

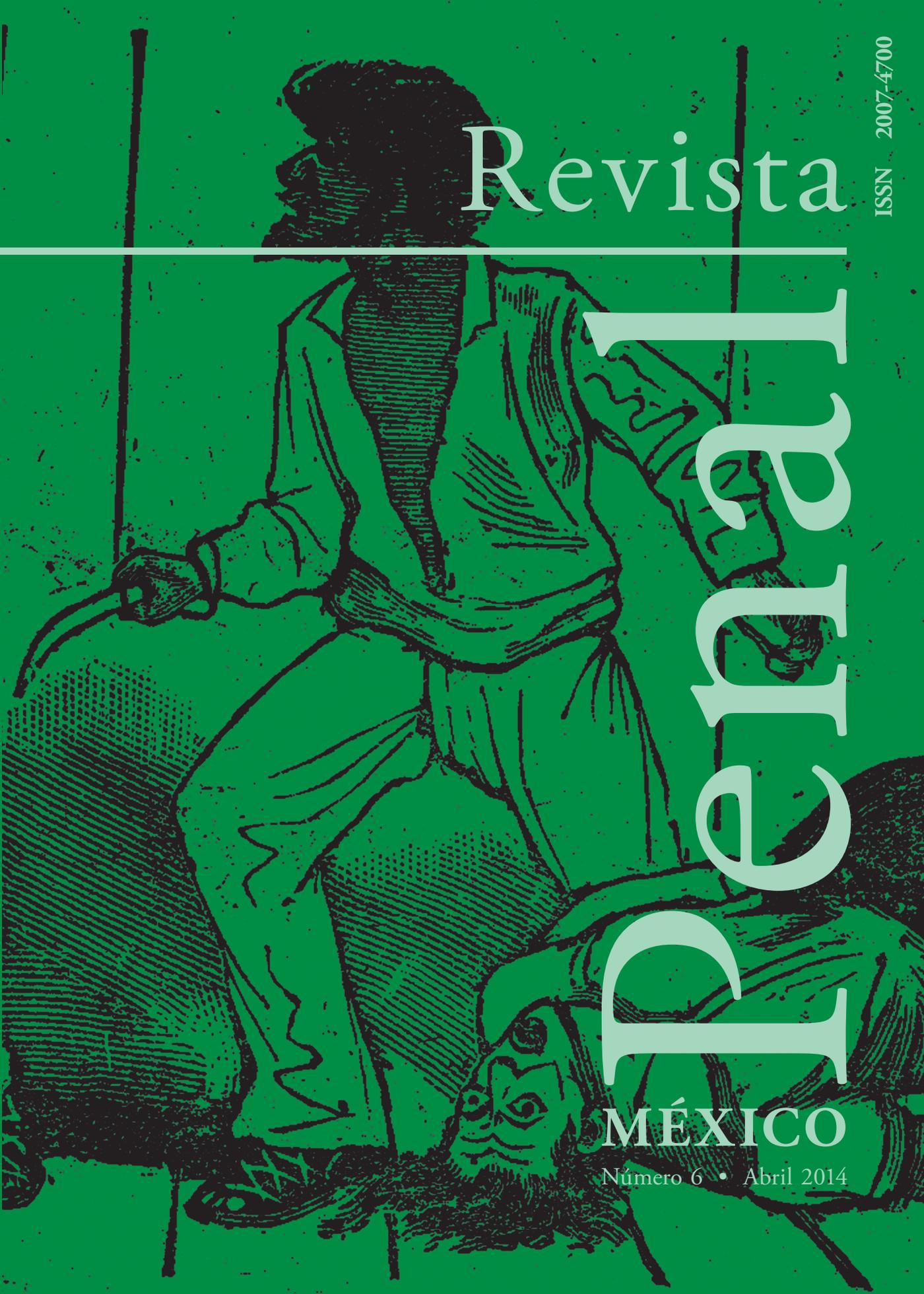
ISSN 2007-4700

Revista

Real

MÉXICO

Número 6 • Abril 2014





Revista

Penal MÉXICO

Número 6 • Marzo
-agosto de 2014
México
ISSN 2007 4700



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal



Universidad
de Huelva



INACIPE



José Guadalupe Posada,
Lamentable y espantoso ejemplo ocurrido en el pueblo de la Barca, s.f.
Zincografía
Colección Museo Nacional de la Estampa,
CONACULTA-INBA
Reproducción autorizado por el Instituto Nacional de Bellas Artes
y Literatura, 2014.



REVISTA PENAL MÉXICO, año 3, núm. 6, es una publicación semestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe) a través de la Dirección de Publicaciones, Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F., Tel. 5487 1571, página web: www.inacipe.gob.mx, e-mail: publicaciones@inacipe.gob.mx, y la Universidad de Huelva. Dr. Cantero Cuadrado, 6. 21071 Huelva, España. Editores responsables: Juan Carlos Ferré Olivé y Rafael Estrada Michel. Reserva de Derechos al Título Exclusivo núm. 04-2012-042012493900-102; ISSN: 2007-4700. Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15411. Impresión por Impresos Chávez de la Cruz, S.A. de C.V., Valdivia 31, Colonia María del Carmen, Delegación Benito Juárez, C.P. 03540, México D.F.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura de los editores de esta publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación, sin previa autorización del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Revista

Penal MÉXICO

DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

JESÚS MURILLO KARAM
*Procurador General de la República
y Presidente de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

MARIANA BENÍTEZ TIBURCIO
*Subprocuradora Jurídica y de Asuntos Internacionales de la PGR
y Secretaria Técnica de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

RAFAEL ESTRADA MICHEL
*Director General
del Instituto Nacional de Ciencias Penales*

ALICIA BEATRIZ AZZOLINI BINCAZ
Encargada de la Secretaría General Académica

JORGE MARTÍNEZ IGLESIAS
Encargado de la Secretaría General de Extensión

ALFONSO JESÚS MOSTALAC CECILIA
Encargado de la Dirección de Publicaciones

Número 6 • marzo-
agosto de 2014
México
ISSN 2007 4700

DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Universidad de Huelva

RAFAEL ESTRADA MICHEL
Director General del Inacipe

COMITÉ CIENTÍFICO

KAI AMBOS
Universidad Georg August de Gotinga

LUIS ARROYO ZAPATERO
Universidad de Castilla-La Mancha

ANDRÉS BAYTELMAN
Baytelman Legal. Fraud, Forensics and Compliance

MARIANA BENÍTEZ TIBURCIO
Procuraduría General de la República

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Universidad de Salamanca

DAVID CIENFUEGOS SALGADO
*Secretario técnico de investigación del Instituto de la
Judicatura Federal*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
Suprema Corte de Justicia de la Nación

LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO
Instituto Ciudadano de Estudios Sobre la Inseguridad, A.C.

ENRIQUE DÍAZ-ARANDA
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

JAVIER DONDÉ MATUTE
Instituto Nacional de Ciencias Penales

PABLO GALAIN PALERMO
*Instituto Max Planck para el Derecho Penal
Extranjero e Internacional*

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
Academia Mexicana de Ciencias Penales

MIGUEL GONZÁLEZ COMPEÁN
Asesor del C. Procurador General de la República

JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO
*Ilustre y Nacional Colegio de Abogados
de México, A.C.*

OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL
Academia Mexicana de Ciencias Penales

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Universidad Pablo de Olavide

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO
Academia Mexicana de Ciencias Penales

RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA
Comisión Nacional de los Derechos Humanos

CLAUS ROXIN
Universidad de Múnich

ULRICH SIEBER
*Instituto Max Planck para el Derecho Penal
Extranjero e Internacional*

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA
Universidad de Guanajuato

JESÚS ZAMORA PIERCE
Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

CONSEJO DE REDACCIÓN

VICTORIA ADATO GREEN
Academia Mexicana de Ciencias Penales

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ
Instituto Nacional de Ciencias Penales

RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS
Academia Mexicana de Ciencias Penales

GUSTAVO FONDEVILA
Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C.

LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA
Comisión de Derechos Humanos del D.F.

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
Academia Mexicana de Ciencias Penales

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ
Poder Judicial de la Federación

MARÍA ELOÍSA QUINTERO
Instituto Nacional de Ciencias Penales

MIGUEL SARRE IGUÍNIZ
Instituto Tecnológico Autónomo de México

DOCTRINA

Carmen Armendáriz León <i>Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el código penal español. . .</i>	9
Eduardo C. B. Bittar <i>La ética de los derechos humanos</i>	27
Alexis Couto de Brito <i>Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal</i>	47
José Luis de la Cuesta Arzamendi y Virginia Mayordomo Rodrigo <i>Acoso y Derecho penal</i>	61
Norberto J. de la Mata Barranco <i>Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa. . .</i>	83
Eduardo Demetrio Crespo <i>Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y Derecho penal.</i>	113
Pablo Galain Palermo <i>La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el Derecho penal de Uruguay.</i>	139
Pilar Gómez Pavón y Miguel Bustos Rubio <i>Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal.</i>	169
Pilar Mirat Hernández <i>Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, en el ámbito familiar. Especial referencia al derecho de corrección.</i>	191
Enzo Musco <i>La situación actual de la justicia penal en Italia.</i>	209
María Solange Maqueo Ramírez <i>Dimensiones de la asistencia legal. Una propuesta de política pública para el Distrito Federal.</i>	217
Luis González Placencia y Laura Díaz de León Fernández de Castro <i>Violencia basada en el género en un barrio de Saltillo, Coahuila. Propuesta de método y de intervención.</i>	235



Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español



Carmen Armendáriz León

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: Los delitos contra los derechos y deberes familiares en el Código Penal español protegen a la familia, y dentro de ésta a las personas más vulnerables, como los menores y los incapaces. Ni las medidas de carácter social, ni otras ramas distintas del ordenamiento, como por ejemplo el Derecho civil, son suficientes para asegurar la protección de la familia. Los delitos que se estudian en este artículo son: el quebrantamiento de los deberes de custodia y la inducción de menores al abandono del domicilio o a la infracción del régimen de custodia; la sustracción de menores; el abandono de familia; el impago de prestaciones económicas acordadas judicialmente en procesos matrimoniales, de filiación o de alimentos a favor de los hijos y el abandono de menores e incapaces.

PALABRAS CLAVE: Derechos familiares, deberes familiares, custodia, abandono de menores e incapaces, impago de pensiones.

ABSTRACT: In the Spanish Penal Code offenses against family rights and duties are stipulated with the aim of protecting the family, especially the most vulnerable members such as children and disabled persons. This is because neither social measures, nor any other branch of the system, such as civil law, have been sufficient to ensure the protection of the family. Accordingly this paper is aimed at discussing the following crimes: breaching of the parental custody duties, inducting minors to abandon their homes, infringement of custody arrangements, child abduction, family abandonment, unpaid economic benefits judicially granted in matrimonial proceedings, alimony payments, parenthood proceedings, and abandonment of minors and disabled persons.

KEY WORDS: family rights, family duties, custody, abandonment of minors and disabled persons, unpaid alimony duties.

SUMARIO: 1. Quebrantamiento de los deberes de custodia y la inducción de menores al abandono del domicilio. 2. Inducción del menor al abandono del domicilio o a la infracción del régimen de custodia. 3. Sustracción de menores. 4. Abandono de familia. 5. Impago de prestaciones económicas acordadas judicialmente, en procesos matrimoniales, de filiación o de alimentos a favor de los hijos. 6. Abandono de menores e incapaces. Bibliografía.

Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español

Los textos jurídicos internacionales establecen la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia, y dentro de ella a las personas más vulnerables, como los menores y los incapaces. Con frecuencia, ni las medidas de carácter social, ni el Código civil son suficientes para asegurar su protección, por lo que en este ámbito se justifica la intervención del Derecho penal ante los ataques más graves que sufren bienes jurídicos fundamentales. El bien jurídico, con carácter general, que se protege en estos delitos son los intereses de personas que están unidas por vínculos familiares o vinculados por instituciones, como la tutela, guarda o acogimiento;¹ aunque para otra parte de la doctrina,² como en algunos delitos no es necesario que se produzca peligro alguno para la seguridad de las personas suponen éstos meros incumplimientos de las normas de Derecho civil y por tanto se cuestiona la legitimidad de la intervención del Derecho penal en esos casos.

1. Quebrantamiento de los deberes de custodia y la inducción de menores al abandono del domicilio

Se encuentra regulado en el artículo 223:

El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave.

Los bienes jurídicos protegidos son la relación familiar y el derecho del menor a permanecer con sus padres o guardadores. No es necesario que se haya producido ningún peligro para la integridad física ni psíquica del menor, que de ser así daría lugar a un concurso de delitos.

La conducta consiste en negar la presentación de un menor o un incapaz a sus padres o guardadores sin justificación por parte de quien tiene a su cargo la

custodia del menor. La conducta exige una condición y es que el sujeto activo del delito tiene que tener la custodia del menor porque si no fuera así estaríamos ante una detención ilegal.

El término “presentare” a que se refiere el tipo es interpretado de forma diversa por la doctrina: para Muñoz Conde³ el término *presentare* no incluye la entrega del menor, por lo que el artículo 223 sanciona la ocultación del menor, mientras que para Roca Agapito la presentación del menor no equivale a exhibirlo sino que supone entregarlo, ponerlo a disposición de los padres o guardadores.⁴ En este mismo sentido opinan Carbonell Mateu y González Cussac, quienes consideran que se realiza el tipo en los casos en que el menor está localizado pero no se entrega a los padres o guardadores.⁵ Por el contrario, Muñoz Conde opina que basta con dar razón del paradero del menor si se encuentra ausente y no se puede poner a disposición de sus padres o guardadores.⁶

El tipo hace referencia a que se realice la no presentación “sin justificación” y la doctrina interpreta esta expresión como una referencia a las causas de justificación, pero opinamos con Roca Agapito⁷ que sería una alusión superflua y excluiría otras causas de justificación que pueden encontrarse en situaciones fácticas y que no deben ser punibles, como explicar a una madre que el niño no está en el colegio porque su padre ya lo había recogido previamente.

El consentimiento de los padres y tutores o del menor cuando pueda consentir excluye la tipicidad, pero no tendrá la misma validez el consentimiento de un menor de cinco años para que no sea entregado a sus padres o guardadores que el consentimiento de un menor de 17.

Se trata de un delito especial propio, de omisión pura, de consumación instantánea y de carácter permanente.

Sujetos activos son los que tienen a su cargo a un menor de edad, pero no son sus padres o guardadores, que son quienes demandan su entrega. Fuera de este tipo quedan los supuestos en los que uno de los progenitores le niega la entrega del menor al otro cuando

¹ Roca Agapito, L., *Derecho penal español. Parte especial (I)*, dir. Álvarez García, F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 692.

² Carbonell Mateu, J.C., y González Cussac, J.L., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, *cit.*, p. 369.

³ Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 325.

⁴ Roca Agapito, L., *Derecho penal español. Parte especial (I)*, *op. cit.*, p. 696.

⁵ Carbonell Mateu, J.C., González Cussac, J.L., *Derecho penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 369.

⁶ Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 325.

⁷ Roca Agapito, L., *Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 697.

le corresponde tenerlo en su compañía por determinación judicial, pues en ese supuesto será de aplicación la sustracción de menores del artículo 225 del Código Penal.

Podrán ser sujetos activos del delito las personas a las que los padres encomiendan el cuidado del menor o del incapaz de forma temporal para que en su nombre ejerzan la guarda material, sin ser titulares en ningún momento de ella: canguros, estancias en guarderías y colegios, internados, internamientos hospitalarios, estancias en casa de familiares o amigos etcétera.⁸

Sujetos pasivos serán el menor de edad o el incapaz, y también sus padres que tienen derecho a tenerlo en su compañía, derecho que se ve lesionado por la negativa a ser entregado.

Menor de edad es la persona que tiene menos de 18 años, con exclusión del menor emancipado, pues la emancipación le permite regir su persona como si fuera mayor. La edad de 18 años puede parecer excesiva pero debe admitirse a favor de la seguridad jurídica. Ahora bien, en el delito de detención ilegal el consentimiento elimina la tipicidad, y para consentir en ser privado de libertad se debe exigir la mayoría de edad legal, mientras que para oponerse será suficiente con la capacidad de discernir, por lo que creemos que cuando el menor de edad que no se presenta a sus padres tiene plena capacidad para manifestar que quiere serlo y se le mantiene encerrado o detenido, será sujeto pasivo de una detención ilegal. Si la conducta no se realiza a través de un encierro o detención estaremos ante el delito del artículo 223.

Se trata de un delito de omisión pura de garante, por lo que no caben las formas imperfectas.

Puede haber un concurso de normas respecto de las detenciones ilegales y es factible el concurso real, ya que el tipo recoge la fórmula “sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave”, con homicidio, lesiones, etc., cuando efectivamente se produzcan.

2. Inducción del menor al abandono del domicilio o a la infracción del régimen de custodia

Recogido en el artículo 224:

El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que

abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa.

Se castiga una conducta de participación elevada a la categoría de autoría, como es la inducción a abandonar el domicilio. La conducta principal, el abandono del domicilio por parte del menor o del incapaz, es atípica; por consiguiente, por aplicación del principio de accesoriadad en la participación, esta conducta sería impune si el legislador no la hubiera tipificado de forma expresa. Este supuesto es el mismo que la inducción al suicidio del artículo 143.1 y la inducción a la prostitución del artículo 187.1 del Código Penal.

La reforma del Código Penal, introducida por Ley Orgánica 9/2002, incluyó un segundo párrafo que castiga la inducción por uno de los progenitores al abandono del régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa.

El bien jurídico protegido es la seguridad de los menores e incapaces y el derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía, velar por ellos y demás derechos que les otorga el ejercicio de la patria potestad, siempre en beneficio de los menores e incapaces.⁹ Por lo tanto, se protegen dos bienes jurídicos: por un lado los derechos subjetivos de los menores y, por otro, los derechos de los padres derivados de la patria potestad.

Para otra opinión doctrinal son los derechos-deberes inherentes a la patria potestad, tutela o guarda de hecho los intereses que se protegen.¹⁰

La jurisprudencia afirma que el objeto de tutela en este delito es el menor y su protección mediante la permanencia en el hogar familiar, pues el abandono del domicilio familiar lo expone a riesgos contra la libertad, la integridad física y a delitos contra la libertad sexual.

La conducta típica consiste en inducir, es decir, en hacer surgir en otro la idea de abandonar el domicilio familiar o en infringir el régimen de custodia, sin intervenir en su ejecución, por lo que la conducta deberá reunir las características de toda inducción: directa, tie-

⁸ Roca Agapito, L., *op. cit.*, pp. 698 y ss.

⁹ *Ibidem*, p. 698.

¹⁰ Carbonell Mateu, J.C., y González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 370.

Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español

ne que estar orientada a una conducta concreta, en este caso al abandono; determinante: tiene que hacer nacer la idea en la mente del menor o del incapaz, no debe ser un mero refuerzo de la idea que ya tenía el menor, por lo cual no será posible si este ya tenía la idea de abandonar el domicilio. Tampoco será posible la inducción si el menor o el incapaz carecen de capacidad natural de juicio eficaz, porque el menor o el incapaz tienen que dar comienzo, como mínimo, a la ejecución del delito, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución y dolosa, siendo impune la inducción imprudente, por un doble motivo: porque no es típico el artículo 224 en su comisión imprudente y porque por las reglas generales de la inducción ésta debe ser dolosa.

El abandono del domicilio supone un alejamiento espacial del menor o del incapaz que hace imposible la guarda y custodia uno u otro por parte del que legalmente la detenta.

El domicilio familiar será el de los padres del menor, titulares de la guarda y custodia. En el caso de separación y custodia compartida, el que determine la autoridad judicial o administrativa, y en el caso de que no exista resolución judicial o administrativa los progenitores no cometen este delito pues el domicilio familiar será tanto el del padre como el de la madre. Por residencia del menor habrá que entender el lugar que sustituya al domicilio familiar temporalmente, con consentimiento de los padres o tutores, como puede ser un colegio, la casa de los abuelos, etcétera.

El delito del artículo 224, primer párrafo, se configura como un delito común, puede ser cometido por cualquiera excepto por los progenitores, y en el segundo párrafo un delito especial impropio, donde los sujetos activos serán los progenitores. Doloso, de resultado y plurisubjetivo.

El consentimiento del menor o del incapaz es irrelevante porque el delito que comete el inductor siempre se realiza con el consentimiento del menor, pero su consentimiento no es válido por carecer de capacidad para consentir.

En algunos supuestos parece inadecuado el considerar el consentimiento del menor como irrelevante, ya que la mayoría de edad no se alcanza hasta los 18 años y en menores cuya edad se encuentra próxima a la mayoría legal pueden surgir conflictos con otros derechos que le son propios por su cualidad de persona, como el derecho a la libertad. Opinamos que,

cuanto más adulto sea el menor, más peso debe tener su consentimiento cuando sus derechos entran en oposición con los derechos de sus padres a tenerlo en su compañía. En estos casos será el juez quien pondere los intereses en juego.

Además existe una discordancia entre la legislación penal y la civil en esta materia porque el menor puede ser emancipado a partir de los 16 años, según el artículo 322 y siguientes del Código civil, y la emancipación habilita al menor para regir su persona como si fuera mayor, por lo que inducir a abandonar el domicilio a un menor emancipado es atípico, ya que a efectos de tomar sus decisiones es para la ley un mayor de edad.

Sujeto activo será el que induce al menor o al incapaz, pero como el inducido es un menor la doctrina se plantea si nos encontramos ante una inducción o ante una autoría mediata.

Para algunos autores no podemos decir que nos encontramos ante una conducta de inducción técnica, sino ante una autoría mediata, al ser la persona que abandona el domicilio un menor o un incapaz y por lo tanto inimputables.¹¹

Para otra opinión, entre la que nos encontramos, el menor no podrá realizar nunca una conducta propia de autoría, pues su conducta de abandonar el domicilio es atípica. Por lo tanto, la conducta del que hace nacer la idea en el menor de abandonar el domicilio será de inducción a una conducta atípica por parte del autor, pero típica en sí misma por imperativo legal.

El menor o el incapaz deben poseer capacidad natural de discernimiento porque de lo contrario no podrá el inductor hacer surgir la idea en el menor o incapaz de abandonar el domicilio.

Sujetos pasivos serán los progenitores, tutores y guardadores, y fundamentalmente los menores y los incapaces.

Hemos mantenido que estamos ante un delito de resultado, donde éste sería el abandono del domicilio por parte del menor. Como estamos ante un tipo de inducción, en el caso de que el inducido no dé comienzo a la ejecución, estaremos ante un acto atípico, pues la inducción no habrá sido eficaz, y por lo tanto no cabe el castigo ni como tentativa ni como provocación, por no estar prevista expresamente en el Código Penal.

Si el inducido da comienzo a la ejecución, es decir, la inducción ha sido eficaz, pero por causas ajenas al inducido éste no logra su propósito, la doctrina no es unáni-

¹¹ *Idem.*

me a la hora de calificar el grado de ejecución del delito. Para Prats Canut el hecho se ha consumado desde el momento en que el menor intenta abandonar el domicilio, pues su conducta de inducción habrá sido eficaz.

Para otro sector doctrinal, si el menor no consigue finalmente el abandono, se habrá creado un peligro propio de la tentativa, pues el dolo del sujeto activo abarcaba una lesión a los derechos inherentes a la patria potestad, tutela o guarda y ha practicado la conducta que objetivamente debería haber producido dicha lesión, pero por causas ajenas a su voluntad la lesión no se produce.

