a establecer un procedimiento que permita la reincorporación a la sociedad y la reconciliación de los miembros de grupos armados al margen de la ley que hayan cometido delitos que no necesariamente deben ser políticos o conexos con estos, siempre que medie una contribución efectiva a la consecución de la paz nacional y se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”⁽¹⁰⁾.

Más tarde se han expedido numerosos decretos, muy criticados algunos de ellos, por contrariar los presupuestos de la sentencia de la Corte y se encuentra, hasta el mes de julio, fecha límite para la redacción del presente trabajo, en una fase clave, que son las denominadas “versiones libres”, audiencias orales en las cuales los denominados “versionados”, paramilitares que se han sometido a la Ley, confiesan o narran lo sucedido: se trata de jornadas, muchas de ellas extenuantes, en las cuales se le ha narrado al país lo más oscuro de una etapa horrenda de comisión sistemática de toda suerte de crímenes, de atentados contra los mínimos de dignidad de personas inocentes, de oscuras complicidades entre actores ilegales y toda clase de funcionarios, de colaboraciones con multinacionales o empresas extranjeras que estuvieron involucradas en los crímenes; en fin, en

(10) BARRETO ARDILA, Hernando. “La Ley de Justicia y Paz frente a la Corte Penal Internacional”. N° 81, mayo/agosto. En: *Derecho Penal y Criminología, Memorias, XXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Derecho Penal Supranacional, Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Volumen XXVII, p. 55 (2006).

las versiones se ha constatado que se trató, por años, de una verdadera privatización del Estado en amplias regiones del país y de una sustitución del mismo por agentes privados y criminales.

Como se anotó al comienzo, la Ley se aplica hoy a estas versiones, apenas están comenzando a producirse las primeras imputaciones y se espera que en el transcurso del año, se pase a la etapa de juzgamiento o de actuación de los jueces. A partir del mes de enero de 2008 se ha comenzado a fortalecer más a la Fiscalía que, con cerca de 25 fiscales, que laboran en tres sedes principales, ha tenido que enfrentar un número de descomunal de hechos narrados, con jornadas de trabajo extenuantes y con presencia de las víctimas –en salas dispuestas aparte de la sala de audiencia– y enfrentando situaciones humanamente terribles de las víctimas frente los victimarios. Un solo versionado, ha confesado más de cien delitos, uno solo ha confesado decenas de muertos, torturados, desaparecidos; se trata de un ejercicio inédito en la historia del país. Hoy en día, el número de fiscales se va a aumentar considerablemente (también debe anotarse, que actualmente algunos miembros de las guerrillas se han sometido al proceso de Justicia y Paz. Este nación ligado al proceso de desmovilización y desarme de las autodefensas, pero su normatividad está ampliada en general a miembros de otras organizaciones como las guerrillas).

Debe anotarse que, como antecedente de la misma Ley y con efectos sobre la catalogación del carácter de los actores incursos en un proceso de paz, se expidió la **ley de indulto** (Ley 782 de 2002), con base en la cual se permite la amnistía o indulto a particulares pertenecientes a grupos armados, pero únicamente respecto de delitos políticos y conexos (concierto para delinquir simple, porte ilegal de armas, utilización ilegal de uniformes e insignias, instigación a delinquir). Se entenderá por qué, en este sentido, es tan importante la discusión en el país sobre el delito político: si su alcance llega hasta los grupos paramilitares, por vía directa, un número enorme de los mismos –entiéndase en principio los soldados rasos o llamados “patrulleros”– serían indultados. A ello se ha opuesto la Sala Penal de la Corte, en decisiones que han generado enfrentamientos agrios con el poder ejecutivo⁽¹¹⁾.

Con la promulgación de las dos normatividades reseñadas, se ha buscado, en principio y sobre todo en los capítulos sobre verdad, justicia y reparación, dar cumplimiento a los estándares internacionales en materia de justicia transicional. En este sentido, se intenta, por ejemplo, adelantar tipos de reparación que van más allá de la simple reparación indemnizatoria, y buscan

(11) La providencia más significativa el respecto, es aquella con radicado N° 26945 del 11 de julio de 2007, con ponencia de los magistrados RAMÍREZ, Yesid y SOCHA SALAMANCA, Julio.

incluir reparaciones de orden simbólico, restaurativo, de rehabilitación, de satisfacción y el establecimiento de garantías de no repetición.

Debido a la gravedad de los delitos cobijados por la ley, es claro que el Estado, en cumplimiento de los estándares propios en materia de verdad, justicia y reparación, está en la obligación y con el derecho de investigar los hechos y crímenes cometidos por los grupos armados al margen de la ley, a la vez que está obligada a sancionar a aquellos culpables por los mismos y buscar la eficaz reparación de las víctimas. Es por ello que, como justificación, se ha dicho:

“Los beneficios otorgados a los miembros de las Autodefensas son razonables, mínimos en relación al beneficio logrado por la institucionalidad democrática con el desmonte de estas maquinarias de muerte, y plenamente justificables en el marco del proceso de paz”⁽¹²⁾.

2. Extradición y Ley de Justicia y Paz: el derecho es absorbido por la política

En el mes de abril de 2008, tuvo lugar un hecho muy importante que reflejan los mayores dilemas que surgen de la aplicación práctica de la Ley de Justicia y Paz. Uno de los jefes paramilitares, que se dice comandó en su momento un ejército de más de seis mil hombres, y que desde un principio generó serias dudas acerca de su acatamiento de las condiciones mínimas de la Ley, fue hallado responsable, según el poder ejecutivo, de seguir delinquiendo desde la cárcel y, sobre todo, de seguir traficando con drogas, hecho que desde un principio fue denunciado por la comunidad jurídica. Así, y agotando todas las instancias previstas, se ordenó su extradición a los Estados Unidos.

Debe aclararse, que el tema de la extradición, ha sido desde el principio un tema muy crítico en relación con el proceso de desmovilización de las autodefensas o grupos paramilitares. En Colombia, al momento final de la extradición, luego de un concepto de la Sala Penal de la Corte, que no es obligatorio, corresponde al poder ejecutivo, con plena discreción, decidir si se extradita o no una persona. De hecho, en el gobierno actual, se han extraditado cientos de personas a los Estados Unidos, siendo este un tema crítico, pues el ejecutivo ha tenido en sus manos el poder de extraditar a los desmovilizados solicitados por Estados Unidos y les ha indicado que deben asumir con seriedad el proceso de Justicia y Paz o, de lo contrario serán extraditados; este es entonces el caso del desmovilizado jefe paramilitar nombrado con el alias de “Macaco”.

(12) Alto Comisionado para la Paz. “Balance de un proceso”. En: *simposio de evaluación y balance: Dos años Ley de Justicia y Paz*. Universidad Santo Tomás (julio 25 de 2007).

Pero esta decisión del ejecutivo abrió una discusión muy interesante que se relaciona directamente con nuestro tema. Inmediatamente se anunció la decisión, surgió la gran pregunta acerca de los derechos de las víctimas ligadas a los hechos generados por el paramilitar. Se cuestionó inmediatamente el hecho de que si este jefe fuese enviado a los Estados Unidos, toda su confesión quedaría truncada, las víctimas no conocería la verdad de miles de hechos ocurridos y respecto de muchos de los cuales en las versiones libres ya adelantadas, dicho jefe había prometido dar cuenta y ofrecer información. Se cuestionó, además, el hecho de que las víctimas no serían reparadas efectivamente, ya que el jefe iría a afrontar otros procesos en América del Norte y quedaría interrumpido para siempre el proceso de justicia y paz. Esta reacción inicial, comandada por organizaciones de víctimas, ha sido apoyada por los operadores de la justicia en el país. Así, la más importante decisión al respecto, fue la tomada, respecto de otro caso similar de solicitud de extradición, por la Sala Penal de la Corte, en audiencia pública el día 10 de abril de 2008.

En este caso y siendo en este momento una posición de la Sala, los magistrados dispusieron que antes de que un sujeto de la Ley de Justicia y Paz fuera extraditado, incluso después de su concepto favorable, tenía que cumplir con los compromisos adquiridos y someterse efectivamente a la Ley de Justicia y Paz. La Sala, además, al abocar el estudio del caso, introdujo todo su fundamento en función de la justicia transicional. Así, en consecuencia, anunció que antes que el cumplimiento de un tratado, más ligado a delitos de narcotráfico especialmente, debían prevalecer los derechos de las víctimas, textualmente, el derecho a la verdad –o a la información, tal como lo ha expuesto lúcidamente Daniel Pastor–, y el derecho a la reparación⁽¹³⁾.

Es una decisión que tiene lugar por primera vez en la historia del país y que ha sido jalonada por la Ley de Justicia y Paz y por el contexto transicional en el cual ella es concebida por las instituciones. Según los magistrados, deben prevalecer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, sobre la extradición en función del delito de narcotráfico. Es decir, y de acuerdo con el tema que nos ocupa, se puede decir que la tensión entre narcotráfico –y los Estados Unidos detrás de ello– y los crímenes internacionales, se resuelve en este caso a favor de la persecución penal de crímenes internacionales. De esta forma, una magistrada, que por vía de un recurso de amparo, inicialmente quiso proteger los derechos de

(13) En una idea muy suscitadora la de Daniel Pastor, cuando hace referencia a la necesidad de relativizar, por las consecuencias de un manejo arbitrario y acomodado a intereses políticos de la noción de verdad, el denominado derecho a la verdad y de hacer referencia, mejor, a un derecho a la información. Ver, al respecto, el texto: “¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina”. En: *Jueces para la Democracia*. N° 59, p. 95 y ss. (julio de 2007).

las víctimas, indicó: “No se entiende los motivos por los cuales el ejecutivo da prelación a la investigación de un delito de narcotráfico, cuando nada se ha hecho para investigar y sancionar los graves hechos cometidos por años en nuestro país”⁽¹⁴⁾.

La respuesta del ejecutivo no se hizo esperar, reprochó al sistema judicial esta decisión y fue adelantando las bases para un decreto reglamentario que le diera la posibilidad de excluir directamente a un desmovilizado de la ley de justicia y paz y de arrebatárselo, por decirlo así, al sistema judicial. En efecto, uno de los temas más interesantes relacionados con la aplicación de la Ley, es el tema de la exclusión de un sujeto del proceso de Justicia y Paz. Sobre todo, el tema de la exclusión por reincidencia, es decir, por comisión de delitos durante el proceso de Justicia y Paz. Así, el gobierno pasa un listado de quienes se someten a la Ley, de modo que desde el principio interviene de manera muy marcada en la evaluación de los requisitos de elegibilidad; pero, una vez el desmovilizado entra al proceso de Justicia y Paz, ya le “pertenece”, por decirlo así, al sistema judicial: a la fiscalía y a los magistrados de Justicia y Paz. Esto quiere decir que el gobierno no puede excluir directamente a un sujeto de la Ley de Justicia y Paz. Debe hacerlo solo la fiscalía, previa solicitud del juez competente.

2.1. Las jugadas políticas contra el derecho y contra las expectativas sociales

No obstante todo lo anterior, en el mes de mayo se produjo un hecho absolutamente sorpresivo y que ha colocado al gobierno en la situación más comprometedora y más compleja en cuanto al acatamiento de las reglas de juego que él mismo ha establecido relacionada con la aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

En efecto, el día martes 13 de mayo, el país entero amaneció sorprendido con la noticia de que el gobierno, sin anunciar nada y tal como lo ha hecho en diversas ocasiones, casi clandestinamente, extraditó a los Estados Unidos a 13 jefes paramilitares, a los más importantes y a un narco-trafficante raso. Varias cuestiones importantes pueden ser reseñadas en este caso. La primera, la semana anterior al hecho, el gobierno dictó un decreto reglamentario, contrario a aquello que ha sido la lógica con la que se ha actuado en Justicia y Paz, que le daba facultades para retirar a un sujeto de la Ley de Justicia y Paz. Es un decreto que se encuentra amparado por una presunción de legalidad, independientemente de que está viciado de ilegalidad y con base en él envió a los jefes paramilitares (independientemente del destino de este decreto, ya no serán devueltos del país del Norte, estos

(14) Reseña de apartas de la decisión. En: *El Tiempo*. abril 22 de 2008.

jefes) Se discute hoy el hecho de que con el decreto no se **excluye** directamente a la persona, sino que se la **retira** del listado inicial de portadores del beneficio posible, por no cumplir con las condiciones de la Ley; pero esto es en realidad un juego de palabras. En la práctica, el ejecutivo sí excluyó a los paramilitares y lo seguirá haciendo de facto, según sus propias declaraciones.

Como consecuencia de lo anterior, queda en vilo el hecho de que los jefes paramilitares puedan en el país seguir diciendo la verdad, seguir informando sobre fosas comunes, seguir comunicando a las víctimas dónde están sus familiares. Ciertamente, más allá de que pudieran algunos seguir delinquiendo, los procesos en Colombia se van a cerrar y una de las cosas más graves y que puede dar luces sobre la “jugada” política del gobierno, es que estos jefes fueron los que iniciaron el denominado “escándalo de la parapolítica”, en la medida en que ellos revelaron las conexiones entre políticos y paramilitares. Así, la Sala Penal de la Corte, se queda ahora sin testigos de excepción para seguir investigando a los políticos que, como la comunidad internacional sabe, en su mayoría están ligados al presidente Uribe directamente, es decir, hacen parte de las coaliciones uribistas. Habría que ver con quiénes más la Corte puede contar como testigos, ya que realmente los jefes paramilitares eran los que más información tenían.

2.2. ¿Es posible aplicar el proceso de justicia y paz en la distancia?

En relación con la imposible persecución final de crímenes internacionales ligados a los jefes, se ha dicho que el gobierno colombiano habría negociado con el embajador norteamericano para que los bienes de los paramilitares extraditados sean remitidos en todo caso a Colombia y que los jefes puedan ser eventualmente juzgados en ese país también por delitos de lesa humanidad. Pero esto no ha sucedido nunca y debe tenerse en cuenta que los jueces norteamericanos son independientes y no pueden ser obligados a nada distinto de lo que ellos consideren hacer. Además, se trata, apenas, de una “sugerencia” (ya se ha criticado en Colombia el hecho, por ejemplo, de que las multas, ordenadas contra empresas multinacionales norteamericanas por patrocinar directamente grupos paramilitares, no han sido pagadas a la sociedad colombiana, sino que se han quedado en el país del norte). En cualquier caso, en la formulación de cargos que ya se han hecho a los extraditados en los Estados Unidos, por ninguna parte aparecen cargos ligados a crímenes internacionales. Debe agregarse, en este informe, que los fiscales colombianos intentarán viajar a los Estados Unidos y allí continuar con las versiones de los paramilitares. No obstante, el propio fiscal general, ha dicho que se trata de un proceso complejo, lleno de dificultades técnicas y de todo tipo. Pero para la fiscalía, los extraditados siguen vinculados a la distancia al proceso de justicia y paz.

Las víctimas han dicho que no habrá ni verdad, ni justicia, ni reparación. El gobierno ha dicho que se trata de un “castigo ejemplar” para narco-trafficantes. Pero el presidente sabía que lo eran y de hecho las autodefensas como las guerrillas actúan con el combustible del narcotráfico. Además y de hecho esto ha sido denunciado por numerosos analistas, desde hace meses el gobierno sabía de la continuación en la comisión de delitos de varios de los jefes paramilitares. Por eso la pregunta ha sido: ¿Por qué, tan solo ahora, se reacciona de esta manera? ¿Cuál es la coyuntura que ha propiciado esto? Un hecho cierto surge de esta pregunta: en la guerra, es la decisión política acerca del carácter del enemigo, la que prima; el enemigo es el que la decisión política establece, independientemente de sus actos y en razón a las circunstancias políticas.

3. Los límites del Derecho en escenarios de extrema conflictividad

3.1. ¿Se puede incorporar la violencia masiva y degradada al lenguaje civil del Derecho?

Pero más allá de lo narrado, que tiene que ver con las argucias y las pequeñas de juegos políticos de gobernantes, es necesario pensar el problema de cualquier transición posible, de cualquier opción de persecución penal de crímenes internacionales, en el contexto más general de las posibilidades que tiene el derecho mismo frente a situaciones de conflicto tan generalizadas y degradadas. Para ello, el autor se va a servir de una reflexión iniciada por Walter Benjamin en el siglo pasado. Se aclara, además, que esta reflexión que se inicia, acompaña, necesariamente, toda la narración posterior del informe.

Debe iniciarse la reflexión, con una aclaración: es preciso tener en cuenta aspectos que no son propios de uno u otro sistema normativo, sino que corresponde o se relacionan con el derecho como totalidad, con el derecho pensado no con relación o este u otro fin, sino pensado como totalidad.

3.2. La “violencia pura” y sus relaciones con el Derecho

Como se ha dicho, con aportes conceptuales de Walter Benjamin y, además, de Carl Schmitt se puede acompañar esta reflexión que, desde luego, apenas se puede esbozar aquí, pero que el autor ya ha trabajado de manera detallada en otros escritos⁽¹⁵⁾. Para Benjamin, en un texto fundamental de 1921, titulado *Para una crítica de la violencia* y en el cual analiza, entre otros diversos y complejos temas, las relaciones entre el derecho y la violencia, existe una “violencia pura” que está situada por fuera del derecho

(15) El autor se remite aquí a su libro: *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Capítulo III A y, sobre el decisionismo de SCHMITT, Carl. Capítulo I, A, III (Bogotá, 2006).

(este texto que fue leído, según hoy lo constatan filólogos y autores en general, y contestado probablemente aunque en forma críptica por Carl Schmitt). Este forma de violencia es llamada también por Benjamin violencia divina, en contraposición a la violencia mítica, que está directamente relacionada con lo jurídico. Así, “la violencia mítica es violencia sangrienta sobre la vida desnuda en nombre de la violencia; la pura violencia divina es violencia sobre toda vida en nombre de lo viviente. La primera exige sacrificios, la segunda los adopta”. Por eso y además, esta violencia, “cae por fuera del derecho”⁽¹⁶⁾.

Existe, además, en las relaciones entre derecho y violencia, una violencia fundante del derecho (*rechtssetzende Gewalt*) y una violencia que sostiene o que mantiene el derecho (*rechtserhaltende Gewalt*). No obstante y adentrándose en las penumbras del texto (alusión que no tiene desde luego un sentido peyorativo, sino que resalta el hecho de que Benjamin dice más desde la penumbra de las entrelíneas que en las frases concretas), hay una violencia, pura –con este nombre debe resaltarse este tipo de violencia primaria, primitiva– que estaría por fuera del derecho. Con mucha lucidez, Agamben se refiere, con esta alusión de la *reine Gewalt* (violencia pura) a una “zona anómica” presente en comunidades humanas⁽¹⁷⁾. La pregunta es, en consecuencia, ¿qué se hace con dicha zona anómica, puede el derecho absolverla siquiera mínimamente?

Aquella violencia primitiva, latente, amenazante, hace que en las relaciones entre derecho y violencia, aparezca una zona gris, oscura, una especie de “indecidibilidad” como lo concibe el autor italiano. En ello, además, hay una coincidencia con aportes notables a la discusión planteada por Benjamin, del filósofo francés Derridá⁽¹⁸⁾.

Es aquí donde se presenta una disputa entre Schmitt y Benjamin: mientras que el primero busca conservar en el derecho, a través del estado de excepción y de la decisión que sobre él se toma, esta violencia, esta zona anómica amenazante, en Benjamin parecería que dicha violencia conserva su estatuto por fuera del derecho; allí se hace indecible, allí yace ella por fuera del derecho. En la magistral consecuencia que extrae Benjamin al final de su ensayo, aunque se está ocupando más de la amenaza que la violencia que se necesita

(16) BENJAMIN, Walter. “Zur Kritik der Gewalt”. En: BENJAMIN. *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*. p. 6. Suhrkamp, Frankfurt (1965).

(17) Con datos históricos, Agamben reconstruye, aunque brevemente, la imbricación –no siempre explícita, pero clara en algunas citas epistolares de Carl Schmitt– entre Benjamin y Carl Schmitt, en torno de este problema de qué hacer con aquella violencia primaria y latente socialmente. AGAMBEN, Giorgio. *Stato di Eccezione*. Bollati, pp. 68-70 (Torino, 2004).

(18) DERRIDÁ, Jacques, en un texto extraordinario, se debate paso a paso con Walter Benjamin a partir de su texto sobre la violencia. El texto se intitula: *Gesetzkraft*. “*Die mystische Grund der Autorität*”. (Frankfurt am main, 1991).

para preservar el derecho, representa para el derecho mismo, hay algo de esta indecibilidad e incapacidad del derecho para abordar la violencia pura: hay algo que “está podrido en el derecho”, dice Benjamin; el derecho, todo derecho, en su acción de resolver la violencia en su seno, no solo no lo logra, sino que puede y logra reproducirla con mayor vehemencia. (La sociología criminal, desde mitad del siglo XX se ocupará de este problema). Así, mientras que para Schmitt, en el estado de excepción se da el esfuerzo por incorporar la violencia pura al derecho, en Benjamin esta aparece por fuera del derecho. Es en la disputa por la zona anómica, que se enfrentan las dos posibilidades o, mejor, una sola, que es la de Carl Schmitt⁽¹⁹⁾.

Benjamin, asentado en un escepticismo lúcido y casi metafísico concibe, frente al hecho de que la violencia pura sea destructiva, lo siguiente: “En este sentido es lícito llamar destructiva a tal violencia; pero lo es solo relativamente, en relación con los bienes, con el derecho, con la vida y similares, y nunca absolutamente en relación con el espíritu de lo viviente”⁽²⁰⁾. La lucidez consiste en observar, implacablemente, que la violencia pura, la violencia desnuda, es connatural; pertenece al espíritu mismo de todo lo que vive, se confunde con él y está más allá de este u aquel otro bien que sea por violencia eventualmente destruido. De aquí se deriva una de las conclusiones más lúcidas que en torno del papel social de la violencia se haya escrito: “La violencia divina, que es insignia y sello, nunca instrumento de sacra ejecución, es la violencia que gobierna”⁽²¹⁾.

3.3. La “violencia pura” y la banalización del mal

Si tomamos el caso colombiano podríamos continuar subrayando lo siguiente: las narraciones de los llamados “versionados” de Justicia y Paz, muchas veces enredadas en detalles cínicos y rodeadas de contextos prosaicos donde las muertes por decenas se suman en un ejercicio propio de **banalización del mal** para seguir citando siempre a Hannah Arendt, corresponden a esa violencia pura, a esta violencia masiva, primitiva, situada por principio por fuera de un lenguaje civil, con pretensiones de racionalidad como es el lenguaje jurídico. Es una violencia que cubre una inmensa zona anómica,

(19) La secuencia argumentativa de SCHMITT se puede observar en su texto: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. (Berlin, 1993).

(20) BENJAMIN, Walter. *Zur Kritik der Gewalt*. En: BENJAMIN. *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*. p. 60. (Suhrkamp, Frankfurt, 1965).

(21) La violencia divina, es decir, la “violencia pura” es insignia y sello, en la medida en que es inherente a la condición humana misma, es previa a toda regulación, no es instrumento; en ella no interviene el derecho para regularla, para juzgarla, es el “espíritu de lo viviente”. Por eso: gobierna. No es casual que el autor de este informe haga más adelante alusión a Schopenhauer. Ahondando en lo críptico del texto de Benjamin, se puede encontrar en él ese pesimismo o escepticismo de la voluntad incesante como esencia de todo lo viviente.

una inmensa zona gris y la pregunta es, siguiendo a nuestros dos autores enfrentados, si es posible o no integrarla al derecho; en el contexto en que se mueve este informe, la pregunta es: ¿puede el derecho, no solo y desde luego, el mero derecho penal, abordar, en ejercicios de transición, esta violencia que como acción humana desenfrenada, masiva, permanente, “pura” en el sentido más primitivo, y colocarla en las fronteras del derecho? ¿Puede reconducirla? ¿Puede trabajarla en función de una paz o de una seguridad futura, libre de su amenaza?

3.4. ¿Puede el estado de excepción captar la violencia más primitiva?

Si volvemos a Schmitt, en la emergencia, en el estado de excepción, una violencia tal podría ser reconducida en el derecho. (Hay que anotar que Carl Schmitt está pensando en el verdadero caos, en aquel que no da sentido al derecho, en aquel cercano a toda negación del derecho y no, mucho menos, en cualquier emergencia que puede ser abordada con medios policivos o administrativos). De esta forma, siendo la Ley de Justicia y Paz y los mecanismos derivados de ella, una ley paralela, excepcional, independientemente de que no haya sido expedida en virtud de la excepción, podría pensarse que la Ley y dichos mecanismos que hoy deben ser concebidos más en la lógica de las políticas públicas, de auténticas reparaciones a las víctimas, de su integración real a la sociedad hostil a ella, puede ser una gran máquina de asimilación de dicha violencia. En la decisión sobre la Ley de justicia y paz yacería la forma en la cual la violencia pura del paramilitarismo entraría en el derecho. Pero, si se piensa más con Benjamin, el derecho, todo derecho, no puede en su seno albergar una violencia de este tipo; está más allá del derecho, es indecible –la indecibilidad puede expresar, de alguna forma, el **carácter divino** que Benjamin le asigna a la violencia pura–, para él mismo, para su racionalidad precaria. La zona anómica es, por esencia, una zona en la cual “se sitúa la acción humana por fuera de la norma jurídica”⁽²²⁾.

Si ello es así, todo el andamiaje creado en Colombia inevitablemente llegaría a un fracaso, incluso si este se da por partes o no se expresa necesariamente en un colapso institucional o social (en el país todas las crisis se superan por principio: hay modos en que socialmente siempre se estabilizan expectativas mínimas. La pregunta será siempre la misma: ¿por cuánto tiempo? Incluso en relación con una paraestatalidad y pensado con Luhmann, se podría preguntar: ¿Puede ser el terror una forma de estabilización de expectativas sociales y cuánto puede ello durar?).

(22) AGAMBEN. Ob. cit., p. 78.

Cuando se observa a un solo jefe paramilitar, narrando cientos de crímenes, frente a funcionarios que valientemente toman nota de ello, cuando se observa no solo la crudeza de la acción humana por fuera del derecho, sino lo masivo y constante de las mismas, si se observa que un solo hecho narrado se desgrana en cientos de ellos, y todo ello reconducido en el lenguaje limitado del Derecho Penal y en la acción limitada de la justicia penal, la sensación es de impotencia real; se trata, en la práctica, de un aparato de justicia que debe investigar y juzgar a un paraestado completo, a miles de acciones cometidas contra todo derecho, por actores ligados a dinámicas paraestatales masivas.

Es una impotencia, desde luego, compensada con un esfuerzo inusitado de los operadores de la justicia colombiana y de ciertas autoridades administrativas que desean llevar a cabo un proceso de reparación y compensación moral de las víctimas. Quedaría, no obstante, una reflexión que es necesaria: si el derecho penal y todo el orden jurídico es, por esencia limitado para dar cuenta de semejante violencia endémica, es posible abrir un marco de expectativas mínimas, expresada en auténticos pactos sociales renovados, en verdaderos pactos fundacionales, casi de un nuevo o nuevos derechos, de un auténtico ejercicio social de reconstrucción profunda de bases mínimas de convivencia. De otra manera es imposible.

Pero el panorama no es muy alentador. Un solo ejemplo: un congreso de la República absolutamente ilegítimo, cooptado en un porcentaje tan alto por grupos ilegales ligados a esta lógica de violencia endémica y que durante el mes de abril ha discutido sobre una posible reforma que no es sustancial, que parece pervivir en privilegios de corruptela, no parece brindar muchas esperanzas: es uno de los focos donde se entraba cualquier expectativa de justicia transicional y no se ve ninguna acción seria de renovación institucional. Es uno de los grandes focos donde pervive cobardemente la violencia derivada de la gran corrupción que todos debemos pagar y mantener; esta es otra violencia endémica que se reproduce en zonas anómicas sin esperanza. En todo caso, la idea de nuevos pactos, de alianzas verdaderas, es una pequeña apuesta frente al escepticismo natural y con bases estructurales que acompaña el proceso colombiano. Una vez se ha hecho este planteamiento de fondo, que necesariamente acompaña a toda la reflexión, se continuará con el análisis de aspectos centrales en una lógica transicional.

II. RECUPERACIÓN DE LAS VÍCTIMAS PARA LA SOCIEDAD Y EL DERECHO

Un aspecto central, es el tema de las víctimas. Como se ha dicho, hoy se han ideado numerosos mecanismos que tienden o buscan la reparación no solo económica, sino moral y simbólica de las víctimas. Pero más allá de todo lo relacionado con las reparaciones, que deben ser integrales, con efectos

simbólicos claros, con auténticos gestos de reconocimiento del carácter de las víctimas y de los hechos cometidos contra ellas y sus seres queridos, una pregunta es fundamental en el contexto de cualquier opción de transición y de reconciliación, y es el tema relacionado con la **recuperación** de las víctimas para el derecho y la sociedad. ¿Cómo hacer para convertir a las víctimas en ciudadanos? ¿Cómo construir confianza entre el Estado y sus instituciones y los ciudadanos?⁽²³⁾.

Siempre ha existido un énfasis en la tarea de las instituciones, mediada además por la tensión expuesta por Max Weber entre una **ética de convicción** y una **ética política de responsabilidad**, de neutralizar y desmovilizar máquinas de guerra y actores que han azotado durante años enormes territorios y que han sometido a sus gentes a toda clase de vejámenes y atrocidades⁽²⁴⁾; siempre el énfasis ha estado ligado a las políticas institucionales de desmovilización, de amnistías, de acuerdos de paz que son, además, centrales en un proceso mismo de búsqueda de la paz como condición fáctica para el funcionamiento del derecho. Pero, como se dice, ¿cómo recuperar a las víctimas o como integrarlas al derecho y a la condición social de ciudadanos? En una conversación del autor de este escrito con una madre, víctima por excelencia del conflicto armado interno de Colombia y de la violencia de los grupos irregulares, ella decía: “como ciudadana, debo aceptar las leyes y esta ley de justicia y paz, debo **perdonar** incluso si es el caso, pero como madre no lo haré jamás”.

No se puede obligar al perdón, es un gesto humano de benevolencia que está radicado en el fuero interno; pero, la madre como ciudadana hay que recuperarla y la pregunta es por las fronteras entre lo interno y lo externo: ¿en qué momento el fuero interno y sus actitudes se exteriorizan en acciones vindicativas? ¿En qué momento la madre y los hijos que le quedaron vuelven al circuito de la venganza interminable? Los equilibrios son en extremo precarios. Por eso, el tema no es el hecho frío de reparaciones económicas, se trata de reconstrucción auténtica de tejidos sociales destruidos o de hecho nunca inexistentes, de la creación de un principio mínimo de confianza como condición elemental para el funcionamiento del derecho, de auténtica solidaridad frente al dolor de los otros que debe ser el propio.

(23) SEILS, Paul. autor activo en el tema, en el contexto del Congreso sobre el “Papel de los tribunales en contextos de justicia transicional. Oportunidades y desafíos en la región iberoamericana”, cuyos aportes están contenidos en el presente volumen subrayó, como propósito central para todo mecanismo de justicia transicional, la necesidad de construir o reconstruir confianza entre el Estado y los ciudadanos. Ello coincide con la noción de ciudadanía relacionada con la condición de víctima, aquí subrayada: el Estado es ajeno a las personas y cuando interviene, lo hace de manera arbitraria o caótica y este es un hecho, propio de organización paraestatal de la autoridad, que es necesario evitar.

(24) Sobre ello, en: WEBER. “Der Beruf zur Politik”. En: *Soziologie, Universal-geschichtliche Analysen, Politik*. Stuttgart, 1973 y el texto clásico: *Politik als Beruf*, (Duncker und Humblot, Berlín, 1990).

La ética de un escéptico puede ser en este caso ilustrativa. Es el caso de Schopenhauer, con su bella concepción del *mitleiden* que no es la mera compasión –muy marcada en el lenguaje castellano por la tradición católica–, sino un ejercicio auténtico de “sufrir con el otro”, de reconocer que el otro está hecho de la misma materia, del mismo fuego incesante y que, por lo tanto, el dolor del otro necesariamente es el propio, pues coincide en la base y sustancia de la que todos estamos hechos. Ello parecería ingenuo cuando se oyen las narraciones sobre la manera cómo se ha matado y ultrajado durante años, pero el punto de partida es justamente el espectáculo siniestro del horror, es el dolor que a todos amenaza y por eso la solidaridad en estos términos no es apenas discursiva, hipócrita o se diluye en pura retórica: la noción de humanidad, con la que tanto se trabaja en función de la **lesa humanidad**, es una construcción normativa, discursiva; en cambio, una ética del sufrimiento compartido, es una base incluso irracional previa a construcciones normativas. El tema de la justicia de transición pactada, es apenas un término técnico; desde el punto de vista humano, nada funcionará sin pactos, sin nuevas alianzas, sin una auténtica solidaridad como base previa a toda decisión política o jurídica⁽²⁵⁾.

No se trata de falsas promesas, basadas en supuestos estatutos de víctimas que irían, en el proceso penal, contra el sindicado, ni se trata de flexibilizar y acabar con los principios fundamentales del derecho penal como la legalidad, la prohibición de retroactividad, el hecho de convertir todo en imprescriptible, de convertir toda suerte de delitos por vía de extrañas conexidades en delitos de lesa humanidad, no se trata de crear falsos tipos penales o de acomodar como sea los existentes para cuadrar conductas y castigar sin sentido a nombre de la víctima; se trata de recuperarlas para el derecho, de construir auténtica confianza de ellas en los sistemas jurídicos que le han sido adversos y en las instituciones estatales que no solo han sido contingentes, sino contrarias a las víctimas por excelencia.

No obstante lo anterior, el panorama parece desolador. Sobre todo, a partir de sucesos ocurridos en el mes de mayo, ya narrados en relación con la extradición y de sucesos que han sido reportados ya incluso por entidades estatales. Por ejemplo, ya existe información que da cuenta de la incapacidad, hasta hoy, de la Ley de Justicia y Paz para repararlas. En la tercera semana del mes de abril de 2008, un senador de la República promovió un debate muy documentado sobre los resultados de la Ley en tres años y las

(25) El siempre recordado Alessandro Baratta en los últimos años de su vida estaba trabajando en la idea de la **Alianza**, antes que en la de **pacto social** convencional que, para su juicio, estaba desgastado en la cultura de occidente y que, en todo caso, representaba en la práctica un pacto de exclusión. Un autor base de esta reflexión y sobre el cual discurren discusiones alentadoras con Baratta, fue Paul RICOEUR y su visión de la alianza en el bello texto, *Finitud y Culpabilidad*.

conclusiones del mismo son desalentadoras: según el congresista, con documentos que lo sustentan, el número de víctimas registradas es de 125.368, pero solo 8.634 han asistido a las versiones libres, hay 68 defensores públicos para todo ese número, es decir, 815 víctimas por defensor; además, solo 12 psicólogos por el número total de víctimas –cuestión que compromete más al ejecutivo que al mismo sistema judicial en cuanto recursos–; es decir, un número de 10447 víctimas por psicólogo. Pero lo más complejo y que ha permitido a la comunidad jurídica –no solo a las ONGs, sino en general ser profundamente escépticas del proceso– es el hecho del manejo de los bienes para la reparación.

En este punto, el debate en el congreso fue contundente y se concluyó lo siguiente, como lo registra un medio muy serio que recogió la sustancia del debate: “hasta ahora hay 9.000 millones (4.5 millones de dólares), en el Fondo de Reparación. Es decir si el gobierno va a hacer una reparación por vía administrativa, que oscila entre 13 y 18 millones de pesos por persona, el dinero saldrá necesariamente del fisco nacional y no de las inmensas fortunas de los paramilitares”⁽²⁶⁾. Existen toda clase de problemas relacionados con los bienes, por ejemplo, se requiere que estos se encuentren saneados, es decir, que no tenga problemas de hipotecas, etc. Pero la administración de justicia recibe bienes llenos de problemas, que deben pagar deudas, que pertenecen a otras personas, etc.

En última instancia, con los bienes con que se cuenta en principio en este momento y frente al número de víctimas, si hoy se dividieran los recursos, a cada víctima le correspondería un total de 4 dólares, lo cual es desde luego absurdo. Para la segunda mitad del mes de mayo y luego de la extradición de los jefes paramilitares, asombra el hecho de que hay propiedades que están siendo allanadas por las autoridades judiciales y que se dice, serán sujetas a procesos de extinción de dominio. Solo hasta ese momento se reaccionó. Habrá que ver qué sucede hacia el futuro con estos bienes, si se otorgarán realmente a las víctimas, si no quedan en manos de testaferros, si no se pierden en manos privadas o si son recuperadas en todo caso por los actores armados o por los corruptos que andan por doquier. Las conclusiones que se han adelantados en estos meses críticos de abril y mayo, deben servir para reprogramas hechos, para reconducir actuaciones, para que todas las instituciones adelanten lo suyo. Se concluye, en efecto, que “no se necesita una bola de cristal para darse cuenta de las perdedoras en esta historia serán las mismas de siempre: las víctimas”⁽²⁷⁾.

(26) Revista Semana, *Justicia y Paz. Las que pierden siempre*. Abril 21-28 de 2008. Bogotá, p. 45.

(27) *Ibíd.*, p. 45.

III. SUBVERSIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS E ILEGITIMIDAD DEL PARLAMENTO

Otro aspecto especialmente problemático, relacionado con los mecanismos de justicia transicional, en este caso, con mecanismos de depuración de instituciones estatales ligadas a políticas generalizadas de violación de derechos humanos, o de exclusión del escenario político de funcionarios públicos ligados a dichas violaciones, es el caso de la denominada “parapolítica”. Con este nombre se conoce en el país el caso generalizado de la vinculación de políticos al paramilitarismo. Hasta el mes de julio de 2008, son más de 70 los congresistas investigados y algunos ya sancionados por la Sala Penal de la Corte. Una mayoría de ellos está ligado al actual presidente de la República, siendo el caso más escandaloso, el hecho de que un primo del mismo, también ha sido capturado y está siendo investigado por la Sala Penal de la Corte, por sus vínculos con grupos paramilitares. La Sala Penal está investigando no solo los vínculos, sino el posible aprovechamiento de los mismos, para obtener ventajas políticas de toda clase; algunos políticos, además, se encuentran investigados por la participación en crímenes atroces de enemigos políticos y en toda suerte de acciones criminales.

Si, con Niklas Luhmann, es dable decir que las decisiones en el Estado moderno solo se pueden legitimar a través de los procedimientos, si no hay verdades previas y por ello, la decisión procedimental constituye la verdad de la decisión misma, entonces, si el 40% o más de un Congreso de la República está ligado de una u otra manera a grupos paramilitares, y muchos de sus congresistas ya han sido hallados responsables por el sistema de justicia penal, se trata de un Congreso ilegítimo, cooptado en un gran porcentaje y la pregunta es: ¿qué legitimidad tienen las decisiones adelantadas en procedimientos aquejados por semejante ilegalidad?⁽²⁸⁾ Se trata de una crisis profunda y las respuestas de una gran mayoría de congresistas, ha sido superficial y cínica; o sea, no hay realmente voluntad política por acabar con todos los privilegios de la corruptela, de la ilegalidad; en todo caso, la reacción por no perder dichos privilegios es muy grande.

El problema es en todo caso más profundo: se trata de lo aquello que bien puede llamarse, con Von Trotha, “la forma de organización paraestatal de la violencia”, concebida como autoridad. Es decir, de una auténtica forma paraestatal de dominio territorial, de ejercicio de autoridad, de administración de recursos, de recolección de impuestos⁽²⁹⁾.

(28) El texto de Luhmann al cual se hace referencia, es bien ilustrativo: *Legitimation durch Verfahren*, (Frankfurt am Main, 1983). (*Legitimación a través de procedimientos*).