Este delito puede entrar en concurso con el artículo 223 si el menor inducido se encuentra en compañía del inductor y no es entregado a sus padres o guardadores cuando así corresponda. Además puede entrar en concurso con delitos contra la libertad, la libertad sexual, la integridad y la vida.

Se recoge una circunstancia específica de atenuación: la entrega del menor en el artículo 225:

Quando el responsable de los delitos previstos en los dos artículos anteriores restituya al menor de edad o al incapaz a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicias o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad o el incapaz haya sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a 24 horas.

Este precepto recoge un supuesto de atenuación de los dos tipos anteriores cuyo fundamento, a nuestro juicio, es el arrepentimiento espontáneo. El fundamento de este artículo, por lo tanto, es de política criminal, que busca que el autor del delito libere al menor o al incapaz, para que su integridad y su vida dejen de estar en peligro lo antes posible. La restitución debe responder a un acto voluntario del sujeto activo, y se excluye la aplicación de este tipo cuando la devolución se lleve a cabo porque escapa la víctima o lo restituye un tercero.

La doctrina, de forma unánime, pone de manifiesto

la poca claridad del precepto tanto en la redacción de las conductas como en la referencia a la autoría de la devolución del menor o del incapaz.¹²

El artículo 225 se refiere a dos conductas alternativas para poder aplicar la atenuación: restituyendo al menor o al incapaz a su domicilio, o depositándolo en un lugar seguro, siempre que el lugar de estancia del menor hubiera sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores o que la ausencia no hubiera sido superior a 24 horas. Esta redacción plantea problemas de interpretación, pues no queda claro si la comunicación del lugar en el que se encuentra el menor debe ser donde se le ha depositado para la entrega, o es suficiente con notificar el lugar en el que se encuentra y asimismo no queda claro, si una vez notificado el lugar en que se encuentra, la entrega tiene que realizarse en las primeras 24 horas o no rige el límite temporal para la entrega pero sí para la notificación.

Además, el artículo se refiere al “responsable” de los hechos previstos en los artículos anteriores, que es la persona que no ha presentado al menor o al incapaz a sus padres o tutores o le ha inducido al abandono del domicilio y que es, asimismo, la persona que lo devuelve a su domicilio o residencia sin haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, y sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicias o cualquier acto delictivo. No es superfluo mencionar la puesta en peligro de bienes jurídicos contra la vida, la salud o la libertad y la libertad sexual, porque ello permite castigar conductas, en principio, impunes, como puede ser una tentativa de homicidio imprudente o detención ilegal.¹³

Parte de la doctrina¹⁴ opina que los actos delictivos o la puesta en peligro de la vida, la libertad o la libertad sexual tienen que ser realizados por el autor del delito, y que en el caso de que la lesión o la puesta en peligro de estos bienes jurídicos del menor o del incapaz hayan sido realizados por terceros, si el autor lo devuelve a sus padres o tutores, será de aplicación la atenuación prevista, siempre que el autor no haya tenido que ver con la puesta en peligro de los bienes del menor.

Así, en caso de que el peligro se materialice en lesión, y se pueda afirmar un dolo eventual respecto de ese resultado, no se aplicará la atenuación y se podrá imputar en concurso real, los resultados de los delitos

¹² Roca Agapito, L., *op. cit.*, p. 700; Carbonell Mateu, J.C., y González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 371.

¹³ Roca Agapito, L., *op. cit.*, p. 701.

¹⁴ Carbonell Mateu, J.C., y González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 372.

Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español

contra la vida, la integridad, la libertad o la libertad sexual, en comisión por omisión porque por el actuar precedente el autor de la no presentación a los padres o tutores, o de la inducción del menor al abandono del domicilio se coloca en posición de garante respecto de los bienes jurídicos como la vida y la integridad física, y de los delitos cometidos contra bienes jurídicos de carácter personalísimo, como la libertad o la libertad sexual.

3. Sustracción de menores

Regulado en el artículo 225 bis del Código Penal:

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1º. El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2º. La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciera, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán

igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.

El delito de sustracción de menores está presente en los códigos españoles desde el Código Penal de 1822 y se mantuvo hasta la entrada en vigor del Código de 1995, en el que desaparece.

En la sección 2ª del Capítulo III del Título XII del Libro II del Código Penal se vuelve a introducir por Ley Orgánica 9/2002 el delito de sustracción de menores, que había sido suprimido del articulado del Código por Ley Orgánica 10/1995, al considerar que era suficiente incluir un tipo agravado de detenciones ilegales y secuestros cuando el sujeto pasivo era un menor de edad (artículo 165 del Código Penal).

Al poco tiempo de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se detectó una laguna de punibilidad para los supuestos en que un menor era sustraído por uno de sus padres, separado de hecho o de derecho del otro, desobedeciendo la sentencia judicial o las medidas provisionales que otorgaban la custodia del menor al otro progenitor, o una conducta más grave que consiste en que el menor es trasladado a otro país porque es donde reside su padre o su madre. No se trataba de una detención ilegal, pues el menor no estaba encerrado ni detenido, verbos nucleares del delito de detención ilegal, pero no existía otro tipo aplicable para estos supuestos, salvo el delito de desobediencia.

El problema se agudiza cuando el progenitor traslada al menor al extranjero porque entonces entran en juego distintos ordenamientos jurídicos, lo cual complica la resolución de este tipo de conflictos y ha propiciado la elaboración de varios textos internacionales para proteger los intereses de los menores y restaurar la situación legal.¹⁵

Se trata de un delito de desobediencia a una resolución judicial o administrativa, ya que la conducta consiste en el incumplimiento del régimen de custodia del menor por parte del progenitor que no detenta la guarda y custodia, legalmente previsto, aunque el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002 persiga con este tipo la protección de los derechos de los menores.

¹⁵ La normativa internacional relativa a esta materia es la CDNNU, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980. Convenio 105 del Consejo de Europa de 20 de mayo de 1980. Convenio con Marruecos de 30 de mayo de 1997, entre otros.

Esta sección está compuesta por un único artículo, el 225 bis, que a su vez está formado por cinco apartados:

- 1º el tipo básico de sustracción de menores;
- 2º se define el concepto de sustracción de menores, compuesto por dos modalidades de conductas: el traslado y la retención;
- 3º recoge dos tipos agravados;
- 4º recoge una causa personal de levantamiento de la pena y un tipo atenuado;
- 5º permite considerar autores a ciertos parientes del menor.

Completa la regulación lo previsto en las faltas de los artículos 618.2 y 622 del Código Penal.

El bien jurídico protegido para parte de la doctrina es la seguridad del menor, vinculada a la permanencia de éste dentro de un determinado espacio,¹⁶ mientras que, para otro sector doctrinal, es el derecho del niño a mantener relaciones regulares con sus padres y el derecho de los padres a mantenerlo en su compañía y a disfrutar de él, que no tiene que ver necesariamente con la seguridad del menor.¹⁷ Otra opinión¹⁸ sostiene que el bien jurídico es el conjunto de derechos subjetivos propios de la relación familiar definidos por el derecho privado, que comporten vulneración de los concretos derechos del menor.

Sujetos pasivos serán los hijos menores no emancipados y los familiares que se ven privados de su compañía y del ejercicio de la custodia del menor.

Sujetos activos serán los progenitores, padre o madre por naturaleza o por adopción, así como los ascendientes del menor, y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Es un delito especial propio que puede ser cometido en grado de coautoría por ambos progenitores cuando la custodia del menor la tenga concedida un tercero como los abuelos, y con la participación de los parientes que se enumeran en el artículo.

No pueden ser sujetos activos de este delito las personas que no sean padre o madre por naturaleza o

por adopción; así, no puede ser sujeto activo la madre biológica que ha dado a su hijo en adopción o la pareja del progenitor que no es madre del niño, sin perjuicio de que su conducta pueda ser constitutiva de una detención ilegal o un delito de negativa a la entrega de un menor de edad del artículo 223 del Código Penal, si tiene a su cargo al menor de edad.

La jurisprudencia no admite la comisión de este delito por parte del progenitor que tiene la custodia del menor, manteniendo que sólo puede ser “sujeto activo el progenitor que ostentando la titularidad de la patria potestad tan sólo cuenta con un derecho de visita”.¹⁹

En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia en el caso de ausencia de resolución judicial que asigne la guardia y custodia a uno de los progenitores, negando la posibilidad de que sean sujetos activos del delito de sustracción de menores.²⁰

La conducta típica, del tipo básico, requiere:

1º Sustraer a un hijo menor por parte de un progenitor que, tras la ruptura de relaciones con el otro progenitor, no tiene la guarda y custodia del hijo al progenitor que sí la tiene, y alejarlo de su lugar de residencia.

2º La existencia de una resolución judicial o administrativa que haya acordado la custodia del menor a favor de uno de los progenitores, de una institución o de una tercera persona.

3º El progenitor no custodio es quien realiza la conducta de trasladar al menor de su lugar de residencia sin el consentimiento de la persona que tiene la custodia, reteniéndolo, no entregándolo o negándose a devolverlo, elementos normativos que incumple la resolución judicial o administrativa a la que está obligado.

“Trasladar”: según el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, significa llevar a una persona de un lugar a otro, exigiendo el tipo que se realice sin el consentimiento del sujeto pasivo, decantándose el código hacia la tutela de los derechos de quien tiene confiada la guarda y custodia.²¹

“Retener”: supone mantener una situación en contra de la voluntad de alguien, y se dará cuando el suje-

¹⁶ Díez Ripollés, J.L., *Comentarios al Código penal*, dirigidos por Díez Ripollés, J.L., y Romeo Casabona, C.Ma., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1197; González Rus, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 432.

¹⁷ Roca Agapito, L., *op. cit.*, pp. 703 y ss

¹⁸ Prats Canut, J.M., en *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, dir. Quintero Olivares, G., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 535.

¹⁹ Auto Audiencia Provincial (en adelante AAP) Barcelona 22 junio 2005 (JUR 2005, 214634).

²⁰ AAP Madrid, 21 de febrero de 2008 (JUR 2008, 135716); AAP Madrid, 29 de mayo de 2008 (JUR 2008, 11003).

²¹ Prats Canut, J.M., *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 538.

Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español

to activo a través de un comportamiento activo u omisivo no restituya al menor a su lugar de residencia.²²

La voluntad que se violenta no es la del menor, sino la de la persona que tiene concedida la guarda y custodia a través de una resolución judicial o administrativa que pretende garantizar los derechos del menor.

4º La conducta debe tener carácter de permanencia en el tiempo dirigida a desobedecer el régimen de custodia establecido legalmente.²³

Es un delito especial propio de resultado instantáneo en cuanto a su consumación, y permanente pues se sigue consumando el delito hasta el momento en que se restituye al menor.

El consentimiento del menor es irrelevante, aunque esté de acuerdo en permanecer con el sujeto activo del delito.

Sólo está prevista la comisión dolosa. Algunos autores exigen además un elemento subjetivo del injusto, que consiste en la intención del sujeto activo de apartar dolosamente al otro progenitor y persistir en esa situación en el tiempo del ejercicio de los derechos y deberes paternofiliales.²⁴ Son impunes por falta de tipicidad las conductas imprudentes.

La conducta estará justificada si concurre legítima defensa de terceros, en el caso de una inminente agresión sobre el menor y se cumple el resto de los requisitos de la causa de justificación.

Asimismo, cabe la sustracción del menor por concurrir un estado de necesidad cuando al menor le amenaza cualquier mal por parte de quienes ejercen la guarda y custodia o por parte de terceros, pero sus guardadores no pueden garantizar que no sufra ese mal.

En estas conductas suelen concurrir estados emocionales que pueden modificar la culpabilidad del sujeto, por lo que habrá que verificar si en la comisión de los hechos se ha producido alguna alteración psíquica de carácter transitorio que afecte a la imputabilidad del sujeto o que dé lugar a la aplicación de una atenuante de arrebató o estado pasional del artículo 21.3 del Código Penal.

El delito se consuma cuando el sujeto pasivo procede a trasladar al menor o lo retiene más tiempo del que tiene concedido en grado relevante como para poder ser considerada la conducta como grave.

Los actos preparatorios que en muchas ocasiones se producen de forma clara, como comprar billetes de avión para el menor y el progenitor que no tiene la guarda y custodia, tener colegio asegurado en otro país, etc., no son punibles.

El artículo 225 bis, en su apartado 3º, recoge dos tipos agravados:

a) Cuando el menor fuera trasladado fuera de España, o en cualquier lugar que quede sustraído a la vigencia del principio de territorialidad de la ley española. Se trata del denominado secuestro internacional y se impone la pena del tipo básico en su mitad superior. El fundamento de la agravación es la mayor dificultad que implica la devolución del menor a su domicilio, ya que al intervenir legislaciones de otros países de donde es originario el progenitor, autor del delito, que suelen proteger a su nacional, se dificulta la entrega del menor al progenitor que detenta la guarda y custodia en España.

A resolver este problema se dirige la legislación internacional, y por la pena que tiene asignada el delito es susceptible de pedirse la extradición del sujeto activo, y hacerse uso de la Orden de Detención Europea.

b) Que se exija alguna condición para la restitución del menor, imponiéndose la pena en la mitad superior que en el tipo básico. La agravación se fundamenta en la coacción o amenaza al otro progenitor al que se pretende obligar a realizar una determinada conducta que no tiene por qué realizar, bien sea de contenido económico o de cualquier otra naturaleza, sea la condición lícita o ilícita.

El artículo 225 bis 4, segundo párrafo, recoge un tipo privilegiado para el supuesto de que la restitución de forma directa en el domicilio del menor se realice dentro de los 15 días siguientes a la denuncia de la sustracción. Se considera una especie de desistimiento de la acción, o un arrepentimiento espontáneo, que fundamenta el que se imponga una pena de seis meses a dos años. Además contiene una excusa absolutoria basada en el principio de ausencia de lesividad²⁵ o por el principio de mínima intervención, pues el progenitor que ostenta la custodia ve mínimamente lesionada su relación con el menor, o en la falta de necesidad de pena.²⁶ Lo que se busca

²² Diez Ripollés, J.L., *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 1204.

²³ Martínez García, A. S., *Comentarios al Código penal*, dirigidos por Gómez Tomillo, M., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 880.

²⁴ *Ibidem*, p. 882.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Diez Ripollés, J.L., op. cit., p. 1214.

es un arrepentimiento activo²⁷ para que el menor sea devuelto y que prevalezca por encima de cualquier otro interés el régimen establecido en la resolución judicial o administrativa, en beneficio del menor. En estos supuestos la conducta está exenta de pena, y el cómputo comienza desde que se realiza la denuncia.

Se aplica:

- a) Si la ausencia del menor dura menos de 24 horas y el sustractor lo devuelve a su residencia, pues el precepto sólo castiga las conductas más graves.
- b) Cuando dentro de las 24 horas siguientes a la sustracción el autor comunique al otro progenitor o a quien corresponda legalmente el cuidado del menor, el lugar donde se encuentra el mismo. La comunicación del lugar donde se encuentra el menor debe acompañarse de la consiguiente devolución, en el plazo más breve posible dependiendo el tiempo empleado del lugar geográfico donde se encuentre el menor.

Los plazos legales para la aplicación de la excusa absoluta se computan a partir de la interposición de la denuncia, lo que aporta seguridad jurídica.

No serán típicos las retrasos en la entrega del menor ni los desplazamientos que se limitan a sobrepasar los márgenes de disponibilidad espacial del menor autorizados en la guarda temporal,²⁸ pues no reúnen la gravedad en la lesión del bien jurídico exigida por el tipo.

Si el sujeto activo de la sustracción retiene al menor cuando se le requiere para su entrega, se dará un concurso de leyes con el artículo 223 pues no lo presenta a su progenitor cuando es requerido, que se resuelve a favor del artículo 225 bis por aplicación de la relación de especialidad.

Pero si el progenitor que tiene la guarda y custodia no entrega al otro progenitor al hijo, cuando le corresponde según el régimen de visitas reconocidas

judicialmente, se estará cometiendo un delito del artículo 223.

También puede darse un concurso de leyes si el progenitor que no detenta la guarda y custodia induce al menor a que abandone su domicilio y lo establezca con él; en este caso, al no tener relevancia el consentimiento del menor y ser la inducción un medio para la sustracción del menor, este delito consume la inducción.²⁹

Si se produce algún atentado contra la vida, la integridad personal o salud, libertad sexual, libertad, etc., estaremos ante un concurso real de delitos.

Asimismo, se puede apreciar un concurso ideal de delitos entre la sustracción del menor y un delito de desobediencia.

4. Abandono de familia

Tipificado en el artículo 226 del Código Penal, que señala:

1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.
2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

El bien tutelado es la seguridad de los miembros de la familia, dependiendo del cumplimiento de los deberes especiales de protección establecidos por ley,³⁰ entendida como “la expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona de ser ayudada

²⁷ González Rus, J.J., *op. cit.*, p. 414.

²⁸ Díez Ripollés, J.L., *op. cit.*, p. 1207.

²⁹ *Ibidem*, p. 1222.

³⁰ Cugat Mauri, M., “Delitos contra las relaciones familiares”, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. I, dir. Córdoba Roda, J., y García Arán, M., Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004, cit., p. 577. Lorenzo Copello, P., “Del abandono de familia, menores o incapaces”, en *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, Díez Ripollés, J.L., y Romeo Casabona, C.M. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1237, dice la autora que “Esta versión del bien jurídico seguridad pone al descubierto, con nitidez, las dos claves que dan forma a la intervención punitiva en los delitos de abandono de familia, esto es, por una parte, la implicación de una serie de *bienes jurídicos básicos* de la personalidad cuyo aseguramiento depende de la conducta de terceros, y, por otra, el adelantamiento de las barreras de protección de tales bienes con el fin de preservarlos no sólo de una eminente lesión sino incluso del surgimiento de situaciones peligrosas”, concluyendo que “las figuras de abandono de familia tienden a proteger la *integridad personal —material y, en su caso, moral— de ciertas personas que, en virtud de determinados lazos jurídicos originados en una relación familiar, dependen de otras a quienes el ordenamiento jurídico atribuye un deber específico de asistencia*”, las cursivas son del original, p. 1239.

Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español

por sus familiares obligados a ello, o en el caso de que así lo necesite, o, por lo menos, de no ser puesta en situación peligrosa por esos familiares”.³¹

El precepto recoge dos conductas, la primera más amplia y la segunda más restringida:

- El incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar (primer apartado, primer inciso del artículo 226).
- La no prestación de la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de descendientes, ascendientes o cónyuges necesitados (primer apartado, segundo inciso del artículo 226).

En ambos supuestos nos encontramos con una ley penal en blanco, siendo necesario para conocer la conducta típica acudir a normas extrapenales contenidas en el Código civil, relativas a las relaciones familiares.

En el caso del primer apartado, primer inciso del artículo 226, los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad se hallan regulados en el artículo 154 del Código civil, y consisten en velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. En el artículo 269 del mismo texto legal se regulan los deberes inherentes a la tutela, es decir, velar por el tutelado, procurarle alimentos, educarlo y facilitarle una formación integral, pro-

mover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad, informar al juez anualmente de la situación del menor o incapacitado, y rendirle cuenta anual de su administración. En relación con los deberes relativos al acogimiento familiar, el artículo 173 del mismo texto establece: velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, siendo extensibles a este supuesto la curatela y la defensa judicial,³² aunque en la práctica es poco probable que se den.³³

En el caso del primer apartado, segundo inciso del artículo 226, la prestación de la asistencia necesaria para el sustento de descendientes, ascendientes y cónyuge, habrá que acudir a los artículos 142 y siguientes del Código civil sobre alimentos entre parientes de manera más limitada, pues sustento equivale a mantenimiento y no sólo a alimentos.³⁴

Así, pues se trata de un delito de omisión del incumplimiento de determinados deberes legales de asistencia,³⁵ lo que la doctrina denomina delito de “omisión propia de garante”,³⁶ que se consuma por la insatisfacción de los derechos realizada por el titular de los deberes de asistencia.³⁷ Como en cualquier delito de omisión propia se exige: existencia de un deber jurídico de actuar, capacidad de actuar,³⁸ incumplimiento de la acción debida.³⁹

Parte de la doctrina científica considera que nos hallamos ante un delito de peligro,⁴⁰ que supone un adelanto de las barreras de protección penal, en alusión

³¹ Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial, op. cit.*, p. 311.

³² Según el artículo 215 del Código civil, la guarda o acogimiento familiar puede ejercerse por medio de la tutela, la curatela y el defensor judicial.

³³ Prats Canut, J.M., Comentario al art. 220 del Código penal, en *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal, op. cit.*, p. 548. De la misma opinión, Carbonell Mateu, J.C., y González Cussac, J.L., “Delitos contra las relaciones familiares”, *op. cit.*, p. 375.

³⁴ Gordillo Álvarez-Valdés, I., “Delitos contra las relaciones familiares”, *Derecho penal. Parte especial*, coord. Lamarca Pérez, C., 4ª ed., Colex, Madrid, 2008, p. 227.

³⁵ Cugat Mauri, M., “Delitos contra las relaciones familiares”, *op. cit.*, p. 579; González Rus, J.J., “Delitos contra las relaciones familiares (I)”, *op. cit.*, p. 435; Laurenzo Copello, P., “Del abandono de familia, menores o incapaces”, *op. cit.*, p. 1242; Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial, op. cit.*, p. 312.

³⁶ Lo que el Tribunal Supremo denomina “omisión-comisión”, en Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS), 15 de diciembre de 1998.

³⁷ Carbonell Mateu, J.C., y González Cussac, J.L., “Delitos contra las relaciones familiares”, *op. cit.*, pp. 374 y 375.

³⁸ El Tribunal Supremo exige la prueba de la capacidad de actuar, *vid.*, STS, 14 de enero de 1992 (RJ 1992, 159).

³⁹ Más ampliamente, *vid.* Cugat Mauri, M., “Delitos contra las relaciones familiares”, *op. cit.*, pp. 579 y 580; Laurenzo Copello, P., “Del abandono de familia, menores o incapaces”, *op. cit.*, pp. 1246 a 1251.

⁴⁰ Para Laurenzo Copello estamos en el primer supuesto ante un delito de peligro abstracto, y en el segundo, ante uno de peligro concreto. Dice la autora que “la primera figura de abandono de familia restringe el ámbito de los sujetos protegidos a personas que por su edad o situación [...] dependen de modo particularmente intenso de los obligados a prestar la asistencia. Esta circunstancia puede justificar la decisión del legislador de adelantar la tutela hasta el punto de no supeditarla siquiera a la constatación de un concreto peligro para la integridad personal de los beneficiarios, ya que su incapacidad para procurarse a sí mismos unas condiciones dignas de vida permite inferir, salvo excepciones, el carácter peligroso del incumplimiento de la prestación asistencial....” En la segunda figura, según la autora citada estamos ante un delito de peligro concreto “porque al tratarse de sujetos ‘necesitados’, la negación de lo necesario para el sustento creará un peligro inmediato para la integridad personal del titular del derecho a la asistencia”. Laurenzo Copello, P., “Del abandono de familia, menores o incapaces”, *op. cit.*, pp. 1240-1242.

al principio de mínima intervención como criterio restrictivo de la aplicación del abandono de familia.⁴¹

Sujeto activo pueden serlo tanto hombre como mujer sobre quien recaiga el deber de asistencia o sustento, siendo no sólo los familiares que el precepto indica, sino también quienes estén ejerciendo tareas tuitivas de hecho o de derecho;⁴² es decir, quienes ejerzan la patria potestad o desempeñen la tutela, la guarda o el acogimiento familiar, en relación con el primer supuesto, y a los ascendientes, descendientes o cónyuges, relativo a la segunda modalidad. Por ello, nos encontramos ante delitos especiales propios.