(29) VON TROTHA, Trutz. “Ordnungsformen der Gewalt oder Aussichten auf das Ende des staatlichen Gewaltmonopols”. En: *Nedelmann Brigitta unter Mitarbeit*. p. 130. Thomas Von Koepf, (Editor), *Politische*

La histórica debilidad estatal para promover y asegurar unos presupuestos mínimos de convivencia pacífica entre los ciudadanos, para promover metas colectivas auténticas, para incentivar una mínima conciencia en el valor del derecho, ha sido sustituida por un ejercicio de autoridad privado, implacable, cruel y sin ataduras normativas, por lo menos en función de quienes las padecen como víctimas⁽³⁰⁾. Tras una institucionalidad apenas **contingente**, casi puramente formal en enormes extensiones territoriales, ha vivido una paraestatalidad que se ha lucrado de todos los recursos públicos y que ha constituido la “autoridad” real en estos territorios y decenas de políticos se beneficiaron de ello, lo aprovecharon, ajustaron la contingencia a la paraestatalidad y el resultado ha sido todo un Estado paralelo con sus propias reglas, un ejercicio de todo tipo de violencia, cooptación a sangre y fuego de autoridades y recursos por verdaderos ejércitos de ultraderecha. Es aquí donde tiene sentido de nuevo la pregunta formulada al inicio de este trabajo: ¿puede ser reconducida de alguna manera en el derecho este tipo de violencia paraestatal, de violencia desinstitucionalizada y por principio situada por fuera de todo ordenamiento jurídico? El autor de este informe cree que allí yace el verdadero desafío de toda esta maquinaria activada en función de políticas propias de la justicia de transición.

IV. MECANISMOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA Y CORTE PENAL INTERNACIONAL

Este es un aspecto especialmente complejo. ¿Tendrá competencia la Corte Penal Internacional para juzgar crímenes internacionales cometidos en

Institutionen im Wandel. Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1997, 1994. El sociólogo utiliza cuatro criterios para analizar la paraestatalidad dentro del marco de la crisis de la noción occidental de monopolización estatal del ejercicio de la violencia: el papel de la violencia en la administración y en la política, la “domesticación jurídica o normativa del poder central”, la “cultura de la violencia” y el grado de urbanización de las sociedades. Todos estos criterios confluyen en el caso colombiano: ha existido un papel preponderante de la “reine Gewalt” (la violencia pura), para hablar de nuevo con Benjamin, una precaria o casi nula, en enormes territorios, “domesticación” de la violencia, una urbanización caótica en diversas ciudades y una generalización del paradigma del recurso a la violencia para la solución de todo tipo de conflictos. El autor de este informe, no obstante, no está de acuerdo con algunos autores que se refieren a la “cultura de la violencia” en el país y a su generalización; prefiere, mejor, hacer referencia a la generalización del paradigma de la autodefensa, de la autoprotección: ante la precariedad de la presencia estatal, o ante su presencia caótica, desinstitucionalizada, las gentes se habilitan a sí mismas en un ejercicio incesante de autodefensa, de autoprotección y ceden su protección a actores armados ilegales.

- (30) Estas debilidades han sido entendidas, a manera de ejemplo y por autores clásicos sobre el tema, como Almond y Pye, como “crisis de penetración” y “crisis de integración”. Son crisis que se originan en la incapacidad estatal para promover una burocracia nacional, para garantizar las fuentes de percepción de los impuestos, para estabilizar y regir un orden político y para agenciar proyectos políticos comunes. En el contexto jurídico, esta crisis entraña la inexistencia de una territorialización efectiva del derecho que dé sustento a decisiones políticas. ALMOND, Gabriel y POWELL, Bingham. *Comparative Politics. A development approach*. (Boston, 1966); ALMOND, Gabriel. *Politische Systeme und politischer WANDEL*. En: Wolfgang ZAPF, (Editor). *Theorien des sozialen Wandels*. pp. 111-251. HANSTEIN entre otras. (1979).

Colombia? El contexto general que debe ser tenido en cuenta para abordarlo, es la Ley de Justicia y Paz. Y, frente a ella, por lo menos en lo que concierne a su articulado en sí, opinión que comparten autores extranjeros que, como Kai Ambos, han trabajado acuciosamente el caso colombiano, no puede decirse, en principio, que la sola Ley active la competencia de la Corte Penal Internacional. Diferente era la situación anterior, por ejemplo respecto del proyecto de alternatividad penal.

En su momento, se discutió ampliamente sobre aquello que puede denominarse **imposibilidad sustancial** del Estado para perseguir los crímenes internacionales. De hecho, en el caso de la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, con sede en Colombia, se insistía en que se trataba de una forma particular o velada de indulto generalizado, prohibido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La comunidad internacional participó de este debate y siempre se dijo que, pese a que no se podía considerar que en el país tenía lugar una exclusión del sistema penal, o un fracaso generalizado del mismo, sí se debía tener en cuenta la verdadera voluntad de conducir ante el sistema penal a quines cometían crímenes internacionales. Así se debatió el proyecto de alternatividad, pero frente a la Ley actual y, sobre todo, luego de la decisión de la Corte Constitucional, no es posible concluir radicalmente que pueda activarse la competencia de la Corte Penal. Ello dependerá, desde luego, de los resultados de la misma, de su aplicación práctica⁽³¹⁾.

Es en el desarrollo práctico de la Ley y, además, lo cual se fundamenta, en el desarrollo práctico del trabajo de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación particularmente, de los jueces especializados y de la Sala Penal de la Corte, en su tarea de investigar y juzgar los crímenes internacionales, que se jugará el país la posibilidad de activar o no la competencia de la Corte.

Debe aclararse, que el sistema judicial de Colombia es independiente. Dentro de los niveles de presión en que se mueven los jueces, por ejemplo respecto del poder ejecutivo, ellos y los fiscales, con trabajo y valor, han comprobado su independencia y su capacidad de aplicar las normas penales aún en situaciones extremas de conflicto armado y de vulnerabilidad. A mediados del año 2007 se presentó, en este contexto de presión sobre el sistema

(31) A manera de ejemplo, en el contexto del taller organizado por la Fundación Konrad-Adenauer, para los fiscales de Justicia y Paz, en el mes de octubre de 2007, el profesor Kai Ambos, advirtió a los fiscales, todos reunidos, sobre el hecho de que cada una de sus actuaciones iría a ser vigilada por la comunidad internacional, y estaría monitoreada, como de hecho lo está, por la Corte Penal Internacional. Lo mismo se dirá, además, a los magistrados de justicia y paz en su momento, cuando ellos intervengan con mayor vigor en la implementación de la Ley.

judicial, una situación particularmente inquietante: a raíz de una decisión de la Sala Penal de la Corte, en la cual la Sala negó el carácter de delincuente político a los miembros de los grupos paramilitares y se negó a asimilar el delito de sedición, al delito de concierto para delinquir, el presidente de la república, por todos los medios, objetó la decisión y acusó a los jueces de hacer política, de trabar los procesos en curso, de obstaculizar la labor del ejecutivo.

Es un tema que no se ha saldado, tanto más que numerosos políticos aliados del presidente, están siendo investigados y juzgados por la Sala Penal de la Corte. Al inicio de este trabajo, se hacía alusión al denominado “poder de definición”; pues bien, existe hoy en día una competencia feroz en la cual participan todos los actores, por el poder de definición, por la capacidad para otorgar un estatuto al delincuente y por establecer qué tipo de delincuente es este. De ello debe estar pendiente, a nuestro juicio, la comunidad internacional y, de manera particular, los funcionarios de la Corte Penal Internacional: la selectividad extrema del sistema penal en función de ciertos actores, es también fuente de impunidad o, en todo caso, es también fuente de aplicación política y selectiva de la norma penal, de modo que se puedan beneficiar algunos actores que no han hecho su aporte efectivo a la paz, condición mayor para la aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

Debe destacarse, en todo caso y a raíz del incidente del mes de marzo entre Colombia y el Ecuador, por causa de un operativo militar hecho en territorio ecuatoriano por el ejército y la policía de Colombia, incidente en el cual intervino el presidente Chávez de Venezuela, que existe en el país todavía un desconocimiento esencial de las normas fundamentales del Estatuto de Roma. Los asesores y un grupo de abogados que hoy son cuestionados por su ineptitud, aconsejaron al presidente de Colombia que denunciara al presidente Chávez por apoyo y fomento de actividades genocidas (a propósito de sus nexos reconocidos con las guerrillas de las FARC). Como se ve, hay confusión todavía en las más altas esferas, sobre estos temas. Desde luego, ello no prosperó, pero sirvió para dar cuenta en el país del uso inapropiado de temas fundamentales relacionados con el Estatuto de Roma (además, se hablaba por funcionarios de la posibilidad de denunciar al presidente de Venezuela por colaboración con actividades terroristas, etc., desconociendo incluso las normas del Estatuto sobre los crímenes internacionales).

V. REFLEXIÓN FINAL

Es importante adelantar una especie de **reflexión final**. Ella debe dar cuenta, en concordancia con lo expuesto, de algunos aspectos absolutamente relevantes para el contexto colombiano. Estos aspectos pueden abordarse, incluso, y como lo ha hecho la historiografía del país, en términos de paradojas: la paradoja de la guerra y el derecho, de la guerra y la política, de

la violencia y la democracia, de la violencia y la legitimidad. Ellas cruzan la historia del país. Ahora, el tema que nos ocupa, también esta cruzado por grandes tensiones que se expresan en textos importantes que se han escrito en el país y que están presentes en el debate diario.

Es el caso por ejemplo de los “límites de la conciencia humanitaria”, en escenarios de horror y de comisión de toda suerte de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra. A la obsesión mundial por la imposición del castigo, por el hallazgo de justicia, con fundamentos valorativos y presupuestos axiológicos absolutos e indiscutibles, se antepondría esta especie de **límite** a una conciencia humanitaria que exige castigo y luchar contra la impunidad rampante en situaciones extremas de violencia política y social. El problema de la guerra inacabada y cada vez más degradada –el caso colombiano– y el hecho de experimentarse procesos de paz o, por lo menos, de desarme de máquinas de guerra, con enemigos no vencidos militarmente, sería el que estaría en la base de aquellos límites. Así y enfrentando estos dilemas –exigencias universalistas de castigo y situaciones fácticas indiscutibles ligadas a la guerra– un autor especialmente activo en el tema, considera que:

“Mientras una perspectiva policivo-punitiva de estado democrático de derecho y de derechos humanos globalizados, en lógica universalista y abstracta, las amnistías suelen ser pensadas como simple y odiosa impunidad y como la expresión de una política que es lo otro y hasta lo opuesto del derecho, en una perspectiva político-militar, en cambio, las correlaciones de fuerza propias de la política tienden a ser representadas, en lógicas contextualista y de pluriverso internacional, como parte de los factores que informan un sentido –responsable– de justicia, y las amnistías y perdones transicionales como instituciones de pleno derecho”⁽³²⁾.

En el caso del proceso que se libra actualmente con grupos paramilitares, a diferencia del proyecto de alternatividad de 2003 que fue criticado desde siempre por ser un indulto disfrazado, la Ley de justicia y paz no lo es directamente, pero sí contiene privilegios, en función del cumplimiento de condiciones, que pueden ser interpretados como “perdones transicionales” y, en cualquier caso, la reflexión mantiene su poder denotativo. Así, el autor concluye con una preocupación base, desde un texto agudo sobre violencia política y mecanismos jurídicos que circulan en la tradición del país para abordarla como pueden, por ello sostiene lo siguiente:

(32) OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y Derecho en Colombia*. (Bogotá. Temis, segunda edición respecto de la primera, de 1992, de 2006, prólogo, XXVI).

“El gran peligro que rodea las visiones universalistas del Estado democrático de derecho y de derechos humanos a escala global es el del sometimiento excesivo de la política y de los órganos políticos domésticos a los dictados de una judicatura internacional comprometida ciertamente con valores y con el justo castigo de criminales, pero poco preocupada por asuntos como el de los fracasos de procesos de paz en la periferia del mundo”⁽³³⁾. Son estos fracasos posibles y el drama de la periferia, los hechos que enlazan con el estudio que, con referencias comparativas al caso chileno, al caso argentino o al del Salvador, se ocupa de los “límites a la conciencia humanitaria” y, con ellos, a los “dilemas de la paz y la justicia en América Latina”⁽³⁴⁾.

También, las paradojas se desenvuelven, aunque el tema sea básicamente el mismo que se acaba de señalar, entre los límites del “perdón y el perdón”, como lo expresa otro libro dedicado con juicio al tema que nos ocupa. Allí, en efecto y bajo esta tensión, se abordan “las preguntas y dilemas de la justicia transicional” en un país que se debate en esta perspectiva. Se trata, en las fronteras de la guerra y la paz, de nuestra propia “geometría de la justicia transicional”, para utilizar el gráfico título de uno de los estudios que conforman el libro⁽³⁵⁾. También, desde luego, el impacto posible de los mecanismos de justicia transicional hoy ensayados, se liga a una paradoja ya enunciada desde un principio: “¿justicia transicional sin transición?”⁽³⁶⁾.

A estas paradojas o tensiones se agrega otra consideración: si el proceso desencadenado hoy por la Ley de Justicia y Paz y a partir de los numerosos mecanismos de justicia transicional derivados de los procesos de reparación, de desmovilización, de búsqueda de reconciliación, que actualmente tienen lugar en el país, constituye una especie de expectativa social creada en función de logros de paz posible, esta **expectativa** y la posible **decepción** frente a ella, para utilizar un lenguaje cercano a Niklas Luhmann por ejemplo, deben medirse en el contexto de la guerra, de la violencia social y política degradada que se vive aún en grandes porciones del territorio en Colombia.

(33) Ibídem, p. XXVII.

(34) Se trata del texto de OROZCO. *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá. Temis, 2005. Es interesante y no se apenas anecdótico, que este trabajo de Iván Orozco sea utilizado por funcionarios públicos, desde el vicepresidente o ministros, como una especie de Biblia hoy para entender aspectos relacionados con el destino de mecanismos de justicia transicional. Habrá que indagar en las telarañas del pragmatismo, el uso posible que este hace de conceptos fundados no solo en “lógicas contextuales”, sino con remisiones sociológicas y filosóficas, de hondo calado y de grandes exigencias.

(35) STAHN, Carsten. “La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional”. En: Angelika Rettberg. *entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. p. 81 y ss. (Bogotá. Universidad de los Andes, 2005)

(36) UPRIMNY, Rodrigo (editor): *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (Bogotá. Centro de estudios de Derecho, justicia y sociedad, DeJusticia, 2006).

Toda decepción, todo fracaso de las expectativas creadas, generará, necesariamente, mayor violencia. Al mismo tiempo, toda relación entre expectativas creadas y decepciones posibles, debe hacerse en función de cada mecanismo que se analice. Por ejemplo, en el caso del derecho penal internacional, aplicado en su versión de derecho interno o, en el mismo caso del derecho penal ordinario, que se aplique a situaciones propias de violaciones de derechos humanos o de derecho humanitario, la conclusión es clara: la respuesta del derecho penal, su capacidad real de contribuir a la paz, de generar auténticos resultados en términos de justicia transicional, es extremadamente limitada y su uso meramente simbólico, la propaganda irresponsable sobre sus grandes efectos, las promesas incumplidas a sabiendas de sus límites, generarán más violencia, menos impacto social, más precariedad en términos de persecución penal efectiva de crímenes internacionales. Las grandes demandas de justicia, tanto más si tienen una carga valorativa sustancial, exceden siempre la capacidad regulativa de derecho. De allí la importancia de la voluntad política real que debe estar presente en la movilización de un número adecuado y masivo de mecanismos de justicia transicional.

Una conclusión parece fácil, al mismo tiempo que corresponde a un propósito que debe comprometer a toda la sociedad: la reconciliación en función de una paz posible, es el resultado efectivo de la suma de los diversos mecanismos de justicia transicional. Hay desde luego y no en sentido peyorativo, un rasgo de utopía en ello, pero lo hay siempre incluso en los dilemas más terribles que una y otra vez se repiten en nuestro país, como se han repetido en el mundo: ¿qué hacer, con Hannah Arendt, con los **muertos** del pasado, frente a los posibles **muertos** del presente y del futuro? ¿Se debe permanecer en la dinámica del castigo en función de los que ya no están, o se puede pensar, sin mala conciencia, en evitar los muertos del futuro?⁽³⁷⁾. Más aún: cuáles son los alcances de un posible perdón –concebido en la forma de privilegios, de concesiones, de dádivas con exigencias– y cuáles los de las promesas basadas en auténticos pactos en los cuales la triada, verdad, justicia y reparación sea una realidad; ¿se mira hacia atrás o hacia delante? ¿Qué se hace, socialmente, con aquellas víctimas que no tuvieron derecho a escoger posibilidades filosóficas? En procesos de transición en medio de la guerra, solo hay espacio real para los interrogantes, al mismo tiempo que es una obligación repensarlos una y otra vez; en todo caso, si el proceso o procesos fallan, por las razones que sea, será de nuevo la circularidad de la guerra inacabada y de la violencia degradada el destino que los cubra.

(37) Entre otras obras, de ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. (Barcelona, Lumen, 2003).

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. “Balance de un proceso”. En: *simposio de evaluación y balance: Dos años Ley de Justicia y Paz*. Universidad Santo Tomas, Julio 25 de 2007.

ALMOND, Gabriel y Powell, Bingham. *Comparative Politics. A development approach*, Boston, 1966.

ALMOND, Gabriel. “Politische Systeme und politischer Wandel”. En: Wolfgang Zapf, (Editor). *Theorien des sozialen Wandels*. Hanstein entre otras. 1979.

AGAMBEN, Giorgio. *Stato di Eccezione*. Bollati, Torino, 2004.

AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*. Temis, Bogotá, 2008.

AMBOS, Kai. (editor) *Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del “proyecto de alternatividad penal” en el caso colombiano*, Publicado en el libro: en: *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España*. Montevideo, marzo de 2005.

APONTE, Alejandro. “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2ª Época, enero de 2007.

APONTE, Alejandro. *Guerra y Derecho Penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Editorial Augusto Ibáñez, Bogotá, 2006.

ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen, 2003.

BARRETO ARDILA. Hernando. “La Ley de Justicia y Paz frente a la Corte Penal Internacional”. En: *Derecho Penal y Criminología, Memorias, XXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Derecho Penal Supranacional, Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, Volumen XXVII, número 81, Mayo/Agosto 2006.

BENJAMIN, Walter. “Zur Kritik der Gewalt”. En: BENJAMIN. *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*. Suhrkamp, Frankfurt, 1965.

DERRIDÁ, Jacques. *Gesetzskraft. Die mystische Grund der Autorität*. Frankfurt am main, 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N° C-370 de 2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia N° 26945 del 11 de julio de 2007, con ponencia de los magistrados Yesid Ramírez y Julio Socha Salamanca.

HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens. Vom Ursprung der Kultur im Spiel*. Hamburg, 1997.

- LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren, Frankfurt am Main*. 1983.
- OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y Derecho en Colombia*. Bogotá. Temis, segunda edición respecto de la primera, de 1992, de 2006, prólogo, XXVI.
- OROZCO ABAD, Iván. *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Temis, Bogotá, 2005.
- PASTOR, Daniel. “¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina”. En: *Jueces para la Democracia*. N° 59, julio de 2007.
- REVISTA SEMANA, *Justicia y Paz. Las que pierden siempre*. Abril 21-28 de 2008, Bogotá.
- SCHMITT, Carl. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlin, 1993.
- STAHN, Carsten. “La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional”. En: ANGELIKA RETTBERG. *Entre el perdón y el perdón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá. Universidad de los Andes, 2005.
- UPRIMNY, Rodrigo (editor). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, justicia y sociedad, DeJusticia, 2006.
- VON TROTHA, Trutz. *Ordnungsformen der Gewalt oder Aussichten auf das Ende des staatlichen Gewaltmonopols*, en: Nedelmann Brigitta unter Mitarbeit. von Koepf, Thomas (Editor). *Politische Institutionen im Wandel*. Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1997.
- WEBER, Max. “Der Beruf zur Politik”. En: *Soziologie, Universal-geschichtliche Analysen, Politik*. Stuttgart, 1973.
- WEBER, Max. *Politik als Beruf*. Duncker und Humblot, Berlín, 1990.

¿*Quo vadis*, prueba prohibida? Prácticas restrictivas en la jurisprudencia española actual^(*)

Prof. Dr. Juan-Luis GÓMEZ COLOMER
(España)

I.

Antes de que existiera una propuesta de organización dogmática de la institución de la prueba prohibida, al menos en sus intenciones iniciales ordenada y clara, tanto en lo que afecta a las normas por las que se rige el proceso penal español, como a su interpretación jurisprudencial, derivada directamente de los principios democráticos y derechos fundamentales de los ciudadanos establecidos en la Constitución de 1978 (en adelante abreviada CE), desarrollados por la legislación orgánica y ordinaria que regula el proceso penal, sobre el problema de si cualquier prueba, no importando ni su procedencia ni la forma de su hallazgo, podía ser obtenida en la fase de investigación del proceso penal y, en su caso, aportada y practicada después en el juicio oral contra un acusado, ya las leyes de enjuiciamiento permitían llegar a una conclusión sistemática, ciertamente endeble y mínima, pero suficiente, de que no todo podía valer para hallar la culpabilidad de una persona.

(*) Artículo publicado originariamente en alemán por el autor en el libro homenaje al Prof. Tiedemann con ocasión de su LXX cumpleaños bajo el título *Quo vadis, Beweisverbot? Restriktive Praktiken in der spanischen Rechtsprechung*. En: SIEBER, DANNECKER, KINDHÄUSER, VOGEL y WALTER (Hersgs.), "Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstaatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag", Ed. Heymanns, Berlin 2008, pp. 1251 y ss. En esta edición he procedido a algunas actualizaciones y pequeños añadidos. Véase también, más ampliamente, GÓMEZ COLOMER, J.L., *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato*. En Juan-Luis GÓMEZ COLOMER (Coord.) "Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado". Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, p. 107 y ss.

La democracia restaurada en España en 1978 ha aclarado, fijado y, sin duda, enaltecido la discusión, pero ni siquiera con la dictadura de Franco valía todo, al menos contra delincuentes comunes, no políticos.

Este importante problema revela claramente que el tema de la prueba es uno de aquellos en los que el campo de tensiones en que se convierte en la práctica el proceso penal resulta más sensible, porque en realidad se traduce diariamente en una confrontación desigual, en la que un Estado empeñado en mantener la paz social y la convivencia democrática entre sus ciudadanos puesta en peligro por el delito, tiene enfrente a la persona sospechosa de haberlo cometido, persona que goza de unos derechos básicos, los derechos fundamentales, que operan como límite de defensa ante la siempre fácil intervención o injerencia de ese Estado en la vida jurídica de aquella para llevarla a juicio y condenarla, como magistralmente pusiera de manifiesto Tiedemann⁽¹⁾.

Hasta 1978, en efecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (en adelante abreviada LECRIM), que es de 1882, fijó determinados supuestos en los que la búsqueda, obtención, aportación y práctica de medios de investigación que luego se iban a convertir en medios de prueba, no era en ningún caso posible, lo que causaba o bien la nulidad absoluta del acto y con toda probabilidad la del mismo proceso penal considerado como un todo, o bien la nulidad relativa, lo que podía provocar su anulación y salida del proceso.

Ejemplo típico del primer supuesto, y prácticamente único durante casi cien años, era la obtención de una confesión del acusado mediando tortura, puesto que el artículo 389, III LECRIM, con base en la máxima protección que exige el respeto del derecho a la vida y a la integridad física, sobre todo en el ámbito del proceso penal, muchas veces aunque no siempre con fundamento en algunas de las diferentes constituciones que han regido en España, democráticas o no, desde 1812 hasta la vigente de 1978 (esta expresamente en su art. 15)⁽²⁾, sin perjuicio de las más recientes normas internaciona-

(1) Véase TIEDEMANN, en ROXIN, C. / ARZT, G. / TIEDEMANN, K., *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht* (5ª ed.), Ed. C.F. Müller, Heidelberg 2006, p. 93 y ss. Existe traducción al español de la ed. 2ª de este libro, con el título "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal", a cargo de Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer, Ed. Ariel, Barcelona 1989, pp. 133 y 134.

(2) La que se puede considerar primera constitución democrático-liberal española, heredera de la Revolución Francesa, la Constitución de 1812, prohibió la tortura en el art. 303; pero la Constitución de 1876, también democrático-liberal, vigente en el momento de entrada en vigor de la LECRIM, nada dijo al respecto; como tampoco la Constitución de la II República española de 1931; lo que no deja de ser un poco sorprendente, quizás por pensarse que con la protección del Código Penal de 1870 y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya era suficiente. Curiosamente, un texto no democrático, el franquista Fuero de los Españoles de 1945 proclamaba el principio de respeto a la dignidad e integridad de la persona humana en su art. 1. Véanse estos textos en ESTEBAN, J. *Las Constituciones de España*. Ed. CEPC y BOE, Madrid 1998.

les⁽³⁾, al prohibir la coacción o amenaza contra el imputado a la hora de prestar declaración, además de prohibir este inhumano método de obtención de pruebas, excluía absolutamente los resultados de la declaración del imputado o acusado en esas condiciones como medio de prueba, sin perjuicio de la responsabilidad penal de la autoridad pública que la hubiera practicado, haciendo en la mayor parte de los casos el proceso penal posterior inútil porque la nulidad le afectaba totalmente. Ello porque los derechos a la vida y a la integridad física se consideraban sagrados, intangibles, y ningún acto procesal podía ser válido si se producía como consecuencia directa o indirecta de una vulneración de aquellos⁽⁴⁾.

Ejemplo típico del segundo supuesto era la no advertencia a la esposa del imputado de que podía negarse jurídicamente a prestar testimonio en contra de su marido, según el art. 416-1 LECRIM⁽⁵⁾. Ella, que estaba obligada a comparecer ante el Juez Instructor, se podía sin embargo excusar de declarar, no es que tuviera prohibido declarar (art. 416-1, I LECRIM). Por ello, si después de hecha la advertencia sobre dispensa de declaración la esposa declaraba como testigo no obstante, la prueba era legal y válida. Pero si no se hacía la advertencia por la autoridad pública de persecución y declaraba la esposa, no existía disposición legal expresa. La doctrina más relevante anterior a la CE era partidaria a lo sumo de excluir la declaración testifical como medio de investigación por ser perjudicial (art. 311, I LECRIM), o, posteriormente como medio de prueba por ser impertinente (art. 659, I LECRIM), lo que de aceptarse por el juez o tribunal debería haber significado la salida del proceso de la declaración, al ser anulable que no nula, siendo válidos los demás medios probatorios. La razón, se decía entonces, se basaba en que una política criminal específica aconsejaba al Estado proteger de este modo a la familia, no inmiscuyéndose en las relaciones entre los cónyuges. Pero la jurisprudencia excluía de este segundo supuesto el recurso de casación, con lo que en definitiva esto significaba que la prueba podía haber permanecido en el proceso y podía haber

(3) En las que no entro. Baste decir que me refiero a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948 (arts. 3 y 5); al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (arts. 2 y 3); al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (arts. 6 y 7); a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969 (arts. 4 y 5); a la Convención de la ONU contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984; y al propio Convenio Europeo de Estrasburgo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 1987; entre otras.

(4) La doctrina de la época así lo entendía. Vide REUS, E., *Ley de Enjuiciamiento Criminal del 14 de setiembre de 1882, concordada y anotada extensamente*. Ed. IRL, Madrid 1883, t. I, p. 266; y AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. (2ª ed.), Ed. Reus, Madrid 1924, t. III, p. 604.

(5) En España el cónyuge está exento también y previamente de la obligación de denunciar a su marido o esposa (art. 261-1 LECRIM).

sido valorada conjuntamente con otras pruebas que le hubieran hecho perder su eficacia excluyente⁽⁶⁾.

Pero no era suficiente con este tipo de normas, siempre aisladas y que no permitían llegar a conclusiones seguras en todos los casos. Es más, de hecho, en la práctica era más frecuente en estos casos observar cómo el criterio de hallar la verdad material se imponía al de la prueba ilícitamente obtenida, lo que significaba su admisión y valoración⁽⁷⁾. Y la situación española era comparable con la de los demás países, sobre todo los de influencia francesa. Por eso ya Beling, el primer autor europeo continental que ha tratado directamente el tema de las pruebas prohibidas, propuso una clasificación ordenada de las mismas de acuerdo con la legislación vigente entonces en Alemania, básicamente la *StPO* (Código Procesal Penal alemán de 1877), con seis posibilidades, muchas de las cuales tienen vigencia en la actualidad⁽⁸⁾. Hoy esta necesidad de sistematización es todavía más acuciante, porque el mundo moderno está evolucionando desde hace unas décadas por culpa de la criminalidad actual, muy grave, muy tecnificada y de efectos devastadores, hacia planteamientos inimaginables, que exigen que ese campo de tensiones entre Democracia, Libertad y Seguridad, es decir, entre efectividad de la persecución penal por el Estado y respeto a los derechos constitucionales del acusado, que es el proceso penal, quedara mejor definido y dogmáticamente construido de forma que permitiera dar la solución práctica adecuada en cada momento. Era necesario entonces establecer un marco jurídico adecuado para esta problemática, a la que en general se ha llamado en la Europa continental “prueba prohibida”, o “prueba ilícita”, como referencia plástica directa a los límites de la investigación en el proceso penal.

El fundamento de la existencia de la prueba prohibida resulta así, en una democracia que goza de un proceso penal propio de un Estado de Derecho, muy claro, puesto que es el propio Estado democrático el que, al consagrar un catálogo de derechos fundamentales en su Constitución, a los que otorga valor de inviolables y carácter preferente sobre todos los demás (art. 10.1 CE), está exigiendo que cualquier acto que vulnere alguno o algunos de esos derechos fundamentales carezca de eficacia probatoria en el proceso. Por eso valorar judicialmente en el proceso una prueba prohibida, significa llanamente que se están ignorando las garantías constitucionales sobre las que

(6) Véanse FENECH NAVARRO, M., *Derecho Procesal Penal*. (3ª ed.), Ed. Labor, Barcelona 1960, t. I, pp. 672 y 673; y GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal* (8ª ed.), Ed. Artes Gráficas, Madrid 1975, p. 176.

(7) Véase ARMENTA DEU, T. “Prueba ilícita y reforma del proceso penal”. En: *Revista del Poder Judicial* 2006. Núm. especial XIX “Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal”, pp. 186 y 187.

(8) BELING, E., *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Ed. Schletter'sche Buchhandlung, Breslau 1903, p. 5 y ss.

se sustenta el propio proceso, particularmente el proceso penal, es decir, que se está atacando directamente el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, o principio del proceso debido o justo.

También podemos encontrar en la relación entre las garantías probatorias y los derechos humanos un fundamento general en los textos internacionales que consagran los derechos humanos, pero nunca tan expreso como en la Constitución española: Así, podemos citar:

- a) Por un lado, el derecho al proceso justo consagrado en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, y en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, así como en el art. 47, II de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.
- b) Por otro lado, los arts. 2 a 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, los arts. 6 a 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000. Por eso hay que apoyarse en el reconocimiento en esos textos internacionales del derecho de defensa (art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, art. 14.3, b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y arts. 47, II y III y 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000), y en el derecho a interrogar al testigo (art. 6.3, d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, art. 14.3, e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y art. 47, II de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000).
- c) En tercer lugar, el llamado Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre “Garantías Procesales para sospechosos e inculpación en procesos penales en la Unión Europea”, de 2003, recoge en su apartado 4 el derecho fundamental de toda persona imputada a la asistencia y representación por abogado, desglosando los diversos derechos que comprende, pero no establece directamente el derecho del imputado, por sí solo o a través de su abogado, a valerse de los medios de prueba que desee para su defensa.

Este derecho a la defensa técnica, sin embargo, debe entenderse implícito en el derecho al proceso justo y, por tanto, en actividad esencial de defensa. También debe bastar para su reconocimiento que tenga derecho a ser interrogado en el juicio y a interrogar a testigos, de acuerdo con las normas acabadas de citar.

- d) Finalmente, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004, no ratificado por todavía por los países necesarios, recogía en su Parte II la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, y en concreto, el derecho de defensa se reconoce explícitamente en los arts. II-107, II y III, y II-108.2; y el derecho a interrogar a un testigo en el art. II-47, II.

El Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, no dice nada al respecto.

Pero volviendo a España, he de decir que con su reconocimiento legal y jurisprudencial se obtienen dos efectos trascendentales. Por un lado el efecto garantista, ya que una correcta teoría sobre la prueba prohibida contribuye eficazmente a una mejor protección de los derechos fundamentales del imputado o acusado garantizados por la Constitución que ordena esa democracia, y por otro lado y no en último lugar, el efecto disuasorio, por el que se asegura que las conductas de las autoridades de persecución penal sobre todo durante la investigación del crimen, particularmente las realizadas por la policía, serán ajustadas a la misma Constitución.

El desarrollo de esta cuestión en España no ha sido ni original ni mucho menos primerizo en el tiempo. Vamos a remolque del derecho anglosajón indubitadamente, con ciertas miras puestas en lo que Alemania e Italia están sugiriendo. En cualquier caso, sí coincidimos todos en algo trascendente: Del deslumbramiento inicial, por el que cualquier vulneración constitucional que se producía en la obtención o práctica de un medio de prueba en el proceso penal, significaba la exclusión prácticamente de forma automática de la prueba afectada del proceso, es decir de una situación claramente pro “libertad/derechos fundamentales”, estamos pasando a un lamentable y preocupante reduccionismo teórico-práctico en el que todo vale si hay algún resquicio a la legalidad. El péndulo hoy se está inclinado claramente a favor de la “eficacia-seguridad”. Veamos qué ha pasado y demostraremos la conclusión que se acaba de avanzar.

II.

La fuente primordial, la Constitución de 1978, no regula ni directa ni indirectamente las prohibiciones probatorias. Tampoco de ninguno de sus preceptos se desprende directamente una regla de exclusión.

Una cosa es que la Constitución contenga derechos fundamentales de las partes procesales, sobre todo del acusado, que hagan referencia directa o indirectamente a temas probatorios, como el derecho a la igualdad procesal (art. 14), el derecho a ser informado de las razones de su detención

(art. 17.3), el derecho a ser informado de la acusación formulada en su contra (art. 24.2), el derecho a la asistencia letrada durante la detención policial y judicial (art. 17.3), el derecho a la defensa técnica durante el proceso (art. 24.2), el derecho a no declarar durante la detención (art. 17.3), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), el derecho a que no se produzca indefensión (art. 24.1 y 2), el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2), el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2), el derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2), el derecho a no confesarse culpable (art. 24.2), y el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2). Todos estos derechos fundamentales, garantías institucionales y libertades públicas consagradas por la Constitución, han acabado entrando en juego de alguna manera cuando nuestro Tribunal Constitucional (en adelante abreviado TC) ha tratado de fundamentar al máximo nivel legislativo una regla de exclusión en un proceso, generalmente penal, sobre todo con relación a la protección del secreto de las comunicaciones de los imputados o acusados, pero no solo en relación con ello, y a la protección explícita de su presunción de inocencia.

Un brevísimo apunte ahora. La redacción del art. 24.2 de la Constitución española estuvo muy influenciada por el texto del art. 24 de la Constitución italiana vigente.

Y otra cosa es que entre sus derechos fundamentales, garantías institucionales y libertades públicas reconozca los derechos a la vida (art. 15), a la integridad física (art. 15), a la libertad de movimientos (art. 17.1), al honor (art. 18.1), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1), a la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2), y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3), que de ser vulnerados en el proceso darán lugar sin duda alguna a una regla de exclusión.

Como tal regla o prohibición probatoria, pues, la Constitución española no recoge ninguna entre sus disposiciones. Ello no significa en absoluto que las prohibiciones de prueba no se puedan basar sólidamente en normas constitucionales, precisamente las que acabamos de recoger, con el loable fin de que el ciudadano cuyos derechos fundamentales hayan sido vulnerados a través de pruebas prohibidas pueda acceder, en su caso, a la máxima tutela que nuestro Ordenamiento prevé, el recuso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Así es, en 1984 el Tribunal Constitucional español tuvo ocasión de conocer de un supuesto que le sirvió para dictar la primera sentencia española en materia de prueba prohibida, un caso por lo demás curiosamente de origen no penal, sino laboral (S TC 114/1984, del 29 de noviembre). En los fundamentos jurídicos de esta sentencia se establecen como doctrina de

partida varias consideraciones que es preciso tener en cuenta. En primer lugar, destaco que acredita conocimiento de la doctrina norteamericana de la *exclusionary rule*, aunque no cita la jurisprudencia verdaderamente importante, así como de la situación en Francia y en Italia. Curiosamente no dice nada de Alemania.

En segundo lugar, entiende el TC que no hay ninguna norma en la CE que consagre un derecho constitucional autónomo a la desestimación de la prueba ilícita. De hecho afirma que estamos aquí ante una encrucijada de intereses, por un lado hallar la verdad material en el proceso, y por otro la garantía de los derechos de los ciudadanos.

En tercer lugar, si la ilicitud probatoria se diera y si existiera una regla que impusiera su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio podría afectar a los derechos fundamentales siguientes:

1. Al derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE; no reconocido exactamente igual que lo hace el art. 111 de la Constitución italiana). La razón es que constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias del proceso; y
2. Al principio de igualdad entre las partes (art. 14 CE), puesto que esa vulneración conlleva una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro.

Por tanto, a partir de ahora, resulta imposible que sea admitida en el proceso, en cualquier proceso, una prueba obtenida violentando un derecho fundamental, una garantía institucional o una libertad pública del imputado o acusado.

Sin entrar en una crítica a fondo de lo esencial de esta nueva doctrina⁽⁹⁾, resulta claro que esta sentencia significa en España un paso adelante en la protección de los derechos fundamentales del ciudadano imputado o acusado, sobre todo en el proceso penal.

Obsérvese por último que el TC no fundó en este caso la posible regla de exclusión en el derecho del acusado a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), probablemente porque los hechos que la motivaron pertenecían al orden jurisdiccional laboral, presunción de inocencia cuya vulneración sí ha

(9) Véase por todos OLIVA SANTOS, A. de la. *Sobre la ineficacia e las pruebas ilícitamente obtenidas*. Revista Tribunales de Justicia 2003, núms. 8-9, p. 3 y ss.

sido estimada posteriormente en la mayor parte de las sentencias sobre prueba prohibida de nuestro TC, que traían causa de un proceso penal, debido a que la prueba prohibida, al no ser prueba válida, no desvirtúa la presunción de inocencia del acusado y, por tanto, no es prueba de cargo suficiente para que el tribunal pueda condenar.

III.

Esta doctrina tuvo un impacto súbito enorme, porque fue recogida inmediatamente en el art. 11.1, inciso segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, que se aprobó en julio de 1985, es decir, menos de un año después de la primera sentencia de nuestro TC anteriormente comentada. El texto legal es no obstante demasiado cáustico, pues según este precepto, “(...) No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

A partir de aquí comenzaron a publicarse estudios doctrinales de envergadura que trataron de explicar el alcance de esta norma⁽¹⁰⁾, centrándose sobre todo en el entendimiento del adverbio “indirectamente”⁽¹¹⁾, no introducido por la STC 114/1984, del 29 de noviembre, pero que a la postre se acabó confirmando por el propio TC que su significado no era otro que concentrar en apretado resumen la evolución del efecto reflejo de la prueba prohibida, o doctrina norteamericana de los “frutos del árbol envenenado”.

En la STC 64/1986, del 21 de mayo, en un caso de un acusado por delito de prostitución que fue condenado con base en declaraciones sumariales de cuatro testigos que no comparecieron el día del juicio, el Alto Tribunal matiza lo dicho en la S 114/1984, al decir que la doctrina de la prueba prohibida se aplica a “la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener tales pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión”. Quizás no tenga tanta importancia esta decisión, porque al fin y a la postre el resultado sería el mismo, ya que

(10) Véanse PASTOR BORGONÓN, B. *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. A propósito de la sentencia núm. 114/1984, del 29 de noviembre* (BOE del 21 de diciembre de 1984), dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 167/1984. *Revista Justicia* 1986, núm. II, p. 337 y ss.; y MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona 1999, p. 62 y ss.

(11) Véanse ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Ed. Trivium, Madrid 1989, p. 89; VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Ed. La Ley, Madrid 1993, p. 120 y ss.; PICO I JUNOY, J., *Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas*, *Revista Justicia* 1997, núm. III, p. 890 y ss. Véase también MUÑOZ CONDE, F., *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. *Revista Penal* 2004, núm. 14, pp. 101 y 102.

la prueba quedaría excluida al haberse producido una vulneración de la prohibición de indefensión del art. 24.2 CE, por aplicación de la nulidad de los actos procesales (arts. 238 y ss. LOPJ), pero lo cierto es que al afirmar que la prueba prohibida solo se puede producir en la fase de investigación del proceso penal, sienta una precisión discutible. Que ello sea lo usual no quiere decir que sea lo correcto, ya que por ejemplo también puede darse durante una investigación sumaria complementaria de nuevos hechos criminales que se descubren durante la práctica de la prueba, al amparo del art. 746-6 LECRIM, que se ordena precisamente en pleno juicio oral. Tampoco es admisible que la misma vulneración de un mismo derecho fundamental en un proceso penal pueda estar sometida a dos regímenes jurídicos distintos⁽¹²⁾.