Sujeto pasivo lo será la persona en relación a la cual se establecen los deberes recogidos en el precepto que examinamos.

Estos delitos sólo pueden ser cometidos mediante dolo.

El delito de abandono de familia tiene carácter de delito permanente, “puesto que produciéndose la consumación en cuanto se incumplen los respectivos deberes, se mantiene en el tiempo, sin embargo, la situación antijurídica creada”.⁴³

El artículo 228 requiere para su persecución denuncia previa de la persona agraviada o de su representante legal, pudiendo también denunciar el Ministerio fiscal cuando aquélla sea menor, incapaz o persona desvalida.

Por último, señalar que el artículo 619 considera la falta que castiga a los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados.

5. Impago de prestaciones económicas acordadas judicialmente en procesos matrimoniales, de filiación o de alimentos a favor de los hijos

Tipificado en el artículo 227:

1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.
2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.
3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

Conocido como delito de impago de pensiones, fue introducido en el Código Penal por Ley Orgánica 15/1989, del 21 de junio, de actualización del Código penal.

El precepto que examinamos ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la mayoría de la doctrina,⁴⁴ ya que no dejan de castigarse más que conductas de desobediencia⁴⁵ y con el consiguiente peligro de establecer una prisión por deudas⁴⁶ prohibida por el artículo 11 del Pacto internacional de Derechos civiles y Políticos de Nueva York, del 19 de diciembre de 1966. Ciertamente, el Código civil contiene una serie de mecanismos tendentes a asegurar el efectivo pago de estas pensiones;⁴⁷ de este modo, el artículo 91 del texto civil permite al juez establecer en las sentencias de nulidad, separación o divorcio medidas tendentes a asegurar la efectividad de las pensiones alimenticias a los hijos, y el artículo 103.3 otorga al juez facultades para disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes.

En relación con el bien jurídico conviene saber que el precepto se refiere específicamente al carácter judi-

⁴¹ Vid. STS. 7 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1577), y STS, 10 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9118).

⁴² Gordillo Álvarez-Valdés, I., “Delitos contra las relaciones familiares”, *op. cit.*, p. 226.

⁴³ González Rus, J.J., *op. cit.*, p. 435.

⁴⁴ Así lo hacen notar: Carbonell Mateu, J.C., y González Cussac, J.L., “Delitos contra las relaciones familiares”, *op. cit.*, p. 376; Cugat Mauri, M., “Delitos contra las relaciones familiares”, *op. cit.*, pp. 587 y 588; González Rus, J.J., “Delitos contra las relaciones familiares (I)”, *op. cit.*, p. 436; Prats Canut, J.M., Comentario al art. 220 del Código penal, en *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 554.

⁴⁵ Vid. STS, 3 de abril de 2001 (RJ 2001, 2113), donde dice que este delito “ataca el respeto y acatamiento a las resoluciones judiciales como manifestación del principio de autoridad que conductas como las enjuiciadas suponen una actitud de rebeldía inequívoca contra los poderes del Estado”.

⁴⁶ Vid. STS, 13 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2497), y Auto del Tribunal Supremo (en adelante ATS), 19 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8879).

⁴⁷ Carbonell Mateu, J.C., y González Cussac, J.L., “Delitos contra las relaciones familiares”, *op. cit.*, p. 376.

Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español

cial del convenio económico que se está incumpliendo, lo que nos aproxima al ámbito de la desobediencia y a los delitos contra la Administración de justicia.⁴⁸ Sin embargo, el delito de impago de pensiones tutela, prioritariamente, bienes personales derivados de los derechos de los beneficiarios de la prestación económica no satisfecha o de la seguridad de esos sujetos.

En cuanto al sujeto activo nos encontramos ante un delito especial propio, de manera que sólo pueden ser autores los obligados por el convenio judicialmente aprobado o por la resolución judicial, es decir, los progenitores o cónyuges. Sujeto pasivo de este delito sólo lo serán los cónyuges y los hijos beneficiarios de las prestaciones judicialmente establecidas en los procesos de separación, divorcio o nulidad, o los hijos beneficiarios de las pensiones decretadas en los procesos de filiación o alimentos. No se incluyen sujetos diferentes a los hijos que también puedan ser beneficiarios de un proceso de alimentos, como otros descendientes, ascendientes o hermanos. En este caso nos encontraríamos ante un delito de abandono de familia del artículo 226. Conviene aclarar que en el concepto de cónyuges se incluyen los excónyuges, lo que se deduce del tenor literal del precepto al incluir el impago de pensiones establecidas en procesos de nulidad o divorcio.⁴⁹ En relación con los hijos, la protección no sólo se circunscribe a los menores de edad, por lo que también pueden ser sujetos pasivos de este delito los hijos mayores de edad o emancipados.

Nos hallamos ante delito de omisión, que consiste en que el obligado a pagar no realiza la conducta debida. Se trata de un tipo de los denominados de omisión pura, cuyo tipo de injusto abarca un simple no hacer, sin necesidad de que se produzca un resultado imputable a ese impago. Por su propia estructura, el comportamiento requiere, a los efectos de poder afirmar la tipicidad del mismo, la capacidad de realizar la acción por el sujeto específicamente obligado a efectuar la prestación, de manera que si no pudiera realizarla, el hecho sería atípico y, por lo tanto, no sería delito. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 31 de enero de 2000 (ARP 2000, 830) aclara que no basta con incumplir la obligación, sino que es preciso que el obligado, pudiendo pagar, no

lo haga. Esto es independiente de que el obligado al pago pudiera no encontrarse en una situación de necesidad.⁵⁰

También se extiende la tipicidad a los supuestos de impago de prestaciones únicas o conjuntas, si esa hubiera sido la forma de pago convenida judicialmente.

En todo caso, estos comportamientos requieren la presencia de dolo en el sujeto, dado el sistema de *numerus clausus* previsto en el artículo 12 del Código Penal, en cuya virtud los delitos imprudentes sólo se castigan cuando así aparezca previsto específicamente. Por lo tanto, y en la medida en que no se contempla en particular el impago de pensiones por imprudencia, los comportamientos debidos a la falta de diligencia o atención por parte del sujeto serán impunes. De la misma manera, aunque se trata de un delito perseguible a instancia de parte, que requiere denuncia de la persona agraviada o de su representante legal o del Ministerio Fiscal cuando aquélla sea menor edad, incapaz o persona desvalida, a tenor del artículo 228 no se ha previsto como causa de extinción de la responsabilidad criminal el perdón del ofendido. Dicho perdón, también con arreglo a un sistema de *numerus clausus* previsto en el artículo 130.4 del Código Penal, sólo es admisible en los supuestos en los que la ley así lo prevea.

Asimismo, como parte de la responsabilidad civil derivada del delito, tal y como se establece en el apartado 3º del precepto examinado, se incluye como reparación del daño el pago de las cuantías adeudadas.

Por último, el artículo 618.2 del Código penal determina como constitutivo de falta el incumplimiento de “obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos que no constituya delito”.

6. Abandono de menores e incapaces

Artículo 229:

1. El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.

⁴⁸ González Rus, J.J., “Delitos contra las relaciones familiares (I)”, *op. cit.*, p. 437; Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 314.

⁴⁹ Cugat Mauri, M., “Delitos contra las relaciones familiares”, *op. cit.*, p. 588.

⁵⁰ Piénsese, por ejemplo, en una persona que tras su separación o divorcio retorna a la casa de sus padres, donde, a pesar de su ausencia de ingresos y patrimonio, tiene sus necesidades sobradamente cubiertas.

2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.

Artículo 230:

El abandono temporal de un menor de edad o de un incapaz será castigado, en sus respectivos casos, con las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

Artículo 618:

1. Serán castigados con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de 12 a 24 días los que, encontrando abandonado a un menor de edad o a un incapaz, no lo presenten a la autoridad o a su familia o no le presenten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran.

Los artículos que van del 229 a 233 y siguientes del Código penal regulan el delito de abandono de menores e incapaces, incluyendo diversas figuras delictivas que se pueden clasificar como:

- a) Abandono de menores e incapaces en sentido estricto, o abandono propio, que consiste en abandonar al menor o incapaz de forma definitiva y que está regulado en los artículos 229 y 230.
- b) El abandono impropio porque realmente no se deja al menor o al incapaz en una situación de abandono en sentido estricto, sino que se produce una entrega indebida o se les lleva a dedicarse a la mendicidad, se regulan en los artículos 231 y 232, y a su vez consta de un tipo básico en el artículo 231.1 y de un tipo agravado por la presencia de un peligro concreto para otros bienes jurídicos del menor o del incapaz en el

artículo 231.2.

El abandono de menores posee una larga tradición en los códigos españoles, apareciendo en su articulado desde el Código Penal de 1822, que sienta las bases de la regulación posterior.⁵¹

- Abandono propio: artículos 229, 230 y 618.1

Consta de un tipo básico, que se describe en el artículo 229.1, dos tipos agravados: uno en el artículo 229.2 por la cualidad del sujeto activo y otro porque el abandono se realiza en unas condiciones en que se ponen, en peligro concreto otros bienes jurídicos del menor o del incapaz, y un tipo privilegiado por la corta duración del abandono, que se contempla en el artículo 230 y que rebaja la pena de los artículos anteriores porque refleja un menor contenido de injusto por la duración temporal del abandono. Ahora bien, que el abandono sea temporal no supone que no exista un riesgo para otros bienes jurídicos, en caso de que este riesgo se produzca puede conducir a la aplicación de un privilegio no justificado.

El abandono será temporal cuando no sea definitivo, es decir, cuando tenga una duración determinada en el tiempo y no coincida con el final de la minoría de edad,⁵² cualidad que podrá determinarse desde un plano objetivo atendiendo a las circunstancias personales del sujeto activo y a las fácticas.

Con carácter general, es la seguridad del menor o del incapaz⁵³ por parte de quien tenga la guarda y que deja al menor o al incapaz en una situación de desamparo; al recaer la conducta sobre una persona desvalida, hace que el Código Penal exija la actuación de ciertas personas por acción o por omisión. En estos artículos el abandono es de carácter permanente, sin perjuicio de que en el artículo 229.3 se protejan además los bienes jurídicos que se detallan en el mismo: la vida, salud, integridad física o libertad sexual, a través de la técnica de los delitos de peligro.⁵⁴

Para Díez Ripollés el bien jurídico es la seguridad personal del menor o del incapaz, pero no se protege de manera generalizada, sino que debe limitarse a cierto ámbito especialmente sensible, constituido

⁵¹ Díez Ripollés, J.L., *Comentarios al Código Penal, Parte especial*, Díez Ripollés, J.L., y Romeo Casabona, C.M. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1312.

⁵² Díez Ripollés, J.L., *op. cit.*, p. 1335.

⁵³ Roca Agapito, L., *op. cit.*, p. 713.

⁵⁴ Díez Ripollés, J.L., *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 1316; Roca Agapito, L., *op. cit.*, pp. 668 y 724.

Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español

por el área en que se desenvuelve la guarda personal, como son los deberes de vigilancia, convivencia, alimentación, formación y educación.⁵⁵

Carbonell Mateu y González Cussac consideran que el objeto de protección es la permanencia del menor bajo la custodia de quienes están encargados de ella; en el caso del artículo 229.1 y 2 y en el supuesto del artículo 229.3, el bien jurídico será la vida, la salud o la libertad sexual del menor.⁵⁶

Prats Canut, por el contrario, opina que el bien jurídico protegido son los derechos subjetivos de contenido personalísimo del menor, como la vida, la salud, la integridad física, la libertad, etcétera.⁵⁷

La conducta consiste en el abandono del menor o del incapaz dejándolo a su suerte.

La posición doctrinal no es unánime a la hora de definir el término abandono. Para parte de la doctrina, el abandono consiste en privar al menor o al incapaz del cuidado necesario para su protección dejándolo o no rescatándolo de una situación de desamparo.⁵⁸ Para Carbonell Mateu y González Cussac el abandono supone la ruptura de los vínculos que unen al menor o al incapaz con su entorno habitual, esto es, abandonarlo a su suerte sin que sea necesario que se cree una situación de peligro para el menor o el incapaz.⁵⁹ Muñoz Conde, por el contrario, exige el conocimiento de la situación de inseguridad, configurándolo como el dolo en este delito.⁶⁰

La jurisprudencia distingue entre dos tipos de abandono propio: el abandono personal, que consiste en situar al menor fuera de su área de custodia, y el abandono asistencial, que se produce cuando el menor o el incapaz carecen de los cuidados y la atención necesarios, sin necesidad de que el menor se encuentre fuera de su área de guarda y custodia.⁶¹

Creemos que el bien jurídico en este delito es la seguridad del menor y del incapaz, y que lo normal será que se encuentren en una situación de desamparo si se los abandona, sin perjuicio de que, como opinan Carbonell Mateu y González Cussac, en algún caso concreto no se produzca ese desamparo e incluso que se mejoren las condiciones de vida del menor, en cuyo caso opinamos que la conducta no será típica

siempre que no lo abandonen en casa de otra persona y ésta tenga que hacerse cargo a la fuerza del menor, sino que acepte a asumir la guarda a título propio.

Éste es un delito de resultado en el que el Código no describe la forma en que se debe llevar a cabo el abandono, es decir, resultativos o prohibitivos de causación, por lo que cualquier medio que produzca la situación de abandono será apto para la realización del tipo, sea fuera o dentro del área de custodia y guarda del sujeto pasivo.

El comportamiento puede ser activo u omisivo y en comisión por omisión siempre que se den los requisitos necesarios. Entre los primeros cabe el trasladar al menor fuera del área de custodia o alejarse el guardador, y como conductas omisivas caben el no traer al menor del lugar en que se encuentra pero donde no se puede ejercer su custodia o consentir que otras personas se lo lleven.

Sujeto activo, por imperativo legal, será “la persona encargada de su guarda” de forma eventual, bien por delegación de sus guardadores legales para que temporalmente cuiden al menor o el incapaz o por un apoderamiento ilícito (artículo 229.1 del Código penal). El tipo básico se ocupa de conductas realizadas por personas a las que se les ha encomendado la guarda del menor o la han obtenido de forma ilícita.

Si esta persona fueran sus padres, tutores o guardadores legales, se agrava la pena (artículo 229.2 del Código penal).

Por padres y tutores se entiende los que así son considerados en el Código civil, las personas que en el ejercicio de la patria potestad o de la tutela tienen los deberes que de estas instituciones se derivan. Y los guardadores legales serán los que en un determinado momento ejercen la guardia material del menor por decisión judicial o por disposición legal, es decir, son titulares de ese derecho. En estos casos el delito se configura como un delito especial impropio respecto del tipo básico.

El tipo agravado del artículo 229.3, es decir, cuando las circunstancias del abandono supongan un peligro concreto para otros bienes jurídicos del menor o

⁵⁵ Díez Ripollés, J.L., *op. cit.*, p. 1317.

⁵⁶ Carbonell Mateu, J.C., y González Cussac, J.L., *Derecho penal. Parte especial, op. cit.*, p. 378.

⁵⁷ Prats Canut, J.M., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal, op. cit.*, p. 567.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Carbonell Mateu, J.C., y González Cussac, J.L., *op. cit.*, p.378.

⁶⁰ Muñoz Conde, F., *Derecho penal, op. cit.*, p. 328.

⁶¹ STS, 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6374).

del incapaz, no hace distinción alguna respecto de los sujetos activos, como sí se tiene en cuenta en los tipos anteriores, por lo que se podrá apreciar la agravante de parentesco en el caso de que la conducta que prevé el artículo 229.3 del Código penal la realicen los padres del menor o del incapaz.

Son los menores y los incapaces, entendiendo por menores los que tienen menos de 18 años salvo que estén emancipados, lo que supone un exceso de protección que vulnera el principio de mínima intervención y además conlleva la imposición de una pena desproporcionada.

Son conductas dolosas que exigen el conocimiento y la voluntad del abandono y de la situación de vulnerabilidad en que se deja al menor. En el caso del artículo 229.3, el dolo debe abarcar el peligro para la vida, la integridad, la salud o la libertad sexual del menor o del incapaz.

Cabe la legítima defensa ante una agresión ilegítima del menor y el estado de necesidad, por ejemplo, cuando se abandone a los hijos porque la vida de uno de ellos esté en peligro, y que se producirá siempre dentro de los abandonos temporales.

Cabe la coautoría entre individuos que de forma conjunta realicen el abandono y que tengan la cualidad personal que exige el tipo, la persona encargada de la guarda del menor en el supuesto del artículo 229.1, y padres, tutores o guardadores legales en el caso del 229.2. Es complicado admitir la participación de terceros por tratarse de delitos especiales.

También se considera una falta en el artículo 618.1 que prevé dos conductas omisivas de auxilio: una falta de abandono de menores e incapaces por omisión y una falta de omisión del deber de socorro de menores e incapaces.

La diferencia de la falta con los delitos se refiere a los sujetos activos. Los delitos descritos en el artículo 229 del Código Penal son delitos especiales mientras que la falta puede ser cometida por cualquiera, aunque no se tenga la guarda del menor; además en la falta el sujeto activo no crea la situación de abandono, como ocurre en el caso del delito, sino que se encuentra físicamente al menor o al incapaz abandonado y no lo saca de esa situación presentándolo a la autoridad o a su familia.

La segunda conducta constituye una especie de omisión del deber de socorro, que consiste en no prestar al menor o al incapaz el auxilio que las circunstancias requieran. En este caso no es necesario que se encuentre en una situación de peligro manifiesto y grave,

como en la omisión del deber de socorro, sino que se refiere a situaciones de menor entidad en las que se puede encontrar a un menor fuera del área de guarda y custodia, y que esté necesitado de auxilio.

• Abandono impropio

Artículo 231:

1. El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de un incapaz, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.
2. Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

En el apartado primero del precepto examinado en núcleo de la conducta típica aparece constituido por la entrega indebida y no por el abandono, de manera que se trata no ya de una ausencia de cuidados sino de una variación de los sujetos encargados de los mismos. El tipo no requiere que este comportamiento ponga en peligro, ni siquiera abstracto, los bienes jurídicos del menor o del incapaz, y mal puede interpretarse en ese sentido, como lo evidencia con toda claridad la posibilidad de entrega a un establecimiento público, donde podría estar incluso más protegido. Esta formulación de la conducta típica resulta cuestionable porque cifra el fundamento de la ilicitud en una mera infracción de deber, incapaz por sí sola de completar el necesario contenido material de la antijuridicidad.

Por el contrario, el apartado segundo del mismo artículo sí requiere la existencia de un peligro concreto para la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, lo que requerirá por parte del juez o tribunal la verificación de que dicho peligro se ha producido efectivamente en el caso concreto sometido a su enjuiciamiento.

• Utilización de menores para la mendicidad

Artículo 232

1. Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso

Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español

si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

2. Si para los fines del apartado anterior se traficare con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años.

La mayor dificultad que plantea este precepto, sin duda, es la relativa a la delimitación del ámbito de aplicación de ambos apartados, sobre todo por la utilización en el apartado segundo del término tráfico. En esta cuestión entendemos que el apartado primero hace referencia a los supuestos en los que no se llega a comerciar propiamente con el menor o incapaz, es decir, en los que no llega a convertirse al menor en objeto de intercambio comercial (por ejemplo, la madre que lo utiliza para que pida limosna), mientras que el tráfico ya exigiría esta instrumentalización que convierte al menor o incapaz en objeto de intercambio comercial, lo que intensificaría el ataque a su dignidad y justificaría el incremento de pena (por ejemplo, la madre que alquila a su hijo para que otro lo utilice para mendigar).

Pueden plantear dificultad los supuestos en los que el hijo acompaña a su progenitor, siendo este último, y no el hijo, el que pide la limosna. La jurisprudencia ha estimado que esta conducta sería atípica,⁶² lo que no deja de ser discutible en algunos casos. Así, tratándose de un bebé en periodo de lactancia, aunque la presencia del mismo sea susceptible de despertar una mayor generosidad en terceros, puede compartirse la tesis de la jurisprudencia. Sin embargo, ello resulta más que discutible en los supuestos en los que se utiliza a un menor o incapaz con estos fines infringiendo los deberes inherentes a su cuidado y educación (por ejemplo, la escolarización).

- Disposiciones comunes al abandono propio e impropio de menores

Artículo 233:

1. El Juez o Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los artículos

229 a 232 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

2. Si el culpable ostentare la guarda del menor por su condición de funcionario público, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.
3. En todo caso, el Ministerio Fiscal instará de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor.

Este precepto, en sus dos primeros apartados, prevé dos penas adicionales de inhabilitación especial, la primera de carácter facultativo y la segunda de carácter obligatorio. Adviértase que el apartado segundo de este precepto sólo se refiere a los menores, sin hacer alusión a los incapaces, lo cual ha sido objeto de una justificada crítica por parte de la doctrina.⁶³ Sin embargo, aunque pueda compartirse esta crítica, debe advertirse también que en Derecho penal, por imperativo del principio de legalidad, no cabe la analogía *in malam partem* como método para cubrir lagunas de punición. El apartado tercero constituye una reiteración para este ámbito específico de las obligaciones del Ministerio Fiscal en orden a activar medidas civiles de protección de los menores afectados por éstos. Por ello, aunque en este caso tampoco se contemple en el precepto a los incapaces, sí resultaría posible subsanar dicha laguna teniendo en cuenta las obligaciones generales del Ministerio Fiscal en este ámbito, previstas en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.⁶⁴

Bibliografía

- Bacigalupo Zapater, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Akal Iure, Madrid, 1998.
- Barreiro, A. Jorge, en *Comentarios al Código Penal*, dir. Rodríguez Mourullo, G., Civitas, Madrid, 1997.
- Cancio Meliá, M., en *Comentarios al Código Penal*, dir. Rodríguez Mourullo, G., Civitas, Madrid, 1997.
- Carballo Cuervo, M.A., "Violencia doméstica", en *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustan-*

⁶² Vid., por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP), Madrid, 15 de julio de 2008 (JUR 2008, 383789).

⁶³ Especialmente contudente, Díez Ripollés, J.L., *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, pp. 1368 y 1369.

⁶⁴ Artículos 757. 2 y 761. 2 LEC, y 228, 232, 248 y 299 bis del Código civil.