Pero fue en 1994 cuando se dio un paso todavía más proteccionista, confirmando la expansión imparable de la teoría de la prueba prohibida desde su reconocimiento constitucional en 1984 y legal en 1985, pues es en ese año cuando en un caso en el que se practicó una intervención telefónica acordada judicialmente por providencia (resolución no motivada) de dos personas por sospecha de comisión de delitos contra la salud pública (tráfico de estupefacientes), intervención que fue prorrogada hasta dos veces por la policía sin que llegara la preceptiva autorización judicial que había solicitado, durante cuyo transcurso se descubre el delito, el TC sienta en su S 85/1994, de 14 de marzo, la doctrina de la eficacia refleja de la prueba prohibida, reconociéndola en el Derecho Procesal español⁽¹³⁾, de modo similar a como ocurrió con otros tribunales americanos y europeos.

Esta es la primera sentencia en donde se determinan claramente los efectos de la estimación de la demanda de amparo en un caso de prueba prohibida, pues no solo se excluye la prueba del proceso (en este caso, una conversación telefónica ilegal), sino también la que es su consecuencia (aquí una prueba indiciaria, la ocupación de droga a una menor de edad), con la consecuencia material de que, al aceptarse el amparo por el TC, ello supuso la libre absolución de los dos condenados.

De este modo, lo que se hace es reconocer en nuestro sistema procesal penal la doctrina de los frutos del árbol envenenado norteamericana, que por cierto no es recogida así por la sentencia, pero que indudablemente implica lo mismo. Aunque fue el Auto TC 155/1999, de 14 de junio, el que se

(12) Véase ARMENTA DEU, T., *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Ob. cit., p. 189.

(13) Véanse GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Normas y jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso-administrativo y social*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 10, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, p. 161 y ss.; y MIRANDA ESTRAMPES, M., *La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*. Revista Jueces para la Democracia 2003, núm. 47, p. 56.

refirió por vez primera de manera expresa a esa terminología estadounidense tan plástica en el seno del TC, ya más de dos años antes la STS 814/1992, del 7 de abril (RA 2864), había traído esa terminología extranjera a nuestra práctica judicial, que ha sido luego seguida sin alteraciones por nuestro más Alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria, a veces refiriéndose a ella como doctrina de “efecto dominó”.

En el Derecho italiano se encuentra algo similar, puesto que el art. 191 del CPP prohíbe la utilización de resultados probatorios obtenidos ilícitamente, incluso más allá, al emplearse el verbo “obtener”, se reconoce la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado, y así lo ha puesto de manifiesto la mejor doctrina italiana⁽¹⁴⁾, aunque no se ha llegado tan lejos en tema de eficacia refleja como en España.

IV.

La interpretación extensiva (la prueba prohibida comprende también los frutos del árbol envenenado), se mantuvo muy poco tiempo, hasta 1995, año inmediatamente posterior al recogimiento de la teoría de la eficacia refleja, como acabamos de ver, lo que indica que la jurisprudencia española no tardó mucho tiempo en darse cuenta que en la práctica la adopción de la doctrina refleja dejaba en realidad en libertad a grandes criminales autores de delitos horrendos, y empezó a buscar la manera de que ello no sucediera, sin discutir lo esencial de la doctrina del TC sentada en 1984 sobre la prueba prohibida, solo centrándose en negar las consecuencias de la eficacia refleja, por tanto buscando la manera de que no todas las pruebas derivadas o existentes en el proceso, además de la verdaderamente ilícita, fuesen fruto del árbol envenenado.

Y lo hizo estableciendo tres criterios restrictivos, uno sentado por el propio TC, la llamada excepción de prueba jurídicamente independiente, y los otros dos por el TS, las excepciones del descubrimiento inevitable y del hallazgo casual. Tampoco en ello ambos altos tribunales españoles aportaron nada nuevo, pues el Tribunal Supremo USA ya se les había adelantado.

1. La excepción de prueba jurídicamente independiente: La primera de las excepciones fue establecida en la STC 86/1995, del 6 de junio, en un caso en el que los demandantes de amparo habían sido condenados como autores de un delito contra la salud pública (tráfico de drogas) con base en

(14) Véase por todos CHIAVARIO, M., *La normativa sobre las pruebas en el proceso penal italiano: temas y problemas*. En: GÓMEZ COLOMER, J.L., (Coord.) “Prueba y proceso penal, Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado” (trad. Lázaro Guillamón), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, p. 391 y ss.

intervenciones telefónicas practicadas sin mandamiento judicial. El TC a pesar de reconocer, como hizo el TS en su día, que se había vulnerado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones de los demandantes (art. 18.3 CE), desestimó el amparo al entender que, sin perjuicio de ello, existía prueba de cargo suficiente, no vinculada a la intervención telefónica, consistente en la confesión de un coacusado.

El TC no revoca su propia doctrina⁽¹⁵⁾. Los resultados probatorios obtenidos como consecuencia de una intervención telefónica ilegal constituyen prueba prohibida y por tanto, ni directa ni indirectamente pueden fundar una condena de los acusados, debiendo ser excluidos del proceso, pero, y aquí viene la novedad, que limita la eficacia refleja y reduce sustancialmente el garantismo que con la doctrina sobre la prueba prohibida hasta ahora seguida y aplicada en la práctica se pretendía conseguir, si existe una prueba independiente de aquellos resultados probatorios ilegalmente obtenidos, prueba que es legal, esa prueba sí permite valorar los hechos y si es de cargo, es suficiente para destruir la presunción de inocencia. En consecuencia, todo el proceso no queda contaminado, no se produce la nulidad radical de la sentencia y por tanto y en definitiva del proceso, con la consiguiente absolución de los acusados, sino muy al contrario, solo está contaminada la prueba ilegal y las demás sufren el juicio valorativo que corresponda. No hay pues frutos envenenados si hay prueba válida independiente.

La excepción de prueba independiente puede tener su origen, cómo no, en la jurisprudencia norteamericana (*independent source*), y en concreto en el caso *Wong Sun* de 1963⁽¹⁶⁾.

Pero esta teoría es muy débil e inconsistente, porque no siempre se sabe si la prueba lícita segunda se ha obtenido de forma totalmente independiente respecto a la primera. Es más, en el caso citado el propio TC reconoce que el co-acusado confesó ante la evidencia de los resultados probatorios obtenidos como consecuencia de la intervención telefónica ilegal, pero resta valor a este hecho y se lo da a la naturalidad de la confesión, obtenida después de ser advertido de las consecuencias por la policía y prestada ante abogado.

Esta doctrina fue confirmada casi inmediatamente por la STC 54/1996, del 26 de marzo, en otro caso de intervención telefónica ilegal por delito de terrorismo (detención ilegal), cuyos resultados probatorios fueron declarados prueba prohibida, pero insuficientes para vulnerar la presunción de inocencia al existir prueba testifical de cargo independiente que la desvirtuaba, así

(15) De hecho, cuando no hay prueba independiente la mantiene sin fisuras con la misma consecuencia material de absolución para el condenado, v. gr., STC 49/1996, del 26 de marzo.

(16) *Wong Sun v. United States*. 371 U.S. 471 (1963).

como una declaración del propio acusado reconociendo un hecho de cargo. Y también, entre otras, por la STC 8/2000, del 17 de enero, en un caso de tráfico de drogas en el que se produce un registro domiciliario ilegal, pero cuyos resultados son corroborados mediante pruebas testificales válidas y declaraciones de coimputados⁽¹⁷⁾. Esta doctrina es seguida hoy en día literalmente por el TS español⁽¹⁸⁾.

2. La excepción del descubrimiento inevitable: La segunda de las excepciones proviene, no del TC, sino del TS, que, en su S 974/1997, del 4 de julio (RA 6008), estableció en un caso de tráfico de drogas en el que se obtuvieron resultados probatorios directos y relacionados como consecuencia de una intervención telefónica ilegal, a los que se habría llegado de todas maneras por vías procesales lícitas, otra restricción mucho más importante de la eficacia refleja.

El descubrimiento inevitable es un perfeccionamiento de la teoría de la prueba independiente, antes vista, configurándose también como una excepción a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita (recordemos, doctrina de los frutos del árbol envenenado), y sin duda alguna el *inevitable discovery* proviene del caso *Nix v. Williams* de la jurisprudencia norteamericana, de 1984⁽¹⁹⁾.

Su fundamento reside, pues, en que es posible llegar válidamente a una conclusión probatoria, obtenida de manera lícita (v. gr., mediante prueba testifical), de que un hecho ha existido, aunque se haya conocido ese mismo hecho por la prueba ilícita (intervención telefónica), o por la prueba derivada (declaración de co-imputado), que también es ilícita (“indirectamente”), siempre que la prueba válida sea independiente, es decir, sin conexión causal con la prueba ilícita directa o derivada. Que por la prueba lícita se llegue inevitablemente al conocimiento del hecho delictivo elimina la eficacia refleja de la prueba prohibida, pues permite, según nuestro TS, la condena del acusado⁽²⁰⁾.

Pero esta excepción también es criticable, porque la presunción de inocencia solamente puede desvirtuarse mediante pruebas lícitas, y además, como ocurre con la excepción de prueba independiente, no se sabe siempre si el descubrimiento ha sido inevitable o no. Su mayor inconsistencia reside en

(17) Véase también la STC 184/2003, del 23 de octubre.

(18) Vide por ejemplo las SSTC 1490/1998, del 26 de noviembre (RA 8986); 2210/2001, del 20 de noviembre (RA 1281 de 2002); 588/2002, del 4 de abril (RA 5445); y 498/2003, del 24 de abril (RA 4231).

(19) *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

(20) Doctrina seguida por la S TS 123/2002, del 6 de febrero (RA 2236); STSC 836/2002, del 10 de mayo (RA 7157); STC 885/2002, del 21 de mayo (RA 7411); y STC 227/2006, del 8 de marzo (RA 2278); entre otras.

que en función del caso el descubrimiento inevitable puede basarse en meras hipótesis, suposiciones o conjeturas, no en hechos claramente probados.

3. La excepción del hallazgo casual: La última de las excepciones proviene también del TS, que en su S 1313/2000, de 21 de julio (RA 6772), ha determinado que el hallazgo casual de una prueba es lícito y enerva la presunción de inocencia, aunque la prueba originaria sea ilícita. No es que trate por vez primera aquí nuestro más alto tribunal ordinario los efectos jurídicos del hallazgo casual, sino que es en esta sentencia en donde lo relaciona directamente con la teoría de la prueba prohibida. Y lo ha hecho, cómo no, en un caso de delito contra la salud pública (tráfico de drogas), en que se conoce la prueba independiente de manera totalmente fortuita mediante una interceptación telefónica efectuada en otra causa.

La prueba hallada casualmente queda sometida al principio de contradicción en el juicio oral para que pueda ser considerada lícita y valorada judicialmente, de manera que los agentes de policía que la encontraron deben comparecer en el mismo como testigos⁽²¹⁾. Desde entonces esta doctrina se mantiene invariable por el TS español⁽²²⁾.

Constituye por tanto otra excepción relevante a la teoría de la eficacia refleja de la prueba prohibida. En realidad si somos serios dogmáticamente, estamos ante una variedad de la teoría del descubrimiento inevitable, en donde el hallazgo casual elimina la conexión de antijuridicidad (v. inmediatamente) y por tanto convierte a la prueba descubierta casualmente, es decir, de alguna manera inevitablemente, en prueba de cargo válida para condenar.

V.

El estado actual de la cuestión es más restrictivo todavía, en la teoría y en la práctica, porque es a partir de 1998 cuando el TC español ha confirmado la tendencia claramente reduccionista en esta materia, negando no solo cualquier posibilidad de expansión a la doctrina de la prueba prohibida, sino también y lo que es más grave, que al menos se conserve lo que se había logrado hasta ahora.

El reduccionismo garantista se produce al abrirse por el TC tres frentes distintos nuevos, en realidad uno solo del que se derivan los otros dos, que o bien implican cambios jurisprudenciales sobre doctrina ya asentada de la prueba prohibida, o bien otras excepciones, además de las ya estudiadas, a

(21) STSC 1990/2002, del 29 de noviembre (RA 10873).

(22) Vide SSTC 377/2003, del 12 de marzo (RA 2660); STC 733/2004, del 7 de junio (RA 2289); STC 879/2006, del 20 de septiembre (RA 6402); y STC 1165/2006, del 20 de noviembre (RA 9187).

la doctrina de los frutos del árbol envenenado que anulan por completo la eficacia refleja.

1. La excepción de la conexión de antijuridicidad: Se recoge por vez primera en la STC 81/1998, de 2 de abril. En este caso el TC deniega el amparo a un condenado por delito contra la salud pública (tráfico de drogas), habiéndose realizado en el proceso una intervención telefónica ilegal, pero existiendo cuatro testigos (guardias civiles) y habiéndose aprehendido la droga con ocasión del dispositivo de vigilancia montado que acabó en su detención, operación que se articuló por lo escuchado durante la intervención telefónica. La cuestión por tanto era decidir si la conexión causal existente en las últimas pruebas las contaminaba por la intervención ilegal o si, al contrario, podían fundar la condena por ser jurídicamente independientes⁽²³⁾.

La conexión de antijuridicidad es sin duda, además de una depurada evolución técnica de la teoría de la prueba jurídicamente independiente que ya conocemos, la excepción más importante a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita (teoría de los frutos del árbol envenenado)⁽²⁴⁾, y la doctrina afirma no sin razón que de hecho esta excepción significa prácticamente la desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en el proceso penal⁽²⁵⁾. Esta doctrina ha sido mantenida posteriormente en numerosas sentencias del TC⁽²⁶⁾, y seguida prácticamente sin matices por el TS español⁽²⁷⁾.

(23) Esta sentencia es explicada con detalle por su propio ponente, v. VIVES ANTÓN, T., *Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los “frutos del árbol emponzoñado”*. Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana. 2002, núm. 4, p. 12 y ss. Ha interpretado esta doctrina su discípulo GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida*. En: Juan-Luis GÓMEZ COLOMER (Coord.) “Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado”. Ob. cit., p. 279 y ss.

(24) Véase un amplio resumen jurisprudencial en CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal* (2ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, t. I, p. 423 y ss.; y en URBANO CASTRILLO, E. de / TORRES MORATO, M.A., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial* (4ª ed.), Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2007, p. 79 y ss.

(25) Véanse LÓPEZ ORTEGA, J.J., *Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional (A propósito de la STC 81/1998)*, Revista de Derecho y Proceso Penal 1999, núm. 1, p. 133 y ss.; JUANES PECES, A., *La prueba prohibida (análisis de la Sentencia del 7 de abril de 1999 del Tribunal Constitucional)*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 1999, núm. 2, pp. 1682 a 1686; CEDEÑO HERNÁN, M., *Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de Derecho Público 2000, núm. 10, p. 206; y MIRANDA ESTRAMPES, M., *La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*. Ob. cit., p. 59.

(26) Por ejemplo, SSTC 49/1999, del 5 de abril; 94/1999, del 31 de mayo; 239/1999, de 20 de diciembre; 136/2000, del 29 de mayo; 299/2000, de 11 de diciembre; 14/2001, del 29 de enero; 167/2002, del 18 de setiembre; y 26/2006, de 30 de enero.

(27) Por ejemplo, SS TS 1203/2002, del 18 de julio (RA 7997), 2011/2002, del 3 de diciembre (RA 10956); 2210/2001, del 20 de noviembre (RA 1281 de 2002); 28/2003, del 17 de enero (RA 926); 58/2003, del 22 de enero (RA 1130); 9/2004, del 19 de enero (RA 2161).

La conexión de antijuridicidad se funda en que una prueba derivada lícita es fruto del árbol envenenado, si existe una relación causal entre la prueba independiente segunda obtenida temporalmente y la ilícita primeramente obtenida (una relación natural entre ellas de manera que la independiente se obtenga de la ilícita), y además existe una conexión de antijuridicidad (las dos pruebas son ilegítimas constitucionalmente)⁽²⁸⁾.

Obsérvese, por tanto, que ya no basta, como mantenía hasta ahora el TC, con la conexión causal o relación natural entre la segunda prueba y la prueba prohibida primera para que, por aplicación del efecto reflejo, la segunda sea considerada también prueba prohibida, sino que es necesario que se dé además otra clase de conexión, esta de naturaleza no natural sino jurídica, la conexión de antijuridicidad⁽²⁹⁾.

La apreciación de la conexión de antijuridicidad dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental producida en primer lugar, pues si no es grave y se pueden obtener las pruebas por otras vías no existirá tal conexión; así como de su resultado y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud en segundo lugar, de modo que dicho derecho fundamental no quede privado de ninguna de sus garantías esenciales por la obtención de la prueba derivada, en cuyo caso tampoco existirá esa conexión de antijuridicidad.

Deberá pues analizarse en el caso concreto la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria, así como la entidad objetiva de la vulneración cometida.

Proviene también de la jurisprudencia norteamericana, pues estamos ante el *deterrent effect* (efecto disuasorio) que funda la excepción⁽³⁰⁾.

Se achaca doctrinalmente a esta sentencia que el TC se haya valido de una construcción artificiosa⁽³¹⁾ para evitar impunidad: Lo que está diciendo en realidad el TC es que un simple fallo técnico en el proceso no puede dejar a un asesino libre. Puede significar también una ampliación desmesurada de las excepciones, pues dados los términos en los que ha sido formula-

(28) Véanse las diferencias entre prueba diferente pero derivada de la obtenida ilícitamente, de la prueba independiente a efectos de conexión de antijuridicidad en la STS 1203/2002, del 18 de julio (RA 7997).

(29) Así VIVES ANTÓN, T., *Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los "frutos del árbol emponzoñado"*. Ob. cit., p. 11.

(30) *Casos Weeks v. United States*. 232 U.S. 383 (1914), y *Silverthorne Lumber Company v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

(31) Así califican a esta excepción DÍAZ CABIALE, J.A. / MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2001, p. 104; y MIRANDA ESTRAMPES, M., *La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*. Ob. cit., p. 61. Véase también ARMENTA DEU, T., *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Ob. cit., p. 196.

da, las posibilidades de hallar casos en los que no existan las conexiones de antijuridicidad exigidas son teóricamente muchas. La jurisprudencia del TS llama también la atención sobre los peligros de esta doctrina⁽³²⁾.

Lo importante procesalmente es que a partir de aquí el TC ha reforzado su teoría de la prueba independiente en relación con la conexión de antijuridicidad⁽³³⁾. Pero no ha sido la última evolución, pues a partir de esta nueva doctrina ha fijado ulteriormente dos supuestos en los que se da un rompimiento de la conexión de antijuridicidad si se producen: 1) La excepción de confesión voluntaria del inculpado; y 2) La excepción de buena fe. Por su importancia los destacamos igualmente como manifestaciones propias del reduccionismo garantista en el que nos encontramos en estos momentos. Entremos, pues, en su estudio.

2. La excepción de confesión voluntaria del inculpado: Esta excepción es consecuencia de la teoría de la conexión de antijuridicidad. Sin negar su validez anterior a 1998 como prueba independiente, un cambio jurisprudencial importante se produce después de sentar el TC su teoría de la conexión de antijuridicidad en ese año, como hemos visto, precisamente para establecer un supuesto claro en que no se da esa conexión.

Así es, la excepción de confesión voluntaria del inculpado se recoge en la S TC 161/1999, del 27 de setiembre, en un caso por delito contra la salud pública (tráfico de drogas), en el que se halló la droga y los utensilios para su preparación para venta como consecuencia de un registro domiciliario declarado ilegal, pero en el que el condenado admitió expresamente la tenencia de la droga. A partir de ahí el TC sentenció que la “confesión” (en realidad admisión de los hechos criminales) voluntaria del inculpado enerva la presunción de inocencia, al no existir conexión de antijuridicidad con el registro ilegal, lo que permite la condena del acusado.

En esta sentencia se establece, pues, la doctrina en cuya virtud la confesión voluntaria del inculpado, dados los requisitos establecidos en la misma, rompe la conexión de antijuridicidad con la prueba ilícita original. Al ser prueba válida, mediante la confesión voluntaria se incorporan al proceso todos aquellos datos probatorios que habían sido obtenidos de manera

(32) Su STC 160/2003, del 24 de febrero (RA 2510) lo expone con claridad al considerar la evolución del tema. Puede verse también un análisis de casos relativos a esta cuestión en URBANO CASTRILLO, U. de, *Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de prueba ilícita, y en particular, la conexión de antijuridicidad*, en CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (Dir.), “Las reformas procesales”. Estudios de Derecho Judicial 58-2004, Ed. CGPJ, Madrid 2005, p. 130 y ss.

(33) Tanto para admitir su existencia, como para negarla: Véanse por ejemplo las SS TC 136/2000, del 29 de mayo; 299/2000, del 11 de diciembre; 138/2001, del 18 de junio; y 123/2006, del 24 de abril.

contraria a los derechos fundamentales, convalidando de esta manera el acto originario ilícito⁽³⁴⁾.

Esta doctrina es seguida por el TS⁽³⁵⁾. Es susceptible de muchas críticas, ya que en la práctica los datos confesados suelen provenir directamente y estar íntimamente relacionados con los obtenidos de forma ilícita. Pero el problema más grave quizás sea el de la voluntariedad de la confesión, como ha puesto de manifiesto el TS últimamente⁽³⁶⁾.

3. La excepción de buena fe: Finalmente, la STC 22/2003, de 10 de febrero, en un caso en el que el piso de una persona es registrado con consentimiento de la esposa, hallándose un arma de fuego propiedad del acusado, decretándose la inconstitucionalidad del allanamiento, pero la validez del hallazgo del arma por la policía, porque esta actuó sin dolo o culpa.

Esta es la denominada doctrina de la buena fe, que tiene su origen también en la jurisprudencia norteamericana (*United States v. Leon*, de 1984⁽³⁷⁾). El ejemplo típico es precisamente el del policía que realiza un allanamiento de morada con orden judicial que cree válida (*good faith*), pero que después es declarada nula, admitiéndose la prueba hallada porque el policía ha actuado de buena fe.

La excepción de buena fe neutraliza así la aplicación de la regla de exclusión. A nivel práctico ya fue resaltada en España la buena fe del policía por la SSTC 994/1997, del 4 de julio (RA). Es una doctrina criticable, porque es demasiado amplia, no quedando asegurada la garantía constitucional que se protege con la regla de exclusión.

Para finalizar, poca ayuda podemos encontrar en esta materia en el TEDH, porque ha dicho expresamente que la regulación sobre la admisibilidad de la prueba es competencia del derecho interno de cada Estado, por tanto que no entra dentro del derecho al proceso justo o derecho al proceso con todas las garantías del art. 6 CEDH⁽³⁸⁾. Lo que valora el Alto Tribunal europeo es, con relación a la prueba, que haya sido obtenida,

(34) Véanse también las SSTC 136/2006, de 8 de mayo; y 49/2007, del 12 de marzo.

(35) Véanse por ejemplo las SS TS 2012/2000, de 26 de diciembre (RA 10470); 550/2001, del 3 de abril (RA 3342); 498/2003, del 24 de abril (RA 4231); 82/2002, del 28 de enero (RA 1855); 1057/2002, del 3 de junio (RA 7131); 408/2003, del 4 de abril (RA 3848); 339/2004, del 16 de marzo (RA 2807); y 926/2006, del 6 de octubre (RA 7105).

(36) Véase, por ejemplo, su S 1048/2004, de 22 del setiembre (RA 5834), en otro caso de tráfico de drogas. La SSTC 1636/2005, del 31 de marzo (RA 3379) también se hace eco de diferentes posturas jurisprudenciales en estos temas.

(37) *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

(38) Véanse ESPARZA LEIBAR, I./ EXTEBERRIA GURIDI, J.F., *Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo*. En: LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir), "Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático". Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2004, p. 211.

incorporada al proceso y valorada respetando las garantías que conforman el proceso justo. Ello lo viene diciendo desde el asunto Schenk v. Suiza (S TEDH del 12 de julio de 1988), un caso de intervenciones telefónicas sobre el que en realidad no se pronunció el tribunal⁽³⁹⁾.

VI.

Como conclusión, la realidad se impone. Las restricciones actuales en la aplicación de las doctrinas iniciales en materia de prueba prohibida son tan importantes que en el fondo de lo que se está hablando no es de prueba, sino de impunidad, es decir, que no importa tanto que la prueba sea lícita o no, cuanto que se castigue al verdadero culpable. Cuando se ingenian por nuestros más altos tribunales las teorías, por ejemplo, del descubrimiento inevitable o de la buena fe, es porque el tribunal piensa que la sociedad jamás entendería que un criminal, sobre todo si es un salvaje terrorista, un brutal asesino, un despiadado narcotraficante, un inhumano favorecedor de trata de blancas, o un despreciable corruptor de menores, es decir, si estamos ante casos socialmente muy relevantes, fuese puesto en libertad por un “mero tecnicismo” legal.

Pero ello no empece a criticar estas restricciones por fundarse en construcciones artificiosas, sin ningún apoyo legal además. Esas excepciones, además de evitar la impunidad, pretenden proteger también a la autoridad pública de investigación frente a posibles fallos que implicarían, de mantenerse las teorías iniciales sobre prueba prohibida, ineludiblemente la absolución del acusado. A ello debe añadirse que ni siquiera, por muy artificial que fuera la construcción, contamos con jurisprudencia dogmática, consistente y segura, por tanto en cualquier momento se pueden producir nuevas sorpresas. Es por ello por lo que se puede decir sin ambages que hemos pasado de asumir la prohibición probatoria por sus efectos de disuadir a la policía de actuar contra la ley, y de proteger constitucionalmente los derechos de los ciudadanos imputados o acusados frente al poder intervencionista del Estado en la esfera individual, a puras consideraciones utilitaristas de castigar como sea a quien “evidentemente” es culpable de un crimen horrendo.

¿*Quo vadis*, prueba prohibida? Pues la verdad es que no lo sé con exactitud, aunque intuitivamente tengo alguna idea. En cualquier caso, estoy convencido de que es preciso retomar las riendas de nuevo y con urgencia en tan delicada cuestión y volver a posiciones garantistas, contando esta vez con las experiencias prácticas que nos hicieron desviarnos del camino emprendido,

(39) Un estudio jurisprudencial exhaustivo puzede verse en MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 58 y ss.

por tanto sin ignorar las exigencias sociales que las motivaron, reforzando la legalidad de la investigación del crimen de manera que todos los que intervengan estén lo suficientemente formados y capacitados como para evitar para siempre esos fallos técnicos causantes de nulidades procesales y motivadores subsiguientes de absoluciones indeseadas. La idónea formación policial en estos temas jurídicos tan relevantes aparece en este sentido como la primera meta a alcanzar para retornar al garantismo. Con ello se contribuiría además y notablemente, a generar la confianza suficiente en la ciudadanía para creer que su proceso penal está correctamente configurado para luchar mejor y con mayor efectividad contra los más execrables delitos y sus despiadados autores.

Pero no solo, pues también sería muy útil que todos los supuestos de posibles ilicitudes probatorias vulneradoras de la Constitución quedaran normativizados, es decir, regulados en la ley ordinaria por escrito, de manera tal que su infracción se considerara, o bien causa de nulidad de todo el proceso y, por tanto, de puesta en libertad sin cargos del imputado o de su absolución, o bien de nulidad solo del acto, permitiéndose la condena en caso de existir otras pruebas lícitamente obtenidas. Ello partiendo de la distinción alemana, por su utilidad, entre prohibición acerca de la práctica de pruebas y prohibición acerca del aprovechamiento de resultados probatorios, pues ambos supuestos no están contemplando el mismo fenómeno. Con ello se contribuiría por otra parte también a simplificar el proceso y el procedimiento, particularmente en materia probatoria, ante la claridad normativa alcanzada.

Entre los primeros casos, es decir, los que provocan nulidad, deberían entrar las violaciones probatorias producidas con ocasión de la detención del inculpado, y en particular con relación a su derecho de defensa, así como las que afectaren a sus derechos constitucionales a la vida, a la integridad física, a la intimidad personal, a la inviolabilidad de su domicilio, y al secreto de comunicaciones, es decir los derechos fundamentales no procesales o sustantivos. Entrarían en cambio en los segundos casos (anulabilidad por irregularidades procesales), todos los demás.

También habría que elevar a categoría legal el efecto reflejo de la prueba prohibida, por tanto se debería indicar por la ley expresamente, y no solo con un escueto adverbio, que las pruebas obtenidas del árbol envenenado, lo están también en todo caso y sin excepción, siendo utilizables o no en relación con la clasificación anterior.

El paso inicial más importante a dar para evitar males mayores, pues, en el tema de prohibiciones probatorias, sería en mi propuesta intuitiva lograr en primer lugar una formación jurídica adecuada de los órganos de persecución penales, especialmente de la Policía; y, en segundo lugar, regular

legalmente con detalle todos los supuestos de prohibiciones probatorias, estableciendo normativamente también sus efectos procesales.

Esta propuesta respetaría adecuadamente el derecho al proceso con todas las garantías o proceso justo (proceso debido como se conoce en el mundo anglosajón), además de proporcionar una indudable seguridad jurídica.

Con ello se conseguirá respetar algo que no por obvio debe dejar de decirse, que la Constitución está por encima de cualquier ley ordinaria y de cualquier interpretación de la misma por un tribunal, y que para conseguir volver a un garantismo fundado y sensato dado el actual desequilibrio existente entre optar por la protección de los derechos del imputado o por la exclusión de una prueba del proceso, debe bastar con aplicarla teniendo en cuenta ese criterio de superioridad normativa.

Por otra parte, la verdadera convergencia y armonización en materia de reglas de exclusión probatoria o prueba prohibida en Europa, sería mucho más fácil de alcanzar si estas propuestas y otras que las puedan mejorar, fueran tenidas en cuenta por el legislador, sobre todo ante la importancia cada vez mayor del intercambio probatorio desde el punto de vista transnacional.

“Not a game”: Fairness, openness and efficiency in modern english criminal procedure^(*)

Prof. Dr. L.H. LEIGH^(**)
(*Inglaterra*)

SUMMARY: I. Introduction. II. Values and the pre-trial stage. III. Values and the Trial Stage. IV. Case management. V. Disclosure. VI. Voluntary plea. VII. Changes to rules of evidence. i) Drawing of inferences. ii) evidence of previous convictions. iii) Hearsay generally. iv) Evidence by video link. VIII. Trier of Fact. IX. Conclusions.

I. INTRODUCTION

Comparative lawyers from civil law systems not uncommonly refer to Anglo-Saxon systems of procedure as though these, deriving from a common genesis, remain sufficiently similar in their ethos and content to justify broad and sometimes misleading generalisations concerning their structures and operation. Criminal practitioners, while conscious of the many changes to the system produced by legislation and to a degree by case-law, do not always reflect upon the extent to which the English system has evolved in a way which not only both brings their system closer to that of civil procedure but in some respects also to those of their Continental neighbours. This evolution owes a something to the influence of the European Convention on Human Rights and to the Human Rights Act 1998 which incorporated the Convention into domestic English law⁽¹⁾. Much of it, however, primarily

(*) Para una lectura adecuada de este artículo se incluye a continuación del mismo su traducción al castellano.

(**) Formerly Professor of Criminal Law in the University of London (London School of Economics and Political Science). I am grateful to Professor M.J. Allen, of the Criminal Cases Review Commission and to Professor J.R. Spencer of the University of Cambridge for their comments on an earlier draft of this article.

(1) The Auld Report (Rt. Hon. Lord Justice Auld *Review Of The Criminal Courts of England and Wales*, 2001) at para. 12 notes that procedural fairness has always been a feature of English law. Its articulation

reflects practical needs, in particular a need to ensure greater efficiency in the procedural system while safeguarding fairness and producing a just result⁽²⁾.

The English procedural system is both adversarial and accusatorial. The former adjective is apt to describe every system covered by the European Convention on Human Rights given that the State and the accused are seen as having conflicting interests in the criminal process. The latter is used to describe a system in which evidence is presented in open court by the parties to the proceedings to an independent trier of fact. Such a system does not exclude inquisitorial procedures at the stages of investigation and preparation but neither does it require, as was once suggested, trial by jury⁽³⁾. The independent trier of fact may be a judge sitting alone, a collegiate bench, or a jury in the classic English mode. Modern English procedure, indeed, allows juries to be dispensed with in cases of jury tampering and in complex fraud cases⁽⁴⁾.

A further point should be noted: the English criminal trial is not a game nor is it a system in which truth is supposed to emerge as the result of a collision of particles in a cyclotron leaving behind historical truth as a trace particle⁽⁵⁾. A report by Lord Justice Auld puts the matter thus⁽⁶⁾:

“A criminal trial is not a game under which a guilty defendant should be given a sporting chance. It is a search for the truth in accordance with the twin principles that the prosecution must prove its case and that a defendant is not obliged to inculcate himself, the object being to convict the guilty and acquit the innocent”.

As will be seen modern procedure imposes substantial duties of disclosure upon both prosecution and defence⁽⁷⁾. Ambush defences, once a favourite tactic of defence counsel, are virtually a thing of the past⁽⁸⁾. Furthermore, the Criminal Procedure Rules give the Court considerable powers of case management in the exercise of which both the prosecution and the defence

in Article 6 of the Convention adds little to the tradition. Elsewhere in the criminal justice system, for example in respect of prisoners' rights, its influence has been profound.

(2) See Further Lord Judge LCJ, “*The Criminal Justice System in England and Wales: Time For Change?*” (address to the University of Hertfordshire, 4 November 2008).

(3) Cf Sir P. DEVLIN (later Lord Devlin), *The Judge* (Oxford University Press, 1981) p. 70.

(4) Criminal Justice Act 2003, ss. 43-50: the provisions concerning fraud cases have not as yet been brought into effect.

(5) See G. GOODPASTER, “On The Theory of American Adversary Criminal Trial” 78 Jo. Cr. L. and Criminology 118 (1987).

(6) Auld Report, op. cit. at para. 12. That the ascertainment of truth is the purpose of a trial has long been accepted in both civil and criminal procedure: see per Lord DENNING in *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 QB 55 at p. 63: per Sir J.F. STEPHEN, *A General View of the Criminal Law of England* (London, 1865).

(7) *Malcolm (Narinder) v DPP*, [2007] 1 WLR 1230.

(8) *Writtle v DPP* LTL 20/2009.

are required to participate⁽⁹⁾. Modern procedure also confers extensive rights on those caught up in the criminal process. The procedural system is, furthermore, underpinned by a system of legal aid which, if somewhat financially straitened, nonetheless ensures that rights, available in theory, may be vindicated in practice. Financial provision is practically essential to ensure equality of arms⁽¹⁰⁾.

II. VALUES AND THE PRE-TRIAL STAGE

Fair and open procedures at the pre-trial stage carry with them something of a guarantee of efficiency as well. The meticulous execution of fair procedures both ensures that an accused person's rights are vindicated and that the resulting product is fair, accurate, and difficult to challenge.

In brief, the Police and Criminal Evidence Act 1984, which may be thought of as the modern settlement of police powers, provides for the detention, questioning and treatment of detained persons⁽¹¹⁾. Detained persons may be held incommunicado for short periods only and then exceptionally⁽¹²⁾. Otherwise the suspect has a right to have his solicitor or a duty solicitor notified and to contact a friend. Special provision is made for vulnerable individuals and in particular juveniles and mentally handicapped persons to be assisted by an appropriate adult. The police are subject to strict time limits within which interrogation procedures must be concluded. The maximum period permitted, cases of terrorism apart, is 96 hours with periodic judicial reviews at the 36 and 72 hour marks.

Questioning itself is surrounded with safeguards to ensure fairness and accuracy of procedures. Prominent among these are the right of the suspect to consult and communicate privately with a legal adviser at any time, and to have his legal adviser present during questioning, rights which the police may not deny simply because they fear that the legal adviser may advise the suspect to remain silent⁽¹³⁾. Indeed, the legal adviser is expected to protect his client from unfair police questioning. Police questioning of a suspect is tape recorded either in audio or audio-visual mode, and the tran-

(9) *R v Lee (David John)*, [2007] EWCA Crim 764.

(10) The Bar Council, *Legal Aid and The Public Interest*, (General Council of the Bar, London, 2008); R. PILGRIM, “Law Society Opposes Legal Aid Reforms” *Law and Tax News.com*, London, 24 January 2007; “Low-Paid suffer from legal aid cuts”, *The Observer* (London) February 1, 2009 p. 16. These are available online.

(11) The text which follows summarises Code C which deals with questioning and conditions of detention: latest version in force from 31 January 2008. See SI No 2638 of 2008.

(12) Police and Criminal Evidence Act 1984 ss. 56 and 58.

(13) Police and Criminal Evidence Act 1984; Code C para. 6.6 and see *Reg v. Alladice* (1988) 87 Cr App R 380.

script furnished to the suspect's legal adviser. While the suspect's right not to incriminate himself is preserved inferences from silence may be drawn against him provided that the police caution him properly and his legal adviser is present⁽¹⁴⁾.

These are substantial protections. The system of interrogation is both fair and accurately recorded. But it is also such as to make it practically more difficult for the defence to advance an unforeseen alibi at trial. In the result the accused becomes both the beneficiary and the prisoner of the procedures. But because the result is difficult to challenge, at any rate on grounds of want of fairness, the procedures carry with them a considerable degree of efficiency as well. Because of the safeguards surrounding the questioning of suspects challenges to the voluntary nature of confessions and admissions occur relatively infrequently and provided that the rules have been complied with, seldom succeed⁽¹⁵⁾.

A further development at the pre-trial stage should be noted. Whereas originally the police, who enjoyed an unusual degree of autonomy, determined whether to charge an individual or divert him out of the criminal justice system by a caution, amending legislation provides for the Crown Prosecution Service (CPS) to be available to advise the police at any time, to determine what charges should be brought, and whether diversionary measures, now part of an increasingly formalised system, should be adopted.⁽¹⁶⁾ This carries with it guarantees of efficiency because the CPS must consider whether there is sufficient evidence to prosecute and whether it is in the public interest to do so. It also protects the individual against ill-founded and undesirable prosecutions.

III. VALUES AND THE TRIAL STAGE

Striking changes have taken place in English trial procedure. To the casual observer the classic attributes of the trial appear scarcely to have changed. Witnesses are called, examined and cross-examined by the parties, the judge regulates the trial and sums up and the jury returns a verdict, in modern times either unanimously or by an enhanced majority. Underlying this apparently changeless system are, however, reforms of a fundamental character which bring criminal procedure closer though far from identical to, civil procedure with its emphasis on openness, cooperation and active trial management.

(14) Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 34.

(15) That this would be the result of such procedures was forecast in D. MCBARNET, *Conviction: Law, The State and the Construction of Justice* (MacMillan, London, 1981).

(16) See The Director's Guidance on Charging (3rd ed 2007); Police and Criminal Evidence Act 1984 ss. 37, 37B.

Rule 3.2 of the Criminal Procedure Rules 2005 imposes a duty of active case management on the Court. This includes early identification of the real issues, monitoring the case, ensuring against delay, ensuring that evidence is presented in the clearest possible way, encouraging the participants to co-operate in the progression of the case and making use of technology. Rule 3.3 imposes a duty on the parties to assist the Court in managing the case. The Court has very wide powers of case management including setting a timetable for the case. Rule 3.10 imposes an obligation on the Court, with the active assistance of the parties, to determine what disputed issues they intend to explore, and may require a party to indicate what evidence is to be adduced and how that is to be done, whether orally or in writing.

IV. CASE MANAGEMENT

In modern procedure trial begins with a plea and case management hearing (PCMH). The purpose of the PCMH is to identify the key issues at trial including whether issues of admissibility of evidence are likely to arise⁽¹⁷⁾. It is at this stage that the defendant enters a plea, save for the special double jeopardy pleas, of guilty or not guilty. Preceding this procedure the prosecution will first have provided the accused with advance information. Such information will include disclosure of witness statements and documents on which the prosecution proposes to rely⁽¹⁸⁾. The prosecutor will thus make available to the defendant and to the court, on the first day the case comes to court, enough information about it for the defendant to be given effective advice, and for the court to make effective case management decisions, straight away⁽¹⁹⁾.

V. DISCLOSURE

This will have been followed by disclosure of the prosecution's case to the defence, such disclosure to encompass not only material which the prosecution proposes to use, but also unused material which may be relevant to the defence case in the sense either that it is capable of undermining the prosecution's case or assisting that of the defence⁽²⁰⁾. The prosecutor, furthermore, comes under a continuing duty to disclose any such material of which he becomes aware and which he has not previously disclosed⁽²¹⁾.