- tivos y procesales*, coords. González Poveda, P., y González Vicente, P., Sepín, Madrid, 2005.
- Carbonell Mateu, J.C., *La Justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, EDERSA, Madrid, 1982.
- Carbonell Mateu J.C., y González Cussac, J.L., *Comentarios al Código Penal de 1995*, coord. Vives Antón, T.S., vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- , *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Casas Barquero, E., *El consentimiento en el Derecho penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1987.
- Caso Jiménez, M.T. del, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia (artículo 163)*, coord. Sánchez Melgar, J., vol. I, Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2004.
- Cobos Gómez de Linares, M.A., en *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996.
- Colina Oquendo, P., *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, coord. Rodríguez Ramos, L., La Ley, Madrid, 2005.
- Colmenero Menéndez de Luarca, M., *Código Penal comentado*, dir. Conde-Pumpido Ferreiro, C., Bosch, Barcelona, 2004.
- Córdoba Roda, J., “Detenciones ilegales”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XII, fascículo III, 1964.
- , “El delito de detenciones ilegales en el Código Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XIII, fascículo I, 1965.
- Cortés Bechiarelli, E., *Aspectos de los delitos contra la familia y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, EDERSA, Madrid, 1996.
- Couto Gálvez, R. de, Mirat Hernández, P., y Armendáriz León, C., *La protección jurídica de los ancianos. Procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen. El internamiento involuntario y su incidencia pena*, Colex, Madrid, 2007.
- Cugat Mauri, M., “Delitos contra las relaciones familiares”, en *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. I, dirs. Córdoba Roda, J., y García Arán, M., Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004.
- Díaz Maroto, J., *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II, dir. Bajo Fernández, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- Díez Ripollés, J.L., “Del abandono de familia menores e incapaces”, en *Comentarios al Código penal. Parte especial*, coords. Díez Ripollés, J.L., y Romeo Casabona, C.M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Escobar Jiménez, R., en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, coord. Serrano Butragueño, Comares, Granada, 1999.
- Gándara Vallejo, B. de la, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995.
- García-Pablos de Molina, A., *Introducción al Derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- Gimbernat Ordeig, E., Prólogo a la 10ª ed. al Código Penal, Tecnos, Madrid, 2004.
- Gómez Pavón, P., en *Código Penal Comentado*, dirs. López Barja de Quiroga, J., y Rodríguez Ramos, L., Akal, Madrid, 1990.
- González Rus, J.J., “Delitos contra las relaciones familiares (I)”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, coord. Cobo del Rosal, M., 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- Gordillo Álvarez-Valdés, I., “Delitos contra las relaciones familiares”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, coord. Lamarca Pérez, C., 4ª ed., Colex, Madrid, 2008.
- Laurenzo Copello, P., “Del abandono de familia, menores o incapaces”, en *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, dirs. Díez Ripollés, J.L., y Romeo Casabona, C.M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- , “La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC, 07-08-2005.
- Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, 13ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre La Mujer”, en *Tutela penal y tutela judicial frente a la Violencia de Género*, coord. Aragonese Martínez, S., Colex, Madrid, 2006.
- Maqueda Abreu, M.L., *Los delitos contra la libertad y seguridad de las personas*, Universidad de Granada, 1988.
- Martínez García, A.S., “Capítulo II, de la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Comentario previo al Capítulo II”, en *Comentarios al Código Penal*, dir.

Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español

- Gómez Tomillo, M., 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2010.
- Martínez Guerra, A., en *Código penal concordado y comentado, con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, dir. Rodríguez Ramos, L., y coord. Martínez Guerra, A., 4ª ed., La Ley, Madrid, 2011.
- Mirat Hernández, P., *Detenciones ilegales (Artículo 163 del Código Penal)*, EDERSA, Madrid, 2001.
- Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Muñoz Sánchez, J., *El delito de detención*, Trotta, Madrid, 1992.
- , en *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, coords. Díez Ripollés, J.L., y Romeo Casabona, C.M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Parra Lucán, Ma. A., *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. II, coords. Rams Albesa J., y Moreno Flórez, J. M., Bosch, Barcelona, 2000.
- Pedreira González, F.M., “Amenazas y coacciones”, en *Derecho penal español. Parte especial (I)*, dir. Álvarez García, f.j., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Polaino Navarrete, M., *El Delito de detención ilegal*, Aranzadi, Pamplona, 1982.
- , en *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, vol. I, dir. Cobo del Rosal, M., Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Prats Canut, J.M., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dir. Quintero Olivares, G., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004.
- Quintero Olivares, G., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dir. Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- , en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dir. Quintero Olivares, G., Aranzadi, Pamplona, 1999.
- Rosal Blasco, B. del, *Derecho penal español. Parte especial*, coord. Cobo del Rosal, Dykinson, Madrid, 2004.
- Sánchez Yllera, I., en *Comentarios al Código Penal de 1995*, dir. Vives Antón, T.S., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Segrelles de Arenaza, I., en *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*, dir. Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Segura García, M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en el Derecho penal*, Tirant Monografías, Valencia, 2000.
- Serrano Gómez, A., y Serrano Maillo, A., *Derecho penal. Parte especial*, 15ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- Vives Antón, T.S., *La detención*, Bosch, Barcelona, 1977.



La ética de los derechos humanos



Eduardo C. B. Bittar*

Universidad de San Pablo, Brasil

RESUMEN: Este artículo aborda el problema de la ética de los derechos humanos, y analiza todas las interrogantes acerca del principio del discurso en el ámbito de la Constitución del Estado Brasileño a la luz de la dignidad humana.

PALABRAS CLAVE: Ética, dignidad humana, derechos humanos.

ABSTRACT: This article touches the problem of the ethics of human rights, and discuss all the questions about the principle of the discourse in the domain of the Constitution of the State Brasileiro under the lights of the human dignity.

KEY WORDS: Ethics, human dignity, human rights.

SUMARIO: 1. La nueva ética constitucional: el significado histórico de la Constitución Federal de Brasil de 1988. 2. El compromiso primero de la Constitución con la ciudadanía: la garantía del derecho de tener opción ética. 3. La ciudadanía y el acceso a los derechos fundamentales. 4. Principios éticos permanentes de la Constitución federal. 5. Análisis de la expresión “dignidad de la persona humana”. 6. La “dignidad de la persona humana” en una sociedad abierta y pluralista. 7. Balance teórico: la dignidad de la persona humana como legado moderno en la postmodernidad. Bibliografía.

* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo, Brasil; ex presidente de la Asociación Nacional de Derechos Humanos (ANDHEP); posdoctor y doctor del Departamento de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo (USP).

1. La nueva ética constitucional: el significado histórico de la Constitución Federal de Brasil de 1988

La Constitución Federal de 1988 provocó cambios significativos en los ámbitos culturales, en los mecanismos institucionales y en las prácticas sociopolíticas enraizadas en el ordenamiento jurídico brasileño. En este sentido, el texto de la Constitución constituye un legado legislativo innovador que debería ser administrado por la comunidad de intérpretes, cuya responsabilidad es concretar y dar efectividad a las conquistas logradas después del regreso de la democracia.

A partir de estas reformas se abre un nuevo panorama jurídico, sin duda alguna identificado con las tendencias más actuales del Derecho, sobre todo en relación con los derechos fundamentales. De esta manera, la propia sociedad promulga la Constitución, recibe los efectos de esta promulgación y vive el ambiente de modificaciones por ella instituido en la medida necesaria para que la revolución conceptual y política que implica pueda llevarse a cabo.

Por lo tanto, cuando se discute la temática de la presencia de prescripciones éticas en el texto de la Constitución Federal Brasileña de 1988, hay que considerar el avance jurídico-democrático logrado por la incorporación de este texto en el ordenamiento jurídico nacional. Esto, porque, en gran parte, los conceptos introducidos por el Constituyente de 1988 causaron grandes revoluciones en las áreas donde el Derecho tiene razón de ser.

Esto implica reconocer que los aspectos más tradicionales del derecho patrio debieron moldearse y adaptarse a las condiciones valorativas y conceptuales previstas al promulgarse la actual Constitución, que tiene entre sus principios básicos los objetivos y los fundamentos de la República Federal de Brasil, particularmente en los artículos 1º y 3º.

Pero se debe notar, ante todo, que estas modificaciones no son de interés exclusivo de la ciencia jurídica, y menos de los juristas patrios. Las modificaciones causaron una profunda ruptura en los valores (que afectan directamente a la sociedad y sus demandas jurídicas) del sistema jurídico anteriormente organizado en cánones diversos que con la nueva Constitución adquirieron relevancia. Entonces, estamos ante una Constitución calificada de ciudadana,

y no sin motivo, pues este documento representa una formulación jurídica que abarca los anhelos de la sociedad y se coloca al servicio de la ciudadanía, como instrumento de la misma, en el sentido de que permite la realización de los fines sociales deseados por la sociedad brasileña.

En este sentido, para asumir los valores sociales más emergentes y relevantes, el Constituyente debió atender las profundas modificaciones por las que pasaba la nación brasileña, y producir así un texto constitucional que se empata con las necesidades de la sociedad brasileña, poniendo la ciudadanía y la dignidad humana al frente de cualesquiera otras exigencias lógico-formales, técnico-jurídicas o político-potestativas.

De hecho, la Constitución inaugura una serie de preocupaciones éticas. Esto porque, en verdad, el orden jurídico constitucional busca ante todo alcanzar el nivel óptimo de convivencia social pacífica. De esta manera, las normas jurídicas pretenden producir efectos prácticos sobre el comportamiento y la conducta de las personas, las sociedades, las organizaciones, las corporaciones, las cooperativas, las instituciones, los sindicatos, los órganos gubernamentales, etc., en el sentido de tener repercusiones en la ética de la población, la moral social y la conciencia de una sociedad. En especial, hay que sujetarse a lo que dice el Preámbulo de la referida Carta Magna:

Nosotros, representantes del pueblo brasileño, reunidos en una Asamblea Nacional Constituyente para instituir un Estado democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, con la solución pacífica de las controversias, promulgamos, bajo la protección de Dios, la siguiente Constitución de la República Federal del Brasil.

He ahí la declaración de las intenciones que se mueven en torno a la “presión normativa primordial” del ordenamiento jurídico brasileño. He ahí, también, la idea del Constituyente, para que sirva de ingrediente a la herméutica y al conjunto de principios constitucionales para incrementar la principio-ología constitucional.

2. El compromiso primero de la Constitución con la ciudadanía: la garantía del derecho de tener opción ética

Cuando se habla de ética, necesariamente se piensa en la relación entre el comportamiento y la intención del individuo, de manera que será el *ethos* la revelación de su hábito de acción. Toda acción implica, desde luego, un aspecto subjetivo (posibilidad de comportamiento por la conjunción de los datos externos que condicionan el actuar). La función del Derecho, en la lógica de la construcción de relaciones sociohumanas coincidente con la convivencia pacífica y racional, es garantizar factores que beneficien la independencia ética de los individuos y den equilibrio a las desarmonías conductuales resultantes del entrecruce de albedríos (Kant).

También el derecho a decidir éticamente pasa por la cuestión del equilibrio entre inclinaciones internas del individuo y asedios provenientes de los estímulos externos. Las aflicciones del ser humano son el reflejo característico de la dimensión reflexiva de la ética.

Por lo tanto, son de escasa relevancia las tradicionales ideas de una dimensión ética alejada de la perspectiva vivida de los individuos dimensionados en condiciones históricas de toma de decisiones éticas. Por eso, cuando se discute el estado actual de la ética, vale preguntarse: ¿hacia dónde va el ser humano? Datos oficiales apuntan que, del contingente poblacional mundial, la mitad de la población vive con menos de dos dólares al día, y que mil millones de personas viven con un dólar al día. En Brasil se estima que seis millones de trabajadores no tienen remuneración. El 27 de abril de 2004, el periódico *Folha de São Paulo* informó que el desempleo afecta al 12.8% de la población económicamente activa de las seis regiones metropolitanas más grandes del Brasil, de acuerdo con datos de IBGE, lo cual significa que hay 2.7 millones de desempleados. ¿No se trata de una *sociedad bulímica*, para usar una expresión de Claude Lévi-Strauss, que, después de invitar a todos al consumo, los rechaza, como residuos del proceso económico?

Lo que ocurre no es difícil de evaluar. Sin dar crédito al determinismo, la conclusión sólo puede ser una: se está atacando el derecho a la libertad ética, acorralándolo en el vacío de la miseria.

De acuerdo con la ampliación conceptual de la idea de exclusión, ya no se trata sólo de las aflicciones y los perjuicios causados a los descendientes de

africanos: la vieja exclusión social (manera tradicional de no incluir) y la nueva exclusión social (manera reciente de no incluir) se suman. En el tránsito de la “vieja” a la “nueva” exclusión social ocurrió una expansión de las poblaciones y de los contingentes humanos involucrados en situaciones límites de vida y muerte, dignidad e indignidad, ciudadanía y exclusión completa.

Véanse las definiciones de exclusión social en Brasil según el Atlas:

Se entiende, en este Atlas, la “vieja” exclusión social como la manera de marginalización de los frutos del crecimiento económico y de la ciudadanía, expresada por los bajos niveles de renta y escolaridad, que incide más frecuentemente sobre los inmigrantes, analfabetos, mujeres, familias numerosas y la población negra (André de Campos *et al.*, *Atlas da exclusão social no Brasil*, volumen 2: *Dinâmica e manifestação territorial*, 2003, p. 43).

Se entiende como nueva exclusión un fenómeno de ampliación de parcelas significativas de la población en situación de vulnerabilidad social, y también las diferentes formas de manifestación de la exclusión, comprendiendo las esferas cultural, económica y política. Esta nueva exclusión alcanza segmentos sociales antes relativamente preservados del proceso de exclusión social, tales como jóvenes con elevada escolaridad, personas con más de 40 años, hombres negros y familias monoparentales.

La nueva exclusión, al revelarse en las diversas esferas de la sociabilidad, produce resultados diferentes, al sobreponerse a las viejas formas de manifestación de ese fenómeno, volviéndolo más complejo y más amplio, aumentando aún más el desafío del poder público para eliminarla. El desempleo y la disminución de las formas de inserción del ciudadano en el mercado de trabajo son las fuentes “modernas” de generación de la exclusión, teniendo como subproducto la explosión de la violencia urbana y la vulnerabilidad juvenil, acentuadas por la flexibilidad ocupacional más grande y de los niveles de renta (André de Campos *et al.*, *Atlas da exclusão social no Brasil*, volumen 2: *Dinâmica e manifestação territorial*, 2003, p. 49).

También se advierte que la exclusión social no se fija en términos territoriales, sino que circula, cambia,

La ética de los derechos humanos

fluye por los espacios geográficos nacionales; acompaña las malas políticas federativas, llevando consigo y tras de sí una huella de déficit social irreparable. La vieja y la nueva exclusiones sociales se intercalan y, en ocasiones, se distribuyen geográficamente de acuerdo con las características económicas de la región o de la parte de la Federación, según se puede percibir de la lectura atenta del siguiente párrafo:

A pesar de esto, la exclusión social en Brasil siguió manifestándose de manera generalizada. De un lado, la vieja exclusión sigue siendo la marca de las regiones geográficas menos desarrolladas, por encima de la baja escolaridad, de la pobreza absoluta en el interior de las familias numerosas y de la desigualdad en los rendimientos. De otro lado, la nueva exclusión viene contaminando rápidamente las regiones más desarrolladas, por obra del desempleo generalizado y de larga duración, del aislamiento juvenil, de la pobreza en el interior de familias monoparentales, de la ausencia de perspectivas para el segmento poblacional con más escolaridad y de la explosión de la violencia (André de Campos *et al.*, *Atlas da exclusão social no Brasil*, volumen 2: *Dinâmica e manifestação territorial*, 2003, p. 34).

En este cambio entre la nueva y la vieja exclusiones, hay que registrar, todavía, que:

La nueva exclusión social es fruto de la vieja exclusión no resuelta y de estas nuevas formas de ajustamiento interno y externo que funcionan como mecanismo de protección y acumulación de la riqueza privada.

La escasez de empleos derivada del nuevo modelo aumenta la concurrencia entre trabajadores que, además de enfrentar el alarmante panorama de desempleo, son tenidos, ahora, como responsables por su condición. Los trabajadores son considerados autoexcluidos, en el sentido de que su descalificación es vista por los segmentos conservadores como la única razón para su poco éxito al obtener una colocación en el mercado del trabajo (André de Campos *et al.*, *Atlas da exclusão social no Brasil*, volumen 2: *Dinâmica e manifestação territorial*, 2003, p. 56).

Mientras estas condiciones se reproduzcan, no se puede hablar de ciudadanía, a menos que sea para

entonar el canto de los oprimidos e izar la bandera de la lucha por la expansión del acceso a los derechos fundamentales de la persona (individuales, políticos, civiles, sociales, culturales, difusos, colectivos, etc.), requisito esencial para que se alcance la distribución justa de la renta y el capital, el fin de las diferencias sociales brutales, así como la aplicación de un modelo de vida basado en concepciones ético-ciudadanas.

Si una Constitución es, ante todo, el documento que se da el pueblo de un Estado, y en esta medida no sólo debe reproducir los valores establecidos como valores guía, sino que, en esencia, se ha de volver meta axiológica instituida para guiar el comportamiento de las instituciones sociopolíticas y jurídicas que operan en una sociedad, su compromiso ha de ser conducir la distribución de justicia produciendo caminos para el desarrollo social humano.

Esto significa que una Constitución es un documento fundamentalmente valioso para crear una cultura de ciudadanía. El primer compromiso de una Constitución es, en este sentido, permitir que la ética prospere en la convivencia social, estructurando condiciones de justicia distributiva que impidan la excesiva desigualdad social, factor de un fuerte desequilibrio social.

3. La ciudadanía y el acceso a los derechos fundamentales

Si la ciudadanía significa la posibilidad de participar; de disfrutar de los beneficios conquistados por una Constitución, se debe considerar (si se desea superar la concepción “moderna” de ciudadanía) que una ciudadanía efectiva reclama en el plano verdadero que se alcancen los derechos que materializa permitiendo una efectiva justicia social; esto es, verdaderas prácticas de igualdad en el desarrollo de los procesos de construcción del espacio político; del derecho de tener voz y de ser oído, de la satisfacción de condiciones necesarias al desarrollo humano, de la atención a prioridades y exigencias de derechos humanos, etcétera.¹

Se debe, por lo tanto, superar la dimensión acrisolada por el tradicionalismo que sostiene una concepción “conceptual” de ciudadanía, superando sus

¹ Y es en este sentido que la sociología y las prácticas de la ciencia política postulan la ampliación conceptual del término. Para consultar un estudio empírico sobre este perfil de ciudadanía, véase Haddad, *Justiça e segurança na periferia de São Paulo: os centros de integração da cidadania*, 2003.

limitaciones y deficiencias.² A cambio de la restricción conceptual tradicional (según la experiencia y el sentido histórico-genético que poseía el término en un principio),³ propone ampliar su sentido hacia la conformación de las grandes voluntades sociales, que se haga cargo de los grandes dilemas de la política contemporánea, de los grandes desafíos históricos relacionados con los derechos humanos.

En este sentido, ejercitar ciudadanía no significa, en ningún caso, delegar al Estado la tarea de gestionar políticas públicas, acciones estratégicas o inversiones adecuadas en justicia social. Esto es, sin duda, la condición *sine qua non* para que la política se ejerza de manera saludable en bien de una sociedad. Sin embargo, en la línea de pensamiento que proponemos no se puede considerar la ciudadanía como una actitud pasiva o que consista sólo en la posibilidad de ser representados por agentes elegidos cada tanto por medio del voto, ni mucho menos tiene una función representativa que se delega a representantes políticos investidos de poder por mandato electivo a los que se elige por voto. Si así se condujera un ciudadano, entonces la definición de ciudadanía sería muy reducida y estaría aferrada a la tradición. Más aún, esta línea de pensamiento seguiría marcada por un profundo asistencialismo y por una concepción paternalista del Estado.

Nosotros sostenemos que la gestión de la ciudadanía es una problemática inherente al pueblo. Este pueblo que conoce sus carencias, sus deficiencias, sus necesidades, etc. Este pueblo que también posee las condiciones para transformar su condición, lo que, sin embargo, no se logra sin la organización de la sociedad civil, sin la movilización de las comunidades, sin el conocimiento de los grupos minoritarios, sin la adhesión de las mentalidades al proyecto social que puede transformar su cotidianidad. Esto será aun

más digno de ser destacado, subrayado e impreso en la mentalidad de un pueblo, en la medida en que se viva un momento peculiar, un periodo de cambio, por cuanto se ha instalado en el pensamiento colectivo cierta decepción respecto de los paradigmas y promesas modernas, decepción que ha generado apatía y renuncia del compromiso con los ideales básicos de la modernidad que estructuran nuestra sociedad. Al respecto, se ha dicho que:

El discurso postmoderno suscita cuestionamientos importantes para problemas graves de las sociedades “postindustriales”, sirve para hacer la crítica del hombre creado por la sociedad de masas, masificado, tan bien descrito por *Le Monde* cuando se le compara con el nuevo egoísta: “Pragmático y cínico, con preocupaciones a corto plazo. Vida privada y descanso individual. Sin religión. Apolítico, amoral, naturalista, narcisista. En la posmodernidad, el narcisismo coincide con la deserción del individuo que sólo se adhiere a los mitos e ideales de su sociedad”.

De ahí, con toda razón, Feliz Guatari afirma que la posmodernidad es el “paradigma de todas las sumisiones” (Edmundo Lima de Arruda Júnior, “O Moderno e o Pós-Moderno no Direito: Reflexões Sobre um Neocolonialismo Jurisdicista”, en Cláudio Souto y Joaquim Falcão, *Sociologia e Direito*, Textos Básicos para la Disciplina de Sociología Jurídica, p. 252).

De acuerdo con esta concepción, y dentro de esta experiencia práctica e histórica de apertura de la concepción de ciudadanía,⁴ el llamado tercer sector surgió para unirse al Estado en la construcción de la ciudadanía y de la realización de los derechos fundamentales:

Por ahora vamos a quedarnos en una definición más genérica: son parte del tercer sector todas las en-

² “De ahí, la segunda dimensión de la paradoja endémica de la idea de tradición. La tradición sólo puede entrar en la conciencia humana por la vía del tradicionalismo. Como recomendación de la elección que se debe hacer, e implicando, por lo tanto, la elección y la necesidad humana de elegir, el tradicionalismo está, por lo tanto, orgánicamente conectado a la sociedad autónoma; su presencia, de hecho, es prueba de la autonomía de la sociedad en que ocurre. Pero el tradicionalismo es un síntoma de la sociedad avergonzada de la propia autonomía, que no se siente comfortable con eso y sueña con huir de esa libertad. Así como la hipocresía es un atributo indirecto otorgado a la verdad por la mentira, de la misma forma el tradicionalismo es un atributo anquilosado, desconcertado y avergonzado que la heteronomía otorga a la autonomía” (Bauman, *Em busca da política*, 2000, p. 143).

³ El surgimiento histórico del término niega la experiencia social de las grandes problemáticas que afectan las prácticas políticas perjudiciales: “Así, la evolución de la ciudadanía empezó en la sociedad europea, blanca y cristiana, sin divisiones internas insuperables además de las contradicciones de clase, y con pocas minorías raciales, nacionales o religiosas” (Jaime Pinsky y Carla Bassanezi Pinsky, *História da cidadania*, 2003, p. 345).

⁴ Esta historicidad se reveló en Brasil en la década de 1980: “En el transcurso de los años ochenta a la década siguiente surgió en Brasil un tipo de organización inexistente hasta entonces: entidades ligadas a cuestiones interés público, capaces de formular proyectos, monitorear tareas y presentar cuentas de sus finanzas: las organizaciones no gubernamentales. En Brasil, las ONG nacieron a partir del modelo norteamericano y como parte de circuitos de cooperación global.

tidades que no integran la maquinaria estatal, no obtienen ningún lucro y no sostienen un discurso ideológico, sino que les importan cuestiones específicas de la organización social. Si el aspecto negativo de la definición es claro —sabemos que no es tercer sector— el lado afirmativo debe ser particularizado. O sea, una vez que el tercer sector engloba un sinnúmero de entidades con orígenes y finalidades diversas, la comprensión sólo ocurre en el ámbito de cada categoría” (Jaime Pinsky y Carla Bassanezi Pinsky, *História da cidadania*, 2003, p. 565).