(17) Actual issues of admissibility, for example of confessions and admissions, are dealt with in the course of evidence and not at this preliminary stage.

(18) Criminal Procedure Rules 2005, Part 21.

(19) The Criminal Procedure (Amendment No. 2) Rules 2008, SI 3269/2008.

(20) Criminal Procedure and Investigations Act 1996 s. 22. Note, however, that certain sensitive material may be excluded from disclosure on grounds of public interest; such claims are stringently scrutinised by the trial court.

(21) *Ibid.*, s. 3.

Whereas, historically, the defence always benefited from a measure of disclosure provided by such abolished procedures as the Grand Jury and the preliminary hearing, the defence historically was not subject to duties of disclosure at all. This has changed fundamentally. Once initial disclosure has been made the defence must give a defence statement to the prosecutor⁽²²⁾. This is a written statement setting out the nature of the accused's defence including any particular defences on which he proposes to rely, particulars of the matters of fact on which he takes issue with the prosecution, in the case of each such matter, why he takes issue with the prosecution, and indicating any point of law including admissibility and abuse of process which he wishes to take and the authorities in support of it. Particulars of any alibi must be given including information in the accused's possession which might be of material assistance in finding any such witness⁽²³⁾. The importance of the defence case statement is that it draws the prosecutor's attention to whether, in the context of the duty of continuing disclosure, there is material which might reasonably be considered capable of undermining the prosecution's case or assisting that of the defence⁽²⁴⁾. It also, however, ensures that there is little or no possibility of an ambush defence, formerly a favourite defence tactic⁽²⁵⁾. In the result, while an accused person may still choose not to advance a positive defence but simply to put the prosecution to proof, he comes under an obligation to indicate in what particulars he disputes the prosecution case⁽²⁶⁾. For the future it is anticipated that the defence will come under an obligation to identify and give particulars of the witnesses who it proposes to call⁽²⁷⁾. Discrepancies between the defence as indicated in the defence case statement and that actually advanced may be used by the prosecution in cross-examination and may be used by one co-defendant against another⁽²⁸⁾. Finally, deficiencies in and departures from the defence case statement may be made the subject of adverse comment by the judge⁽²⁹⁾.

A further change is the imposition of a requirement upon both the prosecution and the defence to give advance notice of expert evidence which it proposes to adduce. Disclosure is made to the other party or parties and the court both of expert reports and of underlying working documents. Failure to disclose carries with it the consequence that the expert evidence may not

(22) Criminal Procedure and Investigations Act 1996, s 5.

(23) *Ibidem*, s.6A.

(24) *Ibidem*, s 7A.

(25) per Lord Judge footnote 1 above at p. 2.

(26) See for example *Prosecution Appeal (No. 8 of 2008)* [2008] All ER (D) 99 (Mar).

(27) Criminal Procedure and Investigations Act 1996 s. 6C (not yet in force).

(28) *Reg v Shah*, [2008] EWCA Crim 1899; *Reg v Borland* [2008] EWCA Crim 605.

(29) *Reg v Maksoudian* [2008] EWCA Crim 2774.

be adduced without permission from the court⁽³⁰⁾. Provision is made for experts, who are required to act objectively, to come together and, if possible, agree points of agreement or disagreement with a summary of reasons⁽³¹⁾. In the result, while the adversarial tradition remains unimpaired, the trial court is better able to concentrate on the real issues between experts. With deference to contrary views this system seems more likely to protect the accused and to ensure justice than does the suggestion sometimes mooted of court-appointed experts⁽³²⁾.

VI. VOLUNTARY PLEA

It is of paramount importance that a guilty plea be voluntary because such a plea is a confession upon which a verdict of guilty may be entered. It is not uncommon for the prosecution and the defence to engage in charge bargaining, that is, reducing a charge to that of a lesser offence where the prosecution considers that this is compatible with the public interest. English procedure does not, however, permit the parties to enter into sentence negotiations and still less may the trial judge become party to a bargaining process because to do so is apt to subvert the voluntary nature of the plea. Not uncommonly, however, an accused may be prepared to admit guilt provided that he knows what sentence the judge is likely to impose. The accused may well benefit from a sentence reduction should he do so. Modern English procedure encourages guilty pleas in the interests of efficiency. Institutional incentives operate as a formidable pressure to plead guilty⁽³³⁾.

The problem is to reconcile this emphasis with the rights of the individual. This reconciliation is attempted by permitting the judge to give a sentence indication. The trial judge may not, however, engage in a bargaining process. He may thus not lend himself to a bargain between the prosecution and the defence concerning what sentence the accused will receive if he pleads guilty. He may, however, if the defendant so requests, give an advance indication of the sentence he would be minded to impose on the facts as known to him at the time of the application and he may indicate that the sentence or type of sentence will be the same whether the defendant goes to trial or not, but this would be unusual in the light of statutory provisions giving sentence credit for a guilty plea⁽³⁴⁾. He may also remind

(30) This summarises the effect of Rule 24 of the Criminal Procedure Rules 2005.

(31) See further Blackstone's Criminal Practice 2009, para F10.13.

(32) See G. ZELLICK, "The Scales of Justice: Do They Need Rebalancing", (2007) 47 Med. Sci & The Law 96.

(33) ASHWORTH and REDMAYNE, *The Criminal Process* (3rd ed., 2005 OUP) at p. 275.

(34) See Criminal Justice Act 2003, s. 144 re plea discount.

the defence advocate of the defendant's entitlement to request such an indication. Such an indication, once given, and provided that the defendant acts upon it, binds the judge who gave the indication and any other judge dealing with the case. It must not, however, be given on hypothetical facts. Where appropriate there must be an agreed written basis of plea. It should only be given on the basis of the defendant's written instructions. Sentence indications should be sought at the plea and management stage. Such an indication does not preclude a subsequent sentence reference by the Attorney-General⁽³⁵⁾ Judicial indications are that the system works well⁽³⁶⁾. It cannot be overlooked, however, that the accused in effect bargains an admission of guilt against a sentence reduction, that the procedure is institutionalised, and that pressure to plead guilty cannot entirely be eliminated.

VII. CHANGES TO RULES OF EVIDENCE

Major changes have also been made to the rules of evidence. While these have not abrogated the right to silence they have, potentially, burdened its exercise. Furthermore, categories of evidence, particularly hearsay evidence and bad character evidence may now be given, so potentially altering the balance of the resulting trial.

i) Drawing of inferences

We have already noted that a suspect who, upon being cautioned fails to mention a fact relied on in his defence may be the subject of adverse inference⁽³⁷⁾. Similar provision is made for a failure to account for objects, substances, marks and presence⁽³⁸⁾. Finally, adverse inferences may be drawn against an accused who, having been informed that he may give evidence, declines to do so or, having done so, refuses to answer any question⁽³⁹⁾. These are considerable departures from existing statutory and common law rules. None of this abrogates the right to silence, but it does burden its exercise. There is, however, no intrinsic unfairness in doing so. As has been pointed out, the fairness of a regime which permits the drawing of inferences is conditional on the environment in which questioning takes place⁽⁴⁰⁾. The fact that inferences arising from the interrogation stage may only be drawn if the suspect

(35) *R v. Goodyear*, [2005] 1 WLR 2532.

(36) per Lord Judge LCJ, note 1 above at p. 3.; see further R JULIAN. "Judicial Perspectives in serious fraud cases-the present status of and problems posed by case management practices" [2008] Crim LR 764.

(37) Criminal Justice and Public Order Act 1994 s. 34.

(38) *Ibidem*, pp. 36 and 37.

(39) *Ibidem*, p. 35.

(40) A. ASHWORTH and M. REDMAYNE. *The Criminal Process* (3rd. ed. Oxford University Press 2005) at p. 98.

has first had an opportunity to consult with a legal adviser and that procedures are tape-recorded goes a long way to ensuing fairness⁽⁴¹⁾.

These changes have not, however, had any profound impact on trial procedure simply because the procedural conditions and formulae which accompany them are so complicated that the Court of Appeal has indicated that courts should only invite juries to draw inferences against the accused in cases of real necessity⁽⁴²⁾. One should not over-formalise common sense.

ii) Evidence of previous convictions

Formerly, there were strong inhibitions against seeking to adduce the accused's past convictions⁽⁴³⁾. The rationale was not that such evidence was irrelevant but rather that it might unfairly prejudice the defence by causing the jury to concentrate its attention on the offender's character rather than the facts in issue. The Criminal Justice Act 2003 now makes possible the adduction of bad character evidence, again subject to safeguards. Consistent with the former law such evidence may be admitted by agreement, or where the accused puts such evidence in issue by questioning which adduces it, or attacks the character of another person⁽⁴⁴⁾. Other, novel grounds, include cases where the evidence is important explanatory evidence, or is relevant to an important matter in issue between the defendant and the prosecution, or has substantial probative value in relation to a matter in issue between the defendant and a co-defendant, or is evidence to correct a false impression given by the defendant. Among the protective features of the legislation is a provision that the court must not admit bad character evidence under certain headings where it would have a significant adverse effect on the fairness of the proceedings⁽⁴⁵⁾.

These grounds for admissibility are commonly referred to as gateways. They are so defined as to include evidence of propensity to commit an offence, or of a propensity to be untruthful, or the case where the defendant is responsible for making a false assertion which is apt to give the court or jury a false or misleading impression about the defendant⁽⁴⁶⁾. The effect of the explanatory provisions is to create quite wide gateways for the admissibility of such evidence, subject to important protections such as, for

(41) In practice, if the offence is serious, a legal adviser will usually be present at this stage.

(42) *Reg v Brizzalari*, [2004] EWCA Crim 310; *Reg v Maguire*, [2008] EWCA Crim 1028.

(43) In general see J.R. SPENCER, *Evidence of Bad Character* (Criminal Law Library, London, 2006) (second edition in press).

(44) Criminal Justice Act 2003 s. 101 (a) (b) and (g).

(45) This refers to s. 101(1)(d) (evidence relevant to an important matter in issue between defendant and prosecution) and (g) an attack by defendant on another person's character).

(46) Criminal Justice Act 2003 ss. 102-106.

example, the exclusion of propensity evidence where the previous conviction is an old one⁽⁴⁷⁾.

The rationale for the admissibility of bad character evidence is that its substantial probative value so outweighs its prejudicial character that it is just, in the search for truth, to admit it. In ensuring this the Court of Appeal has been astute to ensure that relevance is, for example, clearly shown having regard to the facts in issue⁽⁴⁸⁾. Furthermore, the evidence required to show propensity needs to be carefully evaluated by the trial judge before it is admitted⁽⁴⁹⁾. Nor are courts prepared to allow questionable evidence of propensity to slide in under the guise of important background evidence⁽⁵⁰⁾. Evidence admitted under the stringent conditions of gateway (d) (evidence relevant to an important matter in issue between defendant and prosecution) may well be available for more general purposes⁽⁵¹⁾. In short, a careful statutory scheme, which on its face provides safeguards for the defendant has been reinforced by a body of protective jurisprudence which ensures that in the search for truth basic considerations of fairness are not overlooked.

iii) Hearsay generally

English law formerly precluded the admissibility of much hearsay evidence, again not on the ground that it lacked relevance but on the ground that it could not be fully tested before the jury. Here, again, major changes to the law have been effected⁽⁵²⁾. In brief, hearsay may now be admitted where a witness is unavailable, for example because the witness is dead or is unfit to be a witness because of his bodily or mental condition, or is outside the United Kingdom or cannot be found, or does not give evidence because he or she is in fear⁽⁵³⁾. Other provisions relate to the admissibility of business documents, of previous inconsistent statements, of certain other previous statements, and of multiple hearsay⁽⁵⁴⁾. Again, these provisions are subject to a discretion to excluded such evidence, in particular where to admit it would, having regard to the value of the evidence, result in an undue waste of time⁽⁵⁵⁾.

These provisions are of considerable value to both prosecution and defence. In particular they strike at witness elimination and intimidation and

(47) *Ibidem*, s. 103(3).

(48) *Reg. v Bullen* [2008] 2 Cr App R 25; *Reg v Hansen* [2005] 1 WLR 3169.

(49) *Reg v McKenzie*, [2008] EWCA Crim 758; [2008] RTR 22.

(50) *Reg v Davis (Robert John)* [2008] EWCA Crim 1156; (2008) 172 JP 358.

(51) *Reg v Campbell*, [2007] 2 Cr App R 28.

(52) See in general J.R. Spencer, *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings* (Hart Publications, 2008)

(53) Criminal Justice Act 2003 s. 116.

(54) *Ibidem*, pp. 117-125.

(55) *Ibidem*, p. 126.

thus at tactics favoured by organised crime⁽⁵⁶⁾. A further development, of considerable importance to a defendant jointly charged with another or others is the provision that a confession freely made by one defendant in the proceedings may be given in evidence on behalf of another defendant⁽⁵⁷⁾. Furthermore, hearsay evidence may be given on behalf of one defendant against others in a joint trial⁽⁵⁸⁾. The result is a gain in both efficiency, in that all issues in the same or related offences may be dealt with in the same proceedings, and fairness in that all the relevant evidence may be adduced in respect of each defendant in the same trial.

iv) Evidence by video link

Legislation has, rather cumbrously and confusingly, sought to streamline procedures by allowing the giving of evidence by video-recorded interview. It has, furthermore, provided for the giving of evidence by live video link⁽⁵⁹⁾. But while the aspiration is good and reforms to the system worthwhile, they remain partially unachieved and in practice sadly imperfect⁽⁶⁰⁾.

VIII. TRIER OF FACT

Changes to the composition of trial courts and the manner of their working again belie the apparently unchanging appearance of the trial process. Increasingly, magistrates' courts in large centres are presided over by District Judges rather than lay justices. For serious offences jury trial remains the norm. There have, however, been major changes to the composition of juries.

The Criminal Justice Act 2003 ushered in a regime of universal jury service, ending a regime which formerly excluded a wide range of professionals from jury service⁽⁶¹⁾. In particular, police officers, lawyers and even judges became eligible for jury service. Better juries should result. The change does, however, raise a possibility of real or apparent bias, exacerbated by the abolition of peremptory challenges to potential jurors⁽⁶²⁾. The test for apparent bias in the case of police officers is one of apparent proximity of the proposed juror to the case being tried. In respect of prosecutors the issue is

(56) In particular, “fear” is widely construed and includes fear of the death or injury of another person or financial loss: see Criminal Justice Act 2003 s. 116(3).

(57) Police and Criminal Evidence Act 1984, s. 76A.

(58) D. ORMEROD, “Appeals: Criminal Justice Act 2003 s.58...” [2008] Crim LR 466 and *Reg v. Y*, [2008] 1 WLR 1683.

(59) Criminal Justice Act 2003 ss. 51-56.

(60) See further J.R. SPENCER, “Special Measures and unusual muddles”, [2008] Archbold News 7.

(61) Criminal Justice Act 2003 s. 321 and Schedule 33. Originally, jurors were subject to a property qualification and chosen from among those of the middle rank of society: Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, vol. III c, 23.

(62) Juries Act 1974 as amended.

whether the proposed juror belongs to the prosecuting body in question⁽⁶³⁾. Accordingly, the trial judge should be informed if any juror in waiting was or had been a serving police officer, member of the prosecuting authority, or a serving prison officer so that proper inquiries may be undertaken before empanelment⁽⁶⁴⁾. Whether this will entirely resolve concerns is doubtful⁽⁶⁵⁾.

The abolition of peremptory challenges has as a consequence that jury selection is rapid. While the prosecution or the defence may challenge for cause, for example on grounds of actual or apparent bias, such challenges which may be either to a particular juror or to the whole panel, seldom occur⁽⁶⁶⁾. There is no principle that a jury should be racially balanced: the jury should be chosen at random but need not represent a cross-section of society⁽⁶⁷⁾. This rejection of communalism in jury selection has the effect of precluding a potentially large number of challenges. It thus represents a net gain in efficiency. There is no evidence to suggest that it results in unfairness.

In recent years steps have been taken to assist the jury by providing such aids as a written list of directions questions, flow charts, diagrams and the like⁽⁶⁸⁾. This is subject to the proviso that nothing may be furnished to the jury which has not been placed in evidence nor may the jury conduct its own researches into a topic, for example by the internet⁽⁶⁹⁾.

In one respect efficiency has given way to liberty. A case should never in substance be taken away from the jury by directing it to convict even where the accused has raised no defence in law to the indictment⁽⁷⁰⁾. The jury must be given an opportunity to retire to consider its verdict. In that sense it may be said that the accused has a right to a perverse verdict, even though no court would express itself to the jury in those terms. This has obvious civil liberties implications in politically charged contexts. Juries can, and on rare occasions have, simply refused to convict in such cases⁽⁷¹⁾. In the interests of efficiency the Court of Appeal has sought to qualify this principle, holding that where the accused has been left in charge of the jury, even with a

(63) *R v Abdroikof* [2007] 1 WLR 2679; *R v Alan (I)*, [2007] EWCA Crim 2999 (police officer on jury knew police witnesses).

(64) *R v Khan (Bakish Alla)*, [2008] EWCA Crim 531; Times, April 7, 2008.

(65) N. TAYLOR, "Juries: bias..." [2008] Crim LR 134 drawing attention to the closeness of police culture and the danger of occupational bias.

(66) Juries Act 1974 s 12; M. RACKSTRAW, Comment, (2008) 158 NLJ 726.

(67) *R v Ford* [1989] QB 868, 874.

(68) *Reg. v. McKechnie*, (1991) 94 Cr App R 51; a judge is not, however, obliged to submit written directions to the jury: *Reg. v. Lawson*, [1998] Crim LR 883.

(69) *Reg v Karakaya*, [2005] 2 Cr App R 277.

(70) *R v Wang*, [2005] 1 WLR 661.

(71) See further, L. MAER and O. GAY *Official Secrecy*. House of Commons Library, Standard Note SN/PC/02023, December 30, 2008.

direction to convict, the verdict will not, in a case where the evidence was overwhelming and the constituents of the offence admitted, necessarily be regarded as unsafe⁽⁷²⁾. Whether this qualification will ultimately be upheld remains to be seen.

IX. CONCLUSIONS

This has been a survey, and a highly selective one at that, of certain recent developments in English criminal procedure which raise issues of fairness, openness and efficiency. Much more could have been written on the topic. Matters not touched upon include speedy trial procedures which involve an interaction of particular legislation and the Human Rights Act 1998⁽⁷³⁾; interlocutory appeals the purpose of which is to put a speedy end to trials the success of which, from a prosecution perspective, depends on a ruling on procedure or evidence⁽⁷⁴⁾; changes to the double jeopardy rules which ensure that certain categories of wrongful acquittals shall not stand, and significant aspects of police powers⁽⁷⁵⁾. Nor have I sought to discuss changes to appellate powers and procedures. All these can be read at large in the forthcoming second edition of **Oxford Public Law**⁽⁷⁶⁾.

What I have sought to do is to show that the English procedural system increasingly resembles civil procedure with its emphasis on openness and the efficient identification of issues before trial. I would also contend that English criminal procedure in some respects approaches that of some of our European neighbours, particularly in respect of efficient case management at the pre-trial stage. Above all, I would affirm, a model of fairness in the administration of justice has and will continue to evolve which is some way removed from that which was once thought distinctive of the common law tradition. What I cannot, however, demonstrate is that the English procedural system is as simple and workable as ideally one would wish it to be. The day has not yet come when governments can be said to have responded to complaints that the system is unduly complex, nor is this likely to happen for so long as governments eschew the advantages of codification in favour of the pursuit of short-term political gains.

(72) *R v Caley-Knowles*, [2006] 1 WLR 3181.

(73) See e.g. discussion in *Burns v HM Advocate* [2008] UKPC 63; 2009 SLT 2 and Prosecution of Offences Act 1985 s. 22 and regulations made thereunder.

(74) Criminal Justice Act 2003 s.58.

(75) As to double jeopardy see Criminal Procedure and Investigations Act 1996 s. 54; Criminal Justice Act 2003 Sched. 5.

(76) *Oxford Public Law* (2nd edn. to appear July 2009) chapter 23.

“No es un juego”: justicia, apertura y eficiencia en el moderno proceso penal inglés^(*)

L. H. Leigh^(**)
(Inglaterra)

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios y la etapa previa al juicio. III. Principios y la etapa de juicio. IV. Dirección del caso. V. Exposición. VI. Declaración voluntaria. VII. Cambios en las reglas de la prueba. i) Estableciendo conclusiones. ii) Pruebas de internamientos anteriores. iii) Evidencia de oídas en general. iv) Evidencia por enlaces de video. VIII. Juzgador del hecho. IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los abogados comparatistas provenientes del sistema del *civil law* se refieren, no pocas veces, a los sistemas procesales anglosajones como si estos, al derivar de una génesis común, resultaran suficientemente similares en su carácter distintivo y contenido para justificar generalizaciones amplias y a veces engañosas sobre sus estructuras y su funcionamiento. Los penalistas profesionales, conscientes de los muchos cambios del sistema producidos tanto por la legislación como, en cierta medida, por la jurisprudencia; no siempre reflexionan sobre la medida en que el sistema inglés ha evolucionado de un modo en que no solo ambas crean sistemas más cercanos al proceso civil, sino también, en algunos casos, a los de los vecinos continentales. Esta evolución le debe algo a la influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y a la *Human Rights Act 1998* que la incorporaba al Derecho inglés

(*) Título original: “*Not a game*”: *Fairness, openness and efficiency in modern english criminal procedure*. Traducción realizada por Nélvor Antonio Carreteros Torres.

(**) Ha sido profesor de Derecho Penal en la Universidad de Londres (Escuela de Ciencias Económicas y Políticas). Estoy agradecido con el profesor M. J. Allen, de la Comisión Revisora de Casos Penales, y al profesor J. R. Spencer, de la Universidad de Cambridge, por sus comentarios a un anterior borrador del presente artículo.

doméstico⁽¹⁾. Mucho de ello, sin embargo, refleja primeramente necesidades prácticas, en particular la necesidad de asegurar mayor eficiencia en el sistema procesal mientras se salvaguarda la justicia y se produce un resultado justo⁽²⁾.

El sistema procesal inglés es adversarial y acusatorio. El primer adjetivo es apto para describir todo sistema cubierto por la Convención Europea de Derechos Humanos, dado que el Estado y el acusado son vistos como si tuvieran un conflicto de intereses en el proceso penal. El último es usado para describir un sistema en el que la evidencia es presentada por las partes ante una Corte pública, y a los procedimientos de un juzgador de los hechos independiente. Este tipo de sistema no excluye procedimientos inquisitoriales en las etapas de investigación y preparación, pero no requiere, como alguna vez se sugirió, el juicio por jurados⁽³⁾. El juzgador independiente puede ser un juez unipersonal, un colegiado, o un jurado en el modo clásico inglés. El moderno proceso inglés, de hecho, permite a estos últimos ser dispensados dentro de casos de manipulación de jurado y en casos complejos de fraude⁽⁴⁾.

Otro punto debería ser visto: el juicio penal inglés no es un juego ni un sistema en el que se supone que la verdad emergerá como resultado de la colisión de dos partículas en un ciclotrón, dejando detrás a la verdad histórica como partícula remanente⁽⁵⁾. Un reporte por Lord Justice Auld expone el tema así⁽⁶⁾:

“Un proceso penal no es un juego bajo el cual a un acusado culpable debería dársele una oportunidad deportiva. Es una búsqueda de la verdad en concordancia con los principios gemelos de que la parte acusadora debe probar su caso y que un acusado no está obligado a autoinculparse; siendo el objeto condenar al culpable y absolver al inocente”.

(1) El *Auld Report* (Rt. Hon. Lord Justice Auld. *Review of the Criminal Courts of England and Wales*, 2001) en el párrafo 12 apunta que la justicia procesal siempre ha sido una característica del Derecho inglés. Su regulación en el artículo 6 de la Convención añade poco a la tradición. En cualquier lugar del sistema de justicia penal, por ejemplo respecto de los derechos de las personas privadas de libertad, su influencia ha sido profunda.

(2) Vid. Further Lord Judge LCJ, *The criminal justice system in England and Wales. Time for change?* (dirección a la Universidad de Hertfordshire, 4 de noviembre de 2008).

(3) Cf. Sir P. Devlin (posterior Lord Devlin), *The judge* (Oxford University Press, 1981), p.70.

(4) *Criminal Justice Act 2003*, ss. 43-50, las disposiciones relativas a los casos de fraude no han sido puestas aún en vigor.

(5) Vid. G. Goodfaster. *On the theory of american adversary criminal trial*. 78 Jo. Cr. L. and Criminology 118 (1987).

(6) *Auld Report*. Ob. cit., en el párrafo 12. Que la comprobación de la verdad es el propósito de un juicio ha sido por mucho tiempo aceptada en los procesos penales y civiles: ver por medio de Lord Denning en *Jones v. National Coal Board*, (1957) 2 QB en el párrafo 63; por medio de Sir J. F. Stephen. *A general view of the criminal law of England*, (Londres, 1865).

Como será visto, el proceso moderno impone deberes sustanciales de divulgación sobre la acusación y la defensa⁽⁷⁾. Emboscar defensas, una vez una táctica favorita del abogado defensor, es virtualmente cosa del pasado⁽⁸⁾. Además, las *Criminal Procedure Rules* dan a la Corte considerables poderes en la dirección del caso, en el ejercicio de los cuales tanto a la Fiscalía como a la defensa se les requiere participar⁽⁹⁾. El moderno proceso también confiere derechos amplios a aquellos detenidos en un proceso penal. El sistema procesal está, además, apuntalado por un sistema de auxilio legal que, si bien algo restringido financieramente, no obstante, asegura que los derechos, disponibles en teoría, deben ser vindicados en la práctica. Las provisiones financieras son prácticamente esenciales para asegurar la igualdad de armas⁽¹⁰⁾.

II. PRINCIPIOS Y LA ETAPA PREVIA AL JUICIO

Los procesos justos y abiertos en la etapa previa al juicio también llevan consigo una garantía de eficiencia. Su desarrollo meticuloso asegura que los derechos de un acusado serán vindicados y que el producto resultante será justo y difícil de impugnar.

En breve, la policía y el *Criminal Evidence Act 1894*, que debería ser pensado como una forma moderna de establecimiento de poderes policiales, toman precauciones para la detención, interrogatorio y tratamiento de las personas detenidas⁽¹¹⁾. Los detenidos deben ser mantenidos incomunicados solo por periodos cortos y, además, excepcionalmente⁽¹²⁾. Por otro lado, el sospechoso tiene derecho a que se notifique a su abogado o a su abogado de oficio, y a contactar a un amigo. Una disposición especial es hecha para individuos vulnerables y, en particular, con jóvenes y discapacitados mentales para que sean asistidos por un adulto adecuado. La Policía está sujeta a estrictos límites de tiempo, dentro de los cuales deben concluir los procesos de interrogación. El máximo tiempo permitido, a parte de los casos de terrorismo, es de 96 horas con revisiones judiciales periódicas a las 36 y 72 horas.

(7) *Malcom (Narinder) v DPP*, (2007) 1 WLR 1230.

(8) *Writtle v DPP/LTL* 20/2009

(9) *R v Lee (David John)*, (2007) EWCA Crim 764.

(10) Bar Council. *Legal aid and the public interest*. General Council of the Bar, Londres, 2008; R. Pilgrim. *Law society opposes legal aid reforms*. Law and Tax News.com, Londres, 24 de junio de 2007; *Low-paid suffer from legal aid cuts*. The Observer (Londres), 1 de febrero de 2009, p. 16. Disponibles en línea.

(11) El texto que sigue resume el *Code C*, que atiende el interrogatorio y las condiciones de detención: última versión del 31 de enero de 2008. Ser SI N° 2638 de 2008.

(12) *Police and Criminal Evidence Act 1984*, ss. 56 y 58.

El interrogatorio en sí mismo está rodeado de salvaguardas para asegurar justicia y precisión de los procesos. Prominente entre estos son el derecho del sospechoso a consultar y comunicarse privadamente con un asesor legal en cualquier momento, y a tenerlo presente durante el interrogatorio; derechos que el policía no puede denegar, simplemente porque temen que el asesor legal pueda aconsejarle al sospechoso guardar silencio⁽¹³⁾. De hecho, se espera que el abogado proteja a su cliente de interrogatorios policiales injustos. El interrogatorio policial de un sospechoso es grabado sea en medio auditivo o audio-visual, y la transcripción facilitada al asesor legal. Mientras el derecho del sospechoso a no autoincriminarse sea preservado, pueden sacarse inferencias en su contra a partir de su silencio, tomando en cuenta que la Policía lo protege adecuadamente y que su asesor legal está presente⁽¹⁴⁾.

Esas son protecciones sustanciales. El sistema de interrogación es justo y es grabado detenidamente. Pero también es como hacer prácticamente más difícil para la defensa promover una coarta imprevista en el juicio. Como resultado, el acusado se vuelve el beneficiario y el prisionero del proceso. Pero debido a que el resultado es difícil de impugnar, en cualquier rango en el campo de los deseos de justicia, los procesos también acarrearán con ellos un considerable grado de eficiencia. Debido a las salvaguardas alrededor del interrogatorio de sospechosos, los desafíos a la naturaleza voluntaria de la confesión y la admisión de los cargos se presentan con relativa poca frecuencia y, tomando en cuenta que las reglas con las que han sido cumplidas, raramente tienen éxito⁽¹⁵⁾.

Un desarrollo mayor en la etapa previa al juicio debería ser conocido. Visto que la Policía, que disfrutaba de un inusual grado de autonomía, determinaba si atribuir los cargos a un individuo o desviarlo del sistema de justicia penal mediante una amonestación, la legislación que lo enmendó prevee que la *Crown Prosecution Service* (CPS) está disponible para aconsejar a la policía en cualquier momento y para determinar qué cargos deberían entablar y si medidas de distracción, ahora parte de un creciente sistema formalizado, deberían adoptarse⁽¹⁶⁾. Esta lleva consigo garantías de eficiencia porque la CPS debe considerar si hay suficiente evidencia para acusar y si es de interés público hacerlo. También protege al individuo contra acusaciones infundadas o indeseadas.

(13) *Ibidem*. Code C párrafo 6.6, también ver *Reg v. Alladice* (1988) 87 Cr App R 380.

(14) *Criminal Justice and Public Order Act* 1995, s. 34.

(15) Que esta sería el resultado de este tipo de procesos fue pronosticado en D. McBarnet. *Conviction Law. The State and the construction of justice*, (MacMillan, Londres, 1981).

(16) Vid. *The Director's guidance on charging*. 3ª Edición, 2007; *Police and Criminal Evidence Act* 1984, ss. 37, 37B.

III. PRINCIPIOS Y LA ETAPA DE JUICIO

Cambios llamativos han tomado lugar en el proceso judicial inglés. Para los observadores casuales los clásicos atributos del juicio parecen apenas haber cambiado. Los testigos son llamados, interrogados y contra-interrogados por las partes; el juez regula el juicio y toma medidas, y el jurado ofrece un veredicto, en tiempos modernos, o unánimemente o por mayoría. Subyacente a este sistema aparentemente sin cambios están, sin embargo, las reformas de carácter fundamental que llevan al proceso penal más cerca, aunque lejos de idéntico, del proceso civil con su énfasis en la apertura, cooperación y conducción activa del juicio.

La Regla 3.2 de la *Criminal Procedure Rules 2005* impone un deber de dirección activa de los casos a la Corte. Esta incluye identificación temprana de los problemas reales, monitoreo del caso, seguridad contra las demoras, aseguramiento de que la evidencia es presentada de la forma más clara posible, alentar a los participantes a cooperar con la progresión del caso y a hacer uso de la tecnología. La regla 3.3 impone un deber a las partes de apoyar a la Corte con la conducción del caso. Esta tiene poderes de dirección muy amplios que incluyen establecer un calendario para el caso. La regla 3.10 le impone una obligación, con asistencia activa de las partes, de determinar qué puntos controvertidos se intentan explorar y puede solicitar a una de las partes a indicar que evidencia será ingresada y cómo lo hará, oralmente o por escrito.

IV. DIRECCIÓN DEL CASO

En el proceso moderno, el juicio inicia con una audiencia de alegatos y dirección del caso (PCMH^{(17)*}). El propósito de la PCMH es identificar los aspectos claves en el juicio, incluyendo los de admisibilidad de pruebas que son muy probables que aparezcan⁽¹⁸⁾. Es en esta etapa que los acusados presentan un alegato de culpabilidad o inocencia, salvo cuando se alegue un *double jeopardy*^{(19)*}. Previamente a este proceso, la fiscalía primero le habrá proveído con información. Esta incluirá la exposición de declaraciones de testigos y documentos sobre los que la propuesta de la fiscalía se basará⁽²⁰⁾. Así, el fiscal pondrá a disposición del defensor y de la Corte, en el primer día que el caso llegue a la Corte, suficiente información sobre estos documentos para

(17) * Nota del traductor: Siglas del inglés “plea and case management hearing”.

(18) Problemas actuales de admisibilidad, por ejemplo en las confesiones y admisiones, son tratados en el curso de las pruebas y no en esta etapa preliminar.

(19) * Nota del Traductor: El *double jeopardy* es un principio mediante el cual se evita que una persona sea procesada dos veces por el mismo delito, de modo que no se pongan en peligro su vida o su integridad. Guarda relación con el *ne bis in idem*.

(20) *Criminal Procedure Rules 2005*, parte 21.

que el abogado defensor pueda realizar una asesoría efectiva y para que la Corte tome decisiones efectivas en la dirección del caso, inmediatamente⁽²¹⁾.

V. EXPOSICIÓN

Esto habrá sido seguida por la exposición del caso de la fiscalía a la defensa, con la cual se busca abarcar no solo el material que la fiscalía se propone a usar, sino también el no usado que puede ser relevante para el defensor en el sentido de si es capaz de quebrar o de asistirle en el caso de la fiscalía⁽²²⁾. Es competencia del fiscal, más allá de ello, el continuo deber de develar cualquier tipo de material del que tome conocimiento y que no haya develado previamente⁽²³⁾.

Visto que, históricamente, la defensa, siempre beneficiada en cierta medida por la exposición provista en procesos abolidos como el *Grand Jury* y en las audiencias preliminares, no fue sujeto de deberes de exposición en lo absoluto. Esto ha cambiado fundamentalmente. Una vez que la exposición inicial ha sido hecha, la defensa debe brindar una declaración a la fiscalía⁽²⁴⁾. Esta es una declaración escrita donde se establece la naturaleza de la defensa del acusado, incluyendo cualquiera en particular sobre la cual propone basarse, indicaciones de las cuestiones de hecho sobre las que discrepa de la fiscalía, y en el caso de cada cuestión, por qué discrepa de ella, e indicar cualquier punto legal incluyendo admisibilidad y abuso procesal que desee abordar y las autoridades que lo sostienen. Los detalles de cualquier coartada deben ser dados, incluyendo información en posesión del acusado que podría ser de ayuda material en la búsqueda de testigos⁽²⁵⁾. La importancia de la declaración del caso de la defensa es que atrae la atención del fiscal para ver si, en el contexto del deber de continuar la exposición, hay material que pueda ser razonablemente capaz de socavar su caso o de ayudar a la defensa⁽²⁶⁾. Esto también, sin embargo, asegura que haya poca o ninguna posibilidad de emboscar una defensa, anteriormente una táctica de defensa favorita⁽²⁷⁾. En el resultado, mientras una persona acusada puede aún escoger no promover una defensa positiva sino simplemente poner a prueba a la fiscalía, es una obligación que le compete a él indicar en qué particularidades discrepa del

(21) *The Criminal Procedure* (Enmienda N° 2), *Rules 2009*, SI 3269/2008.

(22) *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*, s. 22. Nota, sin embargo, que cierto material sensible puede ser excluido de la exposición en el campo del interés público; dichos alegatos son rigurosamente escudriñados por la Corte de Juicio.

(23) *Ibidem*, s. 3.

(24) *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*, s. 5.

(25) *Ibidem*, s. 6^a.

(26) *Ibidem*, s. 7A.

(27) Per Lord Judge, pie de página 1, arriba en el p. 2.

caso de esta⁽²⁸⁾. Para el futuro se anticipa que será una obligación de competencia de la defensa identificar y dar detalles de los testigos que propone citar⁽²⁹⁾. Las discrepancias entre el defensor que indica en la declaración de su caso de que en efecto promueve, pueden ser usadas por la fiscalía en contra-exámenes y por un coimputado en contra de otro⁽³⁰⁾. Finalmente, las deficiencias internas y que parten de la declaración del caso de la defensa pueden ser objeto de comentarios adversos del juez⁽³¹⁾.

Un cambio mayor en la imposición de un requerimiento para ambos, a la fiscalía y a la defensa, de poner en preaviso de las pericias que se proponen aducir. La exposición es hecha para la otra u otras partes y la Corte tanto para el caso de reportes de los expertos como para documentos de trabajo subyacentes. Las fallas en la exposición traen como consecuencia que la prueba pericial no pueda ser alegada sin permiso de la Corte⁽³²⁾. Su suministro es hecho por expertos a quienes se les exige actuar objetivamente, presentarse juntos y, si es posible, aceptar los puntos de acuerdo o desacuerdo con el resumen de las razones⁽³³⁾. En el resultado, mientras que la tradición adversarial permanezca irreprochable, la Corte de juicio esta más capacitada para concentrarse en los problemas reales entre los expertos. Con deferencia a los puntos de vista contrarios, este sistema parece más probable de proteger al acusado y de asegurar justicia de lo que lo parecen las sugerencias a veces propuestas para la discusión hechas por los expertos nombrados por la Corte⁽³⁴⁾.

VI. DECLARACIÓN VOLUNTARIA

Es de inmensa importancia que una declaración de culpabilidad sea voluntaria, porque esta es una confesión sobre la cual puede presentarse un veredicto condenatorio. No es inusual para la fiscalía y la defensa emplear la negociación de los cargos, esto es, reducir un cargo a uno de menor lesividad donde la fiscalía considera que este es compatible con el interés público. El proceso inglés no permite a las partes; sin embargo, ingresar a las negociaciones de la sentencia y aún menos puede el jurado volverse parte de un proceso como este, porque de hacerlo es capaz de subvertir la naturaleza voluntaria de la declaración. No inusualmente, sin embargo, un acusado puede estar preparado para admitir culpa siempre que sepa cuál es la sentencia

(28) Ver, por ejemplo, *Prosecution Appeal* (Nº 8 de 2008) (2008), All ER (D) 99 (Mar.).

(29) *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* m s. 6C (aún no en vigencia).

(30) *Reg v. Shah* (2008) EWCA Crim. 1899; *Reg v Borland* (2008) EWCA Crim 605.

(31) *Reg v Maksoudian* (2008) EWCA Crim 2774.

(32) Esto resume el efecto de la regla 24 del *Criminal Procedure Rules 2005*.

(33) Ver en extenso: *Blackstone's Criminal Practice 2009*, para F10.13.

(34) Ver. ZELICK, G. *The scales of justice: Do they need rebalancing*. (2007) 47 Med. Sci & The Law 96.

que el juez probablemente impondrá. El acusado que pueda beneficiarse con una reducción de sentencia, lo haría. El proceso inglés moderno fomenta las declaraciones de culpabilidad en intereses de eficiencia⁽³⁵⁾.

El problema es reconciliar este énfasis con los derechos del individuo. Esta reconciliación se intenta a través de permitirle al juzgador dar una indicación de la sentencia. El juez del juicio no puede, sin embargo, emplear un proceso de negociación. No puede prestarse a una negociación entre la fiscalía y la defensa sobre qué sentencia recibirá el acusado si declara su culpabilidad. Sí puede, no obstante, si el acusado lo solicita, dar una indicación previa de la sentencia que estaría pensando imponer sobre la base de los hechos conocidos por él al momento de la solicitud, y puede indicar que la sentencia o el tipo de sentencia será la misma si el acusado va o no a juicio; pero sería inusual a la luz de disposiciones legales dar créditos de sentencia para una declaración de culpabilidad⁽³⁶⁾. Puede también recordar al abogado defensor del derecho del acusado a solicitar esta indicación. Esta, una vez dada, y siempre que el acusado actúe sobre esta, obliga al juez que la dio y a cualquier otro que lleve a su cargo el caso. No debe, sin embargo, ser dada sobre hechos hipotéticos. En su caso, debe haber fundamentos escritos convenidos de la declaración. Esta debe ser dada solo sobre la base de las instrucciones escritas del acusado. Las indicaciones de la sentencia deberían ser pedidas en la declaración y en la etapa de dirección. Tal indicación no excluye una subsecuente remisión de la sentencia por el fiscal general⁽³⁷⁾. Las indicaciones judiciales son que el sistema funcione bien⁽³⁸⁾. No puede ser pasado por alto, sin embargo, que el acusado en efecto negocia una admisión de culpa contra una reducción de sentencia, que el proceso se vuelve inconstitucional, y que la presión de declararse culpable no puede ser enteramente eliminada.

VII. CAMBIOS EN LAS REGLAS DE LA PRUEBA

Cambios mayores han sido hechos también en las reglas de la prueba. Mientras estas no han abrogado el derecho al silencio, si han, potencialmente, oprimido su ejercicio. Además, las categorías de la prueba, particularmente las de audiencia y las *bad character evidence*^{(39)*} pueden ahora ser presentadas, por lo que potencialmente alteran el balance del juicio resultante.

(35) Ashworth and Redmayne, *The criminal process* (3ª Edición, 2005 OUP) at p. 27596.

(36) Ver *Criminal Justice Act 2003*, s. 144 re plea discount.

(37) *R v Goodyear*, (2995) 1 WLR 2532.

(38) Per Lord Judge LCJ, nota 1 superior en p. 3; ver más en R. Julian, *Judicial perspectives in serious fraud cases - the present status of and problems posed by case management practices* (2008) Crim LR 764.

(39) * Nota del traductor: En concordancia con la *Bad Character and Criminal Justice Act 2003*, estas consisten en “pruebas del mal carácter” del procesado. Hacen referencias a “mala conducta o la disposición a la mala conducta”.

i) Estableciendo conclusiones

Ya hemos anotado que un sospechoso que, al ser advertido, falla en su defensa en mencionar un hecho en el que confía puede ser sujeto de conclusiones adversas⁽⁴⁰⁾. Disposición similar es hecha por un fallo en dar cuentas sobre objetos, sustancias, marcas y presencias⁽⁴¹⁾. Finalmente, conclusiones adversas pueden ser establecidas en contra del acusado que, habiendo sido informado que puede presentar pruebas, declina hacerlo o, al haberlo hecho, rechaza responder cualquier pregunta⁽⁴²⁾. Estas son salidas considerables desde las leyes existentes y de las reglas del *common law*. Ninguna de estas abroga el derecho al silencio, pero sí oprime su ejercicio. No hay, sin embargo, injusticia intrínseca en hacerlo. Como ha sido apuntado, la justicia de un régimen que permite establecer conclusiones es condicional al ambiente en que el interrogatorio toma lugar⁽⁴³⁾. El hecho que las conclusiones surgidas de la etapa de interrogación puedan ser establecidas si el sospechoso primero ha tenido la oportunidad de consultar con un asesor legal y que los procedimientos son grabados, va en un largo camino a la consiguiente justicia⁽⁴⁴⁾.

Estos cambios no han tenido, sin embargo, ningún impacto profundo en el proceso de juicio, simplemente porque las condiciones y fórmulas procedimentales que los acompañan son tan complicadas que la Corte de Apelaciones ha indicado que las cortes solo deberían invitar a los jurados a establecer conclusiones en contra del acusado en casos de necesidad real⁽⁴⁵⁾. Uno no debería sobreformalizar el sentido común.

ii) Pruebas de internamientos anteriores

Anteriormente, había fuertes inhibiciones en contra de buscar aducir los internamientos anteriores del acusado⁽⁴⁶⁾. La razón no era que dicha evidencia era irrelevante, sino más bien que sería injusto perjudicar a la defensa haciendo que el jurado concentre su atención en el carácter del ofensor en lugar de los hechos en debate. La *Criminal Justice Act 2003* ahora hace posible aducir la *bad character evidence*, de nuevo sujeto de salvaguardas. En consistencia con la anterior ley, dicha evidencia puede ser admitida por acuerdo, o donde el acusado la pone en debate cuestionando si invoca o

(40) *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, s. 34.

(41) *Ibíd.*, s. 36 y 37.

(42) *Ibíd.*, s. 35.

(43) A. Ashworth y M. Redmayne. *The criminal process* (3ª Edición, Oxford University Press 2005) at p. 98.

(44) En la práctica, si la ofensa es seria, un asesor legal será usualmente presentado en esta etapa.

(45) *Reg v Brizzalari*, (2004) EWCA Crim 310; *Reg v Mayuire*, (2008) EWCA Crim 1028.

(46) En general, ver. J. R. Spencer. *Evidence of bad character*, (Criminal Law Library, London, 2006) (second edition in press)

ataca el carácter de otra persona⁽⁴⁷⁾. Otro, nuevos motivos, incluyen casos donde la prueba es importante e explicativa, o es relevante para un importante tema en debate entre el acusado y el fiscal, o tiene valor probatorio sustancial en relación con un tema en debate entre un acusado y otro coacusado. Entre las características protectoras de la legislación está una disposición de que la corte no debe admitir las *bad character evidence* bajo ciertos parámetros, donde tendría un efecto adverso significativo en la justicia del proceso⁽⁴⁸⁾.

Estos motivos para la admisibilidad son comúnmente referidos como entradas. Están tan definidos como incluir evidencia de propensión de cometer una ofensa, de ser desleal, o el caso donde el acusado sea responsable de hacer aseveraciones falsas capaces de dar a la Corte o al jurado una impresión falsa o equivocada sobre el acusado⁽⁴⁹⁾. El efecto de las disposiciones explicativas es crear entradas amplias para la admisibilidad de este tipo de evidencia, que es sujeto de importantes protecciones como, por ejemplo, la exclusión de evidencia propensa en la que el internamiento previo es una antigua de estas⁽⁵⁰⁾.

La razón para la admisibilidad de la *bad character evidence* es que su valor probatorio sustancial pesa más que su carácter perjudicial que solo queda, en la búsqueda de la verdad, admitirla. Al asegurar esto, la Corte de Apelaciones ha sido astuta al decir que la relevancia es, por ejemplo, claramente mostrada teniendo en consideración los hechos en debate⁽⁵¹⁾. Además, la evidencia solicitada para mostrar propensión necesita ser cuidadosamente evaluada por el juez de juicio antes de ser admitida⁽⁵²⁾. No están las cortes preparadas para permitir pruebas cuestionables sobre propensión para deslizarse bajo el disfraz de una de importante trasfondo⁽⁵³⁾. La evidencia admitida bajo las condiciones estrictas de la entrada (d) (la evidencia relevante para un tema en debate entre el acusado y la fiscalía) bien puede estar disponible para propósitos más generales⁽⁵⁴⁾. En corto, un cuidadoso régimen legal, que a primera vista provee salvaguardas para el acusado ha sido reforzado por un cuerpo de jurisprudencia protectora que asegura que en la búsqueda de la verdad no deben pasarse por alto consideraciones básicas de justicia.

(47) *Criminal Justice Act 2003*, s. 101 (a) (b) y (g).

(48) Esta se refiere a s. 101 (1)(1)(d) (evidencia relevante para un importante tema en debate entre el acusado y la fiscalía) y (g) un ataque del el acusado hacia el carácter de otra persona.

(49) *Criminal Justice Act 2003*, ss. 102-106.

(50) *Ibíd.*, s. 103 (3)

(51) *Reg. v Bullen* (2008) 2 Cr App R 25; *Reg v Hansen* (2005) 1WLR 3169.

(52) *Reg v McKenzie*, (2008) EWCA Crim 758; (2008) RTR 22.

(53) *Reg v Davis* (Robert John) (2008) EWCA Crim 1156; (2008) 172 JP 358.

(54) *Reg v Campbell* (2007) 2 Cr App R 28.

iii) Evidencia de oídas en general

La ley inglesa anteriormente excluía la admisibilidad de mucha evidencia “de oídas”, otra vez no en el campo que esta tuviera poca relevancia, sino en el que no podía ser completamente probada ante el jurado. Aquí, nuevamente, cambios mayores a la ley han sido efectuados⁽⁵⁵⁾. En breve, la evidencia de oídas puede ahora ser admitida cuando un testigo no está disponible, por ejemplo, porque está muerto o por no poder ser testigo por su condición física o mental, o está fuera del Reino Unido o no puede ser encontrado, o si no da evidencia porque él o ella está con miedo⁽⁵⁶⁾. Otra disposición relacionada a la admisibilidad de documentos de negocios, de declaraciones inconsistentes previas, de otras tantas declaraciones previas, y de múltiples testimonios de oídas⁽⁵⁷⁾. Nuevamente, estas disposiciones están sujetas a una discreción de exclusión como evidencia, en particular donde admitirla resultaría, visto el valor de la evidencia, en una indebida pérdida de tiempo⁽⁵⁸⁾.

Esas disposiciones son de valor considerable, tanto para la fiscalía como para la defensa. En particular, ellos atacan la eliminación o intimidación de testigos, y así, a tácticas favorecidas por el crimen organizado⁽⁵⁹⁾. Un desarrollo mayor, de considerable importancia para un co-acusado junto con otro u otros es la disposición de que una confesión hecha libremente por uno de ellos en el proceso puede darse como evidencia a favor de otro acusado⁽⁶⁰⁾. Además, la evidencia de oídas puede ser dada en beneficio de un acusado contra otros en un juicio acumulado⁽⁶¹⁾. El resultado es una ganancia tanto en eficiencia, en que todos los temas de las mismas ofensas o relacionadas con ellas pueden ser confrontados en el mismo procedimiento; como en la justicia en que toda la evidencia relevante puede ser aducida en lo referente a cada uno de los acusados en el mismo juicio.

iv) Evidencia por enlaces de video

La legislación ha buscado, engorrosa y confusamente, dinamizar procesos permitiendo la entrega de evidencia por entrevista videograbadas. Además, ha previsto la entrega de evidencia por enlaces de video en vivo⁽⁶²⁾. Pero

(55) Ver, en general: J. R. SPENCER. *Hearsay evidence in criminal proceedings* (Hart Publicationsm 2008).

(56) *Criminal Justice Act, 2003*, s. 116.

(57) *Ibíd.*, ss. 117-126.

(58) *Ibíd.*, s. 126.

(59) Particularmente, el “miedo” es ampliamente interpretado e incluye miedo a la muerte o a injurias de otra persona o a pérdidas financieras: ver *Criminal Justice Act 2003*, s. 116(3).

(60) *Police and Criminal Evidence Act, 1984* m s. 76^a.

(61) D. ORMEROD. “*Appeals: Criminal Justice Act 2003*, s. 58...” (2008), *Crim LR* 466 and *Reg v. Y*, (2008) 1 *WLR* 1683.

(62) *Criminal Justice Act 2003*, ss. 51-56.

mientras que la aspiración es buena y las reformas al sistema vale la pena, permanecen parcialmente alcanzados y en la práctica, tristemente imperfectos⁽⁶³⁾.

VIII. JUZGADOR DEL HECHO

Cambios a la composición de las cortes de juicio y su estilo de trabajo otra vez desmiente la apariencia aparentemente inmutable de los procesos judiciales. Cada vez más, las cortes de los magistrados en el gran centro son presididos por jueces distritales en lugar de sentar jueces. Para ofensas serias, los juicios por jurado se establecen como la norma. Ha habido, sin embargo, cambios mayores a la composición de los jurados.

La *Criminal Justice Act 2003* marcó el comienzo de un régimen de servicios de jurados universales, terminando uno que anteriormente excluía a un amplio rango de profesionales del servicio de jurado⁽⁶⁴⁾. Particularmente, los oficiales de policía, abogados e incluso jueces pueden ser elegidos para el servicio de jurado. Mejores jurados deberían resultar. El cambio, sin embargo, crea una posibilidad de parcialidad real o aparente, exacerbada por la abolición de recusaciones sin causa a potenciales jurados⁽⁶⁵⁾. El examen para la aparente parcialidad en el caso de oficiales de policía es uno de aparente proximidad del jurado propuesto con el caso que está siendo juzgado. Con respecto de los fiscales, el problema es si el jurado propuesto pertenece al órgano persecutor en cuestión⁽⁶⁶⁾. En consecuencia, el juez del juicio deberá ser informado si alguno de los jurados en espera fue o ha sido un oficial de policía en servicio, miembro de la autoridad persecutora, o un oficial penitenciario en servicio de modo que puedan emprenderse las respectivas investigaciones antes de la realización del listado de jurados⁽⁶⁷⁾. Si esto resolverá completamente las preocupaciones es dudoso⁽⁶⁸⁾.

La abolición de recusaciones sin causa tiene como una consecuencia que la selección del jurado sea rápida. Mientras la fiscalía o la defensa pueden recusar por causa, por ejemplo, en el campo de parcialidades reales o aparentes, esto, que pueden ser de un jurado en particular o de todo el panel, raramente sucede⁽⁶⁹⁾. No hay principio que un jurado debiera ser racialmente

(63) Ver más en: J.R. SPENCER. *Special Measures and unusual muddles* (2008), Archbold News 7.

(64) *Criminal Justice Act 2003*, s. 321 y *Schedule 33*. Originalmente, los jurados eran sujetos de una calificación de propiedad y escogidos de entre aquellos de los de rango medio de la sociedad: BLACKSTONE. *Commentaries on the Law of England*. Vol. III-c, 23.

(65) *Juries Act 1974* y su enmienda.

(66) *R v Abdoukoff* (2007) 1 WLR 2679; *R v Alan (I)*, (2007) EWCA Crim 2999 (el oficial de policía en el jurado conocía al testigo policial).

(67) *R v Khan (Bakish Alla)*, (2008) EWCA Crim 531; Times, 7 de abril, 2008.

(68) TAYLOR, N. *Juries: bias...*, (2008) Crim LR 134, poniendo atención a la cercanía de la cultural policial y el peligro de parcialidades ocupacionales.

(69) *Juries Act 1974*, s. 12; M RACKSTRAW, *Comment*, (2008) 158 *NLJ* 726.

balanceado: el jurado debería ser escogido al azar pero no necesita representar una intersección de la sociedad⁽⁷⁰⁾. Este rechazo de comunalismo en la selección del jurado tiene el efecto de precluir un potencialmente largo número de recusaciones. Esto, así, representa una ganancia neta en eficiencia. No hay evidencia que sugiera que esto resultará en injusticia.

En años recientes, pasos han sido dados para ayudar al jurado proveyéndoles de ayudas como una lista escrita de preguntas instructivas, diagramas de flujo, diagramas y similares⁽⁷¹⁾. Esto esta sujeto a la salvedad de que nada de lo facilitado tal vez al jurado haya sido puesto en evidencia, o de que el jurado pueda conducir su propia investigación sobre un tema, por ejemplo, a través de internet⁽⁷²⁾.

En un aspecto, la eficiencia ha dado camino a la libertad. Un caso nunca debería, en sustancia, ser apartado del jurado direccionándolo a la condena incluso cuando el acusado no haya realizado defensa jurídica a la acusación⁽⁷³⁾. Al jurado debe dársele una oportunidad de retirarse para considerar el veredicto. En este sentido, puede decirse que el acusado tiene derecho a un veredicto adverso, aunque ninguna corte se expresaría al jurado en esos términos. Esto tiene obvias implicancias de libertades civiles en contextos politizados. Los jurados pueden, y en raras ocasiones tienen que, simplemente rechazar, condenar en esos casos⁽⁷⁴⁾. En los intereses de eficiencia, la Corte de Apelación ha buscado calificar este principio, manteniendo que cuando el acusado ha sido puesto a disposición del jurado, incluso con una dirección de condenar, el veredicto no lo hará en un caso donde la evidencia sea abrumadora y los constituyentes de la ofensa admitidas, necesariamente ser considerados como inseguros⁽⁷⁵⁾. Si esta calificación será a la larga confirmada, está por ser visto.

IX. CONCLUSIONES

Este ha sido un estudio, y uno altamente selectivo en ello, de ciertos desarrollos recientes en el proceso penal inglés que evocan cuestiones de justicia, apertura y eficiencia. Mucho más pudo haber sido escrito sobre el tema. Materias no tocadas incluyen los procesos de juzgamiento rápidos que envuelven una interacción de la legislación particular y la *Human Rights Act*

(70) *R c Ford* (1989) QB 868, 874.

(71) Reg. V. Mckechnie, (1991) 94 Cr App R 51; un juez no está, sin embargo, obligado a entregar instrucciones escritas al jurado; Reg. V Lawson, (1998) Crim LR 883.

(72) Reg v Karakaya, (2005) 2 Cr App R 277.

(73) *R v Wang*, (2005) 1 WLE 661.

(74) Ver más en: L. MAER y O. GAY. *Official Secrecy*, House of Commons Library, Standard Note SN/PC/02023, 30 de diciembre, 2008.

(75) *R v Caley-Knowles*, (2006) 1 WLR 3181.

1998⁽⁷⁶⁾; las apelaciones interlocutorias, cuyo propósito es poner un final rápido a juicios cuyo éxito, desde una perspectiva de enjuiciamiento, depende de una decisión sobre el proceso o la prueba⁽⁷⁷⁾, los cambios a las reglas del *double jeopardy* que aseguran que ciertas categorías de absoluciones erradas no deban mantenerse en vigor, y aspectos significativos del poder policial⁽⁷⁸⁾. No he buscado discutir cambios a los poderes y procesos de apelación. Todo esto puede ser leído de manera extensa en la próxima segunda edición de la *Oxford Public Law*⁽⁷⁹⁾.

Lo que he buscado hacer es mostrar que el sistema procesal inglés se parece cada vez más al proceso civil con su énfasis en la apertura y la eficiente identificación de problemas antes del juicio. También contendría que el proceso penal inglés en algunos aspectos se aproxima a alguno de nuestros vecinos europeos, particularmente en lo que respecta a la conducción de la etapa previa al juicio. Por encima de todo, me gustaría afirmar, un modelo de justicia en la administración de justicia ha evolucionado y continuará haciéndolo, el que está de algún modo removido de aquel que una vez fue pensado como distintivo de la tradición del *common law*. Lo que no puedo demostrar, sin embargo, es que el sistema procesal inglés es tan simple y factible como idealmente uno quisiera que sea. Aun no ha llegado el día en que pueda decirse que los gobiernos hayan respondido a las quejas de que el sistema es excesivamente complejo, ni es probable que ocurra por mucho tiempo mientras los gobiernos eviten las ventajas de la codificación a favor de la búsqueda de ganancias políticas a corto plazo.

(76) Ver, por ejemplo, la discusión en *Burns v HM Advocate* (2008) UKPC 63; 2009, SL/T 2 y la *Prosecution of Offences Act 1985*, s. 22, y las regulaciones hechas en virtud de la misma.

(77) *Criminal Justice Act 2003*, s. 58.

(78) Sobre el *double jeopardy* ver *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*, s. 54; *Criminal Justice Act 2003*, *Sched. 5*.

(79) *Oxford Public Law* (2ª edición a publicarse en julio 2009), capítulo 23.

Estado Democrático de Derecho, Derecho Penal y procedimiento penal^(*)

Julio B. J. MAIER
(Argentina)

SUMARIO: I. Introducción. II. El concepto de la justicia penal en un Estado de Derecho Democrático y su transformación actual. III. El primer y más próximo problema: la unidad política del Derecho Penal (material) con el Derecho Procesal Penal. a. La expansión del Derecho Penal. b. El modo básico de la expansión y su repercusión procesal. IV. El problema en el Derecho Procesal Penal: ¿las garantías del Estado de Derecho existen? a. El primer problema: las condenas por consenso. b. El segundo problema: la ciencia, la técnica y la hipocresía procesal. V. Corolario.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy es prácticamente un lugar común la afirmación de la “crisis del Derecho Penal” y el intento de explicarla⁽¹⁾, expresión que no solo contiene al

(*) Se trata de la versión castellana del *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, 2008, pp. 1223 a 1237, titulada *Demokratischer Rechtsstaat, Strafrecht und Strafverfahren*, original en alemán, con la cual contribuí al homenaje merecido del mismo amigo y jurista a quien va dedicada esta obra, a pedido de los compiladores peruanos.

(1) Sobre ello hubo una reunión universal de juralistas, organizada por la Fundación Alexander von Humboldt de la República Federal de Alemania: cf. HIRSCH, Hans-Joachim (compilador). *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften? (Tasungsbeiträge eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung veranstaltet vom 1. bis 5. Oktober 2000 in Bamberg)* [R.F.A.], Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 2001; descripción de la crisis en Europa, de la mano del *trueque de libertad por seguridad*, ALBRECHT, Peter-Alexis. *Die vergessene Freiheit*. Ed. Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2006 (2ª edición); en el mismo sentido descriptivo de esa crisis y en idioma castellano, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), Ed. Civitas, Madrid, 2001, caps. 1, 2 y 3, p. 17 y ss.; y el libro de JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Ed. Civitas, Madrid, 2003. La repercusión de esa crisis en trabajos científicos en la República Argentina ha sido escasa: posiblemente haya que nombrar en primer término al discurso del que hoy es nuestro mayor penalista, Eugenio Raúl Zaffaroni, al recibir el título de doctor h. c. de manos del Sr. Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha, discurso cuyo manuscrito tengo en mis manos. *El Derecho Penal liberal y sus*

Derecho penal material propiamente dicho, sino, también, al Derecho procesal penal –inclusión que yo he defendido académica y prácticamente desde antiguo⁽²⁾– y, además, a la ejecución penal, según estimo con menor grado de certeza, a causa de mi conocimiento meramente vulgar del tema. Más aún, creo también que todos los interesados coinciden en más o en menos –pero mucho más en más que en menos– en el diagnóstico, esto es, en la descripción de la situación real que el Derecho penal atraviesa. Esa situación real es la que pretendo señalar conceptualmente bajo los próximos números, mediante una somera descripción del “paisaje penal” actual.

El diagnóstico en sí no parece ser, entonces, el problema, aun cuando convenga describirlo por sus características básicas. Por lo contrario, la solución política es el problema en sí mismo. Unos aceptan este estado de cosas como inevitable, pretenden explicarlo y hasta justificarlo, al menos para evitar la “infección” del Derecho penal llamado **nuclear** o **normal** (este último adjetivo por comparación con el supuesto pretendidamente de **excepción**)⁽³⁾; otros, aunque de distintas maneras, no aceptan esta situación⁽⁴⁾ y algunos todavía se animan a exponer ciertas recetas para superar la crisis⁽⁵⁾. Yo, como

enemigos; recientemente, el mismo autor ha publicado un libro sobre el mismo problema, *El enemigo en el Derecho Penal*, Ed. Ibañez y Univ. Santo Tomás, Bogotá, 2006, que contiene un estudio total del tema en el que se observa, también, el trueque de libertad por seguridad, irracionalmente (pp. 30 y s.); luego siguen el trabajo de NIÑO, Luis Fernando, *Sobre el futuro de la dogmática jurídico-penal*, Cuadernos de Política Criminal, n° 55, Madrid, 1995, cuando aún la cuestión, si bien ya insinuada, no había explotado del todo, al menos entre nosotros; y el trabajo de LASCANO, Carlos Julio (h), publicado vía internet. El “*Derecho Penal para enemigos*” y *las garantías constitucionales*, en <www.eldial.com/edicion/cordoba/penal/indice/doctrina/cp031016-b.asp>, del 16/10/2003, Ed. Albremática, Buenos Aires, 2003; y, por manuscrito, conozco también, al comenzar estas líneas, el trabajo de PASTOR, Daniel. *El Derecho Penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional* (en prensa, citado por el manuscrito [al enviar este trabajo supe de su publicación en AA.VV., coordinadores: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 2, Ed. B de F, Buenos Aires, y Edisofer, Madrid, 2006, p. 475 y ss.]); en la América hispánica no se puede ignorar el trabajo de APONTE, Alejandro, *Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad*, cuyo manuscrito castellano poseo y cito, y que, según confesión del mismo autor, constituye el núcleo fundamental de su tesis doctoral, publicada en la Rep. Fed. de Alemania, *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum “effizienten” Strafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, tesis dirigida por el Prof. Dr. Alejandro Baratta, recientemente fallecido.

- (2) Cfr. MAIER, Julio B. J. “Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal”. En: *Doctrina penal*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, ps. 301 y ss.
- (3) Cfr. claramente, JAKOBS, Günther (cit. nota 1), ps. 13 y ss.; digo “pretendidamente”, pues, según se afirma, el llamado Estado de excepción y la emergencia constitucional ha devenido en regla, y los dispositivos temporarios de crisis se han transformado en instituciones durables y permanentes: cfr. AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción* (2ª edición, traducción de Flavia e Ivana Costa), Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2005, con cita y comparación de autores del siglo pasado que ya habían observado el fenómeno (en especial, p. 31 y ss).
- (4) Cf., en la vereda de enfrente, p. ej., CANCIO MELIÁ, Manuel (cit. nota 1), 2, p. 89 y ss.; PASTOR, Daniel (cit. nota al pie n° 1, del manuscrito en mi poder, en especial, p. 13 y ss).
- (5) Cf. HASSEMER, Winfried, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, “ZRP”, R.F.A., 1992, Heft 10, p. 378 y ss. (reproducido como introducción en *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*

entenderán al final, soy excesivamente pesimista –visión extendida al mundo político-cultural en general–, creo que presenciamos el comienzo de la muerte del paradigma de Descartes, para reemplazarlo por algo así como “tengo poder, luego existo”⁽⁶⁾ y, conforme a ello, prefiero retirarme a tiempo del mundo intelectual, pues las únicas soluciones que hallo al problema tampoco me satisfacen, probablemente porque no soy capaz de imaginar –o de afirmar– claramente otro tipo de relación social entre los seres humanos que aquella que ha constituido mi trasfondo de vida y otro tipo de organización social distinta a aquella en la cual existí y aún existo.

No fui, ni soy, un **abolicionista**, en ninguna de sus acepciones posibles⁽⁷⁾, pues si lo hubiera sido o lo fuera hoy en día, tendría solucionados, al menos intelectualmente, gran parte de mis dudas e imprecisiones tanto en mis afirmaciones relacionadas con el Derecho penal que quisiera defender, como con la organización social que le sirve de soporte. Por lo contrario, me atrevo a anticiparles en esta introducción que, considerar que algunos seres humanos son distintos de otros o –mejor dicho– que deben ser tratados de distinta manera –unos como **ciudadanos**, otros como **enemigos**, para exagerar la

[2. Auflage], Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 1 y ss., y traducido al castellano en el libro de HASSEMER, Winfried-MUNOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Ed. tirant lo blanch, Valencia [España], 1995, ps. 15 y ss.); recientemente la conferencia de HASSEMER, Winfried, *Sicherheit durch Strafrecht*, compuesta para la “*Strafverteidigertag*”, 2006, que el autor me envió al conocer esta mía, según creo, aún sin publicar. Con una propuesta inversa, de penalización con el soporte de nuevos bienes jurídicos institucionales, conforme a su clara definición ideológica, GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia (A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad)*, Valencia, España, 2003; con otra propuesta para dos o tres derechos penales diferentes, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (cit. nota al pie n° 1), n° 7 y 8, p. 149 y ss.

(6) JAKOBS, Günther (cit. nota 1), llamaría a este estado de cosas, probablemente, un regreso al *estado de naturaleza*, con cita y diferenciación de ROUSSEAU, de FICHTE, de KANT y de HOBBS, ps. 41 y ss. De otra manera, pero en idéntico sentido, en el diario *Página 12* de Buenos Aires, del 12/1/2005, en el llamado *Pirulo de tapa* (p. 1), de nombre *Desenvoltura*, con paráfrasis del actor Sean PENN sobre Bush (extraída de un reportaje de la revista francesa *Le nouvel observateur*), se dice lo mismo del presidente norteamericano: “En su universo, la fuerza ocupa el lugar de la verdad” (en el mismo diario, columna “Cartas” de la “Contratapa”, 17/02/2005, un lector [*Parcialidad*] le atribuye al mismo presidente la expresión de la razón de ser de esta afirmación: “Dios no era imparcial, por lo que no todos éramos igualmente –destacado mío– hijos de Dios. Lo que pensaban algunos era grato a Dios, por lo que los otros debían obedecer”). Resulta para mí gracioso, y a la vez triste, la comparación que como neófito –pero estudioso para una charla entre amigos– hube de hacer, sin mayores pretensiones que mi propia visión, con la danza popular actual de los jóvenes en relación a los ciclos históricos de la danza popular en, *Las danzas tradicionales argentinas* (inédito), p. 13 del manuscrito: allí me pareció que la danza actual de los jóvenes se parece sobremanera a la danza ritual, individual, de orígenes primitivos (hoy, individualismo extremo).

(7) Esto es, con prescindencia de los diversos modos de serlo que adoptan los cultores de esta tendencia político-criminal: nadie mejor que un *abolicionista* puede reconocerlo, cf. CHRISTIE, Nils, *Una sensata cantidad de delito* (traducción de Cecilia ESPELETA y Juan IOSA de *A suitable amount of crime*, Londres, 2004), Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004, Cap. 6.4, p. 120 y ss.

contraposición con el idioma⁽⁸⁾, o como **individuos** distintos de la **persona** o **sujeto de derechos**, con renuncia evidente al principio liberal de igualdad ante la ley⁽⁹⁾—, no desarrolla un concepto distinto —tampoco prácticamente— que

- (8) Creo que el primero en utilizar la palabra *enemigo* en relación con el Derecho y la administración de justicia penales de la actualidad fue FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione* (2ª edición), Ed. Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 852 (en castellano, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 815), para describir modernamente la lógica de las leyes penales de excepción o del Estado de excepción frente a las naturales en un Estado de Derecho (ver también el Cap. 12º del mismo libro, pp. 844 y 807 respectivamente); pero sin duda ha sido JAKOBS, Günther, primeramente con su *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), N° 97, Ed. Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1985, p. 751 y ss., y, finalmente, con su *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo* (citado nota al pie n° 1 como libro conjunto sobre *Derecho penal del enemigo*), quien ha desatado la más que viva discusión actual, sobre todo en Alemania y en España: más detalles acerca del desarrollo de la idea, en el comentario general de SCHÜNEMANN, Bernd, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, para el “*Goldammer’s Archiv für Strafrecht*” (GA), Ed. R.v.Decker, R.F.A., 2001, III, p. 210 y ss., con interesantes alusiones a las reacciones de la ciencia penal alemana y valoraciones propias; GRECO, Luis. *Über das sogenannte Feindstrafrecht* (aún inédito; versión castellana, *Acerca del llamado Derecho penal del enemigo*, en: AA.VV., coordinadores: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* cit., vol. 1, ps. 1081 y ss.); y, en castellano, APONTE, Alejandro, *Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad* (versión castellana y reducida, aún inédita según mi conocimiento, de su *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum ‘effizienten’ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien* [Guerra y derecho penal de enemigo: reflexiones alrededor del derecho penal eficientista de enemigo de la mano del caso colombiano], Ed. Nomos, R.F.A., 2004), p. 2 del manuscrito, donde reconoce la polémica desatada alrededor de las ideas expuestas por el Profesor Dr. Jakobs, situación que ya consta en el subtítulo; PASTOR, Daniel, *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional* (cit. nota al pie n° 3), en mi manuscrito, ps. 1 y siguiente. Cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal* (Dpp), Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2003, t. II (*Parte general*), § 11, ps. 287 y ss., sobre el nacimiento del Derecho penal y sus órganos estatales de aplicación, que parten, precisamente, de necesidades opuestas: tratar a los rebeldes propios (revolucionarios o, al menos, contrarios activos al orden establecido) como ciudadanos iguales a los otros, aceptantes de la organización social y de sus normas a grandes rasgos, por tanto, sujetos de derecho, distinguibles por contraposición al enemigo exterior y tratables con otros métodos (ver B, 1, ps. 386 y siguientes). Cf. además, desde este punto de vista, específicamente, SCHNEIDER, Hendrik, *Bellum justum gegen den Feind im Inneren?*, en ZStW, n° 113 (2001), en especial, III, p. 508 y ss., con retroceso histórico hasta el concepto escolástico de “guerra justa”, quien intenta obtener criterios para el tratamiento de la “criminalidad organizada”: allí puede leerse que lo extraño y, al mismo tiempo, perfectamente comprensible en la utilización de esos criterios ha sido que ambas partes en conflicto, enfrentadas, apelaban a los mismos criterios para justificar la guerra contra el “enemigo”, por supuesto, cada una con aporte de agua para su molino propio, como lo demuestra la guerra religiosa desatada por la Reforma (*bellum justum ab utraque parte*) y, además, que ha sido la Iglesia quien acudiera a estos criterios para proceder libre y cruelmente contra el “enemigo”, en procura de su eliminación.
- (9) Ya históricamente, antes de la Ilustración, eran conocidas estas desigualdades: patricios y plebeyos, personas capaces e incapaces, dueños y esclavos, varones y mujeres; el mismo orden jurídico, aun después de la Ilustración, conoce “desigualdades”, quizás no “de derecho”, pero sí “de hecho”, tal como la regulación de la incapacidad civil para obrar por sí mismo (CC, 54), que exige la representación legal. El problema no es, precisamente, la constatación de su existencia, sino su justificación jurídica y moral. Se trata siempre de “categorías sospechosas”, para decirlo en lenguaje del Derecho constitucional actual, siempre necesitadas de una justificación especial para la discriminación. Ver en la nota al pie n° 6 las palabras con las que el presidente de la nación bélicamente más poderosa del mundo intenta justificar la desigualdad entre los hombres como una institución divina; cf., en contra de este pensamiento, ROUSSEAU, Jean Jaques. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Traducción de

aquello que el mundo social conoce como la división entre **incluidos** y **excluidos**, categorías que, en los llamados antiguamente países en desarrollo o del tercer mundo, y hoy **emergentes**, parten por mitades al conjunto de la sociedad⁽¹⁰⁾ entre ricos –o, al menos, satisfechos– y pobres, para decirlo con pocas –pero demostrativas– palabras. Solo así, si se considera a ciertos seres humanos como inferiores, como integrantes de la sociedad nacional que constituye un Estado, pero **excluidos** de sus beneficios o de los derechos reservados a otros (como **enemigos** frente a los **ciudadanos**), se puede comprender un trato desigual de unos con respecto a otros por parte del orden jurídico o, si se quiere, la coexistencia de dos estatutos jurídicos materiales y formales diversos en una misma organización, uno para los socios plenos y otro para aquellos disminuidos⁽¹¹⁾.

Pero expresadas las cosas como enfrentamiento –más que como distinción– entre estamentos sociales, uno de cuyos derechos penales está representado por una **guerra o lucha** entre **enemigos**, el riesgo evidente, quizás no advertido por los sostenedores de la teoría, consiste en que el **enemigo** sea el que triunfe en el combate –o guerra–, con lo cual los otros, presumiblemente quienes elaboran la teoría por estimarse a sí mismos presuntos triunfadores, serían –o pasarían a ser– los destinatarios del **Derecho Penal del enemigo**, a partir del día de la derrota, y solo tendrían –como aquel hoy– escasas posibilidades frente a él, casi diría, dos únicas acciones posibles: huir, mientras exista esa posibilidad y en la medida de lo posible⁽¹²⁾, o combatir de nue-

Ángel PUMAREGA). En: *Discursos*. Ed. Edeval (colección “Juristas perennes”), Valparaíso (Chile), 1979, p. 57 y ss.

- (10) Como sucede en los países a los cuales pertenece la República Argentina, por contraposición a los países centrales, que, sin embargo, no parecen escapar del todo a esta división, aun cuando en diferentes proporciones (sociedad de los dos tercios). FERRAJOLI, Luigi. *Razones jurídicas del pacifismo* (citado por Pastor, ver nota al pie n° 3, p. 27, del manuscrito), observa esta injusticia global y, como en el Derecho interno, nos preguntamos si no es mejor y más real proponer métodos de prevención basados en cierta equiparación de posiciones, al menos como previos a la utilización del poder punitivo, no tan solo porque ello es “justo”, sino también porque resulta más eficaz para todos, pero, incluso, para el mismo Derecho Penal.
- (11) Repárese que no lo expresamos así para negar estados o sociedades multinacionales, con minorías o mayorías cuyas costumbres, derechos y formas de orientar su vida debemos respetar (O.I.T., resolución n° 169/1989, 76ª reunión de la Conferencia general, del 07/06/1989, en Ginebra), realidad que, precisamente, ha inducido a buscar la igualdad por respeto del prójimo, de la cultura y tradiciones ajenas. Cf. también, en un sentido absolutamente distinto, como defensor de un “derecho penal para los ricos”, enemigos frente a los ciudadanos con menor capacidad económica, Gracia Martín, Luis (ver nota al pie n° 4). Esta división se extiende desde antiguo, pero esencialmente desde el “posmodernismo” y la “globalización”, a las relaciones entre los estados y, cada vez más, a los súbditos de esos estados en sus relaciones entre sí por nacionalidad o pertenencia (cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (cit. nota inicial al pie), n° 3, p. 81 y ss.; y, desde otro punto de vista, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo* (cit. nota al pie n° 1), VI, p. 50 y ss., y VII, 6, p. 56; PASTOR, Daniel (cit. nota al pie n° 1).
- (12) Vietnam: una palabra resume todo, incluso para los americanos del norte, en el presente. Estimo que la expresión del Sr. Bush, respecto de Iraq, básicamente, “legítima defensa preventiva”, se parece mucho a la de “Derecho Penal del enemigo”, teóricamente, a pesar de que quien utilizó esta última expresión

vo, pero ahora desde una posición sin privilegios, paraestatal, negativamente normativa. Pues en esa explicación el “enemigo” actual, también considera a los “fieles” al orden jurídico establecido, naturalmente, “su enemigo” y, en consecuencia, aplicará las mismas reglas si vence en el combate, a partir de ese día. Ello muestra que ese planteo puede derivar, eventualmente, en una regulación normativa a la cual resulta difícil llamar Derecho, en el sentido tradicional que le damos al término, unido al concepto de “justicia” o de “solución de conflictos sociales” y separado del de “banda de malhechores” o de “bandos en disputa”. Creo que la confianza ingenua de la sociedad llamada **occidental** en plantear las cosas de esta manera, porque espera ganar la guerra siempre, “a la larga” –esto es, en el mediano y largo plazo, que yo no sé establecer en unidades de tiempo–, carece de sentido y no es razonable⁽¹³⁾.

Resta aún por expresar un argumento acerca de la necesidad de la igualdad de trato –o en contra de la desigualdad–, desde el punto de vista conceptual⁽¹⁴⁾. La división de estatutos, uno para el amigo y otro para el enemigo, parte de la base de la posibilidad de reconocerlos o diferenciarlos a priori, de distinguir con certeza a ambas categorías de seres humanos, esto es, algo así como por el uniforme, como si se tratara de una guerra convencional y antigua, o por la camiseta, tal como sucede en un partido de fútbol. Pero la realidad muestra que esa línea divisoria tajante no solo empíricamente, sino también conceptualmente, resulta irreal e imposible⁽¹⁵⁾. El resultado final consiste en que aquel estatuto teóricamente de excepción, pensado para el enemigo, termina aplicándose al amigo (**ciudadano**), de conducta ocasional desviada o hasta inocente. Recuérdese que solo conocemos esta realidad a través del procedimiento penal, con todas sus reservas y desprolijidades, y que

–resulta evidente– solo pretende un producto meramente intelectual para evitar la “infección” actual del Derecho Penal común (del *ciudadano*), por llamarlo de algún modo, y el primero, en cambio, la usó para declarar y tornar realidad una guerra de *agresión*, delito del Derecho Penal Internacional, aunque todavía no haya podido ser definido (¿?); cf. JAKOBS, Günther. “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo”. En: JAKOBS-CANCIO MELIÁ. *Derecho penal del enemigo*. Ob. cit., p. 42.

- (13) Todas estas sinrazones y el repudio a vivir en un mundo de desiguales pueden leerse, casi a la letra, en HASSEMER, Winfried, *Sicherheit durch Strafrecht*, conferencia para el “*Strafverteidigertag*” 2006, que el autor me remitió, IV, 2, e, según creo, aún sin publicar, cuando, a través de una publicación para homenaje a un amigo, tuvo conocimiento del contenido de una última clase mía.
- (14) Afirmación algo tácita pero latente, que inspira toda la oposición a considerar Derecho Penal al del “enemigo”, en la exposición de Cancio Meliá (cit. nota al pie n° 1), sobre todo n° 2, C, p. 100 y ss. A ella conduce, irremediablemente, el abandono del principio liberal del hecho histórico como modelo de imputación y la recepción del supuesto de peligrosidad futura como fundamento y fin de la pena estatal.
- (15) Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Ob. cit., Cap. IV, p. 153 y ss., observa claramente la “ingenuidad” que encierra el concepto para quien pretende un reconocimiento sencillo del “enemigo” y advierte que la “ingenuidad” no es tal, sino que, antes bien, encubre la traslación de un poder sin límites a quienes, más tarde o más temprano, más provisional o más duraderamente, representan a los órganos encargados de aplicar el concepto y sus consecuencias (ver, también, las “reflexiones conclusivas”, Cap. VII, p. 254 y ss).

dentro de él también existe un Derecho Procesal Penal para el ciudadano y otro para el enemigo, realidad que indica la necesidad de una distinción a priori. Ello sucede, además, en una extensión ingobernable, que ya ha sido catalogada como **inflación** del Derecho Penal⁽¹⁶⁾.