La narrativa de la eclosión de una nueva categoría para el pensamiento político (además del Estado y la sociedad civil, además de pueblo y pueblo soberano) vino de la mano con el debate sobre la efervescencia que despertaban estos nuevos actores en el escenario de los intereses públicos; es una cuestión que devino en tema fundamental de la reflexión sociológica de los últimos años, luego de las propias experiencias de las décadas de los setenta, ochenta y noventa, en un paulatino proceso de crecimiento y perfeccionamiento de las estructuras que

dan soporte y estructura a los grupos organizados.⁵ Así, el gran agente del proceso de construcción y reconstrucción de la ciudadanía pasa a ser, en la concepción de José Geraldo de Souza Júnior,⁶ el agente colectivo de derecho.

Frente a la carencia, se instalan un nuevo orden y una nueva concepción de ciudadanía, que debe variar para restablecer cierta congruencia en la administración de los conflictos, donde sea posible la participación directa en los procesos flexibles de articulación de decisiones políticas.⁷ Ante la quiebra y la ineficiencia del Estado en la distribución de bienes fundamentales de la vida organizada en sociedad, se establecen las alternativas a los modos tradicionales concebidos de prácticas jurídicas y políticas para suprimir carencias.⁸

4. Principios éticos permanentes de la Constitución federal

En este sentido, se comprende la utilidad de la investigación amplia del texto constitucional, en la medida

“Mientras que muchos movimientos sociales de las décadas de 1970 y 1980 carecían de apoyo financiero, las ONG de los años noventa 90 encontraron en la cooperación internacional el medio adecuado para financiar el apoyo a la lucha por la ciudadanía. Relación que los organismos internacionales no podían establecer con los movimientos sociales, que no tenían enfoque empresarial. Así lo observa Rubens César Fernandes” (Jaime Pinsky, Carla Bassanezi Pinsky, *História da cidadania*, 2003, p. 570).

⁵ “El registro hecho por la literatura sociológica muestra que el tema de los movimientos sociales es reciente. En rigor, datan de 1977 y 1978 los primeros estudios, impulsados por la originalidad de prácticas sociales populares en una situación de despolitización represiva de la sociedad civil brasileña, sometida a una estrategia autoritaria de articulación de los intereses capitalistas de acumulación” (José Geraldo de Souza Júnior, “Movimentos Sociais - Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito”, en Cláudio Souto y Joaquim Falcão, *Sociologia e Direito*, Textos Básicos para a Disciplina de Sociologia Jurídica, p. 255).

⁶ “Ahora, el análisis sociológico puede indicar que el surgimiento del sujeto colectivo opera en un proceso por el cual la carencia social es percibida como negación de un derecho que provoca una lucha para conquistarlo. De acuerdo con Eder Sader, “la conciencia de sus derechos consiste exactamente en encarar las privaciones de la vida personal como injusticias en lugar de repeticiones naturales de lo cotidiano. Y justamente la revolución de expectativas producidas estuvo en la búsqueda de una valoración de la dignidad, no tanto en el estricto cumplimiento de sus papeles tradicionales, sino en la participación colectiva en una lucha contra las injusticias de las que eran víctimas. Y, al valorar su participación en la lucha por sus derechos, constituyeron un movimiento social opuesto al clientelismo característico de las relaciones tradicionales entre los agentes políticos y las camadas subalternas” (José Geraldo de Souza Júnior, “Movimentos Sociais-Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito”, en Cláudio Souto y Joaquim Falcão, *Sociologia e Direito*, Textos Básicos para a Disciplina de Sociologia Jurídica, p. 259).

⁷ La experiencia sociológica de Boaventura de Souza Santos respecto de Pasárgada, en esta dimensión, parece ser un importante marco teórico sobre este dilema: este texto forma parte de un estudio sociológico sobre las estructuras jurídicas internas de una *favela* en Río de Janeiro, a la que doy el nombre ficticio de Pasárgada. Este estudio pretende analizar a profundidad una situación de pluralismo jurídico con vistas a “la elaboración de una teoría sobre las relaciones entre Estado y Derecho en las sociedades capitalistas. Existe una situación de pluralismo jurídico siempre que en el mismo espacio geopolítico rige opcionalmente más que un orden jurídico. Esta pluralidad normalmente puede tener una fundamentación económica, racial, profesional, u otra: o puede todavía resultar, como en el caso de Pasárgada, de la conformación específica del conflicto de clases en una área determinada de la reproducción social (en este caso, la habitación)” (Boaventura de Souza Santos, “Notas sobre a História Jurídica-Social de Pasárgada”, en Cláudio Souto y Joaquim Falcão, *Sociologia e Direito*, Textos Básicos para a Disciplina de Sociologia Jurídica, p. 87).

⁸ “Malograda la existencia de un denominador común de los movimientos alternativos latinoamericanos, esto es, la exclusión de las capas populares de cualquier proceso de decisión, sea el político, económico o social, el término tiene varios significados debido a las estrategias aplicadas en una transformación social, y de los diversos proyectos propuestos por cada tendencia política: 1. el uso alternativo del derecho; 2. la práctica alternativa (o ejercicio alternativo) del Derecho; 3. juridicidad alternativa; 4. alternativas a la justicia” (Eliane Botelho Junqueira y Wanda Capeller, “Alternativo (direito; justiça): Algumas Experiências na América Latina” (Cláudio Souto y Joaquim Falcão, *Sociologia e Direito*, Textos Básicos para a Disciplina de Sociologia Jurídica, p. 162).

en que el texto normativo sea una llave para construir comportamientos humano-sociales, para dirigir conductas, para elaborar políticas públicas, es decir, que sea una llave que construya la sociedad. Así, se pretende destacar de este texto el conjunto de principios éticos instituidos por el legislador originario. Entonces, se pueden detectar las siguientes preocupaciones:

1) Una ética de la dignidad humana, en el sentido más amplio de esta expresión, teniendo en cuenta su amplio alcance, su amplia aplicabilidad y su repercusión en todos los sectores del propio texto constitucional y de todas las ciencias jurídicas;⁹

2) Una ética de la igualdad (artículo 5º, inciso I);

3) Una ética de la inviolabilidad de la personalidad humana (artículo 5º, incisos V, X y XII), que se expresa en la protección contra el daño a la moral, la represión al abuso invasor de los caracteres, de la intimidad, de la personalidad humana, con la protección a la honra, a la imagen y a la vida privada;

4) Una ética del no abuso del poder, de no violencia, de la preservación de derechos humanos consagrados internacionalmente, incluyendo a los criminales y a los presos (artículo 5º, incisos III, XXXIX, XLII, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV y LXVI);

5) Una nueva ética de las relaciones de trabajo, fundada en la valoración del hombre como persona humana comprometida en actividades productivas, concediendo a toda persona la libre elección de la profesión, salvo calificaciones mínimas exigidas por ley como garantía técnica y social de sanidad profesional, enfocando sobre todo las necesidades familiares y alimentarias que revisten los intereses de derechos y deberes sociales vinculados al trabajo (artículos 6º y 7º.);

6) Una ética de la libertad intelectual, con vistas a la formación de conciencias ideológicas, científicas, literarias y artísticas, libres de cualquier coacción o impedimento, teniendo en cuenta la necesidad de pluralismo en la formación del pensamiento y de diálogos sociales, con especial aliento para la formación de ideologías opuestas a las ideas preponderantes, valorando,

incluso económicamente, la protección del autor y del creador por medio de los instrumentos previstos por la ley (artículo 5º, incisos IV, VIII, IX y XXVII);

7) Una ética de la tolerancia, sea religiosa o racial, enfocada a la construcción de valores igualitarios, no pudiendo un ciudadano oprimir a otro, y mucho menos el Estado incorporar cualquier credo como institución oficial del país, vedando las manifestaciones de culto y creencia en cualquiera de sus sentidos (artículo 5º, incisos VI y XLI);

8) Una ética universalista, teniendo en cuenta la igualdad de condición de brasileños y extranjeros, con el fin de eliminar cualquier intento de xenofobia, atendiendo a la propia formación pluralista y étnica del pueblo brasileño, la propia tradición de mestizaje de razas que hay en el suelo brasileño, considerándose saludable la convivencia armónica e interactiva de personas de distintos orígenes bajo la protección de la Ley Fundamental Brasileña (artículo 5º, *caput*);

9) Una ética administrativa, con acento en la interpretación de la moral administrativa (artículo 37, *caput*), que busca la digna y proba actuación de los agentes públicos en actividades esenciales desarrolladas por el Estado, con enfoque en el desarrollo de una cultura de respeto al erario público y a las necesidades sociales, con vistas a la formación de una conciencia generalizada de la solidez institucional de los órganos del Estado (artículo 37);

10) Una ética ambiental y preservacionista que reconoce el potencial genético del país, que busca proteger y desarrollar los recursos naturales a partir de las propias fuerzas y medios nacionales, para valorar lo que el medio ambiente está en condiciones de ofrecer, sin degradación y desgaste excesivo, evitando la grave desaparición de los recursos escasos y limitados de la naturaleza (hídricos, minerales, vegetales y biológicos) para las futuras generaciones y como garantía de la autosuficiencia nacional (artículo 225, incisos y párrafos);

11) Una ética familiar que busque el fortalecimiento del núcleo fundamental de formación de toda la sociedad, como forma única de manutención y

⁹ “En el título II, de los Derechos y Garantías Fundamentales, son innumerables las referencias a parámetros morales, como la extensión de remedios a su tutela: la prohibición de la tortura y el tratamiento inhumano y degradante; la indemnización por daño moral, incluso en caso de violación de la intimidad, de la vida privada, de la honra, de la imagen; la prohibición de asociarse con fines ilícitos. El derecho de petición a los Poderes Públicos, extensivo a los casos de abuso de poder, el tratamiento diferenciado para los crímenes horrendos [...]” (Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, “Ética na Administração Pública; moralidade administrativa: do conceito à efetivação”, en Ives Gandra da Silva Martins (coord.), *Ética no Direito e na Economia*, 1999, p.130).

construcción de una sociedad justa, solidaria e integrada, empezando por la educación y por la solidez de los valores propios del ámbito familiar, revelándose ante todo no la formalidad del matrimonio como medio de acceso a la familia reconocida, sino promoviendo legalmente la integración de la unión estable al conjunto de las intenciones de formación de núcleos familiares en la sociedad (artículo 226, incisos y párrafos);

12) Una ética dirigida a integrar al niño y al joven a las voluntades sociales, mediante la protección legal y absoluta de sus necesidades y el remedio a sus carencias, como la transferencia a la familia de las responsabilidades sociales de la construcción del ambiente comunitario, la prohibición de la discriminación y el tratamiento desigual a los hijos tenidos fuera del matrimonio, con activo compromiso del Estado en estímulo y en la protección de los niños contra el abuso, la violencia familiar y el trabajo precoz (artículos 227, 228 y 229);

13) Una ética de apoyo y sustento para los ancianos como deber de la familia y del Estado, en el sentido de valorar la longevidad y dignificar la vida de la persona, todo el tiempo que sea necesario, sea ella productiva o no desde el punto de vista del trabajo (artículo 230);

14) Una ética de no discriminación y de la valoración de otras razas y culturas, con enfoque en la abolición de las visiones hegemónicas y civilizadas instituidas por tradición en el territorio brasileño, garantizándose a los pueblos indígenas tratamiento digno y protección específica contra la explotación, contra el deterioro de las costumbres, contra la invasión de tierras y contra la destrucción del medio ambiente al cual pertenecen y del cual necesitan para su supervivencia (artículos 231 y 232);

15) Una ética que busca la formación de una conciencia de las propiedades de conocimiento y de

aplicación tecnológica del país, fomentando la aplicación de programas de auxilio a las actividades de investigación en todos los sectores del conocimiento humano como una manera de garantizar el crecimiento intelectual y la formación de investigaciones documentadas en torno a las necesidades regionales y culturales del país (artículo 218);

16) Una ética de la comunicación social, con vistas a la creación de órganos controlados por el poder público, quedando prohibida la formación de monopolios u oligopolios de comunicación, de difusión de la cultura, de dispersión de información y de transmisión de noticias y datos; revela el hecho de que los medios de comunicación, salvo algunas restricciones éticas y jurídicas, deben poseer total libertad de actuar para que se pueda buscar la implantación del ideario democrático en suelo nacional (artículos 220 y 221);

17) Una ética del orden económico y del equilibrio de las relaciones de consumo, con el fin de buscar el desarrollo del país y la estructuración de sectores primarios, secundario y terciario estables (artículos 192 y 170 *caput*, até o artículo 181).

5. Análisis de la expresión “dignidad de la persona humana”

Si el texto jurídico es el punto de partida de la interpretación jurídica, es siempre a partir del texto (y no de la intención del legislador) que el intérprete jurídico inicia su recorrido en busca del sentido jurídico.¹⁰ Sucede, entonces, que el *locus* de la interpretación es el texto, y esto en la medida en que el texto es un imperativo en la circulación de los fenómenos jurídicos.¹¹ Texto que es más que texto escrito y menos que referente discursivo. Así, hay textos en los cuales existe una determinada complejidad de señales, una especie de conjunción de

¹⁰ La opción hermenéutica ahora iniciada incluye elementos de una hermenéutica textual (Ricoeur) con una semiótica pragmática (Ferraz Jr. Y F. Rastier). La resultante es una pragmática textual, que habrá de construirse en etapas en esta disertación. Es necesario resaltar, con Umberto Eco, que: “Entonces se afirma (pensemos con inflexiones diferentes, en la línea que une al último Barthes, al último Derrida, a Kristeva) que la significación pasa solamente a través de los textos, que los textos son el lugar donde el sentido se produce y la práctica es significante y que, en este tejido textual, pueden aflorar nuevamente los signos del diccionario, como equivalencias codificadas, desde que haya el enriquecimiento y la muerte del sentido” (Eco, *Semiótica e filosofia da linguagem*, 1991, p. 31). Y, aún más, con la misma opinión, pero con una posición lingüística de los fenómenos de interpretación y del texto, siguiendo a Ross: “ Toda interpretación del derecho legislado comienza con un texto, esto es, una fórmula lingüística escrita” (*Sobre el derecho y la justicia*, 3ª ed., 1974, p. 108). En cuanto a la relación entre hermenéutica y semiótica, véase Ricoeur, “Entre herménétique et sémiotique”, en *Nouveaux Actes Sémiotiques*, 1990, pp. 3-19.

¹¹ Sobre el texto jurídico como objeto empírico del análisis semiótico-jurídico, véase Landowski, “Statut et pratiques du texte juridique”, *Lire le droit: langue, texte, cognition*, 1992, pp. 441-443.

los signos que van más allá de su significado individual.¹²

Texto es más que texto escrito y menos que referente discursivo; hay textos donde hay una especie de complejidad signica, cierta conjunción de los signos que se proponen significar además de lo que individualmente significan.

Es por ello que cualquier expresión constitucional (“dignidad de la persona humana”) es un texto de una comunidad de intérpretes, debiéndose destacar que la interpretación no se separa de un sentido oculto de los términos jurídicos (como si existiera un “secreto” del legislador, oculto en la pequeña “Caja de Pandora” del texto jurídico), sino que crea, a partir de determinadas condiciones, el sentido pragmático posible para dar cuerpo a una determinada práctica social, dentro de objetivos socialmente relevantes. El texto es, por lo tanto, punto de partida para que el *sujeto de la interpretación* de él se valga para determinada categoría de sentido.

De esta manera, interpretar no es sólo un acto en de la lógica de construcción del Derecho, sino que también presupone una determinada actitud metodológica ante aquello que se llama de Derecho y ante aquello que se identifica como una Constitución.

La cuestión de la mirada es, por lo tanto, determinante de la forma como se interpreta una norma jurídica en el sistema, sobre todo cuando dicha norma tiene una posición de jerarquía y supremacía, si es destacada de las demás sólo por su presencia dentro del texto constitucional.

Se puede afirmar que no hay expresiones vanas dentro de una Constitución (¿o sería tal la expresión “dignidad de la persona humana?”). Si esto es verdad, entonces el debate en torno al sentido de la expresión *dignidad de la persona humana* debe apuntar hacia una preocupación sobre los términos en que se manifiesta la Constitución. Así, el estudio hermenéutico

demanda una determinada actitud hermenéutica, cuya misión es: 1. Revelar la lógica —o hilo conductual— del texto constitucional, en la medida en que éste presenta opciones ideológicas y es definido por valores elegidos como valores guía; 2. Detectar cuáles son los principios que organizan la estructura del pensamiento dogmático constitucional; 3. Poner en operación la hermenéutica para que sirva de instrumento a efecto de que la Constitución Federal pueda alcanzar sus fines sociales.

Y, cuando se comienza el estudio de las técnicas tradicionales de la hermenéutica jurídica, se encuentra al punto lo que debe combatirse en las estructuras envejecidas de la hermenéutica jurídica tradicional, para que pueda afirmarse lo que se pretende defender como premisa de la evaluación de la expresión mencionada, a partir de una concepción centrada en una nueva hermenéutica:¹³

En el lugar del privilegio de la interpretación judicial, del intérprete auténtico y exclusivo (kelseniano) en tanto detentor del *poder de decisión*, aspecto fundamental de una sociedad cerrada, la interpretación de la sociedad abierta.¹⁴

En lugar de la interpretación como manifestación de poder del Estado por encima de la sociedad, con la influencia de la teoría democrática, hay que hablar de la construcción de una sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución (*Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*);¹⁵ en lugar de la supremacía del legislador, la hegemonía de las lecturas que se encuentran en las versiones de los intérpretes y usuarios del sistema normativo; en lugar del jurisprudivismo, centrado en la noción de propiedad y exclusivismo de uso, la presentación del pluralismo político y la garantía de la diversidad; en lugar de la interpretación auténtica (kelseniana), la presentación de los agentes sociales como diálogo permanente de la propia sociedad sobre sí misma; en lugar de la función inactiva

¹² Teniendo en cuenta esta noción de complejidad que consiste en llenar la idea del texto, se puede decir que el texto es un compuesto al mismo tiempo semántico (sentido signico), sintáctico (interacción signica), pragmático (uso signico) y estético (presentación signica).

¹³ Cf. María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 1997.

¹⁴ “La teoría de interpretación constitucional estuvo muy vinculada a un modelo de interpretación de una “sociedad cerrada”. Ella reduce, más aún, su ámbito de investigación, en la medida en que se concentra, sobre todo, en la interpretación constitucional de los jueces y en los procedimientos formalizados” (Häberle, *Hermenéutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*, 2002, p. 12).

¹⁵ “En ese sentido, se permite colocar la cuestión sobre los participantes del proceso de la interpretación: de una sociedad cerrada de los intérpretes de la Constitución a una interpretación constitucional por y para una sociedad abierta (*von der geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten zur Verfassungsinterpretation durch und für die offene Gesellschaft*).” (Häberle, *Hermenéutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição, op. cit.*, pp. 12 y 13).

de ciudadanía popular por el voto, la ampliación de la competencia de la ciudadanía para proyectarse sobre el suelo hermenéutico, vinculando su opinión al proceso de crecimiento de la concepción de Constitución que se tiene y que se quiere;¹⁶ en lugar de la función cognitiva de la jurisdicción, que impide la práctica judicial, la función creativa de la jurisdicción para la recreación permanente del sistema jurídico; en lugar de la interpretación civilista, centrada en el Código, la presentación de una visión del Derecho desarrollada a partir de la interpretación constitucionalista centrada en la Carta Fundamental; en lugar de la visión de la interpretación como alcance de la verdad (*in claris cessat interpretatio*), el tratamiento de la interpretación a partir de juegos lingüísticos y contextos sociales; en lugar del método técnico deductivista de acceso al sentido de las normas, el desarrollo de una metodología tópico-problemática de discusión y producción de justicia concreta.

Abstracta la circunstancialidad de la producción de un texto es, sin duda, la causa de serios errores de interpretación. De ahí la necesidad de —al tratar sobre el sentido de la expresión “dignidad de la persona humana”— remitirse a una evaluación de sus diversos aspectos, desde los históricos filosóficos hasta los relacionados con su topografía en el texto constitucional. Es desde esta perspectiva que se aborda el presente trabajo.

5.1. Sentido histórico filosófico

En un análisis histórico filosófico,¹⁷ la idea de “dignidad de la persona humana” es la convergencia de diversas doctrinas y concepciones de mundo que han sido construidas desde larga data en la cultura occidental. La noción no está ausente del pensamiento griego, pues se manifiesta en la concepción cosmológica de responsabilidad ética de los estoicos, y gana profundo aliento con el desarrollo del pensamiento cristiano, especialmente considerando la cultura de la igualdad de todos delante de la Creación.

Pero son los modernos quienes darán una configuración más precisa al tema. La cuestión de la dignidad de la persona humana está presente en los debates modernos con la *Oratio de Hominis Dignitate*, del siglo xv (1486), de Giovanni Pico Della Mirandola (*Discurso sobre a dignidade do homem*, 2001, p. 49), cuando se percibe la necesidad de unir la visión del antropocentrismo ascendente con la visión de la autonomía del ser humano a partir de su naturaleza:

Leí en los escritos de los Árabes, venerados padres, que interrogado Abdala Sarraceno sobre cuál sería, a sus ojos, el espectáculo más maravilloso en este escenario del mundo, habría contestado que nada veía más espléndido que el hombre. Con esta sentencia concuerda aquella famosa frase de Hermes: “Gran milagro, oh Asclépio, es el hombre” [*Legi, Patres colendissimi, in Arabum monumentis, interrogatum Abdalam Sarracenum, quid in hac quasi mundana ascaena admirandum maxime spectaretur, nihil spectari homine admirabilius repondisse. Cui sententiae illud Mercurii aadstipulatur: “Magnum, o Asclepi, miraculum est homo”.]*

Entre los modernos, Kant habrá de profundizar esta discusión, tratándola a partir de la idea de igualdad, poniendo ésta en el centro de la discusión respecto de la naturaleza humana racional. En su pensamiento, por lo tanto, la dignidad (*Würde*) proviene de la naturaleza humana racional, en la medida en que significa dominación y capacidad de autoatribución de reglas de comportamiento.¹⁸

De hecho, la dignidad tiene que ver con esta capacidad de ser autónomo, en la medida en que actúa la razón legisladora y moral. Si hay un mundo de los fines absolutos (esfera de lo incondicional, de lo no relativizable, de lo inapreciable), en contraposición al mundo de los fines relativos (esfera del precio, del cambio, de lo útil, de lo variable), la dignidad humana remite a su condición invariable y no valorable, en el sentido de que nadie vale más que nadie, a la inversa

¹⁶ ‘Pueblo’ no es sólo un referencial cuantitativo que se manifiesta el día de la elección y que, como tal, otorga legitimidad democrática al proceso de decisión. Pueblo es también un elemento pluralista para la interpretación que se hace presente de forma legitimadora en el proceso constitucional: como partido político, como opinión científica, como grupo de interés, como ciudadano. Su competencia objetiva para la interpretación constitucional es un derecho de la ciudadanía en el sentido del artículo 33 de la Ley Fundamental (NT 8). De esa forma, los Derechos Fundamentales son parte de la base de legitimación democrática para la interpretación abierta, tanto en lo que se refiere al resultado como con respecto al círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*). En la democracia liberal, el ciudadano es intérprete de la Constitución” (Häberle, *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, op. cit., p. 37).

¹⁷ Cf. Comparato, *A firmação histórica dos direitos humanos*, p. 44.

¹⁸ Cf. Canto-Sperber (coords.), *Dicionário de ética e filosofia moral*, entrada: “dignidad”.



de las cosas *in commercio*. El uso de la ley moral es un uso de la razón legisladora en favor de la *humanidad como fin*, es decir, contraria a la idea de que el hombre se torne instrumento o medio para su realización de fines personales o individualistas (imperativo categórico). En la expresión de su imperativo: “Ahora yo afirmo, el hombre, en general, todo ser racional, *existe como fin en sí mismo, no sólo como medio* para cualquier uso de ésta o de aquella voluntad” (Kant, *Fundamentos da metafísica dos costumes*, p. 78).

Kant es el portal del iluminismo, el punto de apoyo y de partida para algunos de los más grandes pensadores modernos (Hegel, Schelling), y, por lo tanto, referente teórico de la modernidad. En este sentido, la noción de dignidad —constante en su pensamiento— marca en definitiva el universo de las discusiones filosóficas modernas, y, por esta vía, acaba encontrándose dentro de la perspectiva de los valores base de afirmación de la propia modernidad jurídica. El derecho será afectado por esta concepción de dignidad, así como será afectado por la idea de un proyecto cosmopolita de paz perpetua.

El tema de la “dignidad de la persona humana”, por lo tanto, se explica mejor a partir de la modernidad, y así se entrega a la historia contemporánea para convertirse en un principio base de la cultura de los derechos. Sin embargo, el horror de la indignidad, o sea, el conocimiento de la máxima capacidad humana de destrucción de la dignidad (valiéndose de todos los artificios de razón, como la tortura, la tecnología, la ciencia, el urbanismo, la limpieza social, etc.), con la ayuda de la razón, sólo surgiría con la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, marco histórico existencial de un cambio de concepciones que habría de reorientar las políticas internacionales (a partir de la noción de DIDH fundada en la posguerra, con el Tribunal de Núremberg, la formación de la ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos) y las propias concepciones filosóficas del mundo. Por ello, la noción de dignidad parece contestar, en un momento posmoderno de reflexiones, al anuncio de una identidad, o de un término común, entre las diversas ideologías y líneas de pensamiento contemporáneas.

No se trata, por lo tanto, de un tema creado en la posmodernidad (a partir de la desilusión con la razón, en la posguerra), sino de una discusión filosófica ya originada en la modernidad, y que fue, sin embargo,

objeto más reciente de aficción internacional, de comoción mundial y de Derecho positivo internacional solamente en el siglo *xx*, en la posguerra, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, donde se lee: 1º Considerando de la Declaración de 1948: “Considerando que el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables es el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo”; y art. 1º “Todas los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” Para que la expresión pregnase la legislación positiva, fue necesario remover diversos obstáculos y hacer diversos sacrificios para garantizar las condiciones para su inscripción en medio de la cultura afirmativa de los derechos humanos.¹⁹ Desde entonces, se torna criterio de parametrización del sentido del propio Derecho.

5.2. Sentido topográfico de la expresión en el Derecho positivo brasileño

Su entrada en la cultura del Derecho nacional ocurre a partir del texto de la Constitución Federal de 1988, en un periodo de redemocratización y, por lo tanto, de creciente afinación de la cultura del Derecho nacional a la cultura del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), que viene desarrollándose desde su fundación con la Declaración de 1948 como reacción a las atrocidades del nazismo y a los demás efectos de la Segunda Guerra Mundial, que provocó la muerte de millones de seres humanos.

Desde entonces, la idea de “dignidad de la persona humana” es un criterio para determinar y evaluar la legitimidad de la política, de la justicia del Derecho, de las decisiones de relevancia para la humanidad. Gracias a ella fue quedaron atrás siglos de imperio del concepto westfaliano de soberanía, para hacer posible la relativización de la idea de soberanía en nombre de la protección de individuos perseguidos por el poder. Es cierto que, en lo inmediato, se trataba del efecto de una humanidad cansada de los desvaríos provocados por la Segunda Guerra Mundial, que, como reacción, grabó este valor en el centro de la arquitectura de los sistemas jurídicos contemporáneos. Se convierte, desde entonces, en consenso para el sentido común, para la ciencia, para la religión, para la filosofía, influyendo en las declaraciones internacionales (como el “Pacto

¹⁹ Cf. Comparato, *A firmação histórica dos direitos humanos*, p. 44.

La ética de los derechos humanos

internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en su 2o considerando: “Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”, y el “Pacto de San José de Costa Rica”, de 1969, en su artículo 11, parágrafo 1o: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, en las Constituciones actuales y en las legislaciones nacionales.²⁰

En la Constitución Federal de 1988 aparece explícitamente en el artículo 1o, inciso III (“La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: III. la dignidad de la persona humana”), y en los artículos 230 (“La familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de amparar a los ancianos, asegurando su participación en la comunidad, defendiendo su dignidad y bienestar y garantizándoles el derecho a la vida”), 226 (“La familia, base de la sociedad, es objeto de especial protección del Estado. § 7º Fundado en los principios de la dignidad de la persona humana y de la paternidad responsable, la planificación familiar es libre decisión del casado, correspondiendo al Estado propiciar recursos educacionales y científicos para el ejercicio de este derecho, prohibiéndose cualquier forma coactiva por parte de instituciones oficiales o privadas”) y artículo 227 (“Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”), y en la legislación infraconstitucional se modelará de modo explícito también en el Estatuto de los niños y del adolescente, en su artículo 15 (“Los niños y los adolescentes tienen derecho a la libertad, al respeto y a la dignidad como

personas humanas en proceso de desarrollo y como sujetos de derechos civiles, humanos y sociales garantizados en la Constitución y en las leyes”).

Se debe entender, por lo tanto, que la Constitución Federal de 1988 posee un gran potencial transformador de la sociedad brasileña. La Constitución erigió valores guía para la arquitectura del sistema jurídico, entre los cuales se encuentra el principio de la dignidad de la persona humana, establecido en el artículo 1º, inciso III. En este sentido, debe proyectarse como un texto de formación fundamental de la cultura de los derechos humanos dentro de una sociedad pluralista. Su defensa es, a un solo tiempo, la defensa de las propias condiciones de construcción de una sociedad que es capaz de estipular valores comunes y construirlos dentro de un sistema razonable de medidas y parámetros para la arquitectura de la convivencia social.

La tradición constitucional acostumbra neutralizar el potencial transformador de estas reglas al describir las como “Normas de eficacia programática”, o simplemente como “Normas programáticas” —como se les traduce en el uso corriente del lenguaje jurídico—. El peligro de este tipo de concepción es el de anestesiar la perspectiva de sentido incluida por la Constitución, volviendo gran parte de sus normas inocuas, porque no son inmediatamente utilizables para toda una comunidad de intérpretes y beneficiados de las conquistas constitucionales incluidas en los cambios de 1988.

Cuando se considere que la norma que reconoce en el principio de la “dignidad de la persona humana” un aspecto fundamental del funcionamiento de la República Federal del Brasil sea diferente de las otras normas y reglas constitucionales, tal comprensión del sentido del principio reduce por completo la posibilidad de exigir de los intérpretes auténticos del sistema jurídico nacional su aplicación en lo futuro. De ahí la necesidad de hacer una distinción: políticamente, tiene función de programa, y, por eso, su sentido es inagotable —mientras se encuentre vigente la Cons-

²⁰ Se pueden enunciar las demás normas de carácter internacional que expresan el principio: “A) A nivel continental: Convención (Europea) de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades individuales (Roma, 4 de noviembre de 1951); Carta Social Europea (Turín, 18 de octubre de 1961); Convención Americana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969); Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (1982); Declaración Americana de los Derechos y de Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre (París, 1982); B) Convenciones internacionales: Convención para la prevención y la sanción del genocidio (1948); Convención sobre los derechos políticos de la mujer (1953); Convención complementaria sobre abolición de la esclavitud, tráfico de esclavos y prácticas similares a la esclavitud (1956); Convención relativa a la eliminación de toda forma de discriminación racial (1965); Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960); Convención núm. 87 de la OIT relativa a la libertad de asociación y a la protección del derecho de organización sindical (1951); Convención núm. 105 de la OIT relativa a la abolición del trabajo forzoso (1957); Convención núm. 111 de la OIT relativa a la no discriminación en materia de empleo y ocupación (1958)” (Pascual, *Ética de los Derechos Humanos*, 2000, p. 57).

titución, se estará buscando dar dignidad a las personas por la actuación del Estado—; jurídicamente, el artículo 1o, inciso III, de la CF88 no necesita de nada más para volverse norma de pleno valor para el texto constitucional. Como esta norma no limita un derecho, y mucho confiere al sistema una enunciación vinculativa al disfrute de ningún derecho, tiene función estrictamente directiva principiológica para el texto constitucional, de modo que no puede ser interpretada como una norma que presenta un derecho o un deber.

Por lo tanto, como norma que enuncia sólo un principio, como valor guía para el sistema, es norma de plena eficacia, porque se halla inscrita en el texto constitucional y no necesita de ninguna otra que le confiera sentido más preciso. Ningún principio podrá ser restrictivo o definido por legislación infraconstitucional, porque no es tarea del legislador limitar principios ni mucho menos definir el sentido de las normas.

Así, la norma constitucional contenida en el 1o, inciso III, posee sentido pleno, vinculatorio, por lo tanto, de la interpretación constitucional. Intérpretes constitucionales deben tener en esta norma una regla matriz de lectura de la lógica común a toda la Constitución Federal de 1988, y, por eso, están vinculados a esta regla como valor fuente, en la expresión de Miguel Reale, para la interpretación de todos los derechos.

Esta norma puede, en consecuencia, no ser vinculativa de la producción político material de sus efectos concretos inmediatos (porque las metas políticas son siempre inagotables, en búsqueda programática de desarrollo de una sociedad), pero no se le puede separar de la lógica constitucional, enclave axiológico para la garantía de la homogeneidad del texto constitucional, cuyos capítulos se desdoblán a partir de la lógica fundacional del artículo 1o como un todo, en especial del III. Su importancia se debe, por lo tanto, a la transformación producida por la Constitución de 1988, al enunciar los derechos fundamentales antes de las atribuciones del Estado, y al presentar sus principios fundamentales ante todo; el principio de “dignidad de la persona humana” aparece en la apertura del texto constitucional y esto no debe ser, en modo alguno, excluido de una hermenéutica constitucional (como si las normas del “orden económico” o del “orden tributario” fueran válidas sin los principios que inauguran el texto constitucional).

Es, por lo tanto, norma semánticamente vinculativa de la decisión judicial, de las acciones administrativas de Estado, para ser leída e interpretada

junto con las demás previsiones constitucionales e infraconstitucionales, que le dan la característica más específica para la discusión de cada materia. Se lee este principio junto con la norma de derecho positivo que se quiere aplicar al caso concreto, y es de la incumbencia y equilibrio del principio con la norma positiva que surge la conjugación suficiente para la evaluación del caso concreto. La no instrumentalización humana (ética de medios) es lo que guía el orden constitucional, y, mientras el orden constitucional dé abrigo al arbitrio, al abuso, a la dominación, a la barbarie, las decisiones deberán enfrentar el precepto de la dignidad de la persona humana con aquellos otros que lo convierten en obstáculo para el cumplimiento de esta meta.

5.3. Significación e imprecisión de la expresión: contraposición de dos visiones

La expresión es a todas luces una de estas locuciones abiertas, aporéticas, que remiten a una experiencia problemática y, con esto, a una dimensión abierta del lenguaje jurídico, que, en principio, debe conferir “certeza”, “seguridad” y “objetividad”. Entonces, encontrarse con la textura abierta de una expresión que establece un principio como éste parece representar una amenaza a la cohesión y a la precisión del Derecho. De ahí que se olvide la expresión por su inutilidad, como se expulsa lo indefinible al foso de las experiencias “no-registradas” por el conocimiento científico.

Sin embargo, no todo aquello que se refiere a experiencias fundamentales de los seres humanos, aun siendo importantes éstas, remite necesariamente a definiciones precisas. Por ejemplo, el término “justicia” sigue siendo vago, pero no por eso se le excluye del vocabulario de la reflexión de justicia y filosófica (aunque sean múltiples las corrientes, y, por ende, difiera su sentido), y mucho menos descartable de la conjunción de las relaciones sociales (aunque las reivindicaciones relativas a la justicia sean las más variables posibles).

Aunque para los escépticos la imprecisión del concepto “dignidad de la persona humana” representa todo un desafío para la razón, sólo superable por la ignorancia de dicha expresión, redundando ello en la inoperacionalidad de la noción (por la dificultad de conceptualización), por tratarse de un concepto abierto, multívoco, se debe superar esta sensación de “encrucijada” sin dirección, por otra. De hecho, se debe

La ética de los derechos humanos

entender, básicamente, que “la dignidad de la persona humana” es, ante todo, una expresión que sirve como: 1) fundamento del Derecho y del propio Estado; 2) objetivo de las acciones gubernamentales; 3) *télos* de las políticas sociales; 4) principio hermenéutico, en especial por su topografía textual, para todos los derechos humanos y los demás derechos del texto constitucional (justicia social; política legislativa; moralidad administrativa; política económica y tributaria; políticas penitenciarias; etc.); 5) directriz para la legislación infraconstitucional; 6) base para la aplicación judicial de los derechos; 7) punto de partida para la lectura del ordenamiento jurídico; 8) foco de dispersión con el cual debe construirse la protección de la persona humana; 9) núcleo de sentido de las prácticas jurídicas; 10) fundamento para la creación de instrumentos que protejan a la persona humana.

Éste es una especie de resumen de las ambiciones constitucionales, suma ideológica o matriz principiológica que cumple la “pretensión de corrección del derecho”, en la dirección de Alexy. Este concepto, cargado de implicaciones semánticas, contiene en resumen, la suma ideológica, la matriz principiológica de todos los capítulos, tanto del texto constitucional como de cualquier propuesta contenida en el ordenamiento jurídico.²¹ Es, también, el propósito social de cualquier ordenamiento que pretenda alcanzar y fortalecer, a través de las estructuras jurídico-político-sociales, la plena satisfacción de las necesidades físicas, morales, psíquicas y espirituales de la persona humana. Sin embargo, por “dignidad humana” no se debe entender la satisfacción de querencias individuales (o idiosincrásicas), sino de un *minimum* exigible socialmente, capaz, por sus recursos, medios y técnicas, de alcanzar la justicia social. En esta línea, lo que hay es una preocupación por transformar los discursos en acciones, la letra de ley en políticas públicas, las normas pragmáticas en programas de transformación de la sociedad, desde las más intrínsecas limita-

ciones, en el sentido de la afirmación práctica y de la realización de la amplitud de la expresión dignidad de persona humana, a la que se tiene normalmente por mero recurso retórico del legislador constitucional.²²

Aun así, es válido decir que, a pesar de la imprecisión del concepto, éste debe servir como propósito de las acciones gubernamentales y las sociales, en cuanto a la planificación de la persona humana en la convivencia social. La expresión dignidad de la persona humana, por lo tanto, deja de representar un concepto abierto de la Constitución y tiene sentido como *télos* de las políticas sociales, límite que permite diferir lo justo de lo injusto, lo aceptable de lo inaceptable, lo legítimo de lo ilegítimo. Se advierte, con ello, que su importancia se debe al hecho de encontrarse localizada en el principio de la Constitución, lo que muestra su prevalencia hermenéutica en la discusión exegética de sus demás dispositivos.

La dignidad de la persona humana es una expresión de amplio alcance que reúne en su finalidad el espectro de los derechos humanos (que son tratados en el ámbito privado como derechos de la personalidad), el cual se difunde por diversas líneas dogmático-jurídicas, alcanzando: 1) relaciones de consumo; 2) prestación de servicios esenciales por el Estado; 3) cumplimiento de políticas públicas; 4) atención de necesidades sociales; 5) construcción de la justicia social; 6) base de la toma de decisiones en política legislativa; 7) base de la idea de moralidad administrativa y exigibilidad de conducta de los gobernantes; 8) filtro de las políticas económicas y de distribución de recursos (justicia distributiva); 9) base para la aplicación de acciones tendentes al desarrollo de acciones educacionales, urbanas y rurales, penitenciarias, etc. ¿Cómo decir que se trata de una expresión *non sense*? ¿Cómo ver en su amplitud un vacío? ¿Cómo colocarla fuera, si su posición es central?

De su amplitud es que se nutre, por lo tanto, la posibilidad de, por la exigencia lingüística y de los

²¹ Para que se pueda captar la amplitud del sentido de la expresión, se podría afirmar que la dignidad de la persona humana abarca diversas perspectivas: un homicidio es un atentado a la dignidad humana; la miseria es un atentado a la dignidad humana; la marginalidad es un atentado a la dignidad humana; la dependencia físico-psíquica es un atentado a la dignidad humana; la violencia doméstica es un atentado a la dignidad humana; la violencia urbana es un atentado a la dignidad humana; la corrupción es un atentado a la dignidad humana; el desvío de finalidad en las actividades públicas es un atentado a la dignidad humana; las hipótesis generadoras de daños morales son un atentado a la dignidad humana.

²² “El teórico del discurso constitucional, cuando deja en la ambigüedad, la vaguedad, la opacidad o el olvido el contenido significativo de la “dignidad de la persona humana”, pretende atribuir, precisamente por su propia índole, una cruel y premeditada especie de desconsideración al citado valor, permitiendo así el incumplimiento de su compromiso con tal valor, al que se deja vagar por las mallas de la red constitucional, como la expresión ‘dignidad de la persona humana’ fuera una mera figura de retórica” (Löwenthal, “Exame da expressão ‘A dignidade da pessoa humana’ sob o ângulo de uma semiótica jurídica”, *Revista da Universidade Ibirapuera*, vol. 1, núm. 3, diciembre de 2000, p. 28).

juegos de acción históricamente determinados, hacer surgir la definición *in casu* de lo digno y de lo indigno. No se puede definir, precisamente, lo que es “decencia”, y no por eso dejamos de reconocer los casos de decencia o vileza.²³

La persona humana es de verdad el *locus* de esta indeterminación, sobre todo si se considera que la historia de la humanidad todavía no concluye, y que la humanidad todavía anda en pañales en lo relativo a la construcción de las experiencias que marcan sus principios y sus valores centrales.

5.4. Sentido principiológico de la expresión: la ética de los derechos humanos

Una ética de los derechos humanos discurre directamente a partir del principio de la dignidad de la persona humana. De hecho, este principio equivale a un lugar común para el abrigo de todas las generaciones de derechos humanos, desde los de primera hasta los de tercera generación. La justicia no puede considerarse aisladamente, sin el principio de la dignidad humana, así como el poder no puede ejercerse *en contra* de la dignidad humana.²⁴ En realidad, los demás principios y valores que orientan la creación de los derechos nacionales e internacionales se subordinan ante esta identidad común o este *minimum* de los pueblos. La propia Declaración de 1948 le confiere una posición de superioridad ante los demás principios y valores.²⁵ Como referencia motivante de la cultura de los derechos humanos, además de fundamental, este principio tiene validez universal.²⁶ Sólo que, a pesar de su universalidad, su construcción no es fruto de la razón, sino un constructo histórico y, como tal, deberá

someterse a la ampliación del uso de su sentido a contextos históricos de los más variados, en los juegos de realidad y de lenguaje.²⁷

Desprovista de universalismos, la palabra dignidad (del latín *dignitas*)²⁸ parece corresponder a un centro de atención y, por lo tanto, a un centro convergente de ideas y preocupaciones sociales, en medio de las dispersiones posmodernas, donde el carácter destacado que se le ha dado reitera la importancia de la conquista histórica de los derechos fundamentales.²⁹ Pensar en la perspectiva que se abre para el siglo XXI es pensar en que la dignidad pasa a recuperar su valor, su sentido, recomponiéndose para formar parte del discurso jurídico del milenio que irrumpe ya, marcado por innumerables violaciones a los derechos fundamentales de la persona humana.

De hecho, la obligada observación del momento permite decir que la persona humana es puesta nuevamente en el centro de atención, y su valoración recupera foros de decencia social mínima, ampliando la temática de la dignidad de la persona humana, como *télos* del propio ordenamiento jurídico o como criterio de cualquier idea o forma de justicia.³⁰ No es que esto sea una realidad práctica efectiva, pero se percibe un cambio en las preocupaciones de los propios juristas y los estudiosos de cuestiones jurídicas.

Fueron necesarias violaciones, experiencias de indignidad, prácticas de explotación de la condición humana, para que la propia noción de dignidad surgiera un poco más clara a los ojos del pensamiento contemporáneo. “El sufrimiento como matriz de la comprensión del mundo y de los hombres, según la concepción luminosa de la sabiduría griega, vino a profundizar la afirmación histórica de los derechos

²³ “Son las vidas ejemplares que nos enseñan a distinguir la decencia de la vileza” (Prefacio de Jurandir Freire da Costa a *Agnes Heller: entrevista por Francisco Ortega*, 2002, p. 14).

²⁴ “La dignidad humana sería el valor fundante básico. Y la libertad (la igualdad, la solidaridad), la justicia y la paz serían valores cofundantes, coadyuvantes” (Pascual, *Ética de los derechos humanos*, 2000, p. 53).

²⁵ Cf. Pascual, *Ética de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 26.

²⁶ “La conclusión es clara: la dignidad humana es un ideal universal” (Pascual, *op. cit.*, p. 31). Y, también: “La dignidad humana es claramente la referencia motivante de los derechos humanos” (Pascual, *op. cit.*, p. 37).

²⁷ “Conclusión para pasar al concepto de los derechos humanos: los derechos humanos tienen una historia, son producto de la historia, son una construcción histórica. No tienen nada de eterno ni de perenne” (Pascual, *op. cit.*, p. 50).

²⁸ Las frases siguientes ilustran la idea central de lo digno, o sea, lo meritorio, lo merecedor de algo, en contraposición a la idea de lo indigno: “nadie es digno de esta pena” (merecimiento); “esto es digno de alabanza” (merecimiento); “esta acción es digna de aplausos” (merecimiento); “Tú no eres digno de este favor” (no merecimiento); “esta persona no es digna de piedad” (no merecimiento). Y más: “tú mereces lo que es digno”; “esto es digno de un príncipe”; “este día es digno de un viaje”.

²⁹ Al respecto, véase *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, 1999.

³⁰ “La dignidad es el fin. La juridicidad de la norma positiva consiste en reconocer que, finalmente, ella se establece para ese fin. Y si no se establece, no es legítima. La razón jurídica se resuelve en una determinada condición humana en que cada individuo es, para la humanidad, lo que una hora es para el tiempo: parte universal y concreta del todo indisoluble” (Felippe, *Razão jurídica e dignidade humana*, 1996, p. 100).

humanos”, afirma Comparato.³¹ Parece que la personalidad recupera el espacio perdido en los desvaríos de la ética de las últimas décadas del siglo xx, y del largo proceso que dio origen al nihilismo, al tecnicismo, al cientificismo y a la relativización absoluta de todos los valores. En pocas palabras, la idea de personalidad parece recuperar su sentido pleno, rellenando el hueco de las experiencias asépticas y materialistas del tecnologicismo del siglo xx, e invadiendo las diversas líneas de pensamiento ocupadas con los desvaríos de la historia contemporánea.