De tal modo, **perplejidad** es lo que yo siento subjetivamente, perplejidad ante la doble personalidad del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal actuales, que me resultan, según yo creo, objetivamente **esquizofrénicos**: por un lado, ellos representan el resultado y son los defensores del Estado de Derecho, miran al pasado y a sus hechos, y quieren castigar por ellos a quienes no obraron de conformidad con ciertas reglas mínimas y básicas; por el otro, ellos se orientan actualmente hacia la destrucción de esa forma de Estado, hacia la afirmación de un “peligrosismo” bien próximo al positivismo orgánico y criminológico del siglo XIX, miran al futuro y quieren preverlo y prevenir resultados no deseados, pero meramente eventuales⁽¹⁷⁾. Una auténtica personalidad que inmortalizó Stevenson en la literatura inglesa mediante los célebres personajes del Dr. Jekyll y de Mr. Hyde⁽¹⁸⁾.

II. EL CONCEPTO DE LA JUSTICIA PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO Y SU TRASFORMACIÓN ACTUAL

Desde su mismo origen, muy posterior al nacimiento de la pena como facultad o poder del Estado-nación, el Derecho Penal, comprendido allí el Derecho procesal penal, fue entendido como límite –o, mejor dicho, como regulación limitante– del poder punitivo estatal. Así, yo siempre creí que el Derecho procesal penal del Estado de Derecho significaba agregar a las condiciones materiales del castigo o de la pena, fijadas por el Derecho Penal –v. gr., *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, con todas las repercusiones que el principio nombrado implica, y **principio de reserva**, que suprime cierta clase de acciones u omisiones, las privadas, de la autoridad de los magistrados–, condiciones formales para los órganos del Estado que la deciden o que administran el poder penal del Estado. Vale la pena enumerar sintéticamente alguna de estas condiciones para darse cuenta de ello: el principio

(16) Cf. FERRAJOLI, Luigi. En: *Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura*. En “Pena y Estado”, año 1, n° 1, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 125 y siguiente; ver también, del mismo autor, *Diritto y ragione* (2ª edición), Ed. Laterza, Roma-Bari, 1990, Cap. 2º, n° 8, p. 80 y ss. (en castellano, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 103 y ss.); y, en el mismo sentido, Silva Sánchez, Jesús-María (citado en nota al pie n° 1), quien prefiere utilizar la palabra *expansión* del Derecho Penal.

(17) Sobre el riesgo de esta esquizofrenia, sintéticamente expresado en idioma periodístico, comprensible para todos, WAINFELD, Mario. *Las claves para no perder el juicio (El trípode)*, columna de opinión del periódico Página 12, Buenos Aires, 24/1/2005 (en Internet: <<http://www.pagina12web.com.ar/diario/elpais/1-46566-2005-01-24.html>>).

(18) Cfr., con el mismo diagnóstico, JAKOBS, Günther (cit. nota al pie n° 1), p. 48 y ss.

nemo tenetur, cualquiera que sea su correcta intelección, en tanto impide obtener información, al menos “de boca” del imputado, sin el concurso de su decisión voluntaria y libre; el principio de **inocencia** hasta que una condena firme no verifique lo contrario, con todas sus repercusiones procesales, en especial, el *in dubio pro reo*, que proscribe las condenas y penas llamada históricamente **de sospecha o extraordinarias**⁽¹⁹⁾ y, como consecuencia de ello, la pérdida de derechos básicos del individuo durante el procedimiento, sin una razón excepcional que funde la anticipación de la utilización de la fuerza pública, si la expresión es atinada; el principio de **formalización del procedimiento**, con su repercusión sobre la definición de la palabra prueba –aquello que resulta legítimo utilizar para conocer la realidad necesaria para condenar– o, mejor dicho, sobre la definición de fuente de conocimiento legítimo, **prueba legítima** jurídicamente, en el sentido de las **prohibiciones probatorias**, y sobre la determinación de las características básicas del único procedimiento idóneo para condenar penalmente, esto es, el **juicio público, oral, contradictorio y continuo**; las máximas relativas al **juez natural** y a la **imparcialidad** de los jueces de mérito, que gobiernan la determinación e integración del tribunal que lleva a cabo ese juicio; el principio *ne bis in idem*, que supone una única oportunidad de imputación penal relativa a un comportamiento concreto; la garantía del **recurso para el condenado**, que, al menos, posibilita que él, con su voluntad, ponga en marcha un mecanismo de control de la primera sentencia condenatoria. Todos estos principios, y alguno más que seguramente he olvidado en la enumeración, predicen una concepción del Derecho Penal asido fuertemente a la verificación de un hecho histórico y a su papel de garante de una aplicación limitada y conforme a la ley, y un procedimiento penal previo a la pena, que legitima la decisión estatal sobre ella y, precisamente para ello, concede una oportunidad al imputado para intentar evitarla, mediante refutación de la imputación dirigida a él, de los elementos de prueba y de los fundamentos que pretenden avalarla.

El Derecho Penal propiamente dicho, nacido con la Ilustración –al punto de que su certificado de nacimiento, conjuntamente con el Derecho Procesal Penal, está representado por aquel pequeño libro del marqués de Beccaria sobre **los delitos y las penas**– transitó por esos carriles durante todo el periodo de mi formación, en pos de someterse al nuevo Estado, al Estado de Derecho, de modo creciente, y prosiguió esa derrota, en su elaboración, por un espacio temporal de casi dos siglos. A fines del siglo XX comenzaron a soplar nuevas brisas, enfatizadas en el siglo XXI cada vez con mayor vigor, al punto de que la brisa se transformó en viento y, luego, en tormenta,

(19) Sobre estos conceptos THÄLE, Brigitte. *Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*. Ed. Peter Lang, Frankfurt a. M., 1993.

de modo que las previsiones legales discordantes con aquellos conceptos o discutibles según ellos, nacidas al amparo de un llamado **estado de excepción o situación de emergencia**⁽²⁰⁾, cobraron no solo permanencia, sino que, a la vez, ocuparon un ámbito superior hasta, quizás con hipocresía⁽²¹⁾, hacer desaparecer la regla. Mi tesis de hoy intentará explicar que, pese a las reglas constitucionales clásicas, todavía hoy vigentes formalmente, el Derecho Penal actual pretende, día a día con mayor énfasis, configurar a la justicia penal del Estado con un sentido distinto de aquel histórico al que me he referido al comienzo. Antes bien, pretende edificar tanto la pena como el procedimiento penal según la concepción de **combate o lucha contra el enemigo**, la llamada **criminalidad**, o, mejor aún, de **guerra contra el agresor**⁽²²⁾, esto es, según la idea de una justicia penal que no se ejerce básicamente **para castigar** comportamientos pasados, en su caso, cuando estamos convencidos de que ello es justo y necesario, sino que, antes bien, ella se lleva a cabo **para prevención de riesgos futuros**, en todo caso posteriores al castigo, y solo pretende corroborar si, al castigar directa o inmediatamente a nuestro **enemigo**, no nos hemos equivocado gravemente y así proporcionarle una oportunidad al ya penado para redimirse. Como se observa, descrito en pocas palabras, en el primer caso el Estado procede para poder castigar legítimamente; en el segundo, en cambio, opera únicamente para evitar riesgos futuros no verificados, sino tan solo supuestos, eventuales, y para enmendar, en su caso, graves yerros, en especial, yerros futuros acerca de lo ya hecho. Esta es, a mi juicio, la hipótesis actual más benigna, pues acontecimientos reales

(20) Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. (traducción de Flavia e Ivana COSTA de la 2ª edición italiana), Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2005, estado que “ya ha devenido en regla” permanente, pues “el uso de los poderes de emergencia constitucional se vuelv[e] regla y no la excepción”, puesto que “los dispositivos temporarios de crisis han devenido en algunos países, y pueden devenir en otros, instituciones durables y permanentes inclusive en tiempos de paz” (el autor cita a ROSSITER, Clinton L., *Constitutional Dictatorship. Crisis government in the modern democracies*, 1948, ps. 297 y 313); describe magistralmente el mismo fenómeno, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Emergencia y crisis del estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Barcelona (España), 1988; en igual sentido ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. cit. *supra*, Cap. I, 2, p. 22 y s.

(21) Cf. DENCKER, Friedrich, *Criminalidad organizada y procedimiento penal*, en “NDP”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1998/B, p. 486 y siguientes. Una de las mayores hipocresías en este sentido, legislativamente consagrada, está constituida por el Protocolo n° 7 al Convenio europeo de libertades políticas y derechos fundamentales (Convención europea sobre derechos humanos), al introducir dos principios caros al Derecho procesal penal: la prohibición del *ne bis in idem* y el derecho del condenado al recurso, ausentes en la convención originaria (cf., al respecto, mi *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*, en *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1999, nota al pie n° 14, p. 948.

(22) HASSEMER, Winfried. que leyó por casualidad otro trabajo mío en homenaje a un amigo (última clase como profesor de la Universidad de Buenos Aires), que enfrentaba una problemática similar aunque más dedicada al Derecho penal, me envió su *Sicherheit durch Strafrecht*, conferencia concluida para la *Strafverteidigertag 2006* (según creo, aún no publicada), que describe y trata con propiedad los mismos temas que, parcialmente, aquí trataremos (en especial, para este capítulo y esta conclusión, 4, 2, e).

sucedidos en los últimos tiempos parecen conducir por inducción, al menos en mi país, a la idea que traduce la **lógica del linchamiento**⁽²³⁾, aun sin pena de muerte. Este último concepto supone, claramente, que la pena **debe ser** directa e inmediatamente posterior al hecho punible, recaer sin mayor debate sobre quien resulta sospechoso como autor en un primer momento, en ocasiones según el juicio público o de las supuestas víctimas, e, incluso, inocular al autor mediante el mecanismo de **prevenir** el futuro, siempre eventual, cuando menos por encierro de por vida o prolongado⁽²⁴⁾.

Quizás debería aclarar, antes de tomar a mi cargo la exposición de los problemas que este definido “antigarantismo” crea –según caracterización de los mismos defensores públicos de esta posición política–, que esa posición negativa o, mejor dicho, renegada, me resulta incomprensible a esta altura de mi vida. Pero ello puede deberse a esa llamada “altura de mi vida”, por no decir vejez, pues hay otros fenómenos actuales, no necesariamente jurídicos, que también me resultan incomprensibles.

III. EL PRIMER Y MÁS PRÓXIMO PROBLEMA: LA UNIDAD POLÍTICA DEL DERECHO PENAL (MATERIAL) CON EL DERECHO PROCESAL PENAL

Quizás hoy, más que nunca, se ponga de relieve algo en lo que he insistido toda mi vida, que consta en el título de esta sección, pero que, por una suerte de desarrollo curricular equivocado, propio de los países de habla hispánica, resulta algo extraño en la vida académica que transcurre en idioma castellano: la unidad esencial entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, que no permite pensar en ambos por separado, al menos cuando se trata de elaborar una Política Criminal coherente⁽²⁵⁾. Nacieron juntos, según describí arriba, y ahora parecen languidecer juntos, a mi juicio. En verdad, en todo el proceso de su desarrollo, pero, fundamentalmente, en el actual proceso de hipertrofia del sistema penal, es el Derecho Penal (material) el que

(23) Cf. KAUFMAN, Alejandro. *Lógica de linchamiento (respuestas sociales ante el desastre de Cromañón)*, diario “Página 12”, Buenos Aires, 30/6/2005, p. 28/9; importante también, en la misma línea, BRUSCHTEIN, Luis. *La televisión no es inocente*, “Página 12”, Buenos Aires, 01/07/2005, Contratapa.

(24) Ya he debido reaccionar con indignación, lamentablemente, por intermedio de artículos periodísticos en contra de esta concepción, algo que, sin embargo, significa también reconocer su existencia y realidad: *Blumbergstrafrecht*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004/B, p. 1 y ss.; *Justicia y oportunidad*, periódico “Página 12”, sección “Opinión”, Buenos Aires, 20/5/2005. En relación con los derechos humanos e idéntico fenómeno: PASTOR, Daniel, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, en “NDP”, Buenos Aires, 2005/A, p. 73 y ss.

(25) Cf. mi texto, ya anticuado, sobre “Política Criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal”. En: *Doctrina Penal*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, ps. 301 y ss.; mejor y más actual exposición del fenómeno, en BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal* (2ª edición), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, Primera parte, II, p. 41 y ss.

lleva la delantera respecto de la fijación de fines políticos a alcanzar y, a su zaga, él determina el Derecho Procesal Penal que le conviene aceptar (**carácter sirviente** del Derecho Procesal Penal⁽²⁶⁾). Con ello quiero decir también que, si se considera este proceso desajustado desde algún punto de vista, por ejemplo, desde el atalaya constitucional, no existe forma de corrección posible que deje de incursionar en ambos segmentos normativos del sistema. Tanto el proceso de infección, como el proceso de curación, abarca a ambos y me animaría a decir que debe comenzar por el Derecho Penal. Ello, por otra parte, no puede resultar novedad alguna, pues el Derecho Procesal Penal ha sido definido siempre como **realizador** del Derecho Penal⁽²⁷⁾.

a. La expansión del Derecho Penal

Una más que mínima descripción de aquello que sucede actualmente en el sistema de justicia penal no puede dejar de lado el hecho de que el Derecho Penal o, mejor dicho, la pena estatal, ha pasado de ser propuesta como última ratio de la política social, a ser, directamente, una *prima donna* de ella⁽²⁸⁾. En efecto, la pena estatal, desacertada o acertadamente —da exactamente lo mismo, porque no se trata de un juicio, sino de una realidad política y social verificable—, ha pasado a ser una medicina milagrosa hallada al fin por el hombre, un “sanalotodo” de cualquier problema social⁽²⁹⁾. Ello ha provocado su aplicación indiscriminada, fenómeno que se conoce como **inflación o expansión** del Derecho Penal⁽³⁰⁾ y que califico, para no extenderme

(26) BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal* (traducción Goldschmidt-Núñez), Ed. Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1943, §1, I, p. 2.

(27) BELING, Ernst. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960, t. I, n° 9 y ss., p. 13 y ss.; BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts* (3ª edición), Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Köln-Mainz, 1979 (existe versión castellana de Conrado A. Finzi, *Derecho procesal penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986), cap. 1, I, p. 11 y ss.

(28) Cf. HASSEMER, Winfried, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, en “ZRP”, R.F.A., 1992, Heft 10, ps. 378 y ss. (reproducido como introducción en *Produktverantwortung im modernen Strafrecht* [2. Auflage], Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 1 y ss., y traducido al castellano en el libro de HASSEMER, Winfried-MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Ed. tirant lo blanch, Valencia [España], 1995, ha afirmado con razón su caracterización actual como **prima o sola ratio** y la extensión de su regulación a regiones antes insospechadas: *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, pp. 26 y 31; recientemente también, HASSEMER, Winfried, *Sicherheit durch Strafrecht*, conferencia citada por su manuscrito enviado por el autor.

(29) Ver, al final, quienes hablan de **panpenalismo, neopunitivismo y fascinación por el Derecho Penal** (notas al pie n° 39 y 42).

(30) Cf. FERRAJOLI, Luigi. “Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura”. En: *Pena y Estado*. Año 1, n° 1, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 125 y Ss; ver también, del mismo autor, *Diritto e ragione* (2ª edición), Ed. Laterza, Roma-Bari, 1990, Cap. 2º, n° 8, p. 80 y ss. (en castellano, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 103 y ss.), quien utiliza la palabra *inflación*, bien demostrativa de aquello sobre lo que desea advertir; y, en el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. Civitas, 2001, quien prefiere utilizar la palabra *expansión* del Derecho

demasiado sobre el punto, como devastador para principios y características caras para el Derecho penal liberal: v. gr., la pérdida del principio de *subsidiariedad* y, con él, el de la concepción del Derecho penal como última ratio de la política social⁽³¹⁾, y, unido a ello, el extravío del **carácter fraccionario** que tradicionalmente se le atribuyó a él, con base en el principio *nullum crimen*, fenómenos que conducen, como muchas veces sucede cuando se amplía desmesuradamente el significado de un concepto, a la “bastardización” del instrumento como mecanismo útil para la comunicación, en este caso para la política social y para quienes la soportan⁽³²⁾. De allí la afirmación de la transformación del Derecho Penal en una regulación jurídica **simbólica**, que sirve a intereses particulares, como, por ejemplo, la “demagogia política y el espectáculo mediático”⁽³³⁾, con el agravante de que, a través de la administración de justicia, no solo confirma, sino que reafirma y agrava su **carácter selectivo**, fenómeno por todos conocido: solo los peces chicos (pequeños), débiles y, por tanto, vulnerables, caen en la red –aun en la zona de los presuntos “nuevos” bienes jurídicos–; a contrario de lo que sucede en la pesca real, los grandes y gordos se escapan por múltiples razones que exceden a esta exposición y a mis conocimientos⁽³⁴⁾.

Esta expansión del Derecho penal y de la pena estatal, casi sin límite, condena al procedimiento judicial establecido para su realización a la **ineficiencia**⁽³⁵⁾. Si ya con el Derecho penal tradicional era conocida la importancia

Penal. Para CANCIO MELIÁ, Manuel (libro conjunto con JAKOBS, Günther). *Derecho Penal del enemigo*. Ob. cit., p. 62 y ss., esta característica casi basta para definir la situación ultrasintéticamente y él cita en la nota al pie n° 2, una extensa bibliografía que gira alrededor de ella y que conviene consultar. Algunos defienden esta expansión: cf., desde la izquierda política, con una propuesta inversa, de penalización con el soporte de nuevos bienes jurídicos institucionales, conforme a su clara definición ideológica, GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia (A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho Penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad)*, Valencia, España, 2003.

- (31) Al contrario, HASSEMER, Winfried. (citado por la edición castellana), ha afirmado con razón su caracterización actual como **prima o sola ratio** y la extensión de su regulación a regiones antes insospechadas: *La responsabilidad por el producto en el Derecho Penal*. Ob. cit., pp. 26 y 31.
- (32) En el idioma sucede con frecuencia que la ampliación del contenido conceptual de una palabra al infinito conduce a que ella pierda valor, no defina nada, fenómeno que he pretendido traducir con un neologismo inventado, tomado del término bastardo y convertido en acción consumada; en sentido idéntico al del texto opina HASSEMER, Winfried (cit. nota anterior al pie), III, p. 26 y ss.
- (33) Palabras entrecomilladas que tomo prestadas de DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Del “Derecho Penal liberal” al “Derecho Penal del enemigo”*. En: “NDP”, Buenos Aires, 2004/A, I, p. 51.
- (34) Cf. HASSEMER, Winfried. *Viejo y nuevo Derecho Penal en la responsabilidad por el producto en Derecho Penal* (obra conjunta con MUÑOZ CONDE, Francisco), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, Primera parte, B, III, 4, p. 32; también ZAFFARONI, Eugenio Raúl-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General [Dp.Pg.]*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, II y ss., p. 7 y ss. Siempre me pareció un acierto la representación de Kaiser expuesta sintéticamente dos notas al pie más adelante (*infra*).
- (35) Cf. FERRAJOLI, Luigi. (cit. *supra* nota al pie n° 12); MAIER, Julio B. J., *Ist das Strafverfahren noch praktikabel?*. En: *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften* cit., II, p. 246 y ss. (en castellano,

del fenómeno citado como **cifra negra** del delito, en el sentido del desconocimiento de la mayoría de los hechos punibles por la autoridad encargada de la persecución penal oficial y, además, se conoce el poder selectivo del procedimiento penal sobre aquellos casos efectivamente ingresados al sistema⁽³⁶⁾, se puede calcular la incidencia mínima que la persecución penal observa en un Derecho penal simbólico, raramente realizable, con un sistema de selección arbitrario (no regulado jurídicamente o dependiente del azar de la decisión humana), al lado de una máxima incidencia desde el punto de vista presupuestario estatal. Aunque sin pronóstico de éxito, la única respuesta razonable para este fenómeno sería la expansión correlativa del servicio estatal de persecución y ejecución penal, según ya sucedió al fijarse las bases del sistema penal en el siglo XIX, cuando nuevos bienes jurídicos, básicamente individuales, se agregaron a la razón de Estado, el delito *lesae majestatis*⁽³⁷⁾. Si, a su turno, esa expansión carece de límite, correlativamente a la expansión de la pena estatal, lo único que se logrará al responder de esa manera, seguramente, será un **Estado gendarme** o **policial**, al estilo Orwell 1984, contrario al Estado de Derecho, indeseable para todos.

b. El modo básico de la expansión y su repercusión procesal

Pero esta no es la única influencia perniciosa del Derecho Penal sobre la administración de justicia penal. Históricamente, le ha resultado relativamente sencillo al Derecho Penal influir de modo máximo en las exigencias de verificación de la hipótesis de punibilidad –e, incluso, burlar esas exigencias– que el Derecho Procesal Penal le coloca a la decisión estatal sobre la pena. Para no abrumar con ejemplos históricos sobre los escondrijos de las penas de sospecha o extraordinarias, todavía existentes en forma camuflada, tómese al mecanismo regular de la punición de la imprudencia, al lado del delito doloso. Él significa, sin más, no solo una extensión considerable de la punición de comportamientos, sino, además, un “aflojamiento” o “relajación” de las exigencias de verificación de todos los elementos que tornan punible un comportamiento doloso de resultado material, conforme al aforismo *in dubio pro reo*. Si ello es así en este ejemplo regular y tolerado, con cuánta mayor significación se producirá ese fenómeno cuando, como sucede en la

con la traducción de Gabriela Córdoba, *¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?*. En: AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Marcos Lerner/ La lectura, Córdoba [R.A.], 2001); CANCIO MELIÁ, Manuel (cit. nota al pie n° 12).

(36) Cf. KAISER, Günther. *Krimologie* (7ª edición), Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1985, § 18, p. 124 y ss., quien, por esa razón, esboza su dibujo del sistema penal práctico como un embudo que no solo tiene una salida limitada por un tubo de muy inferior tamaño al de su recipiente de entrada, sino, antes bien, construido con agujeros en sus paredes, por donde también se escapa el “líquido” que sobra.

(37) Cf. BARATTA, Alessandro. *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal*. En “Poder y control”, Ed. PPU, n° 0, 1986, p. 79 y ss.

actualidad, la importancia de la **expansión** reside en la parte especial del Derecho Penal y, en ella, en los delitos llamados de **peligro abstracto**, que, por regla, suprimen la conexión verificable (causalidad o determinación) entre un suceso y un comportamiento humano⁽³⁸⁾. Tal como ha sido denunciado, el Derecho Penal de la modernidad ya no se refiere al pasado para punir *quia peccatum est* (Derecho Penal de acto), sino que, antes bien, le interesa el futuro para prevenir *–ne peccetur–* los riesgos que implica el modo gregario de convivencia humana de la posmodernidad, en una suerte de euforia neopositivista y criminológica, que regresa al peligrosismo y cree sinceramente –y no tan sinceramente en algunos casos– en el poder de la pena estatal para cumplir esa tarea (**neopunitivismo**⁽³⁹⁾).

Si, con un esfuerzo de nuestra imaginación, logramos abstraer de esos delitos aquellos llamados de **anticipación**, en el sentido de aquellos que, para prevenir daños futuros posibles –pero de manera alguna seguros– prohíben –o mandan– comportamientos que afectan solo el área de los llamados **actos preparatorios**, esto es, la primera coraza defensiva protectora del **bien jurídico** presuntamente puesto en peligro, como sucede, por ejemplo, con gran parte de la legislación sobre sustancias controladas o de comercialización prohibida (drogas), o en el área de la responsabilidad por el producto –¿para qué pensar en las leyes penales y procesales penales que va pergeñando el **terrorismo**?–, la expansión del Derecho Penal, aun desde el punto de observación del Derecho Procesal Penal y desde la adecuación –más directamente expresado: inadecuación– de la definición del concepto de **justicia** a la verdad, quedará a la vista. Ya no solo es la tentativa aquella que no produce daño, pero justifica su punibilidad por la aproximación indudable de la acción a la necesaria para consumar, sino que, además, los actos preparatorios resultan comprendidos en esa punibilidad y son punibles, precisamente, solo porque desobedecen la norma que previene el riesgo futuro⁽⁴⁰⁾. Si, además, advertimos que toda esta **expansión** del Derecho Penal sucede en el ámbito de los delitos que, al menos en teoría, protegen

(38) Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Ob. cit., Cap. I, 2, p. 23 y ss., donde menciona múltiples maneras de avanzar en este propósito. Sobre el problema del concepto de peligro, las dificultades frente al principio de legalidad y la llamada “causalidad general”, cf. STRUENSEE, Eberhard. *Exposición y abandono de personas. Acotaciones sobre el concepto de peligro concreto y de delitos de puesta en peligro en el ejemplo del § 221 del Código Penal alemán*. 4, a, p. 88 y ss., e, inmediatamente, el ejemplo de *Los delitos de tenencia*, p. 107 y ss., en: JAKOBS, Günther-STRUENSEE, Eberhard, *Problemas capitales del Derecho Penal moderno*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 81 y ss. y 107 y ss.; de un modo general, sobre la misma problemática, ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. (traducción Luzón Peña-Días y García Conlledo-Vicente Remesal de la 2ª edición alemana, *Strafrecht-AG*), Ed. Civitas, Madrid, 1997, § 2, VII, p. 60 y ss.

(39) Cf. PASTOR, Daniel. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”. En: NDP. Buenos Aires, 2005/A, p. 73 y ss.

(40) Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Ob. cit., Cap. I, 2, p. 24.

básicamente bienes jurídicos **colectivos**, esto es, intereses vinculados directamente con la acción regulatoria del Estado-administración en salvaguarda del **bien común** (Derecho Penal fiscal, productos de elaboración o comercialización masiva, salud pública o, mejor dicho, general, corrección del medio ambiente, etc.), entonces estaremos próximos a la razón de Estado, desde el Derecho Penal, a su justificación por esa razón, equivalente a decir, por sí mismo, por su sola existencia, como desobediencia a la norma. El Derecho Penal solo se puede justificar desde afuera del Derecho Penal, nunca desde dentro de él, pues, de otro modo, se transforma en aquello que ha sido bautizado por Hassemer como **Derecho Penal institucional**⁽⁴¹⁾. El núcleo fuerte del Derecho Penal, antes referido a los bienes jurídicos individuales y a los delitos de resultado, y casi diría, de resultado físicamente verificable, se ha corrido hacia aquello que antes representaba, a lo sumo, un Derecho Penal complementario, los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto. La pregunta inmediata reza: ¿será el Derecho Penal una herramienta eficaz para prevenir tales riesgos? Esto basta para el tema de hoy: no puedo, en su homenaje, agregar nuevos problemas como, por ejemplo, la pérdida que, según advertimos, sufre el **principio de legalidad** en virtud de que todo este desarrollo repercute asimismo sobre el **mandato de certeza** para la ley penal⁽⁴²⁾, emanado de aquella máxima, en tanto acciones y omisiones son descriptas sin rigor alguno, con lo cual producen definiciones de hechos punibles abiertas o, incluso, dejadas en gran medida a la definición posterior de la administración o de un funcionario administrativo⁽⁴³⁾.

La **distensión** que estas clases de definiciones de lo punible produce en el procedimiento penal y, en general, en las decisiones que en él recaen, en especial en la decisión que culmina un juicio penal, es inconmensurable: ¡existe también un **Derecho Procesal Penal del enemigo**!, codo a codo con un **Derecho Penal del enemigo**⁽⁴⁴⁾. Tanto es así que esas necesidades del Derecho Procesal Penal han sido redefinidas como “claudicaciones resignadas ante las necesidades del moderno Derecho Penal”⁽⁴⁵⁾.

(41) Cf. HASSEMER, Winfried. *La responsabilidad por el producto en el Derecho Penal*. Ob. cit., III, 2, pp. 28 y 43 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*, 2, p. 25 y ss.

(42) Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal* cit., 3.3.3.2., p. 100 (lo llama, quizás más acertadamente, *mandato de determinación*); entre nosotros, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal* cit., Cap. I, 2, p. 24.

(43) Cf. HASSEMER, Winfried. *Viejo y nuevo Derecho penal*, en *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal* (obra conjunta con MUÑOZ CONDE, Francisco) cit., B, III, 5, p. 34 y s.

(44) JAKOBS, Günther, en conjunto con CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Ob. cit., IV, p. 43 y ss.

(45) HASSEMER, Winfried. *La responsabilidad por el producto en el Derecho Penal*. Ob. cit., 4, I, p. 39.

IV. EL PROBLEMA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL: ¿LAS GARANTÍAS DEL ESTADO DE DERECHO EXISTEN?

a. El primer problema: las condenas por consenso

No deseo abrumar con problemas; basta con la presentación de ejemplos: traeré a colación los dos que yo considero sobresalientes en el área del Derecho Procesal Penal en relación con la Constitución y con los principios que contiene el Estado de Derecho, si es que ella y ellos todavía rigen en la **praxis** judicial en materia penal. La última pregunta de la sección anterior acerca de la eficiencia del Derecho Penal para cumplir determinados fines tiene sentido, pues, según hace más de un siglo se advirtió⁽⁴⁶⁾, el Derecho Penal, por definición, solo puede cumplir sus fines a través del Derecho Procesal Penal. Eso creíamos, al menos, y lo creíamos de una manera rigurosa, incluso para aquellas acciones penales denominadas **privadas**: la **pena estatal** solo era impuesta por jueces independientes que representaban a un Poder del Estado y luego de un procedimiento regulado formal y rígidamente por la ley, en particular, después de un **juicio público, oral, contradictorio y continuo** que le garantizaba a la persona con riesgo de sufrir una pena la posibilidad amplia de resistir esa pretensión. Hoy en día tal juicio sufre una desvalorización evidente por el ingreso al Derecho Penal, para justificar la aplicación de la pena, de la posibilidad del **consenso** –en mayor o menor medida– de quien soportará su ejecución, esto es, por el juego del principio de la **autonomía de la voluntad** en la consecuencia penal, principio propio del Derecho privado⁽⁴⁷⁾. En forma de *guilty plea* o *plea bargaining*, en el Derecho de cuño anglosajón, o de **juicio abreviado o sin publicidad**, en el Derecho continental o entre nosotros, la denominada **verdad consensual**, en sí el **principio dispositivo** –que recae sobre el rito o sobre la pena misma–, le ha ido ganando terreno, cada vez con mayor vigor⁽⁴⁸⁾, al rito formalizado y riguroso según varias exigencias legales: **juicio público, oral, contradictorio y continuo, in dubio pro reo, nemo tenetur**, entre otros⁽⁴⁹⁾. No nos debe asombrar. La **expansión** del

(46) Cf. BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Ob. cit. nota al pie n° 8, Introducción, § 1, I, p. 2.

(47) Todavía recuerdo el caso ejemplo inicial para los estudiantes de BAUMANN, Jürgen. en los *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrecht* (3ª edición), cit. nota al pie n° 9, p. 15 (caso a), en la traducción castellana. p. 1: alguien, que cometió un asesinato en pleno uso de sus facultades mentales, sin alteración alguna, se presenta en la cárcel ante el carcelero mayor y solicita que le apliquen la pena por un delito que confiesa en ese momento; el carcelero le contesta, según mi agregado: Ud. ni siquiera se imagina todos los trámites que deberá llevar a cabo, lo que deberá esforzarse y el tiempo que transcurrirá hasta que logre entrar aquí.

(48) Cf., con el mismo pronóstico, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal* cit., 3.3.3.3., p. 100; el mismo fenómeno advertido por HASSEMER, Winfried. *Viejo y nuevo Derecho Penal*. En: *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal* (obra conjunta con MUÑOZ CONDE, Francisco) Ob. cit., B, III, 5, p. 36 y ss. y C, I, p. 38.

(49) Cf., sobre el mismo fenómeno, HASSEMER, Winfried. *Sicherheit durch Strafrecht*. Conferencia citada, IV, 2, d.

Derecho Penal –mejor dicho, de la pena– en tanto no signifique una expansión similar de la organización judicial, solo puede ser lograda mediante el mecanismo de su aceptación por quien la sufre, posiblemente coacto por su debilidad frente al sistema (**vulnerabilidad**), que le impide o dificulta defenderse de él, resistirlo, con idoneidad, realidad que le asegura un fracaso mayor al rigor que acepta voluntariamente⁽⁵⁰⁾. La pena estatal, mejor dicho, su imposición, sobre todo la de una pena privativa de libertad, se transforma en algo **disponible** para aquel a quien se le reclama judicialmente que la sufra.

Hasta hace poco tiempo, la **justicia consensual** solo era pensada, de modo teórico, como reemplazo del sistema penal, cuya reacción característica, la pena, desaparecía en ese caso. Ella suplía a la condena penal. Cualquiera que sea la valoración de estos instrumentos en ese caso, positiva o negativa, lo cierto es que su aplicación desplazaba siempre al sistema penal o, cuando menos, lo tornaba menos riguroso al descomprimirlo o aminorarlo. Sin querer ingresar ahora al tratamiento de estos métodos, ejemplos de ello son la aceptación del **principio de oportunidad**, modo de renuncia –incluso condicionada– al ejercicio de la persecución penal, la **reparación**, como tercera vía del Derecho Penal, que permitía ciertos acuerdos en favor de la víctima (suspensión del procedimiento a prueba) para dejar de lado la pena o para aminorarla, y su método procesal correlativo, la **conciliación**, que posibilitaba la intervención beneficiosa de la víctima en el procedimiento penal, en el sentido indicado, con la idea de que los bienes jurídicos no son entelegías abstractas, sino realidades portadas por un ser humano, con cierto poder de decisión sobre ellos, al menos para auxiliar o no dificultar la reinserción social del autor⁽⁵¹⁾. Hoy, en cambio, la defensa de los mecanismos de consenso se vincula directamente al fenómeno del denominado **neopunitivismo**⁽⁵²⁾. No resulta ser, entonces, una casualidad, que los países con mayor cantidad porcentual de encarcelados en relación a su población⁽⁵³⁾ sean aquellos que más

(50) Cf. LANGBEIN, John H. *Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados* (traducción de Alberto Bovino y Christian Courtis de la publicación original en la “Harvard Journal of Law and Public Policy”, vol. 15, n° 1, p. 119 y ss.), en: “Nueva Doctrina Penal”. Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996/A, quien compara al *plea bargaining* con las torturas del rito inquisitivo; del mismo autor, *Comprendiendo la breve historia del plea bargaining* (traducción de Lorena IRAIZOZ, revisada por Christian COURTIS), en “NDP”, Buenos Aires, 2001/A, pp. 59 y ss.

(51) Véase la literatura de aquel entonces en mis artículos sobre *La víctima y el sistema penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 183 y ss.; *El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho Penal argentino*, en *El Derecho penal hoy (homenaje al Prof. David Baigún)*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1995, ps. 27 y ss.; *¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal?*, en *El penalista liberal (homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba)*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 215 y ss.

(52) Cf. PASTOR, Daniel. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio de los derechos humanos*. Ob. cit. nota 20, I, p. 73 y ss.

(53) Cf. CHRISTIE, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. Ob. cit., especialmente Cap. 4, p. 79 y ss.

y mejor han desarrollado estos métodos⁽⁵⁴⁾. Aunque no puedo comprometer mi responsabilidad en la próxima afirmación, todavía escucho atentamente –como Christie indica para ciertas costumbres y métodos–, y he escuchado que en mi provincia, Córdoba –en la cual no vivo, pero a la que regreso esporádicamente, casi siempre por razones académicas–, antaño paladín legislativo del constitucionalismo procesal penal y hoy receptora de estos métodos en forma indiscriminada (para cualquier delito y pena: CPP Córdoba [Arg.], 415), la cantidad de condenas a las que se arriba por esta vía –paradójicamente llamada **juicio abreviado**, pues reside en la ausencia del juicio– supera largamente el 50% de las dictadas por sus tribunales penales.

b. El segundo problema: la ciencia, la técnica y la hipocresía procesal

Me aburre ya repetir que la aceleración geométrica de las ciencias naturales no tiene correlato alguno con la lentitud de las ciencias culturales. Comparativa y metafóricamente se podría decir que, si se tratara de una competición, las ciencias normativas resultarían unas pesadas tortugas frente a las ciencias naturales y a la técnica derivada de ellas, automóviles de carrera o aviones a reacción frente a aquellas. Por consiguiente, las normas parecen no poder alcanzar el desarrollo de la técnica y, por ende, los métodos para esquivar normas y principios acuñados durante siglos, parecen haber ganado la partida. El problema lo sufre tanto el Derecho Penal, por medio de aquellos instrumentos destinados a solucionar problemas específicos del avance de la ciencia y de la técnica, y el consiguiente consumo masivo de mercaderías, en la llamada **sociedad del riesgo**, y, como veremos a modo de ejemplo, también la justicia penal práctica, el procedimiento penal y sus instituciones. Tenía razón Sebastián Soler cuando advertía acerca de nuevas formas de lesionar principios jurídicos del Estado de Derecho, burlando sus barreras, y criticaba la Declaración Universal de Derechos Humanos –o, específicamente, a uno de los campeones de esa declaración, Jacques Maritain– por no haber reformulado esos principios, de la mano del principio *nullum crimen* y de la exigencia, derivada de él, del hoy llamado **mandato de certeza o de determinación** (*Tipizität* en el idioma de Beling)⁽⁵⁵⁾. Precisamente, la llamada *posmodernidad*, con la velocidad científico-técnica que ella implica, la

(54) Tanto Christie (citado en la nota al pie anterior) como Langbein (cit. nota al pie n° 50) resaltan la ganancia enorme del funcionario que ejerce la persecución penal (la fiscalía en el Derecho continental) en detrimento del poder de los jueces, correlativa al poder de acordar rito o pena con su perseguido. Por lo demás, sobre todo no es casualidad que EE.UU. encabece la estadística porcentual del encarcelamiento universal y que en Europa occidental esa estadística, a contrario de su evolución histórica, esté encabezada por Inglaterra: sus órdenes jurídico-penales han llevado a un extremo el valor del consenso para la imposición de una pena.

(55) La formulación actual del principio “no hay delito sin ley previa”. En: SOLER, Sebastián. *Fe en el Derecho*. Ed. TEA, Buenos Aires, 1956, p. 277 y ss.

rotura de los vínculos territoriales, la decadencia consiguiente de la asociación gregaria designada como **Estado nación**, y la posibilidad, según ella, de la **aldea global**, ha concluido con sus realidades por esculpir esos principios en el bronce, de modo que nadie se moleste en manifestar contra ellos de manera directa, pero también, hipócritamente, se las ingenie para convertirlos en letra muerta.

Apenas unos ejemplos, extraídos del procedimiento penal, bastarán para observar la transformación actual. Tal como lo expone Dencker⁽⁵⁶⁾, el Derecho Procesal Penal se ha convertido en una regulación hipócritamente injusta y deshonesta, sus principios básicos han sido vaciados de contenido: “Los principios fundamentales de la protección de la comunicación familiar, del derecho a permanecer en silencio del imputado, del secreto médico, etc., quedan simplemente vacíos, se convierten en ‘piezas de museo’” con los nuevos métodos de investigación “secretos”, llámese a ellos “escuchas” (micrófonos y minicámaras) o “intermediadores, agentes provocadores y agentes encubiertos”; y “[e]n el procedimiento judicial público posterior son, además, exhibidos al público, no obstante que ya carecen de utilidad”. Sería al menos más honesto prevenir a quien soporta una persecución penal y a quienes tienen el derecho o la obligación de abstenerse de brindar información mediante una declaración no solo acerca de su derecho de abstención libre frente al funcionario de la persecución penal, sino, además, de su derecho de abstenerse de hablar con su cónyuge y con posibles familiares o “amigos”, como los arrepentidos, los agentes provocadores, los encubiertos y hasta consigo mismo, porque la alcahuetería y el engaño están permitidos, y porque la observación con métodos técnicos sofisticados es hoy posible y admitida; habría que informarle al imputado y a todos aquellos que pueden o deben abstenerse de brindar información en un procedimiento de persecución penal: puedes callar no solo aquí, sino que te conviene dejar de hablar, enmudecer, incluso con tu cónyuge y contigo mismo, callar para siempre. Según se observa, tanto el derecho a ser informado sobre el derecho a abstenerse de declarar, como el derecho de abstención mismo, quedan prácticamente derogados⁽⁵⁷⁾. No solo las reglas sobre prueba sufren la enfermedad. De la misma manera ocurre con otras vallas que el Derecho Procesal Penal ha ido edificando, a manera de garantías contra la persecución penal y como condiciones cuya observancia estricta legitima la decisión estatal sobre la pena; para ejemplo de pares contrapuestos: **inocencia** y prisión preventiva fundada en la suposición y prevención de hechos futuros, **juicio público**, suprimido mediante el mecanismo de aplicación llamado “juicio abreviado” o justicia consensuada,

(56) Cf. su *Criminalidad organizada y procedimiento penal*. Nota a pie n° 2, p. 487.