Los discursos que se afinan y depuran en la aurora del siglo xxi se apresuran en proteger, conocer, manifestar, en una palabra dignificar la personalidad humana, no en actitud de idolatría, sino en actitud de autoconocimiento, al estilo socrático (*gnoûth autos*, gr., “conócete a tí mismo”), verdadero camino para la comprensión del yo, una vía para el entendimiento del otro, de sus querencias y derechos, y de la sociedad, de su mecánica y finalidad. Esta situación sintomática de comunión y afinidad de los discursos (de la ciencia, de la religión, del sentido común, del arte, de la filosofía, del esoterismo, de las dogmáticas jurídicas...) corresponde a un estado del espíritu de humanidad, cansada de los modelos que originaron el agotamiento de los valores del final del siglo xx, sedienta de cambios. Es posible entrever cambios cuando el desarrollo de las naciones y de los pueblos se da en la misma medida que la evolución y expansión de la conciencia ética: “Hay una base firme de esperanza sobre la cual asentar los esfuerzos en vistas de la protección de la dignidad humana: es el fortalecimiento general de la conciencia ética” (Comparato, p. 411).

6. La “dignidad de la persona humana” en una sociedad abierta y pluralista

Si la *mínima moralía* de los derechos humanos resulta de la idea de dignidad, ésta debe ser fundamento para la construcción de una sociedad abierta y pluralista, empezando por la necesidad de superación de las dicotomías clásicas (competencia constitucional y legitimidad procesal, Estado y sociedad civil, Derecho público e interés privado, etc.) que dividen y atra-

viesan el escenario jurídico rumbo a la construcción de una concepción según la cual la hermenéutica se encuentra al servicio de los intereses preponderantes del propio pueblo. Una sociedad abierta y pluralista presupone, ante todo, que sus valores no estén estancados, y mucho menos controlados de modo centralizado solamente por la comprensión y por la visión de mundo de autoridades de Estado.

El valor de la “dignidad de la persona humana” como parte de la cultura de una sociedad abierta y pluralista presupone no sólo la preponderancia de esta visión sobre los otros valores (aquél que podría ser la regla común de todos los derechos humanos), sino que sus valores, consagrados incluso a través de normas jurídicas, siendo una de ellas y la de mayor importancia la Constitución (y su función especular de la sociedad pluralista),³² estén en permanente proceso de cambio intersubjetivo, que pertenezcan al nivel de diálogo común intercomunicativo (de un *actuar-en-común alrededor* de principios), que comparezcan en el espacio público para su crítica y discusión, para que estén de acuerdo con una ética del actuar comunicativo (Habermas).

Esto es lo que demanda que una sociedad pluralista tenga sus valores, especialmente cuando son dignificados por la positivización jurídica en la condición de principios (como el caso del principio de la “dignidad de la persona humana”) o normas de carácter constitucional (como la expropiación, por interés social para fines de la reforma agraria, del artículo 184 de la CF 88), considerada la situación de su consagración como derechos fundamentales (como el derecho a la tutela jurisdiccional de los derechos, artículo 5o, inciso XXXV, de la CF 88), abiertos no sólo al debate público, de acuerdo con una ética del actuar comunicativo (Habermas), sino a una amplia interpretación por parte de los agentes sociales. No sólo la interpretación auténtica, en el sentido kelseniano, definirá el sentido de las normas del ordenamiento, sino un conglomerado de juegos continuos de lenguaje (Wittgenstein), que hará que con el cambio permanente de estas interpretaciones la Constitución se transforme en un documento formal del Estado (legislador) para el Estado (juez), y en un documento real, del Estado

³¹ Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 1999, p. 44.

³² “La Constitución es, en este sentido, un espejo de la publicidad y de la realidad (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ella no es, sin embargo, solamente el espejo. Es, si se permite una metáfora, la propia fuente de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ella tiene, por lo tanto, una función directiva eminente” (Häberle, *Hermenéutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*, 2002, p. 34).

(legislador), para la sociedad (agentes sociales), y de la sociedad (agentes sociales) para el Estado (juez).

En estas condiciones, es posible que el Estado de Derecho cambie a un Estado Constitucional (Häberle).³³ A pesar de que, por lo común, las expresiones reciben un tratamiento equivalente, utilizándose incluso como sinónimos,³⁴ es posible distinguir las identificando en el Estado de Derecho un tipo específico de Estado, acuñado en la lógica del legalismo burgués, sustentado por el naciente naturalismo iluminista (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant) e inspirado en el ideario liberal centrado en las ideas de propiedad y libertad, desarrollado bajo la cultura decimonónica del positivismo jurídico y de la ciencia dogmática (*Rechtswissenschaft*), y que habría de encontrar sus primeras modificaciones en los debates de carácter social y reivindicativo que produjeron la idea de un Estado Social o de Bienestar Social. Su obsolescencia contemporánea no sólo es notoria; por sistema, es necesario que su superación histórica se produzca en la identificación de nuevos paradigmas de gobierno del sistema jurídico; en la transición paradigmática, se debe considerar la importancia de una transición del legalismo (Estado de Derecho) al constitucionalismo (Estado Constitucional).³⁵ Una cultura que implica este proceso de superación de las condiciones de limitación autoimpuestas a partir de la propia dialéctica de las ideas en la historia, es lo que marca el creciente mecanismo de revisión de la cultura político jurídica prevaleciente a fin de que se fijen las bases de desarrollo de un Estado constitucional (Pérez Luño).³⁶

En esa línea de raciocinio, caminar en dirección al Estado constitucional significa ampliar la función política de la jurisdicción, es decir, hacer propias las

críticas al Estado de Derechos, tales como el rigor deductivista de la legalidad y la limitación del positivismo jurídico, para constituirlo no como el único intérprete del ordenamiento jurídico y menos aún como el intérprete que parte del Código de Derecho Privado para comprender el sistema jurídico.³⁷ Se trata de comprender que la función política del Poder Judicial es la que traslada su función de aplicador del sistema codificado (juez como *bouche de la loi*) a la politización del sentido de las metas sociales, de las ambiciones axiológicas, de las finalidades políticas escogidas, contenidas en la dinámica de una Constitución de carácter pluralista y democrático.

7. Balance teórico: la dignidad de la persona humana como legado moderno en la postmodernidad

Como balance teórico de lo que se ha de discutir en esta propuesta de raciocinio sobre una hermenéutica constitucional centrada en el principio de la dignidad de la persona humana, dado el compromiso que el texto constitucional mantiene con la necesidad de garantizar el ejercicio de la conciencia ética, se puede afirmar que la expresión traduce, en su totalidad, la necesidad de demanda de justicia, relativa a las aflicciones humanas (miseria, injusticia, sufrimiento, explotación, desvío, tergiversación, corrupción, degradación...), y que, sólo por ello, puede ser ésta una expresión fundamental para la cultura de los derechos —la cual se dedica a identificar y proteger valores que sean construidos históricamente a partir de las propias debilidades del trato común de las cosas y de la vida social—.

³³ Cito a Häberle a partir de los comentarios y críticas de Pérez Luño: “Frente al formalismo caracterizador del Estado de derecho, Häberle sostiene que en un Estado constitucional la Constitución no aparece entendida sólo como un conjunto de formas normativas, sino también como la expresión de cierto estado de desarrollo cultural, como la representación cultural de un determinado pueblo y como el espejo de su propio legado cultural y el fundamento de sus aspiraciones y proyectos de futuro” (Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, 2002, p. 83).

³⁴ Como ocurre, por ejemplo, en España, según Pérez Luño: “En la doctrina española mayoritariamente, los términos ‘Estado de derecho’ y ‘Estado constitucional’ han sido utilizados de forma indistinta (Luque, 1977; Agapito, 1989; Nieto, 1996; Ferriz, 1993)” (Luño, *La Universalidad de los Derechos Humanos*, 2002, p. 58).

³⁵ “En definitiva, para Häberle, el Estado constitucional es el tipo-ideal de Estado propio de sociedad abierta: *Verfassungsstaat ist idealtypisch der Staat der offenen Gesellschaft* (1980, 289). Frente al formalismo caracterizador del Estado de Derecho, Häberle sostiene que en un Estado constitucional la Constitución no aparece entendida sólo como un conjunto de formas normativas, sino también como la expresión de cierto estado de desarrollo cultural, como la representación cultural de un determinado pueblo y como el espejo de su propio legado cultural y el fundamento de sus aspiraciones y proyectos de futuro. La dimensión cultural de las constituciones, entendidas como algo vivo, es una realidad conformada en gran parte por los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta. Las constituciones son aspectos básicos de la expresión y transmisión de la cultura y, por lo tanto, son vehículos idóneos para la reproducción y recepción de experiencias culturales y soluciones jurídico-políticas. De ahí la importancia que Häberle atribuye a los preámbulos y a los símbolos constitucionales en cuanto señas de identidad y elementos definitorios de la sociedad abierta sobre la que se construye todo Estado constitucional (1982; 1987; 1994; *cf.*: Verdú, 1993; Luño, 1995)” (Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, 2002, p. 96).

³⁶ *Cf.* Pérez Luño, *op. cit.*, p. 97.

³⁷ Véase, al respecto, Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 1997.

La ética de los derechos humanos

Las vivencias más significativas del siglo *xx* trajeron consigo la necesidad de esculpir como norma fundadora del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la Declaración de 1948, artículo 1o, aquella que identifica en la “dignidad de la persona humana” el centro dispersor de los demás valores que deben ser protegidos en la órbita internacional. Si la positivización se da en el siglo *xx*, esta idea viene desarrollándose desde antes en el proceso de afirmación de los valores de la cultura occidental, de la tradición judía cristiana, sobre todo a partir del momento en que la identidad de esa concepción encuentra en la modernidad, en el pensamiento de Kant, su gran expresión.

En el presente contexto sociocultural, de profundos cambios de paradigmas, marcado por la creciente sensación de inseguridad (*Unsicherheit; incertezza; précarité*), el concepto “dignidad de la persona humana”, sin pretensión alguna de universalismo y absolutismo semántico ontológico, puede servir como una referencia importante en el sentido de la protección de valores fundamentales conquistados durante la trayectoria de la propia humanidad. Abdicar de esta conquista sería tan irracional como abdicar de la propia civilización en nombre de la barbarie.

Si hay algún sentido en las reivindicaciones postmodernas, es en que se ha vuelto necesario *repensar* la modernidad. Sin embargo, *repensar* la modernidad no significa abdicar de sus conquistas y de todos sus valores; no porque se hayan formado frente a la afirmación de la modernidad, como expresión del liberalismo burgués, es que los derechos humanos deban hoy ser rechazados, con el pretexto de rechazar valores liberales. Es imprescindible conjugar estas conquistas con la necesidad de afirmar una cultura de la efectivización de estos derechos fundamentales (en sus diversas proyecciones), como único mecanismo para, a partir de un único y mismo suelo fundamental, dar espacio a la protección de la dignidad de la persona humana. La toma de posición ante la modernidad no significa, por lo tanto, abdicar de las conquistas modernas, sino *revalorarlas* a la luz de las experiencias posmodernas, con vistas a romper con la modernidad injusta (explotadora, alienadora, acumulativa, individualista...), y realizar con efectividad los aspectos positivos de la modernidad justa (de los derechos, del cosmopolitismo, de la solidaridad, de la protección social).

En este sentido, nuestra preocupación se encuentra menos dispuesta al ejercicio de una concepción pos-

moderna folclórica, a la de aquellos que desean una ruptura radical con todos modelos actuales, dando entrada a una concepción de ruptura y reevaluación consciente de la modernidad, con el objetivo de valorizar perspectivas válidas de la modernidad y criticar las perspectivas inválidas de la experiencia de la modernidad (tecnologismo, alienación, progresismo, aceleración capitalista...). Se trata de pensar que una parte del ideario del Iluminismo quedó atrás, que fue absorbido por las trampas de la racionalidad instrumental, como indican Horkheimer y Adorno; es en esta parte donde debe encontrarse la idea de “dignidad de la persona humana” (*Würde*), sugerida por Kant en su pensamiento (*Fundamentación de la metafísica de los costumbres*), como lo no alcanzado y lo no cumplido de la lógica de la modernidad.

Se trata, quizá, del mejor legado de la modernidad, que debe actualizarse para la realidad contextual en que se vive, en la medida en que se asume esta discusión no como debate de fondo ontológico, sino como el único de los consensos posibles en la posmodernidad, y esto sin recurrir a las bases metafísicas y trascendentales premodernas, o racionales y contractualistas modernas. Así, si hay que apostar por un sentido del mundo, por un sentido del Derecho, por una perspectiva, en medio de tantas contradicciones, incertidumbres, inseguridades, distorsiones y transformaciones posmodernas, este sentido viene de la noción de dignidad de la persona humana: “El hombre persona y su dignidad es el presupuesto decisivo, el valor fundamental y el fin último que llena la inteligibilidad del mundo humano de nuestro tiempo” (Castanheira Neves, *O direito hoje e com que sentido?*, 2002, p. 69).

Aún más, el concepto dignidad de la persona humana no se puede traducir en un absoluto (fin) que admita en su nombre todo tipo de explotación, exproliación, dominación (medio), para que se le busque y se le respete. Los absolutos fueron tácticas de la modernidad que se agotaron a lo largo de las últimas experiencias del siglo *xx*, que únicamente acarrearón hambre, miseria, prisión, odio e imperialismo. Se trataría, en este caso, de una inaceptable ética de fines. Una concepción de dignidad cultural de la persona humana (versión posmoderna de la idea de dignidad) se está fermentando en pleno vientre de los conflictos más cruentos (atentados del 11 de septiembre, invasión de Irak, atentados de Londres) para la afirmación de la lógica de la dignidad universal de la persona humana (versión moderna de la idea de dignidad).

La concepción que se propone para la importancia de la expresión dignidad de la persona humana, sobre todo en la posmodernidad, pasa por una comprensión no unilateral de las culturas, y menos centrada en la cultura occidental, sino por la idea de que la afirmación de la persona humana, en territorios con amplias distinciones culturales regionales, como Brasil,³⁸ o, proyectándose hacia fuera del territorio del Estado, para alcanzar el plano de las relaciones entre los pueblos, pasa por un profundo respeto de la diferencia, así como por la afirmación de la multiculturalidad y de la relatividad de las concepciones de dignidad, como una manera de que se realicen valores con preocupaciones con la misma forma.³⁹

Sólo hay dignidad, por lo tanto, cuando la propia condición humana es entendida, comprendida y respetada en sus diversas dimensiones, lo cual implica, necesariamente, la expansión de la conciencia ética como práctica noche y día de respeto a la persona humana. Se trata de un ideal y, como todo ideal, un objetivo visto antes de ser alcanzado, pero no por ello un ideal utópico, porque depende de los propios seres humanos, pudiendo consagrarse como un valor digno de ser perseguido y ansiado, simplemente porque (parodiando a Nietzsche) se trata de algo “humano, demasiado humano”.⁴⁰

Bibliografía

- Aragão, S., *Direitos humanos na ordem mundial*, Río de Janeiro, Editora Forense, 2000.
- Bauman, Z., *Ética pós-moderna*, trad. João Rezende Costa, São Paulo, Paulus, 1997.
- , *Em busca da política*, trad. Marcus Penchel, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2000.
- Bercovici, G., *Desigualdades regionais, estado e constituição*, São Paulo, Max Limonad, 2003.

- Bittar, C.A., *Os direitos da personalidade*, 5ª ed. revisada y actualizada, Río de Janeiro, Forense Universitária, 2001.
- Bittar, Eduardo C.B., *O direito na pós-modernidade*, Río de Janeiro, Forense Universitária, 2005.
- , *Linguagem jurídica*, São Paulo, Saraiva, 2002.
- Callejón, M.L.B., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- Canto-Sperber, M. (coord.), *Dicionário de ética e filosofia moral*, trad. Ana Maria Ribeiro, Magda França Lopes, Maria Vitória Kessler de Sá Brito y Paulo Neves, Río Grande do Sul, Editora Unisinos, 2003.
- Castanheira Neves, A., “A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- , *¿O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2002.
- Comparato, F., *A construção histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 1999.
- Eco, Umberto, *Semiótica e filosofia da linguagem*, trad. Mariarosaria Fabris y José Luiz Fiorin, São Paulo, Ática, 1991.
- , *Tratado geral de semiótica*, 2ª ed., São Paulo, Perspectiva, 1991.
- , *Interpretação e superinterpretação*, trad. Martins Fontes, São Paulo, Martins Fontes, 1993.
- , *Opera aperta: forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee*, Milán, Bompiani, 1993.
- , *Os limites da interpretação*, São Paulo, Perspectiva, 1995.
- Felippe, M.S., *Razão jurídica e dignidade humana*, São Paulo, Max Limonad, 1996.

³⁸ Este choque viene siendo tematizado incluso como un choque cultural entre miembros de un mismo Estado, donde las concepciones de cultura y dignidad también son distintas, registra Boaventura: “La relación entre globalización y multiculturalismo es, de esta forma, ambigua. En cierto nivel, la globalización pone en contacto diferentes culturas. Bien por medio de la creación y organización de Estados que, durante el colonialismo, reunieron diversos pueblos bajo una soberanía y fronteras comunes, bien por medio de las migraciones más contemporáneas, ella condujo al desarrollo de Estados y sociedades multiculturales. Lo mismo que, dentro de un Estado, la globalización refuerza los contactos entre sus pueblos (en la medida en que la frontera del mercado se mueve en búsqueda de materias primas), trayendo así muchos pueblos inactivos a la esfera general del Estado. La actual preocupación por la identidad, estimulada en gran parte por la globalización, cobró preeminencia e identidad en Estados que tendían a verse a sí mismos como étnica y culturalmente homogéneos, dando así un nuevo impulso al multiculturalismo. Esto altera el contexto en el cual opera el multiculturalismo, atrayéndolo dentro de los límites de los Estados, en vez de ser un choque/relación entre áreas geográficas amplias y dispares. Algunos de los debates más intensos e interesantes sobre el multiculturalismo ocurren ahora dentro de las fronteras de un Estado, relacionados con la existencia de las dos comunidades” (Santos, *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, 2003, p. 518).

³⁹ Esta lección está inspirada en la propuesta de Boaventura de Souza Santos, *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, 2003, pp. 438-443.

⁴⁰ Alusión al título de su conocida obra “Humano, demasiado humano” (*Menschliches, Allzumenschliches*).

La ética de los derechos humanos

- Ferraz Junior, T.S., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo, Atlas, 1988.
- Ferreira, W.J., *Direitos e garantias individuais*, São Paulo, Edipro, 1997.
- Häberle, P., *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002.
- Heller, A., *Agnes Heller entrevistada por Francisco Ortega*, Rio de Janeiro, Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2002.
- Kant, I., *Fundamentos da metafísica dos costumes*, trad. Lourival de Queiroz Henkel, São Paulo, Edipro, 2000.
- Kristeva, J., *Semiotica 1*, 2ª ed., trad. José Martin Arancibia, Madrid, Fundamentos, 1981.
- , *Semiotica 2*, 2ª ed., trad. José Martin Arancibia, Madrid, Fundamentos, 1981.
- Landowski, E., "Pour une approche sémiotique et narrative du droit", *Droit prospectif, Revue de Recherche Juridique*, Colloque International de Sémiotique Juridique, Aix-en-Provence, 11-13 de marzo, Presses Universitaires de Aix-en-Provence, 1986-2.
- , "Vérité et vérité en droit", *Le discours juridique: langage, signification et valeurs, Droit et société: Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, núm. 8, 1988.
- , "La découverte du sens en droit: un point de vue sémiotique", *La découverte du sens en droit*, François Paychère (ed.), Association Française de Philosophie du droit, Rencontre Annuelle, 5 de abril de 1991, Archives de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, núm. 48, Stuttgart, Franz Steiner, 1992.
- , "Statut et pratiques du texte juridique", en Danièle Bourcier y Pierre Mackay (dirs.), *Lire le droit: langue, texte, cognition*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence; CNRS, París, 1992.
- Löwenthal, A.M.V., "Exame da expressão 'A dignidade da pessoa humana' sob o ângulo de uma semiótica jurídica", *Revista da Universidade Ibirapuera*, vol. 1, núm. 3, diciembre de 2000.
- Mirandolla, Giovanni Pico Della, *Discurso sobre a dignidade do homem*, trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho, Lisboa, Edições 70, 2001.
- Moraes, A. de, *Direitos humanos fundamentais*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2000.
- Pascual, J.R. Moncho i, *Ética de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2000.
- Pérez Luño, A.E., *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Madrid, Tecnos, 2002.
- Pinsky, J., y Pinsky, C.B. (coords.), *História da cidadania*, São Paulo, Contexto, 2003.
- Programa Nacional de Direitos Humanos, Brasília, Presidência da República, Secretaria de Comunicação Social, Ministério da Justiça, 1996.
- Purvin de Figueiredo, G.J., *Direitos da pessoa portadora de deficiência*, año 1, núm. 1, Advocacia Pública e Sociedade, São Paulo, Max Limonad, 1997.
- Rastier, F., "Sur les structures de la signification: note sur la théorie sémiotique de A. J. Greimas", en Eric Landowski (dir.), *Le Bulletin du Groupe de Recherches Sémio-linguistiques: le carré sémiotique*, núm. 17, EHESS/CNRS, París, marzo de 1981.
- , *Sens et textualité*, París, Hachette, 1989.
- Ricoeur, P., "La grammaire narrative de Greimas", en A.J. Greimas (dir.), *Documents de recherche du Groupe de recherches semio-linguistiques de l'Institut de Langue Française*, núm. 15, París, EHESS/CNRS, 1980.
- , "Entre herméneutique et sémiotique", en A.J. Greimas (dir.), *Nouveaux Actes Sémiotiques*, núm. 07, Limoges, Presses Universitaires de l'Université de Limoges, 1990.
- Silva, R.B. Tavares da, "A dignidade da pessoa humana: princípio fundamental de direito constitucional e de direito de família", en Eduardo C.B. Bittar y Silmara Juny Chinelato (coords.), *Estudos de Direito de Autor, Direito da personalidade, Direito do consumidor e danas morais, Estudos em homenagem a Carlos Alberto Bittar*, Rio de Janeiro, Forense Universitária.
- Sousa Santos, B. de, *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, São Paulo, Difel, 2003.
- , *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 9ª ed., São Paulo, Cortez, 2003.
- , *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, São Paulo, Civilização Brasileira, 2003.
- Souto, C., y Falcão, J., *Sociologia e direito*, São Paulo, Pioneira; Thompson Learning, 2002.
- Universidade de São Paulo, *Os direitos humanos no Brasil*. Universidade de São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência e Comissão Teotônio Vilela, São Paulo, NEV; CTV, 1995.



Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal



Alexis Couto de Brito

Universidad Mackenzie, en São Paulo, Brasil

RESUMEN: La composición de la sociedad moderna apunta a la necesidad de una mayor atención al estudio del Derecho penal, sus funciones y su legitimación. El actual desarrollo de las ciencias y las artes con mucho énfasis en el campo tecnológico, en el momento en que vivimos, y el que se puede alcanzar en un futuro muy próximo, pone de relieve la necesidad de una evolución metodológica para nuestra ciencia. Las desventajas de utilizar un concepto personal de bien jurídico, hermético y definido a priori impide el desarrollo de la dogmática penal y el debate sobre el ámbito de actuación del Derecho penal, lo que compromete el propio concepto y lo vacía de significado dogmático, tanto en el estudio de los tipos delictivos aislados y protectores de intereses individuales como para la aplicación del Derecho penal también a realidades supraindividuales. El desarrollo de un concepto dinámico y funcional de bien jurídico penal definido a posteriori puede ser una salida para el mantenimiento y la limitación de la función del Derecho penal como protector de los bienes jurídicos-penales.

PALABRAS CLAVE: Bien jurídico penal, función del Derecho Penal, lesión, peligro y ofensa al bien jurídico, consideración a priori y a posteriori del bien jurídico penal.