(57) *Ibídem*, p. 490.

conocedora de la antigua advertencia acerca de que “no es posible diferenciar cualitativamente entre la promesa de una ventaja y una amenaza⁽⁵⁸⁾, y clase de **juicio** –llamado así impropriamente– que literalmente abroga el derecho de **defensa** que se ejerce en él, en esos casos. Del mismo modo que la mentada expansión del **Derecho Penal institucional**, en el Derecho Procesal Penal se ha acuñado una metáfora que señala el sentido inequívoco de la e(*in*)volución (a gusto del lector): “una vez que un camino de este tipo ha sido habilitado se convierte con el trascurso del tiempo en una amplia avenida” (con referencia a ciertas limitaciones materiales que, en su origen, poseen estas aplicaciones)⁽⁵⁹⁾.

V. COROLARIO

- a) La idea de un poder punitivo absoluto, nacional e internacional, deber básico de los estados nacionales y de las comunidades internacionales, con obligación de condenar y punir, según ya lo han resuelto cortes nacionales e internacionales, del Derecho penal como **sanalotodo** de cualquier **enfermedad social**, en una sociedad que cada día aumenta los riesgos de las cosas y mecanismos que maneja cotidianamente, idea traducida bajo el pseudónimo de **panpunitivismo**, **neopunitivismo** o, mejor y más bonito, **fascinación por el Derecho Penal**⁽⁶⁰⁾, es contraria a la idea constitucional de un Estado democrático de Derecho. La justificación del castigo como **necesidad** para la víctima, única solución a su dolor por la pérdida de un derecho o bien jurídico del que ella es portadora, provocado por el autor, se opone a la mediatización del uso de la fuerza, de la reacción y, con ello, del castigo solo a través del Estado, origen del nacimiento del Derecho Penal y supuesto básico de una sociedad civilizada⁽⁶¹⁾. Un Derecho Penal y Procesal Penal que, de modo conforme con las constituciones y las convenciones sobre derechos humanos, pretendan, a la par de regular la reacción contra quienes atentan contra ciertos bienes jurídicos, proteger así de la arbitrariedad de los órganos estatales a quienes están en riesgo de soportar el ejercicio de la fuerza pública –de allí: **charta magna del imputado**–, no puede, al mismo tiempo y según los mismos instrumentos normativos, so pena de sufrir de **esquizofrenia**, perseguir ser el arma del castigo a todo trance o a cualquier precio

(58) Cf. GRÜNWALD, NJW. (*Neue Juristische Wochenschrift*). 1960, p. 1941, citado por DENCKER, p. 487.

(59) DENCKER, notas anteriores, p. 489.

(60) Cf., entre otros, PASTOR, Daniel. *La deriva neopunitivista ...* Ob. cit., p. 94 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. p. 68.

(61) Cf. PASTOR, Daniel. *La deriva neopunitivista...* pp. III, 2, p. 96 y ss.

en favor del quehacer preventivo del Estado o del dolor de la víctima que requiere su aplicación al caso.

- b) Convendría darse cuenta que una sola de las **aperturas** mencionadas⁽⁶²⁾ –por llamar de algún modo a las lesiones modernas de los principios jurídicos básicos del Derecho Penal– pone en crisis toda la regla, como sucede, por ejemplo, con el principio *nemo tenetur* o derecho a abstenerse de declarar cuando se admiten los “agentes encubiertos”, las “cámaras o micrófonos ocultos”, las “escuchas a distancia”, etc.
- c) Algunos pretenden encapsular este **Derecho Penal y Procesal Penal de los enemigos**, ya para evitar su confusión con el Derecho Penal o Procesal Penal denominado “nuclear”, respetuoso del Estado de Derecho, o la transmisión de su estigma a este último, ya para aislar el virus a un cierto ámbito de problemas y así evitar la contaminación del Derecho Procesal Penal conforme al Estado de Derecho⁽⁶³⁾. Ellos olvidan no solo la advertencia formulada inmediatamente antes, sino la misma advertencia acerca de la transformación del sendero en autopista, antes citada.
- d) No es absurda ni mala la idea de un Derecho intermedio –entre el privado y el penal–, según la expone Hassemer⁽⁶⁴⁾. Yo prefiero ser más simple, obedecer al prestigio actual del Derecho administrativo (público), que parece dispuesto a conquistar gran parte del Derecho privado y del penal. Y ello es correcto precisamente en la **sociedad del riesgo**, pues la Administración del Estado, según su función más notoria, la de lograr el **bien común** –por lo tanto, sin responsabilidad sobre el bienestar individual fuera de un mínimo exigible para poder ser persona en condiciones de igualdad con sus congéneres, esto es, atenta al bienestar de **todos**– y tornar así viable la vida civilizada dentro de una organización social, precisa del ejercicio del poder de policía, incluso de medios de coacción directa, que le permitan operar ese bienestar común y prevenir los riesgos de la vida moderna mediante el control de múltiples actividades (salud pública o general, sustancias o mercaderías en el comercio, medicamentos, elaboración y consumo masivo de mercaderías, recaudación y

(62) Así como lo indica SOLER, Sebastián. *La formulación actual del principio “no hay delito sin ley previa”*. Ob. cit., pp. 283 y ss., al reducir históricamente al *crimen majestatis* cualquier lesión al mandato de determinación: “Basta sancionar una sola ley penal de tipo abierto o indefinido, una sola, para que todo el sistema quede corrupto, porque ese delito indefinido será precisamente el que cumpla la función vicariante y ubicua con la que llenarán todos los claros”.

(63) Cf., en este sentido, JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del enemigo* (libro conjunto con CANCIO MELIÁ, Manuel) cit., VII, 5, p. 56; DENCKER, Friedrich. *Criminalidad organizada y procedimiento penal*. Ob. cit., p. 490 y ss.

(64) Lo llama *Interventionsrecht* (Derecho de intervención): *Produktverantwortung im modernen Strafrecht* (2ª edición), 1. Teil, C, III, 2, b, y IV, p. 22 y ss. (en castellano: *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. p. 43 y ss.).

subvención públicas). Por ello, me parece que un Derecho Administrativo Sancionador, por supuesto **de intervención**, moderado en sus injerencias sobre la persona, que solo opere con sanciones que, de demostrarse un error –para lo cual el Derecho procesal administrativo debe dar oportunidad judicial al perjudicado–, puedan ser fácilmente reparadas por el Estado de la mejor manera posible, representa, esquemáticamente, un principio de solución del problema: “no se trata de compensar el injusto, sino de prevenir el daño; no se trata de punir, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro”⁽⁶⁵⁾.

- e) Quizás la solución no consista en renunciar por tramos a la idea de un Derecho Penal y Procesal Penal conforme a un Estado democrático de Derecho, en busca de acuerdos ficticios para preservar el brocardo básico que impone la máxima, según parecen sugerir varios, sino, por lo contrario, ella resida en “mostrar, conocer y discutir lealmente” los problemas reales⁽⁶⁶⁾, para hallar formulaciones actuales de los viejos principios que preserven la convivencia bajo el amparo de un Estado Democrático de Derecho, (...) si todavía ello es posible⁽⁶⁷⁾.

(65) HASSEMER, Winfried. p. 24 (versión castellana, p. 46, de la que me aparto mínimamente por traducción propia del texto original en idioma alemán).

(66) Cf. SOLER, Sebastián. *La formulación actual del principio “no hay delito sin ley previa”*. p. 285.

(67) En este sentido trabaja, también, Córdoba, Gabriela, doctoranda de mi cátedra, en su tesis doctoral sobre el principio *nemo tenetur*, en preparación (citado por el manuscrito).

Derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia: el *ne bis in idem* praetoriano del Tribunal de Justicia^(*)

John A. E. VERVAELE^(**)
(Holanda)

SUMARIO: I. Introducción. II. El principio *ne bis in idem*. III. El principio transnacional (horizontal) *ne bis in idem* en Europa. IV. El *ne bis in idem* como inicio del desarrollo de principios generales en el área de libertad, seguridad y justicia: las sentencias Gözütok y Brügge del TJUE. 4.1. Hechos. 4.2. Fundamento jurídico y cuestiones preliminares. 4.3. La opinión del Abogado General D. Ruiz-Jarabo Colomer. 4.4. El razonamiento y la respuesta interpretativa del Tribunal. V. Evaluación de la sentencia Gözütok y Brügge del TJUE. VI. El diluvio de cuestiones preliminares sobre el *ne bis in idem*. 6.1. *Ne bis in idem* y sentencia firme. 6.1.1. Sentencia C-469/03, Miraglia: tiene que haber un enjuiciamiento sobre el fondo. 6.1.2. Sentencia C-150/05, Van Straaten: sentencia absolutoria por falta de pruebas. 6.2. La definición del ídem y los criterios de decisión: sentencias Van Esbroeck C-436/04; Van Straaten (C-150.05), Gasparini (C-467//04), Kretzinger (C-288/05) y Kraaijenbrink (C-367-05). 6.3. Se puede considerar una absolución por la prescripción del delito como un ídem: Gasparini (C-467/04)? 6.4. Sentencia firme y ejecución de la sanción: Kretzinger (C-288/05). VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Durante años el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha elaborado una serie completa de principios generales del Derecho

(*) Este artículo fue publicado en M. de HOYOS SANCHO (coord.). *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*. Lex Nova, Valladolid, 2008, 80-103.

(**) Catedrático de Derecho Penal Económico y Europeo, Facultad de Derecho, Utrecht (Holanda); Catedrático en el Colegio de Europa de Brujas (Bélgica).

comunitario, también en el área del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal⁽¹⁾. Con la entrada en vigor de la cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior (JAI) del tercer pilar mediante el Tratado de Maastricht, y la ampliación de la jurisdicción del Tribunal de Justicia a los asuntos del tercer pilar que introdujo el Tratado de Amsterdam, el Tribunal Europeo de la Unión Europea (TJUE)⁽²⁾ tuvo la oportunidad de extender el ámbito de aplicación de los principios generales a nuevas áreas políticas más directamente relacionadas con los principios del proceso debido y los derechos fundamentales.

Antes de la entrada en vigor de la cooperación en materias JAI conforme al tercer pilar, los Estados miembros elaboraron acuerdos ad hoc de cooperación en materias penales en el marco de la Cooperación Política Europea⁽³⁾. Pero el avance se produjo con el Acuerdo de Schengen de 1985. Francia, Alemania, y los tres países del Benelux acordaron una cooperación más próxima entre ellos en materia de migración, cooperación policial y cooperación judicial en materia penal, y la constitución de un Sistema de Información de Schengen (SIS). La cooperación Schengen funcionó muy bien y muchos Estados miembros de la Unión Europea (UE) se incorporaron a ella. Los acuerdos intergubernamentales de Schengen de 1985 y 1990 y el acervo elaborado de Schengen⁽⁴⁾ han sido incorporados a la estructura de la UE mediante un Protocolo anexo al Tratado de la UE y al Tratado CE por el Tratado de Amsterdam. Las disposiciones relativas al asilo, a la política de inmigración, etc. han sido integradas en el primer pilar (es decir, en el Tratado CE: Título IV), las disposiciones sobre la cooperación policial y la cooperación judicial en materia penal en el tercer pilar. Sin embargo, se han acordado posiciones jurídicas especiales sobre la posibilidad de optar por incorporarse a este ámbito respectivamente para el Reino Unido e Irlanda (que no están obligados por el acervo de Schengen), de abandono para Dinamarca, y para los países no integrantes de la Unión de Islandia y Noruega que son parte de la estructura Schengen.

La incorporación de Schengen en el Derecho de la Unión incluyó también a los artículos 54 a 58 del Convenio de 1990 de aplicación del Acuerdo

(1) Ver, por ejemplo, el Asunto 80/86, *Kolpinghuis*, [1987] ECR 3969. Comenta este asunto SEVENSTER, "Criminal Law and EC Law". 29 CML Rev. (1992), 29-70.

(2) Utilizo aquí la terminología más lógica del próximo Tratado de Lisboa, firmado por todos los Estados Miembros en diciembre 2007 y ahora en espera de ratificación.

(3) VERVAELE, *Fraud against the Community. The need for European fraud legislation* (Deventer, 1992), p. 345 and VERVAELE and KLIP (Eds.), *European Cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities* (Kluwer Law International, 2002).

(4) Una visión detallada del acervo Schengen puede verse en Council of the EU, "The Schengen Acquis integrated into the EU" (1999), disponible en <<http://ue.eu.int/jai/default.asp?lang=en>>, último acceso el 21 de marzo de 2004.

de Schengen de 1985 (en lo sucesivo CAAS) sobre la aplicación del principio *ne bis in idem*. Estos artículos se incorporaron al Título VI del Tratado UE (disposiciones del tercer pilar) sobre la base jurídica de los artículos 34 TUE y 31 TUE⁽⁵⁾. El artículo 54 dispone: “Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”. El artículo 55 contiene excepciones a la regla del *ne bis in idem*, pero deben plantearse formalmente en el momento de la firma o ratificación. Una de las posibles excepciones es que los actos hayan tenido lugar total o parcialmente en su propio territorio. Otro artículo importante en este contexto es el artículo 58 que señala que las disposiciones nacionales pueden ser más amplias e ir más allá de las disposiciones Schengen sobre el *ne bis in idem*, dando una protección más amplia.

El artículo 2 del Protocolo de Schengen dispone que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ejercerá las competencias que le otorgan las disposiciones aplicables pertinentes de los Tratados. El Tratado de Ámsterdam ha ampliado la jurisdicción del TJCE a las cuestiones del tercer pilar, para pronunciarse entre otras cosas sobre la validez y la interpretación de las decisiones marco y de las decisiones así como de las medidas de aplicación. Los Estados miembros deben aceptar esta jurisdicción de acuerdo con el artículo 35(2) TUE y cuando acepten, según el artículo 35(3) TUE, pueden optar entre conceder la competencia para pedir al Tribunal que se pronuncie con carácter preliminar a cualquier órgano jurisdiccional o solo a aquellos órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial. Desafortunadamente, algunos estados (incluyendo España) han optado por la segunda opción y la mayoría de los nuevos estados miembros no han reconocido competencia alguna. Sin embargo, la interpretación del TJUE tiene validez en todo espacio de la Unión, incluyendo en los países que no hayan reconocido la competencia.

II. EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

El principio *ne bis in idem* es un principio general del Derecho (penal) en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, en ocasiones codificado al nivel constitucional, como la cláusula relativa al *ne bis in idem* (prohibición de la doble penalización - *double jeopardy*) de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. Históricamente se ha considerado

(5) 1999/436/CE: Decisión del Consejo, del 20 de mayo de 1999, *Diario Oficial*. N° L 176 de 10/07/1999, pp. 0017 - 0030.

que el principio *ne bis in idem* solo se aplica a nivel nacional y está limitado a la justicia penal. En relación con el contenido del principio, tradicionalmente se hace una distinción entre *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (nadie puede ser sometido a más de un proceso por el mismo delito) y *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito). Algunos países limitan el principio a la prohibición del doble castigo⁽⁶⁾. En cuanto a la doble persecución, se discute mucho acerca del significado de persecución. ¿Incluye también la investigación judicial, o se limita al enjuiciamiento de los cargos imputados ante los Tribunales? En el último caso, algunos Estados tienen en el Derecho nacional disposiciones **una vía**, que imponen a las autoridades el deber de optar en una cierta fase de la investigación entre un proceso penal o administrativo.

El fundamento del principio *ne bis in idem* es múltiple. Es claramente un principio de protección judicial para el ciudadano contra el *ius puniendi* del Estado, que forma parte de los principios del proceso debido y del juicio justo. Por otro lado, el respeto a la condición de *res judicata* (*pro veritate habitur*) de la cosa juzgada en sentencia firme⁽⁷⁾ es importante para la legitimidad del sistema jurídico y la legitimidad del Estado.

El principio *ne bis in idem* plantea muchas cuestiones. La mayoría de la jurisprudencia de los Estados se refiere a la definición del *idem* y del *bis*. Para la consideración de lo que es lo mismo/*idem* ¿se ha de tener en cuenta la definición jurídica del delito o el conjunto de hechos (*idem factum*)? ¿depende del alcance y de los bienes jurídicos protegidos por las disposiciones jurídicas? ¿Las personas físicas y las jurídicas son personas diferentes en cuanto a la aplicación del principio? ¿Se limita el alcance del principio a la doble sanción penal o incluye también otras sanciones punitivas a imponer conforme al Derecho privado o al Derecho administrativo? ¿Qué es una sentencia firme? ¿Incluye la absolución o el sobreseimiento del caso? ¿Qué significa la ejecución de una sentencia firme? ¿Incluye también las transacciones con la fiscalía o con otras autoridades judiciales? ¿El respeto del principio *ne bis in idem* impide un proceso o una sanción adicional (*Erledigungsprinzip*), o la autoridad puede imponer un segundo castigo tomando en consideración el primer castigo (*Anrechnungsprinzip*)? En los casos *Gözütok* y *Brügge*, la discusión se limita al concepto de ejecución de una sentencia firme y a las transacciones.

El principio nacional *ne bis in idem* también se prevé como un derecho individual en los instrumentos jurídicos internacionales de Derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de

(6) En este caso, todavía se puede considerar una doble persecución como una violación de los principios de una administración de justicia justa.

(7) *Interest reipublice ut sit finis litium, bis de eadem re ne sit actio.*

diciembre de 1966 (art. 14(7))⁽⁸⁾. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) no contiene tal disposición y la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos⁽⁹⁾ negó la existencia del principio como tal en el artículo 6 del CEDH, sin excluir sin embargo en términos absolutos que ciertas dobles persecuciones podrían violar el derecho a un juicio justo de acuerdo con el artículo 6 CEDH. La disposición fue elaborada en el Séptimo Protocolo al CEDH (art. 4), pero solo una minoría de los Estados miembros de la UE han ratificado el Protocolo N° 7. Para Bélgica, Alemania y Países Bajos el Séptimo Protocolo no es vinculante. Sin embargo, la jurisprudencia podría servir de inspiración. La mayoría de los casos se refieren a la definición del *idem*. Después de algunas sentencias contradictorias⁽¹⁰⁾ sobre la aplicación del artículo 4 del Protocolo 7, el TEDH fijó su criterio en la decisión en el caso *Franz Fischer v. Austria*⁽¹¹⁾, basado en el *idem factum*; aunque en el caso de *Gökten v. France*⁽¹²⁾ el Tribunal pareció confiar de nuevo el *idem* jurídico.

Aunque no hay ninguna decisión del TEDH sobre la definición de sentencias firmes ejecutadas y transacciones, en la jurisprudencia de Estrasburgo queda claro que el principio *ne bis in idem* no se limita solo al doble castigo, sino que también incluye la doble persecución, lo que significa al mismo tiempo que el principio de “toma en consideración” (*taking into account*) no es suficiente para respetar el *ne bis in idem*. Esto subraya la importancia de cooperar a nivel de la investigación y de introducir disposiciones **una vía** en lugar de disposiciones tendentes a evitar la acumulación de sanciones. Segundo, el *bis* también incluye la combinación de dos acusaciones penales en

(8) El Comité Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el art. 14(7) no se aplica a las *res judicata* extranjeras, UN Human Rights Committee 2 Nov. 1987. Los Países Bajos han formulado la siguiente reserva:

“Artículo 14, párrafo 7

El Reino de los Países Bajos acepta esta disposición únicamente en la medida en que no entrañe otras obligaciones distintas de las enunciadas en el artículo 68 del Código Penal de los Países Bajos y en el artículo 70 del Código Penal de las Antillas Neerlandesas, tal como se aplican actualmente. Estos artículos disponen:

1) Excepto en casos en que se prevé la revisión de las decisiones de los tribunales, nadie puede ser procesado de nuevo por un delito respecto del cual un tribunal de los Países Bajos o de las Antillas Neerlandesas haya dictado sentencia firme.

2) Si la sentencia ha sido dictada por algún otro tribunal, la misma persona no puede ser procesada por el mismo delito en los casos de I) absolución o desistimiento de la acción, II) condena seguida de ejecución completa, de remisión o de anulación de la sentencia”.

(9) European Commission on Human Rights, 13 July 1970, Application 4212/69, CDR 35, 151.

(10) *Gradinger v. Austria* sentencia de 23 de octubre de 1995, Series A N° 328-C, y *Oliveira v. Switzerland* sentencia del 30 de julio de 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-V, p. 1990.

(11) *Franz Fischer v. Austria* del 29 de mayo de 2001, Series A N° 312 (C), confirmada en: *W.F. v. Austria* sentencia del 30 de mayo de 2002 y *Sailer v. Austria*, sentencia del 6 de junio de 2002. Ver estas decisiones en <<http://www.echr.coe.int/>>.

(12) *Gökten v. France*, sentencia del 2 de julio de 2002, <<http://www.echr.coe.int/>>.

el sentido del artículo 6, lo que significa por ejemplo la imposición de una sanción punitiva penal y una sanción punitiva administrativa⁽¹³⁾.

III. EL PRINCIPIO TRANSNACIONAL (HORIZONTAL) *NE BIS IN IDEM* EN EUROPA⁽¹⁴⁾

Muy pocos países reconocen la validez de las sentencias extranjeras en materia penal para su ejecución en el ordenamiento jurídico nacional sin tener como base un tratado. Incluso es problemático el reconocimiento de la condición de *res judicata* a una sentencia penal extranjera, desde luego cuando se encuentran involucrados delitos territoriales. El reconocimiento de una *res judicata* extranjera significa que queda excluida una nueva persecución o castigo (efecto negativo) o que la decisión se tiene en cuenta en el contexto del enjuiciamiento de otros casos (efecto positivo). Gran parte de los sistemas jurídicos del *common law* reconocen el efecto de *res judicata* de las sentencias extranjeras. En el sistema del *civil law* los Países Bajos ciertamente tienen la disposición más liberal y de más largo alcance. El Código Penal holandés contiene una disposición general sobre el *ne bis in idem* que es aplicable a las sentencias nacionales y extranjeras, con independencia del lugar en que se haya cometido el delito⁽¹⁵⁾. El principio *ne bis in idem* es también importante como fundamento para rechazar la cooperación en los procedimientos de extradición, en las comisiones rogatorias judiciales, etc. Sin embargo, no hay ninguna regla de Derecho internacional que imponga el *ne bis in idem* internacional. La aplicación depende del contenido de los tratados internacionales. Aun cuando los Estados reconocen el principio *ne bis in idem* internacional, se pueden plantear problemas en las escenas transnacionales debido a las interpretaciones diferentes del principio respecto del ídem, del *bis*, etc. (ver *supra*).

En Europa se han hecho esfuerzos desde la década de 1970, en el marco del Consejo de Europa, para introducir un principio *ne bis in idem* regional internacional. En este marco de cooperación, el principio *ne bis in idem* se aplica solo *inter partes*, esto significa que puede ser o debe ser aplicado entre los Estados en una solicitud concreta. No es considerado como un derecho individual *erga omnes*. *Ne bis in idem* se contiene como obligatorio en

(13) La *double jeopardy clause* de la Quinta Enmienda no está limitada al Derecho Penal, sino que incluye las sanciones civiles y administrativas punitivas. Sin embargo, recientemente el caso principal *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989), fue de nuevo un tanto limitado en *Hudson v. U.S.*, 522 U.S. 93 (1997); Ver también VERVAELE. "El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos". En: *Actualidad Penal*. 1999, 291315.

(14) SPECHT. *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem* (Berlín, 1999).

(15) Un comentario sobre el principio *ne bis in idem* del art. 68 del Código Penal holandés puede verse en Baauw, "ne bis in idem", en SWART and KLIP (Eds.), *International Criminal Law in the Netherlands* (MPI, Freiburg im Breisgau, 1997), pp. 75-84.

el Convenio del Consejo de Europa sobre el Valor Internacional de las Sentencias Penales de 1970 (arts. 53-57) y en el Convenio sobre transmisión de procesos penales de 1972 (arts. 35-37). Sin embargo, ambos Convenios tienen un índice de ratificación bastante pobre y contienen muchas excepciones al principio *ne bis in idem*. En el Convenio de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (art. 18, para 1e), ratificado por un gran número de firmantes, es opcional, pero algunas Partes Contratantes lo incluyeron en su declaración de ratificación como causa para negarse a dar cumplimiento a las solicitudes de cooperación.

Los Ministros Europeos de Justicia eran totalmente conscientes de que la profundización y la ampliación de la Integración Europea también conllevaban un aumento del crimen transfronterizo y de la justicia transnacional en Europa. En el marco de la Cooperación Política Europea, antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht que contenía el tercer pilar sobre Justicia y Asuntos de Interior, elaboraron el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación del principio *ne bis in idem* de 1987, que se refiere al principio *ne bis in idem* en una escena transnacional en la CE. El Convenio ha sido muy escasamente ratificado⁽¹⁶⁾, pero su contenido ha sido integrado en el CAAS, que por esta razón puede ser calificado como el primer convenio multilateral que establece un principio internacional *ne bis in idem* como un derecho individual *erga omnes*. Las disposiciones Schengen sirvieron como modelo para varias disposiciones *ne bis in idem* en los instrumentos UE sobre Justicia y Asuntos de Interior⁽¹⁷⁾, que es por lo que la sentencia del TJCE en los asuntos *Gözütok y Brügge* actualmente va más allá de las disposiciones CAAS. El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus diversos protocolos contienen algunas disposiciones sobre el *ne bis in idem*⁽¹⁸⁾. Y también el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea⁽¹⁹⁾.

La importancia del principio *ne bis in idem* no está limitada ciertamente al tercer pilar UE. La CE tiene competencias administrativas sancionadoras en el campo de la competencia y muy amplios poderes para armonizar

(16) El Convenio relativo a la aplicación del principio *ne bis in idem* ha sido ratificado por Dinamarca, Francia, Holanda y Portugal y se aplica provisionalmente entre ellos.

(17) KÜHNE, "Ne bis in idem in den Schengener Vertragsstaaten", (1998) JZ, 876-880; SCHOMBURG, "Die Europäisierung des Verbots doppelter Strafverfolgung - Ein Zwischenbericht", (2000) NJW, 1833-1840 y VAN DEN WYNGAERT y STESENS. *The international non bis in idem principle: Resolving some of the unanswered questions*. (1999) ICLQ, 786-788.

(18) Ver art. 7 del Convenio, D.O. 1996, C 313/3.

(19) D.O. 1997, C 195/1, art. 10.

las sanciones administrativas nacionales en muchas políticas CE. El TJCE ha prestado atención al principio *ne bis in idem* en el campo de la competencia⁽²⁰⁾. De acuerdo con el Reglamento 17/62⁽²¹⁾, el TJCE ya señaló en el asunto *Walt Wilhelm*⁽²²⁾ de 1969 que las dobles persecuciones, una por la Comisión y otra por las autoridades nacionales, se adecuaban al Reglamento y no violaban el principio *ne bis in idem*, puesto que el ámbito de las disposiciones normativas europeas y el de las nacionales era diferente. Sin embargo, si el resultado es la imposición de dos sanciones consecutivas, un requisito de justicia natural demanda que toda decisión punitiva previa deba ser tenida en cuenta para la determinación de cualquier sanción a imponer (principio de compensación - *Anrechnungsprinzip*).

El TJCE durante años ha construido una tradición antigua que confirma que el principio *ne bis in idem*, tal y como está recogido en el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH, es un principio general del Derecho comunitario⁽²³⁾, que significa que no está limitado a las sanciones penales y se aplica en materia de la competencia. Sin embargo, parece que el TJCE limita el principio *ne bis in idem* a la doble sanción, y acepta el *Anrechnungsprinzip*. Este problema no ha sido resuelto en el nuevo Reglamento sobre la competencia 1/2003⁽²⁴⁾. Este Reglamento dispone que, junto con la Comisión Europea, las autoridades nacionales de la competencia aplicarán las normas europeas de la competencia, incluidas las reglas de aplicación (art. 35). La Comisión Europea y las autoridades nacionales formarán una red basada en la cooperación próxima. En la práctica, deben evitarse los conflictos de jurisdicción y los problemas con el *ne bis in idem* a través de las buenas prácticas de cooperación, después de las cuales las autoridades de la competencia pueden suspender o terminar sus procedimientos (art. 13). Sin embargo no hay ninguna obligación en esto, lo que significa que como tal no está excluida una doble persecución. Está bastante claro que la jurisprudencia del TJCE relativa al *ne bis in idem* internacional en los casos relativos a la competencia no está totalmente de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH sobre el *ne bis in idem* nacional, puesto que excluye la doble persecución del principio *ne bis in idem* y acepta el principio de “compensación” (*taking into account*), el *Anrechnungsprinzip*.

(20) W. WILS, “The principle of ‘ne bis in idem’ in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis”, 26 *World Competition* (2003).

(21) Reglamento 17/62, D.O. Edición especial en inglés: Serie I Capítulo 1959-1962. p. 0087 (Edición especial en español: Capítulo 08 Tomo 1 p. 0022).

(22) Asunto 14/68, *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, [1969] ECR 3.

(23) Ver por ejemplo el Asunto 7/72, *Boehringer Mannheim v. Commission*, [1972] ECR 1281, y los asuntos acumulados C-238/99P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P etc., *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) et al. v. Commission (PVC)*, [2002] ECR I-8375.

(24) Reglamento 1/2003, D.O. 2003, L 1/1-25, entró en vigor el 1 de mayo de 2004.

Finalmente, el principio *ne bis in idem* transnacional solo tiene efecto en el territorio de la Unión. Esto significa que una empresa puede ser sancionada dos veces por violar diferentes normas de la competencia, por ejemplo por las autoridades de la competencia en EE.UU. y en Europa⁽²⁵⁾.

La norma del *ne bis in idem* también puede tener importancia en otros sectores en los que la CE tiene competencias sancionadoras, como por ejemplo en el área de la legislación europea sobre contratos públicos⁽²⁶⁾. La CE también ha armonizado ciertos regímenes sancionadores en los Estados miembros. El paquete sobre la protección de los intereses financieros de la CE es un buen ejemplo. Los Estados miembros están obligados a imponer sanciones administrativas y penales por irregularidades y fraude. El artículo 6 del Reglamento 2988/95⁽²⁷⁾ dispone la suspensión de los procedimientos administrativos nacionales durante la tramitación de los procedimientos penales. Pero los procedimientos administrativos deben reanudarse cuando concluyan los procedimientos penales y la autoridad administrativa debe imponer las sanciones administrativas prescritas, incluidas las multas. La autoridad administrativa puede tener en cuenta cualquier pena impuesta por la autoridad judicial a la misma persona en relación con los mismos hechos. Es obvio que estas disposiciones no reflejan el efecto total del principio *ne bis in idem*. El artículo 6 solo dispone que la reapertura de los procedimientos administrativos después de los procedimientos penales puede evitarse mediante los principios jurídicos generales. El principio *ne bis in idem* debería impedir la reapertura si se refiere a las mismas personas y a los mismos hechos, pero el Reglamento no lo menciona explícitamente.

El *Corpus Juris*⁽²⁸⁾ sobre Derecho Penal Europeo no contiene una disposición específica sobre el *ne bis in idem* transnacional, aunque el artículo 17 aborda el problema en el marco del concurso de infracciones, en la medida en que estén implicadas dobles sanciones penales, o impone el principio “toma en consideración”, en la medida en que una sanción penal se imponga con posterioridad a una sanción administrativa.

Finalmente, otra manera de regular el problema es evitar la doble persecución a nivel transnacional. Constituyen una necesidad los procedimientos de consulta transnacional. En algunos instrumentos UE se prescribe una consulta entre los Estados y se da prioridad a algunos criterios de

(25) Asunto T-223/00, *Kyowa Hakko Kogyo Co.* Sentencia del 9 de julio de 2003, nyr.

(26) Arts. 93-96 del Reglamento 1605/2002, D.O. 2002, L 248/1-48 y art. 133 del Reglamento 2342/2002, D.O. 2002, L 357/1-71.

(27) Reglamento 2988/95, D.O. 1995, L 312/1-4.

(28) DELMAS-MARTY and VERVAELE (Eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. 1-4 (Intersentia, Antwerpen-Groningen, Oxford, 2000-2001).

jurisdicción⁽²⁹⁾. La necesidad de coordinación de la acción judicial en la UE ha llevado a la creación de Eurojust, que entre otras cosas es competente para la coordinación de las investigaciones judiciales en orden a evitar conflictos de jurisdicción y problemas relativos al principio *ne bis in idem*. Sin embargo, Eurojust⁽³⁰⁾ tiene que solicitar una decisión a los Estados miembros, y la competencia de Eurojust se limita a los delitos más graves.

IV. EL *NE BIS IN IDEM* COMO INICIO DEL DESARROLLO DE PRINCIPIOS GENERALES EN EL ÁREA DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: LAS SENTENCIAS GÖZÜTOK Y BRÜGGE DEL TJUE

El CAAS ha constituido un importante hito para el establecimiento de un principio *ne bis in idem* internacional basado en un tratado multilateral. La interpretación del acervo Schengen en materia de *ne bis in idem* ha sido la primera ocasión para la TJEU a pronunciarse sobre el tercer pilar y sobre la el carácter jurídico de su derecho y los principios generales aplicables.

En los asuntos acumulados Gözütok y Brügge⁽³¹⁾, los tribunales nacionales plantearon al TJUE sendas cuestiones prejudiciales conforme al artículo 35 TUE sobre la interpretación del artículo 54 del CAAS, planteando interesantes cuestiones sobre la validez y el alcance de un principio esencial en materia de derechos humanos, el principio *ne bis in idem* (o la prohibición de la doble penalización - *double jeopardy*^(***)) en el contexto UE/Schengen. Al tratarse del primer caso, vamos a proceder a su examen de una manera más extensa.

4.1. Hechos

El Sr. Gözütok, un nacional turco que residía desde hace varios años en los Países Bajos, era sospechoso de posesión de cantidades ilegales de drogas blandas. En el curso del registro de su establecimiento de comida rápida denominado “*Coffee and Teahouse Schorpioen*” en 1996, la policía holandesa

(29) Ver, por ejemplo, el art. 7(3) de la Decisión marco 2000/383/JAI sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, D.O. del 14/06/2000 L 140/1 y art. 3 de la Propuesta de Decisión marco relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem*, D.O. 2003 C 100/24.

(30) Decisión del Consejo del 28 de febrero de 2002, D.O. 2002, L 63/1.

(31) Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003 en los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01 (Petición de decisión prejudicial del *Oberlandesgericht Köln* y *Rechtbank van eerste aanleg te Veurne*): *Hüseyin Gözütok* (Asunto C-187/01) y *Klaus Brügge* (Asunto C-385/01), (2003) ECR I-5689.

(***) La traducción de esta expresión es ciertamente compleja. El Tribunal Supremo español se refiere a ella como “doble peligro de condena” (ver Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 27 de enero de 1996). Por su parte, la Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem*, utiliza en el considerando 1 de la versión inglesa la expresión “*the prohibition of double jeopardy*”, que se traduce en la versión española como “prohibición de la doble penalización” [nota del Traductor].

descubrió efectivamente algunos kilos de hachís y marihuana. Las diligencias penales contra el Sr. Gözütok se dieron por concluidas debido a que aceptó una denominada *transactie* propuesta por el Ministerio Fiscal holandés (transacciones ofrecidas por el ministerio fiscal en el marco de un procedimiento de extinción de la acción pública), tal y como dispone el artículo 74(1) del Código Penal holandés: “Antes de que se inicie la fase oral, el ministerio fiscal puede establecer uno o varios requisitos para evitar acciones penales en relación con delitos, salvo aquellos que la ley sancione con penas privativas de libertad superiores a seis años, y faltas. El derecho a ejercitar la acción penal se extinguirá cuando el imputado haya cumplido tales requisitos”. El Sr Gözütok abonó las sumas requeridas en este caso de 3000 NLG y 750 NLG. Las autoridades alemanas dirigieron su atención hacia el Sr. Gözütok como consecuencia de la comunicación de operaciones sospechosas llevada a cabo por un Banco alemán a la unidad de inteligencia financiera alemana, realizada en el marco de las obligaciones CE contra el blanqueo de capitales⁽³²⁾. Las autoridades alemanas obtuvieron una amplia información de las autoridades neerlandesas sobre sus actuaciones ilícitas, y decidieron detenerle e imputarle por el tráfico de estupefacientes llevado a cabo en los Países Bajos. En 1997, el Juzgado de Primera Instancia de Aquisgrán (*Amtsgericht Aachen*) en Alemania declaró culpable al Sr. Gözütok y le condenó a una pena de un año y cinco meses de privación de libertad, suspendida de forma condicional. Tanto el Sr. Gözütok como la Fiscalía presentaron recursos de apelación. La Audiencia Provincial de Aquisgrán (*Landgericht Aachen*) sobreseyó el proceso penal iniciado contra el Sr. Gözütok porque de conformidad *inter alia* con el artículo 54 del CAAS la decisión de archivar definitivamente las diligencias penales adoptada por las autoridades neerlandesas vinculaba a las autoridades penales alemanas. En un segundo recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal ante el Tribunal Supremo Regional (*Oberlandesgericht Köln*), el Tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE una cuestión prejudicial con base en el artículo 35 TUE.

El Sr Brügge, un nacional alemán que vive en Alemania, fue acusado por las autoridades belgas de haber causado lesiones dolosas a la Sra. Leliaert en Bélgica, punibles conforme a lo dispuesto en varios artículos del Código penal belga. El Sr. Brügge se enfrentó a una investigación penal doble, una en Bélgica y otra en Alemania. En el proceso penal belga, el Tribunal de Distrito (*Rechtbank van eerste aanleg te Veurne*) conocía tanto de los aspectos penales como civiles del caso, debido a que la Sra. Leliaert, como parte civil

(32) Directiva 91/308/CEE del Consejo, del 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales *Diario Oficial* N° L 166 del 28/06/1991. pp. 0077 - 0083.

que a consecuencia de las lesiones resultó enferma y con incapacidad laboral, solicitó una indemnización por los perjuicios económicos y morales sufridos. En el curso de las diligencias de investigación practicadas en relación con los hechos por los que se le citó ante el Tribunal de Distrito de Veurne en Bélgica, el Ministerio Fiscal de Bonn (*Staatsanwaltschaft Bonn*) en Alemania le propuso al Sr. Brügge un acuerdo amistoso consistente en el pago de un importe de 1.000 DEM, de acuerdo con el parágrafo 153a, en relación con el parágrafo 153, apartado 1, segunda frase del Código de Procedimiento Penal alemán. El Tribunal de Distrito de Veurne decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial con base en el artículo 35 TUE.

4.2. Fundamento jurídico y cuestiones preliminares

En el asunto Gözütok, el Tribunal Supremo Regional alemán planteó al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: “¿Se produce para la República Federal de Alemania el agotamiento de la acción penal, con arreglo al artículo 54 del CAAS, si, de conformidad con el Derecho de los Países Bajos, la acción penal por los mismos hechos está ya agotada en el ámbito nacional? ¿Se produce en concreto el agotamiento de la acción penal cuando una decisión del ministerio fiscal que ordena el sobreseimiento del procedimiento, una vez que se hayan satisfecho las cargas impuestas (*transactie* holandesa), excluye la persecución ante un tribunal holandés, mientras que, según el Derecho de otros Estados contratantes, dicha decisión necesita de la aprobación judicial?”. En el asunto Brügge, el Tribunal de Distrito belga planteó al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: “¿Permite la aplicación del artículo 54 del [CAAS] que el ministerio público belga emplace a un nacional alemán ante un tribunal penal belga y que sea juzgado por los mismos hechos respecto a los que el ministerio público alemán le ofreció, mediante acuerdo amistoso, el sobreseimiento de la causa tras el pago de una cantidad, que fue abonada por el inculpado?”. Dada la similitud y la conexión de las cuestiones planteadas, se procedió a la acumulación de los dos asuntos a efectos de la sentencia y se examinaron juntos.

4.3. La opinión del Abogado General D. Ruíz-Jarabo Colomer

El Abogado General optó por una interpretación estricta del artículo 35(1) TUE que impediría que se diera cualquier opinión sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* a un caso pendiente ante un tribunal nacional o con relación a la extinción de la acción penal. Por esta razón el Abogado General declaró que el TJUE ha de hacer caso omiso de los términos en los que el *Oberlandesgericht Köln* formula la primera de sus preguntas, y reformuló todas las cuestiones prejudiciales en dos cuestiones interpretativas:

“1. La primera consiste en saber si el principio *ne bis in idem*, que enuncia el artículo 54 del Convenio, se aplica también cuando en uno de los Estados signatarios la acción penal se extingue como consecuencia de una decisión de sobreseimiento, adoptada por el ministerio fiscal después de que el inculcado haya cumplido las condiciones que le impuso. 2. En el caso de que el anterior interrogante recibiera una respuesta positiva, el órgano jurisdiccional alemán se pregunta si es necesario que esa decisión del ministerio público sea aprobada por un juez” (para 38).

El Abogado General califica el artículo 54 como una genuina expresión del principio *ne bis in idem* en un proceso dinámico de integración europea. No es una regla procesal sino una garantía fundamental, basada en la seguridad jurídica y en la equidad, para personas que están sometidas al ejercicio del *ius puniendi* en un área común de libertad y justicia. Él también opina que el principio *ne bis in idem* no solo es aplicable en el marco de un sistema jurídico particular de un Estado miembro. Una estricta aplicación del principio de territorialidad nacional es incompatible con numerosas situaciones en las que están presentes elementos de extraterritorialidad y en las que una misma conducta es susceptible de producir efectos jurídicos en distintas partes del territorio de la Unión. Por otro lado, el principio *ne bis in idem* es también una expresión de la recíproca confianza de los Estados miembros en sus sistemas de justicia penal. La transacción penal al estilo de la *transactie* holandesa no es de naturaleza contractual, sino una expresión de la justicia penal. Existe en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, y es una forma de administrar justicia que garantiza los derechos del inculcado y que desemboca en la imposición de una sanción. En la medida en que quedan garantizados los derechos del justiciable resulta irrelevante que la decisión que extingue la acción penal sea aprobada por un juez. Se produce un pronunciamiento sobre los hechos enjuiciados y sobre la culpabilidad del autor. Supone la emisión de un juicio definitivo implícito sobre la conducta del acusado y la imposición de medidas de carácter sancionador. Siempre quedan a salvo los derechos de las víctimas, a quienes no se les impide ejercer la acción civil y exigir reparación. A juicio del Abogado General la interpretación de lo que ha de entenderse por *res judicata* tal y como se contiene en la disposición del artículo 54 no es homogénea en las versiones de los distintos idiomas (juzgada en sentencia firme, *rechtskräftig abgeurteilt*, *onherroepelijk vonnis*, *définitivement jugée*, *finally disposed* (...)). Los Estados miembros no están de acuerdo en este punto. Francia, Alemania y Bélgica son favorables a una interpretación restrictiva limitada a las resoluciones jurisdiccionales; Holanda e Italia, junto con la Comisión Europea, mantienen una interpretación más amplia, que incluye también las decisiones de archivo de las

diligencias penales adoptadas por el ministerio público. El abogado general acentuó que los términos empleados en las distintas versiones no son homogéneos y que una interpretación restrictiva, limitada exclusivamente a las resoluciones judiciales, puede tener consecuencias absurdas que son contrarias a la razón y a la lógica. Dos personas sospechosas del mismo delito podrían enfrentarse a una aplicación diferente del principio *ne bis in idem* si una es absuelta en sentencia firme y la otra acepta una transacción.

El Abogado General concluyó: “el principio *ne bis in idem* que enuncia el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, se aplica también cuando la acción pública penal se extingue en el ordenamiento jurídico de una parte contratante como consecuencia de la decisión adoptada por el ministerio público, una vez que el inculcado ha satisfecho determinadas condiciones, siendo irrelevante que tal pronunciamiento deba ser aprobado por un juez, siempre y cuando: 1. las condiciones impuestas tengan carácter sancionador; 2. el acuerdo presuponga un reconocimiento, expreso o implícito, de la culpabilidad y, por consiguiente, contenga un juicio, explícito o tácito, de reprochabilidad sobre la conducta; y 3. no cause quebranto a la víctima y a los demás perjudicados, eventualmente titulares de acciones civiles”.

4.4. El razonamiento y la respuesta interpretativa del Tribunal

El Tribunal de Justicia no solo siguió la reformulación de las cuestiones preliminares realizada por el abogado general, sino que también suscribió sus argumentos principales. La extinción de la acción pública se debe a una decisión del Ministerio Fiscal, y este es parte de la administración de justicia penal. El resultado del procedimiento sanciona el comportamiento ilícito que se atribuye al acusado. La sanción es ejecutada a los efectos del artículo 54, y queda excluida una persecución adicional. El TJUE consideró que el principio *ne bis in idem* es un principio que tiene un efecto propio, con independencia de las cuestiones de procedimiento o de forma, como la intervención de un órgano jurisdiccional. A falta de una indicación expresa en contra en el artículo 54, el principio *ne bis in idem* debe considerarse suficiente para ser aplicado. El área de libertad, seguridad y la justicia implica una confianza mutua en los respectivos sistemas de justicia penal. La validez del principio *ne bis in idem* no depende de una armonización adicional.

No convencen al TJUE los argumentos de Alemania, Bélgica y Francia de que el tenor literal y el esquema general del artículo 54, la relación entre el artículo 54 y los artículos 55 y 58, la voluntad de las Partes Contratantes y otros textos internacionales de similar objeto, se oponen a que el artículo 54 se interprete en el sentido de que pueda aplicarse a los procedimientos de extinción de la acción pública en los que no se prevea la intervención de

ningún órgano jurisdiccional. El TJUE no encontró ningún obstáculo en los artículos 55 y 58, y consideró irrelevante la voluntad de las Partes Contratantes, puesto que es anterior a la integración del acervo de Schengen en el marco de la UE. Con respecto al argumento del Gobierno belga sobre el posible perjuicio a los derechos de las víctimas, el TJUE siguió la opinión del Abogado General, acentuando que la aplicación del principio *ne bis in idem* no impide a la víctima ejercer acciones civiles.

Por esa razón el TJUE se pronunció en el siguiente sentido: “el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal”.

V. EVALUACIÓN DE LA SENTENCIA GÖZÜTOK Y BRÜGGE DEL TJUE⁽³³⁾

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en mayo de 1999 la UE fue mucho más consciente de la necesidad de disponer de un principio *ne bis in idem* transnacional en el área de libertad, seguridad y justicia. Las disposiciones de los tratados internacionales relativos a este principio eran muy diferentes y la aplicación de las mismas en los Estados miembros variaba mucho. El punto 49(e) del Plan de Acción del Consejo y la Comisión sobre la aplicación del área de libertad, seguridad y justicia⁽³⁴⁾ dispone que en los cinco años posteriores a la entrada en vigor del Tratado se establecerán medidas “de coordinación de las investigaciones penales y las diligencias que están en curso en los Estados miembros, para así evitar las duplicaciones y las resoluciones contradictorias, teniendo en cuenta una mejor utilización del principio *ne bis in idem*”. En el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal⁽³⁵⁾, el principio *ne bis in idem* se incluye entre las prioridades inmediatas de la UE y se hace referencia entre otras cuestiones al problema de las transacciones. De hecho había quedado claro a través de la jurisprudencia nacional que los jueces nacionales tenían problemas con la *transactie*

(33) Otros comentarios doctrinales pueden verse en RÜBENSTAHL y KRÄMER, (4/2003) *European Law Reporter*, 177-185; ADOMEIT, (2003) NJW, 1162-1164; FLETCHER, (2003) MLR, 769-780; PLÖCKINGER, 58 *Österreichische Juristenzeitung* (2003), 98-101; THWAITES, (2002) *Revue de Droit de l'Union Européenne*, 295-298; VOGEL, “Europäisches *ne bis in idem*”, (2003) NJW, 1173.

(34) D.O., 1999, C 19.

(35) D.O., 2001, C 12.

“al estilo holandés” y la aplicación de las disposiciones de Schengen sobre el *ne bis in idem* transnacional. Entretanto las disposiciones relevantes de Schengen entraron y están en vigor, pero ya no como disposiciones en una escena gubernamental, sino como disposiciones integradas en las disposiciones del tercer pilar del área de libertad, seguridad y justicia. Esto significa que las Conclusiones de Tampere del Consejo Europeo Especial⁽³⁶⁾ que definen el reconocimiento mutuo como la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal también se aplican a las disposiciones anteriores Schengen.

El TJUE declara explícitamente que el área de libertad, seguridad y justicia implica la confianza mutua en los otros los sistemas de justicia penal, y que la validez del principio *ne bis in idem* no depende de armonizaciones adicionales. El TJUE también considera que la voluntad de las Partes Contratantes de Schengen ya no tiene ningún valor, dado que es previa a la integración del acervo Schengen en la UE. Aunque el CAAS estaba fundamentalmente vinculado al mercado interior y a las cuatro libertades, era un instrumento intergubernamental.

Esto es como tal notable, dado que fue rechazada la propuesta holandesa⁽³⁷⁾ en el momento de la concepción del artículo 54 de incluir las transacciones *transactie*. La voluntad de las Partes Contratantes de excluir estas transacciones del principio *ne bis in idem* fue muy clara. Sin embargo, la integración de las disposiciones Schengen en la UE, basada en la decisión de la CIG de Ámsterdam y ratificada por las autoridades nacionales, cambió no solo el marco conceptual de estas disposiciones, sino también su significado y efecto. Puede hacerse aquí un paralelismo con los principios generales del Derecho comunitario en el mercado interior. La cooperación leal comunitaria y la no discriminación, por ejemplo, tenían consecuencias para el significado y efecto de algunas disposiciones penales nacionales, con independencia de la voluntad del poder legislativo nacional.

Es típico de un ordenamiento jurídico integrado como el de la CE que el marco conceptual de la integración europea interfiera con la soberanía nacional, también en lo relativo a los aspectos de cooperación y transnacionales⁽³⁸⁾. Lo que ocurrió con la integración de los mercados en la CE se está repitiendo ahora con la integración de la justicia en la UE. Los derechos y recursos del ciudadano del mercado se transforman en los derechos y recursos del ciudadano de la Unión. Las decisiones nacionales, incluidas las decisiones penales, pueden tener un amplio efecto UE en una nueva escena de territorialidad europea. Esto hace también al proceso de integración europea

(36) Conclusiones de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, <<http://ue.eu.int>>.

(37) Como dispone el art. 68(3) del Código Penal holandés.

(38) Ver por ejemplo el asunto 186/87, *Ian William Cowan v. Trésor public*, [1989] ECR 195.

tan diferente de la doble soberanía de los EE.UU., donde el principio constitucional *ne bis in idem* no impide la doble persecución en varios Estados. Cuando un acusado con un solo acto viola la “paz y dignidad” de dos soberanías infringiendo las leyes de cada una, ha cometido en los EE.UU. dos delitos distintos⁽³⁹⁾ con dos diferentes bienes jurídicos. En la UE tenemos un solo área de libertad, seguridad y justicia y un ordenamiento jurídico integrado en el que debe darse efecto total a los criterios y normas fundamentales.

Sin embargo, con la decisión comentada aquí el TJUE no ha resuelto todos los problemas que plantea el principio *ne bis in idem*. Como se ha mencionado arriba, la interpretación de lo que es una sentencia firme es solo uno de los puntos del problema. El TJCE señala en el asunto sobre el *ne bis in idem* que este “se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal”, una redacción que es más amplia que la formulación del abogado general que se refirió a que las condiciones impuestas tengan carácter sancionador, que suponga un pronunciamiento sobre la culpabilidad, y que no implique un perjuicio para las víctimas. Para concretar, ¿se aplica el principio *ne bis in idem* en los casos de acuerdos procesales, tales como *plea bargaining*, o los tratos de inmunidad total o parcial por colaboración con la justicia? En algunos países estos tratos pueden conectarse a una transacción con la forma de “*transactie*”. Otro problema es la aplicación completa de la regla del *ne bis in idem* si el primer proceso tuvo por objeto sustraer a la persona afectada de la responsabilidad penal ¿Bajo qué condiciones se puede excluir la aplicación del *ne bis in idem* y por quién?

Con la sentencia Gözütok y Brügge encima de la mesa era previsible que sin la intervención legislativa Europea, el TJUE iba a recibir otras cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del principio *ne bis in idem*. Se podían esperar cuestiones prejudiciales tanto sobre el alcance del principio como sobre la definición del *idem* y del *bis*. A la luz de esto, es importante subrayar que un par de días después de la sentencia del TJCE en el asunto Gözütok y Brügge, Grecia presentó una propuesta de decisión marco sobre el *ne bis in idem*⁽⁴⁰⁾, con el objetivo de establecer normas jurídicas comunes en orden a asegurar la uniformidad tanto en la interpretación de tales normas como en su aplicación práctica. La decisión marco sustituiría a los ar-

(39) *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985).

(40) Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem*, *Diario Oficial* de la Unión Europea 26/04/2003, C 100/24.

títulos 54-58 CAAS. La propuesta define los delitos como delitos en sentido estricto e infracciones administrativas castigadas con una multa administrativa con la condición de que se pueda recurrir ante un tribunal penal. Las sentencias incluyen también cualquier arreglo por mediación extrajudicial en materia penal, cualquier decisión que tenga estatuto de *res iudicata* con arreglo a la legislación nacional se considerará sentencia definitiva. El artículo 4 prevé excepciones al principio *ne bis in idem* en caso de que los actos a que se refiera la resolución judicial extranjera constituyan delitos contra la seguridad o contra otros intereses esenciales de dicho Estado miembro, o hayan sido cometidos por un funcionario de ese Estado miembro contraviniendo sus obligaciones oficiales. Es una buena iniciativa, pero su ámbito de aplicación es demasiado estrecho. De hecho, excluir las sanciones administrativas si no son apelables ante un tribunal penal es bastante absurdo, también a la luz de la jurisprudencia del TEDH, incluso aunque encaja con la tradición alemana del Derecho penal administrativo (*Ordnungswidrigkeiten*). El proyecto también contiene demasiadas excepciones a la norma del *ne bis in idem*. Finalmente, el proyecto no aborda la aplicación a las personas jurídicas. Las discusiones en el Consejo están en curso pero son bastante difíciles en varios puntos, incluidas las cuestiones planteadas en el asunto Gözütok y Brügge. El proyecto fue discutido en el Consejo de Ministros, pero la multitud de puntos divergentes entre los Estados miembros evidenció rápidamente la inviabilidad de una solución legislativa. Una vez más, le correspondió al Tribunal Europeo de Justicia llenar el vacío jurídico por la vía praetoriana.

VI. EL DILUVIO DE CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE EL *NE BIS IN IDEM*

Tras la sentencia Gözütok y Brügge el TJUE ha sido frecuentemente requerido para interpretar el art. 54 del CAAS. Las preguntas formuladas han versado sobre aspectos bien diferentes. Incluso en algún caso la cuestión ha sido formulada por el Tribunal Supremo nacional. Analicemos los aspectos más importantes de las cuestiones planteadas.

6.1. *Ne bis in idem* y sentencia firme

6.1.1. Sentencia C-469/03, Miraglia: tiene que haber un enjuiciamiento sobre el fondo

En el marco de una investigación común entre las autoridades italianas y holandesas, Miraglia fue detenido en Italia en el año 2001. Se le imputaba el haber organizado el transporte a Bolonia desde los Países Bajos de 20 kilos de heroína. En el 2002 el tribunal de Bolonia revocó toda medida cautelar. Paralelamente, las autoridades judiciales holandesas llevaron a cabo una investigación judicial penal contra Miraglia por los mismos hechos. En el

2001 la fiscalía holandesa decidió no ejercitar la acción penal contra el imputado. De los autos se desprende que esta decisión se adoptó debido a que en Italia se habían iniciado actuaciones penales por los mismos hechos. Esto es, la decisión de la fiscalía holandesa resolvía un conflicto positivo de jurisdicción en favor de la jurisdicción italiana.

La fiscalía de Bolonia solicitó después asistencia judicial en materia penal. La solicitud fue denegada por la fiscalía de Ámsterdam, basándose en la reserva formulada por los Países Bajos al art. 2 (b) del Convenio Europeo de Asistencia Judicial, ya que Holanda había decidido “archivar el asunto sin imponer ninguna pena”. Las autoridades judiciales holandesas añadieron que el artículo 54 del CAAS se oponía a cualquier solicitud de asistencia judicial.

La reserva mencionada de Holanda esta formulada así: “El Gobierno del Reino de los Países Bajos se reserva la facultad de no cursar una solicitud de asistencia judicial: (b) en la medida que se refiera a un proceso o procedimiento incompatible con el principio ‘non bis in idem’”.

Además el artículo 255 del Código Penal holandés prevé en su apartado primero: “Después de un sobreseimiento favorable al imputado (...) ya no se podrá actuar penalmente contra el imputado por los mismos hechos, a menos que surjan nuevos elementos inculpatórios”.

El Tribunal de Bolonia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: “¿Ha de aplicarse al artículo 54 del CAAS en el caso de que la decisión judicial adoptada en el primer Estado sea de sobreseimiento de la acción penal sin juicio alguno en cuanto al fondo y se base en el único presupuesto de que ya se está siguiendo un procedimiento en otro Estado?”.

Según el TJUE la decisión de la fiscalía holandesa no puede considerarse una decisión que juzgue en firme a esta persona en el sentido del artículo 54 del CAAS, pues ha sido tomada solo por razón de que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos, y sin que se haya efectuado apreciación alguna en cuanto al fondo.

Está claro que el TJUE exige una valoración del fondo para otorgar la calificación de decisión que juzga en firme a una decisión de la fiscalía. En este asunto el TJUE hubiera podido ser más firme. De hecho, no se trata de un sobreseimiento clásico de la acción penal, sino de una decisión que resuelve un conflicto positivo de jurisdicción. Hubiera podido utilizar el caso para elaborar obligaciones al respecto, tanto sobre la resolución del conflicto como sobre las obligaciones de asistencia mutua.

6.1.2. Sentencia C-150/05, Van Straaten: sentencia absolutoria por falta de pruebas

Van Straaten fue perseguido en Holanda, en primer lugar, por haber importado de Italia a Holanda una cantidad de alrededor de 5 kilos de heroína, en segundo lugar, por haber dispuesto en Holanda de aproximadamente 1 kilo de heroína y, en tercer lugar, por posesión de armas de fuego y municiones. Van Straaten fue absuelto en 1983 de las primeras acusaciones por el tribunal de 's-Hertogenbosch (*Arrondissementsrechtbank te 's-Hertogenbosch*), por considerar que este hecho no había sido demostrado de modo legal y convincente, en otras palabras, por falta de pruebas y respetando el principio *in dubio pro reo*. Sin embargo, van Straaten fue procesado en Italia, junto con otras personas, por haber exportado a los Países Bajos en varias ocasiones una cantidad de 5 kilos de heroína, mediante sentencia dictada en rebeldía en 1999 por un tribunal de Milán. Con base en esta sentencia y en una orden de detención de la fiscalía de Milán de 2002, las autoridades judiciales italianas introdujeron ese año una descripción en el Sistema de Información de Schengen (SIS), para la detención de van Straaten y su ulterior extradición. Los Países Bajos añadieron a la descripción SIS una reserva, conforme al apartado 95 (3) CAAS, de modo que la detención no pudiera llevarse a cabo en su territorio. Van Straaten fue informado de la descripción SIS en 2003 y solicitó a la policía holandesa la supresión de la misma. Lo que le fue denegado por la policía holandesa al no ser la autoridad informadora. En aplicación del art. 111 CAAS un juez holandés fue requerido para conocer del asunto. Italia estaba obligada a ejecutar la resolución definitiva del juez holandés, pero este tenía dudas sobre la interpretación del art. 54 del CAAS, tanto en lo relativo a la definición del *idem* como en cuanto a los efectos de la absolución por falta de pruebas respecto del *ne bis in idem*.

Para la definición del *idem* me remito al punto 6.2 (cfr. *infra*). En cuanto a la segunda cuestión, el juez holandés pregunta si el principio *ne bis in idem* es aplicable a una resolución de las autoridades judiciales de un Estado contratante en la que se absuelve a un acusado por falta de pruebas. El TJUE responde de manera afirmativa, haciendo referencia a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima y al derecho a la libre circulación en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

6.2. La definición del *idem* y los criterios de decisión: sentencias Van Esbroeck C-436/04; Van Straaten (C-150.05), Gasparini (C-467/04), Kretzinger (C-288/05) y Kraaijenbrink (C-367-05)

El TJUE ha tenido que responder a muchas cuestiones relativas a la definición del *idem*. El primer caso fue el de van Esbroeck. Van Esbroeck, ciudadano belga, fue condenado por un tribunal en Noruega cuando todavía

no había entrado en vigor en este país el acervo de Schengen, como autor de un delito de importación ilegal de estupefacientes. Una vez cumplida la mitad de la pena fue puesto en libertad condicional y regresó a Bélgica, donde fue acusado de haber exportado las sustancias a Noruega. Se trataba del mismo transporte de droga en los dos asuntos. Se presentó una petición de decisión prejudicial por parte del Tribunal Supremo Belga: ¿Se puede aplicar el art. 54 del Convenio CAAS cuando una persona es procesada por segunda vez por los mismos hechos si la primera condena tuvo lugar en un Estado miembro cuando todavía no regía dicho precepto? El TJUE afirma la posibilidad de aplicar el principio *ne bis in idem* siempre que esté en vigor en los Estados contratantes en el momento de apreciar los requisitos de aplicación de dicho principio por la instancia que conoce del segundo procedimiento. Se podría decir, pues, que el TJUE opta por la aplicación *ec nunc* y no *ex tunc*. Más importante es la respuesta del TJEU sobre el *idem*. Se inclina claramente por un criterio de *idem factum*: “el criterio pertinente a efectos de la aplicación del art. 54 CAAS está constituido por el de la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido”. Los hechos punibles consistentes en la exportación y la importación de los mismos estupefacientes y perseguidos en diferentes Estados contratantes del CAAS deben, pues, considerarse en principio como los mismos hechos. Sin embargo, el TJUE subraya que la apreciación definitiva en concreto corresponde a las instancias nacionales competentes.

La decisión por el *idem factum* en la lugar del *idem iure* (la calificación jurídica o los bienes jurídicos tutelados) fue puesta en duda por el abogado general Eleanor Sharpston en el asunto *Gasparini*. Los accionistas y administradores de la sociedad Minerva acordaron introducir a través del puerto de Setúbal (Portugal) aceite de oliva no refinado, procedente de Túnez y Turquía, sin la necesaria declaración en aduanas y simulando un sistema de facturación falsa para intentar mostrar que el aceite procedía de Suiza. La mercancía fue posteriormente transportada en camiones de Setúbal a Málaga en España. Hubo en Portugal una persecución por fraude comunitario, con absolución por prescripción y posteriormente una persecución en España por contrabando.

El abogado general Sharpston, con amplia experiencia en materia comunitaria, incluido el ámbito de la libre competencia, formula dos zonas de fricción en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio *ne bis in idem*. Ella critica al TJUE por contentarse con aplicar el principio *ne bis in idem* cuando exista “identidad de los hechos materiales” y no exigiendo la ‘unidad de interés jurídico protegido’. La segunda crítica es mucho más

fundamental e interesante. El abogado general insiste en una aplicación coherente del *ne bis in idem* (en el derecho comunitario y en el derecho del tercer pilar), subrayando que el TJUE exige, para que el *ne bis in idem* sea aplicable, un triple requisito de “identidad de hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido”.

Sin embargo, el TJUE no cambia de opinión y reafirma en el asunto Kretzinger el criterio del *idem factum* elaborado en el asunto Van Esbroeck. Kretzinger transportó en un par de ocasiones en camión desde Grecia hasta Gran Bretaña, a través de Italia y Alemania, cigarrillos procedentes de países no miembros de la UE, por supuesto sin ninguna declaración en aduanas. Kretzinger fue condenado por el primer y el segundo transporte tanto por un tribunal en Italia (sentencia en rebeldía) como por un tribunal en Alemania. El tribunal alemán consideró que aún no habían sido ejecutadas las dos condenas firmes pronunciadas en Italia y que por ello no existía ningún obstáculo procesal en virtud del art. 54 del CAAS. Sobre la definición del ídem, el TJUE indica claramente que “el criterio pertinente a efectos de la aplicación [del art. 54 del CAAS] está constituido por el de la identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido”.

También en la sentencia Kraaijenbrink se trata de la definición del ídem. La Sra. Kraaijenbrink fue condenada en Holanda por varios delitos de recepción de cantidades de dinero procedentes del tráfico de estupefacientes. Por otro lado, un tribunal de Gante en Bélgica le condenó por los mismos hechos pero calificados jurídicamente como transacciones monetarias efectuadas en Bélgica con ese dinero. El TJUE reafirma la definición del ídem del asunto van Esbroeck y subraya que el mero hecho que el órgano judicial nacional competente compruebe que los hechos en cuestión están relacionados entre sí por una misma intención criminal no es en sí decisivo para la definición del ídem. Sin embargo, la norma del art. 54 del CAAS es una norma de mínimos. Los Estados tienen libertad para garantizar una protección más amplia.

Esta claro que el TJUE no busca una unidad jurisprudencial entre el derecho comunitario y el derecho del tercer pilar en este contexto, sino un criterio consistente que garantice la libre circulación de las personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia y el respeto de los derechos humanos. Scharpston, que fue también abogado general en los asuntos Kretzinger y Kraaijenbrink, no ha insistido más sobre la coherencia entre el derecho comunitario y el derecho del tercer pilar y ha retomado el criterio del *idem factum* de van Esbroeck, tal y como fue confirmado por el TJUE.

6.3. Se puede considerar una absolución por la prescripción del delito como un ídem: Gasparini (C-467/04)?

En el asunto *Gasparini* el TJUE se muestra muy consciente de las diferencias esenciales entre los derechos procesales de los Estados Miembros. Es verdad, dice el TJUE, que la legislación de los Estados en materia de plazos de prescripción no ha sido armonizada. No obstante, ni el tratado, ni el art. 54 del CAAS supeditan la aplicación del *ne bis in idem* al requisito de que se armonicen las legislaciones de los Estados. El TJUE indica que es preciso añadir que el principio *ne bis in idem* implica necesariamente la existencia de una confianza mutua entre los Estados. Por estos motivos el TJUE declara aplicable el principio *ne bis in idem* del art. 54 del CAAS a la resolución de un tribunal de un Estado contratante, dictada tras haberse ejercitado la correspondiente acción penal, en virtud de la cual se absuelve definitivamente a un inculpado por haber prescrito el delito que dio lugar a la incoación de diligencias penales.

Esta sentencia es en cierto modo sorprendente. De hecho, no se trata aquí de una sentencia absolutoria después de un juicio sobre el fondo. Se trata en realidad de un motivo procesal de no perseguibilidad. En este sentido, hubiera sido más lógico hacer referencia al contenido del principio *ne bis in idem*. Tradicionalmente se hace una distinción entre *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (nadie puede ser sometido a más de un proceso por el mismo delito) y *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito). Un *ne bis in idem* aplicable a la prescripción de la acción penal pone de relieve mucho más del *ne bis vexari* que del *ne bis puniri*. Es sorprendente que ni el abogado general, ni el Tribunal hayan estudiado si el *ne bis in idem* del art. 54 del CAAS incluye también el *ne bis in idem vexari*. Se han limitado a tratar el aspecto de la prescripción de la acción penal en el marco de una sentencia considerada como *idem factum*. En mi opinión, es una vía errónea.

6.4. Sentencia firme y ejecución de la sanción: Kretzinger (C-288/05)

¿Se entiende que una pena se ha ejecutado o se está ejecutando si la pena privativa de libertad ha sido condicionalmente suspendida? Y ¿qué pasa si el acusado ha permanecido en detención preventiva o en prisión provisional?, ¿también se puede considerar como la ejecución de una sentencia? El asunto *Kretzinger* ha sido importante, puesto que Alemania consideró que Italia había suspendido la pena privativa de libertad y no había hecho nada para hacer que detuvieran y entregaran al condenado en rebeldía. El TJUE considera que la sanción impuesta por un tribunal de un Estado contratante ‘se ha ejecutado’ o ‘se está ejecutando’ cuando, en aplicación del derecho de dicho Estado contratante, se haya condenado al inculpado a una pena privativa de

libertad cuya ejecución se ha dejado en suspenso. Sin embargo, no debe considerarse que la sanción impuesta “se ha ejecutado” o “se está ejecutando” cuando el inculcado haya permanecido por breve tiempo en detención preventiva, y cuando, según el derecho del Estado de condena, el tiempo de tal privación de libertad deba computarse a efectos de la posterior ejecución de la pena privativa de libertad, visto que se trata de una detención que se produce en un momento anterior al pronunciamiento de la sentencia.

VII. CONCLUSIÓN

Con la rápida elaboración de instrumentos jurídicos en el campo JAI, tanto para reforzar la eficacia de la justicia penal en el territorio europeo (la orden europea de detención y entrega, la orden europea de embargo, aseguramiento de pruebas, la orden europea sobre decomiso, la orden europea sobre el exhorto de obtención de pruebas, la orden europea sobre la ejecución de sanciones y los proyectos de orden europea encima de la mesa), como para incrementar la protección jurídica de los ciudadanos (la decisión marco para la protección de las víctimas del delito, la decisión marco sobre la protección de la vida privada en el tercer pilar y el proyecto de decisión marco sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea), queda claro que el TJUE va a tener mucho trabajo en el futuro próximo para establecer los principios orientadores de la justicia penal en el área judicial europea en materia penal. El conjunto de sentencias sobre el *ne bis in idem* es simplemente el comienzo del importante papel del TJUE en el área de la justicia penal europea. También subraya la importante interacción entre los tribunales nacionales y el TJUE en la elaboración de principios generales del derecho de la Unión. Por este motivo, es importante que todos los Estados contratantes reconozcan la jurisdicción del TJUE para interpretar el derecho del tercer pilar y que no lo limiten (como España) a los tribunales de última instancia. También es importante que no haya *opting outs* a este respecto.

La elaboración praetoriana del *ne bis in idem* ilustra también que existe una necesidad real de ratificar el proyecto de Tratado de Reforma, incluida la Carta de Derechos Fundamentales (CDF)⁽⁴¹⁾, como texto vinculante. La CDF se refiere al CEDH como norma mínima y de acuerdo con el proyecto de Tratado de Reforma la UE también podría ser parte del CEDH. El ámbito del artículo 50 CDF⁽⁴²⁾ relativo al *ne bis in idem* es totalmente trans-

(41) Hecho en Niza el 7 de diciembre de 2000, pero no jurídicamente vinculante.

(42) Consejo de la Unión europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Explicación relativa al texto completo de la Carta, diciembre de 2000, disponible en inglés en <http://ue.eu.int/df/docs/en/EN_2001_1023.pdf>.

nacional en la UE, pero su ámbito de aplicación defrauda debido al tenor literal del texto: “Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”. Insistiendo en exceso en los procesos penales, este texto no está ni siquiera en la línea de la jurisprudencia actual del TEDH. Es más, la disposición parece aludir solo a las sentencias firmes.

En un espacio común de libertad, seguridad y justicia basado en la confianza mutua es necesario elaborar criterios objetivos para resolver conflictos positivos de jurisdicción y para evitar al máximo posibles situaciones de *ne bis in idem*. Por este motivo la Comisión Europea ha elaborado un libro verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *ne bis in idem* en los procedimientos penales⁽⁴³⁾. La Comisión Europea insiste en la relación entre conflictos de jurisdicción y *ne bis in idem*. Sin reglas objetivas sobre conflictos positivos de jurisdicción el *ne bis in idem* tiene una consecuencia perversa: quien ejerce primero la jurisdicción tiene preferencia. El *ne bis in idem* no pierde su valor, pero solo en situaciones no cubiertas y no resueltas por los criterios de resolución de los conflictos de jurisdicción. Por este motivo el Libro verde propone la elaboración de una decisión marco, basada en el artículo 31 TUE, que remplace los artículos 54-58 del CAAS. Sin embargo, la Comisión quiere limitarse a una definición general, dejando bastante espacio al TJUE para desarrollar el principio. Además es necesario elaborar un enfoque horizontal sobre el *ne bis in idem* en los instrumentos sobre el reconocimiento mutuo (las euro-órdenes). Actualmente el *ne bis in idem* es un motivo de no ejecución obligatoria o facultativa, según el instrumento. Tendría que ser un motivo de no ejecución obligatoria en todos los instrumentos, basado en la definición común de la decisión marco. En cuanto al contenido del principio, la Comisión se basa fundamentalmente en la jurisprudencia elaborada por el TJUE. Teniendo en cuenta las consultas sobre el Libro verde y las discusiones con los expertos, la Comisión Europea considera políticamente inviable por el momento la elaboración de una decisión marco sobre la materia.

Con el desacuerdo entre los expertos de los Ministerios de Justicia contrasta que los expertos académicos han sido capaces de ponerse de acuerdo. El Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional ha creado un grupo de expertos para elaborar la denominada Propuesta de Friburgo sobre las Jurisdicciones Concurrentes y la Prohibición de las Persecuciones

(43) COM (2005) 696 final y Commission Staff working document SEC (2005) 1767. Ver M. Wasmeier & N. Thwaites, *the development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, *European Law Review*, 2006, 565-578.

Múltiples en la UE⁽⁴⁴⁾. El texto de 2003 se refiere a la prevención de las persecuciones múltiples a nivel internacional mediante la imposición de reglas del *forum/jurisdicción*, la aplicación del *ne bis in idem* transnacional y finalmente, como red de seguridad, la aplicación del principio de “compensación”, explicado anteriormente. En cuanto al tema del *ne bis in idem* transnacional, propone un derecho *ne bis in idem factum* para las personas físicas y jurídicas. El principio *ne bis in idem* debería aplicarse a todos los procedimientos y sanciones punitivas, ya tengan naturaleza administrativa o penal, ya sean nacionales o europeos. El texto propone usar la expresión “haya sido archivado de forma definitiva” (*finally disposed of*) en lugar de “haya sido absuelto o condenado mediante sentencia penal firme” (*finally acquitted or convicted*). Esta terminología incluye toda decisión adoptada por las autoridades de persecución que ponga fin a los procedimientos, de manera que solo sea posible la reapertura del caso en circunstancias excepcionales. Esto significa, por ejemplo, que los acuerdos extrajudiciales alemanes u holandeses (*Einstellung gegen Auflagen, transactie*) y las *ordonnance de non-lieu motivée en fait* francesas se encuentran incluidos en la definición del *ne bis in idem*. Esta propuesta proporciona un juego excelente de disposiciones *de lege lata*, tanto para el legislador como para el juez, y tanto a nivel europeo como nacional.

Por ahora el TJUE ha elaborado un *ius commune* del *ne bis in idem* considerándolo un derecho fundamental transnacional en el espacio de libertad, seguridad y justicia. El *ne bis in idem* ha pasado de ser un principio del soberano o del Estado estrictamente relacionado con su territorio y su *ius puniendi*, a un derecho humano del ciudadano europeo en un espacio judicial común. Queda abierta la cuestión relacionada con la necesidad de resolver conflictos de jurisdicción en un espacio común que se caracteriza por una muy creciente actividad transfronteriza. Será necesario elaborar criterios de elección de la jurisdicción y otorgar a Eurojust o a un futuro Ministerio Público Europeo la competencia de coordinación y de decisión en materia de conflictos de jurisdicción penal.

(44) <<http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nebisinidem.html>>. Ver también A. ESER & C. BURCHARD, Interlokales “ne bis in idem” in Europa? Von “westfälischem” Souveränitätsdpathos zu europäischem Gemeinschaftsdenken, in H.-J. Derra (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit und Recht. Festschrift für Jürgen Meyer, Nomos, 2006, pp. 499-524.

ÍNDICE GENERAL

Índice general

TERCERA PARTE

POLÍTICA CRIMINAL

Respuesta penal frente a la criminalidad violenta <i>desde las tinieblas del Derecho Penal ordinario</i> <i>María Acale Sánchez (España)</i>	7
Política Criminal y Estado de Derecho en las sociedades contemporáneas <i>Prof. Dr. h. c. mult. Luis Arroyo Zapatero (España)</i>	59
Internacionalización del Derecho Penal y de la Política Criminal: Algunas reflexiones sobre la <i>lucha</i> jurídico-penal <i>contra el terrorismo</i> <i>Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá (España)</i>	77
Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal <i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Cerezo Mir (España)</i>	97
Tratamiento jurisprudencial y legislativo de los delitos relativos a la prostitución <i>Rosario De Vicente Martínez (España)</i>	119
Derecho Penal, Estado y sociedad –referente a la privatización de tareas de la justicia criminal– <i>Dieter Dölling (Alemania)</i>	149

<i>Tough on crime</i> - ¿Una receta exitosa para la limitación de la criminalidad? Resultados de la investigación sobre reincidencia y efectos <i>Wolfgang Heinz (Alemania)</i>	159
Diritto penale del nemico, Diritto Penale, Costituzione <i>Francesco Palazzo (Italia)</i>	181
Derecho Penal del enemigo, Derecho Penal, Constitución <i>Francesco Palazzo (Italia)</i>	195
Políticas criminales nacionales y globalización <i>Gonzalo Quintero Olivares (España)</i>	209
La profunda reforma de los delitos contra la seguridad vial en España <i>Alfonso Serrano Gómez (España)</i> <i>Alfonso Serrano Maíllo (España)</i>	229
Contradicciones de género en el Código Penal español. Lesiones y consentimiento <i>Celia Suay Hernández (España)</i>	255
El Derecho Penal como elemento de justicia transicional en España y Latinoamérica <i>Josep Tamarit Sumalla (España)</i>	291

CUARTA PARTE

DOGMÁTICA PENAL

Delitos de infracción de deber y accesoriedad en el Derecho Penal <i>Silvina Bacigalupo Saguesse (España)</i>	311
¿Qué es culpabilidad? (<i>Was ist schuld?</i>) <i>Prof. Dr. Mult. Juan Bustos Ramírez (Chile)</i>	331

En el gozne entre la tentativa y el desistimiento. Injusto personal, tentativa y desistimiento <i>Joaquín Cuello Contreras (España)</i>	341
El delito imprudente desde la perspectiva de la imputación a la libertad <i>Profesor Dr. Dr h.c. Edgardo Alberto Donna (Argentina)</i>	367
El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico <i>Bernardo Feijoo Sánchez (España)</i>	389
Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal <i>Dr. Urs Kindhäuser, Universidad de Bonn (Alemania)</i>	429
La interpretación orientada al marco penal en el sistema de identificación del Derecho Penal <i>Prof. Dr. Hans Kudlich (Alemania)</i>	447
L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale" <i>Giorgio Marinucci (Italia)</i>	471
La analogía y la "punibilidad desvinculada por la conformidad al supuesto de hecho penal" <i>Giorgio Marinucci (Italia)</i>	487

QUINTA PARTE

DERECHO PROCESAL PENAL Y OTROS

La caución como medio de evitar la fuga en Suiza. ¿Un régimen atractivo únicamente para casos excepcionales? <i>Jürg-Beat Ackermann (Suiza)</i>	505
Colombia: Un caso sui generis en el marco de la justicia de transición <i>Prof. Dr. Alejandro Aponte Cardona (Colombia)</i>	513

¿ <i>Quo vadis</i> , prueba prohibida? Prácticas restrictivas en la jurisprudencia española actual	
<i>Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer (España)</i>	543
“Not a game”: Fairness, openness and efficiency in modern english criminal procedure	
<i>Prof. Dr. L.H. Leigh (Inglaterra)</i>	565
“No es un juego”: justicia, apertura y eficiencia en el moderno proceso penal inglés	
<i>L. H. Leigh (Inglaterra)</i>	579
Estado Democrático de Derecho, Derecho Penal y procedimiento penal	
<i>Julio B. J. Maier (Argentina)</i>	593
Derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia: el <i>ne bis in idem</i> praetoriano del Tribunal de Justicia	
<i>John A. E. Vervaele (Holanda)</i>	615
Índice general.....	643