ABSTRACT: The composition of modern society points to the need for significant care in the study of criminal law, its role and legitimacy. Current advances of the *lex artis* and sciences, with emphasis on the technological field, witnessed in the time we live in and that may be purchased in the very near future, demonstrate the need for development of the methodology of our science. The disadvantage of a concept of a very personal matter as the aim of criminal protection and absolutely defined a priori, prevents the development of criminal dogmatic and the debate about the scope of action of the Criminal Law, compromising the concept and emptying it of meaning in both the study of isolated criminal types and protectors of individual realities as in wishing the application of criminal law also collective realities. The elaboration of a dynamic and functional concept of the protect object, defined a posteriori may be an outlet for the maintenance and limitation of function of Criminal Law as a protector of goods.

KEY WORDS: The aim of criminal protection, criminal goods, function of the Criminal Law, injury, danger and offense, consideration a priori and a posteriori of an offense.

SUMARIO: I. Contribuciones iniciales y críticas sobre el concepto material o personal. II. Posición crítica. III. Conclusión.

I. Contribuciones iniciales y críticas sobre el concepto material o personal

El Derecho penal tiene como *primera función* la tarea de proteger bienes jurídicos. Sin embargo, esta tarea sólo puede llevarse a cabo a través de su *segunda función*: la motivación de todos los ciudadanos para que se abstengan de cometer actos delictivos. En resumen, *se persigue la motivación de los ciudadanos para evitar lesiones de bienes jurídicos*.¹ Esta premisa parece poseer un consenso teórico, aunque la explicación de las expresiones que la definen cambia perturbadoramente. Mi intención es tratar sólo de la primera afirmación: la función del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos. La segunda, que creo debe plantearse dentro de la teoría de las normas, quedará para otro momento.

Se atribuye a Birnbaum la creación del concepto de bien jurídico,² a diferencia de Feuerbach³ que sostenía que el objeto de protección del Derecho penal eran los propios Derechos. La visión clásica de bien jurídico —cuyo mayor exponente ha sido von Liszt— lo define como el (los) interés(es) protegido(s) por la ley penal, y se advierte que no se trata de un bien del Derecho, sino de un bien de los hombres reconocido por el Derecho. Todos los bienes jurídicos serían intereses vitales, de los individuos o de la sociedad.⁴ Lo restringido de este punto de vista, justificado en el momento de su formulación, sólo concebía al bien jurídico como un interés concreto e identificable, y que se prestaba a concretar, en una teoría del delito de perfil causalista, la imputación de los resultados a la lesión de un bien material por el simple movimiento del cuerpo de un individuo.

Si bien es cierto que la vida en sociedad, como resultado de la naturaleza social de los seres humanos, supone que aquella debe ser protegida en cuanto autorrealización interpersonal de sus miembros. Esta autorrealización necesita ciertas condiciones previas

existenciales que, al tener beneficios para el hombre, se llaman “bienes”, y al ser objeto de una protección legal, son “bienes jurídicos”. Sin embargo, esto no se limita al ámbito criminal. Decir que la ley penal protege bienes jurídicos no añade nada para desentrañar su función, pues todas las ramas del Derecho protegen bienes jurídicos. Tampoco es suficiente simplemente añadir criterios tales como la subsidiariedad para justificar la incidencia criminal. La subsidiariedad debe ser un objetivo de exclusión dentro de un discurso particular, dado que la decisión acerca de la intervención del Derecho penal no se puede limitar al valor o grado de eficacia de otros órdenes normativos. Si es así, deberían ser criminalizados muchos comportamientos hoy fuera del Derecho penal, que evidentemente no están siendo protegidos adecuadamente por otras ramas del Derecho.⁵

Ahora bien, tanto en otros momentos históricos como en la sociedad moderna, el bien jurídico era y sigue siendo estudiado a fondo por todas las otras áreas y, en muchos casos, incluso con carácter previo al Derecho penal. Aún así, el penalista analiza la calidad o capacidad del bien jurídico en otros ámbitos de actuación y pone en duda ciertas materias que desde hace tiempo y con base en una serie de principios rectores están reconocidas como realidades valiosas y necesitadas de protección para la mayoría de los ciudadanos. Por ejemplo, los autores que defienden la teoría personalísima del bien jurídico como Hohmann y Hassemer hacen esto incluso negando la calidad de bien jurídico al medio ambiente, ampliamente reconocido como algo valioso principalmente por las constituciones de varios países.⁶ Una concepción personal del bien jurídico otorga este carácter a hechos reales capaces de ser lesionados, que en ciertas situaciones histórico-culturales son reconocidos como presupuestos y condiciones para el desarrollo personal, es decir, siempre conectados directamente a una persona. Esta definición del bien jurídico surge de un análisis de las diversas teorías crítico-sistemáticas. También se

¹ Cfr. Ferré Olivé, Núñez Paz, Terra de Oliveira y Couto de Brito, *Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, 2011, p. 76.

² “Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehenkränkung”, *NArchCrimR*, Halle, 1834, p. 171: “es esencial que cuando se quiere considerar el delito como lesión, este concepto naturalmente no se refiera a un derecho, sino a un bien”. Sobre la evolución histórica del bien jurídico, Manuel A. Abanto Vásquez, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista Penal*, núm. 18, Valencia, 2006, pp. 3-11, con amplia bibliografía.

³ Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 5ª ed., Giessen, 1812 (§ 21), pp. 23-24: “una acción contraria al derecho de otro y amenazada con pena”.

⁴ Franz von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, 18ª ed., vol. 2, Madrid, 1914, p. 2.

⁵ Navarro Cardoso, Fernando, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho Penal*, Madrid, 2001, p. 91.

⁶ Crítico a ese respecto, Frisch, Wolfgang, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003, p. 220.



caracteriza en gran medida por la comprensión de un modelo de Estado y de Derecho que miran al hombre y a su realización.⁷ La referencia personal del bien jurídico abarca la comprensión de la persona como punto de partida y de mayor valor. Este entendimiento se basa en la dignidad de la persona que considera a los seres humanos como individuos que se presentan como seres integrados en la sociedad, pero determinados por una realización personal libre.⁸

Una concepción material de bien jurídico ha tenido su importancia en determinado momento histórico del Derecho penal alemán —irradiado a varios países— en un intento de prohibir la creación de delitos que no sirven para la protección de bienes concretos, que sólo tenían el fin de prevenir y sancionar conductas recurriendo a criterios morales.⁹ En la actualidad, en un Estado democrático pluralista no se justifica la protección de las convicciones particulares, para no confundir moralidad y Derecho. El mantenimiento del pensamiento científico en la protección individual (concepto personal del bien jurídico) es precisamente lo que, según Stratenwerth, retrata al hombre como dirigido únicamente a su propio bienestar como *homo economicus*. Superada esta perspectiva, es incuestionable la protección de otros valores que van más allá del individuo y que se refieren a la totalidad de su visión del mundo.¹⁰

Lo que se aprecia es la fragilidad de un concepto personal de bien jurídico, la propia limitación del concepto material de bien jurídico para servir de referencia a todo el Derecho penal.

Parto del presupuesto de que no existe un concepto material de bien jurídico penal que sirva de refugio seguro al sistema criminal. Lo que existe es el de-

sarrollo —en ciertos momentos y en determinadas sociedades, muy diferentes— de ciertos núcleos de bienes, intereses y valoraciones. Por lo tanto, lo que puede o no ser llamado bien jurídico depende de la respectiva sociedad, su Constitución, modelos y condiciones sociales. La teoría del bien jurídico que tiene la función de limitar la aplicación del Derecho penal y vincular tal teoría a un bien material permite que pueda funcionar exactamente en contra de su intención, es decir, legitimando la función del Derecho penal en asuntos que no le conciernen. Según el concepto clásico de la teoría, si no existe una referencia convincente a lo que ha sido seleccionado como bien jurídico, la punibilidad no es legítima, aunque para esa sociedad en particular esa referencia del mundo de la vida debiera ser protegida, incluso recurriendo a sanciones más severas.

El concepto de bien jurídico, tal como fue forjado por la doctrina tradicional, poco rinde y poco resuelve en relación con los problemas complejos del Derecho penal, y termina siendo útil sólo para resolver problemas periféricos, en los que este déficit no repercute seriamente, porque todos o la mayoría de los miembros de la sociedad están de acuerdo en los valores elegidos. En los delitos como el homicidio o las lesiones, el uso del concepto se conecta a otros elementos de carácter subjetivo, en particular para establecer si, y qué delito se ha consumado.

A esto le sumamos la aporía de la cual los radicales no pueden escapar: la insistencia en su legitimidad conduce al reconocimiento de que determinados delitos no encajan en tal sistema jurídico penal, pues no protegen ningún bien jurídico material. Por otra parte, al flexibilizar la necesidad de requerir una lesión

⁷ Así, es correcta la definición de Marx sobre el bien jurídico como “las circunstancias que el hombre necesita para o su libre desarrollo personal”. Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”*, Colonia, 1972, p. 62.

⁸ Olaf Hohmann, “Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”, *GA*, 1992, p. 77. El mismo autor diserta de forma más cuidadosa sobre las varias concepciones personales del bien jurídico en *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt del Meno, 1991, p. 34 y ss. Crítico, afirmando su imprecisión cuando referido a las condiciones de desarrollo (*Entfaltung*) y existencia (*Dasein*), Wolfgang Frisch, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003, p. 217.

⁹ Frisch, Wolfgang, “An den Grenzen des Strafrechts”, en *FS für Stree und Wessels*, Heidelberg 1993, p. 72. El autor destaca que el desarrollo del concepto de bien jurídico-penal tuvo, en una cierta época en Alemania, la función de criticar y evitar la criminalización de conductas estrictamente morales, como el tipo del homosexualismo. Del mismo autor, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003, p. 215; Luis Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, pp. 144 y 145.

¹⁰ Stratenwerth, Günter, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003, p. 258. El ejemplo de Amelung, en la misma línea de desconfianza sobre el carácter personalísimo: la retención fiscal no deja de ser delito pero se dijo de que el dinero recaudado sería empleado para comprar tanques de guerra y no para construir guarderías. Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003, p. 162.

Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal

material se vacía de contenido el concepto de bien jurídico, perdiendo todo su papel de piedra angular de la dogmática penal, capaz de conferir legitimidad a las leyes penales existentes. De ahí la aporía entre la utopía material y la vacía abstracción.¹¹ Por lo tanto, para mantener la función del Derecho penal como la protección exclusiva de bienes jurídicos, se debe negar la legitimidad defendiendo la derogación de ciertos tipos penales incompatibles con esta idea, o se debe aceptar que el bien jurídico puede y debe traspasar ciertos límites, inclusive, contando con el apoyo de otros principios.¹²

Manteniendo la premisa tradicional —el concepto de bien jurídico personalísimo como referencia única— será imposible reducir todas las cuestiones dignas de protección penal a la teoría del bien jurídico, que pierde su instancia crítica de legitimación. Ya no se podrá sostener el postulado de que “la función del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos”.¹³ Por lo tanto, se propone no abandonar la teoría, pero adoptando una caracterización funcional, de modo que pueda actuar como elemento de ponderación dentro del sistema penal.

II. Posición crítica

La complejidad de la sociedad actual a menudo lleva a proteger ciertos intereses, valores e incluso funciones que normalmente no poseen una clara referencia individual. Y todo el debate sobre el bien jurídico termina contaminado por la intromisión de un buen número de aspectos ontológicos.

El objeto de valoración y la valoración consecuente que sobre dicho objeto se realiza acompañan el desarrollo de la sociedad, sus fases y procesos de evolución y la parte que debe pertenecer al Derecho penal sufre la influencia de una normal evolución.¹⁴

Algunas líneas de evolución de la teoría del bien jurídico no producen grandes resultados por la amplia capacidad de revertir la política criminal de *ultima ratio*. Éste es el caso de aquellos que tratan de resolver la falta de coherencia dogmática eligiendo para los casos de difícil resolución un bien jurídico muy absorbente: la seguridad. Ésta termina por no ser la mejor salida desde que la propia referencia sistemática a la seguridad no es ni puede ser un bien jurídico. La seguridad es en realidad la ausencia de peligro, es decir, la ausencia de puesta en peligro o lesión de algo penalmente protegido. Dicha seguridad surge del cumplimiento de las normas jurídico-penales.¹⁵ La mera inseguridad no puede ser considerada como un bien jurídico.

Otras propuestas tienen mayor capacidad de rendimiento. En busca de la renovación del concepto, algunos han propuesto la desmaterialización del bien jurídico, en el sentido de ser representado por cualquier sustrato social inmaterial, al que se pueda atribuir alguna valoración. En este sentido, los “nuevos” bienes jurídicos universales o colectivos pertenecerían a este ámbito, algo muy alejado de la realidad empírica material que se caracteriza por poder referirse fácilmente a un individuo concreto, que se perciben como “condiciones ideales normativa y abstractamente definidas, de capacidad de funcionamiento adecuado conforme a los fines de determinados subsistemas o instituciones sociales y económicas”.¹⁶ Con esto se atribuye al concepto moderno de bien jurídico un sentido mucho más nominal.¹⁷ En efecto, la protección de lo que se considera bien jurídico se desplaza a la función que representa dentro del sistema.

Uno de los principales debates de actualidad pone en contraposición el bien jurídico y la norma jurídico-penal como protagonistas de la protección penal. Esto es así porque a través de las investigaciones se obser-

¹¹ Parodi Giusino, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milán, 1990, p. 76.

¹² Wohlers, Wolfgang, “Die Tagung aus der Perspektiv eines Rechtsgutskeptikers”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003, p. 283.

¹³ Seher, Gerhard, “Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, op. cit., p. 43. La propia falta de claridad acerca de lo que consiste o puede consistir un bien jurídico penal pesa gravemente sobre toda la problemática de los fines del Derecho penal. Peñarada Ramos, Enrique, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*, Buenos Aires, 1999, p. 55.

¹⁴ Hirsch, Hans Joachim, “Straf- und Strafprozessrecht gegenüber neuen Formen und Techniken der Kriminalität”, *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- Strafprozessrecht*, Bialystok, 1996, p. 37. Para el autor, el problema no es el reconocimiento de los bienes colectivos, sino los criterios (*Maßstäbe*) para considerar algo como un bien.

¹⁵ Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, op. cit., pp. 172 y 173.

¹⁶ Cfr. Gracia Martín, Luis, op. cit., pp. 131 y 132.

¹⁷ Cfr. *ibidem*, p. 133.

va que el concepto de “bien” es semánticamente engañoso porque el Derecho penal protege también numerosas normas configuradoras del orden como tal.¹⁸

Se llegó, en nuestro tiempo, a una dogmática propuesta inicialmente por Jakobs que predica que la función del sistema penal es sólo una reafirmación de la vigencia de la norma. Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida que pueden encontrar regularidades, de igual forma los contactos sociales sólo se orientan si no hay que contar en todo momento con un comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo indescifrable. El mero hecho de iniciar un contacto social es una señal de que no se espera ningún resultado imprevisible o indeterminado.

Frustrada esta expectativa, para el decepcionado surge un conflicto frente al que debe protestar porque con la decepción se cuestiona el equilibrio entre los éxitos en cuya producción está interesado y aquellos otros que una vez realizados ya no entran en lo esperado.¹⁹ La misión de la pena no es evitar lesiones a bienes jurídicos, sino reafirmar la validez de la norma, es decir, el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales.²⁰

En la misma línea discurre el pensamiento de Bernd Müssig, para quien el bien jurídico debe ser abandonado como referencia material del sistema jurídico-penal y trasladado al plano de la teoría de las normas. Aunque sus consideraciones sobre la teoría del bien jurídico sean interesantes y sin duda la ponen en jaque, como discípulo de Jakobs, concluye con la tesis de que el Derecho penal es la garantía del Derecho en cuanto estructura de la sociedad y su criterio de legitimidad es la función social de la norma de conducta garantizada jurídico-penalmente.²¹ Socialmente, el injusto jurídico-penal no puede ser captado completamente sólo teniendo en cuenta la le-

sión de un bien jurídico, sino que debe considerarse mucho más en su sentido original de una violación de la norma. Lo decisivo no es el ataque externo y sensible a un bien jurídico sino el significado comunicativo de la conducta, que en Müssig se convierte en la transgresión de los límites del sentido establecidos por las estructuras de expectativas, y significan la contrariedad al modelo social de orientación. Para el autor, siendo la pena una reacción formal contra el comportamiento desviado, se demuestra que la norma se reafirma como expresión de la estructura concreta de la sociedad, es decir, la pena descalifica el comportamiento practicado como defecto de interpretación relevante de la práctica social. El significado normativo de la conducta es marginalizado y en cuanto responsabilidad individual, considerado como una ofensa jurídica. En resumen: “la reacción penal es la autodescripción y la autogarantía simbólica de la estructura de la sociedad como la realidad en la perspectiva y a través del Derecho”.²²

En este orden de ideas, todo el sistema normativo que rodea el bien definido como digno de protección podría ser un bien jurídico.²³ Uno de los fundamentos de este concepto de bien jurídico es la constatación de que el menosprecio de una única norma significa un menoscabo de la pretensión de validez del Derecho penal. Esto provoca un ataque a la posibilidad de empleo y utilización suficientemente seguros de ciertos valores agregados a estos bienes. Esta categoría valorativa se incluye en el concepto de bien jurídico como factor valorativamente construido y conduce a que la simple infracción a la norma (*Normverstob*) podría implicar ataques a los bienes jurídicos.²⁴

A pesar de la importancia de las investigaciones y de la genialidad de estos autores, conclusiones como las que hacen Jakobs, Müssig y Schmidt pueden causar una impresión errónea acerca de la inclusión de la norma en el ámbito de lo penalmente protegido.

¹⁸ Seelmann, Kurt, “Rechtsgutskonzept, Harm Principle und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, op. cit., p. 261.

¹⁹ Jakobs, Günther, *Strafrecht. AT*, Berlín, 1993, pp. 6 y 7.

²⁰ Jakobs, Günther, op. cit., p. 10.

²¹ Müssig, Bernd, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Francfort del Meno, 1994, pp. 215 y ss.

²² Müssig, Bernd, “Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht – Zu Ansätzen einer Systematisierung”, *FS für Rudolphi*, Berlín, 2004, pp. 169 y 170.

²³ Aunque afirme que su pensamiento es algo diverso de aquel de Jakobs, José de Faria Costa, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra, 2000, p. 273: “el derecho penal protege, a través de la prohibición de los comportamientos que ponen en peligro o lesionan los bienes jurídico-penales, una pluralidad diferenciada de valores cuya unidad funcional sólo se puede descortinar en el orden jurídico global, el propio, de igual modo, susceptible de ofrecerse como bien jurídico-penal” [destacado en el original].

²⁴ Schmidt, Jürgen, *Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährungsdelikte*, Marburgo, 1999, p. 198.

Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal

Para la mayoría de los críticos, sustituir el “bien jurídico” por la “protección de la norma” como fin del Derecho penal conduce a un inmediato “deber de rechazo”, lo que en mi opinión indica más un prejuicio y precipitación que una observación técnica de lo que se quiere decir con esta afirmación. De hecho, no se puede decir que la protección de la norma no sea parte de los objetivos del Derecho penal.

En una breve —pero científica y no parcializada— observación de algunos bienes jurídicos incluso considerados “clásicos”, se advierte que es erróneo excluir la protección de la norma como objeto de la protección penal. A menudo se protege un conjunto de normas —instituciones— que regulan ciertas áreas sociales como la propiedad y la familia.²⁵ La propiedad (o patrimonio) no es más que el enlace que la norma establece entre la persona y un objeto físico o intelectual. No existe el patrimonio de alguien sin que la norma establezca esta relación entre el objeto y su poseedor, así como entre éste y los demás miembros del grupo social. Cuando se habla de robo (artículo 367 del Código Penal Federal de México, o artículo 157 del Código Penal brasileño), lo que se protege es un estado de las cosas, una relación de control o dominio creado por las normas institucionales que permiten al propietario hacer con ellas lo que quiera. Cuando se habla de que la ley penal protege objetos asentados en la cruda realidad se está simplemente constatando que tales objetos existen con independencia de las normas sociales.²⁶

E incluso el delito de homicidio —históricamente el más personal e material— permite este cuestionamiento. Cuando se habla de homicidio (artículo 302 del Código Penal Federal de México, o artículo 121 del Código Penal brasileño), en principio se hace referencia a la protección de una realidad biológica. Pero incluso en este caso el bien jurídico “vida humana” no es así (ontológicamente) tratado por algunos ordenamientos, como es el caso de Brasil, donde se considera la muerte como el momento de ausencia de la actividad del cerebro, aunque la actividad celular continúe (artículo 3 de la Ley 9.434/97).²⁷

Lo mismo ocurre cuando se protegen normas, entendidas como directivas de conductas orientadas fácticamente, como el falso testimonio y la prevaricación, que protegen normas de conducta ofensivas al servicio público externo e interno.²⁸

En verdad, el error es tener a la norma o a su equivalente positivo como el único objeto de la protección desvinculado de un valor social reconocido como de gran relevancia, algo que se presente como una mera desobediencia de la ley, o incluso considerar solamente la “seguridad” como el objeto de protección penal.

La adopción de un sistema basado sólo en estas condiciones podría crear un vacío en la motivación de la existencia de la ley y de la pena, y socavaría la división entre las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito. Desaparecerían del todo las diferencias entre las ramas penal, administrativa o civil, ya que todas las sanciones servirían para proteger a la norma del sistema al que pertenecen o a la seguridad del ordenamiento. Aunque se acepte que las numerosas teorías acerca del bien jurídico no pueden satisfacer plenamente las pretensiones de limitación del *ius puniendi* estatal, y que gran parte de los aportes de autores como Jakobs sobre la relevancia del lenguaje, Müssig sobre la desmaterialización y Schmidt sobre el entorno sean importantes, no sería una simple elección de un bien, sino los valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad los que servirían para limitar las tipificaciones y penas del poder estatal.

De ahí la correcta concepción de Camargo sobre el Derecho penal no como algo centrado exclusivamente en la lesión a un bien concreto, sin la compañía de otros principios y criterios normativos de apoyo, sino como una verificación funcional inherente al sistema penal. No se puede, siendo simplista, reconocer que “de la vulneración a los bienes jurídicos concretos pueda construirse el marco de análisis de la relevancia de un hecho para el Derecho Penal”.²⁹ El Derecho penal pretende una “revalidación de los conceptos de

²⁵ Jakobs, Günther, *Strafrecht AT*, Berlín, 1993, p. 35; Müssig, Ber.

²⁶ Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, op. cit., p. 166.

²⁷ “Art. 3º. La retirada *post mortem* de tejidos, órganos o partes del cuerpo humano destinados a trasplante o tratamiento deberá ser precedida de diagnóstico de muerte encefálica, constatada e registrada por dos médicos no participantes de los equipos de remoción y trasplante, a través de la utilización de criterios clínicos y tecnológicos definidos por resolución del Consejo Federal de Medicina”.

²⁸ Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, op. cit., p. 168.

²⁹ Chaves Camargo, Antonio Luís, *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 2002, p. 126.

valores vigentes, espacio temporalmente, con la desaprobación de ilícitos determinados por una disidencia social relevante”.³⁰

Entonces llegamos a un punto en el que la investigación nos lleva al problema real, situado más allá del bien jurídico: la legitimidad de la aplicación del Derecho penal. En realidad, el problema no es tanto saber si existe o no un bien jurídico de forma independiente al caso particular. El problema es saber si la intervención penal es legítima en el caso concreto. Esta reflexión sobre la legitimidad pertenece al ámbito de la política criminal, que permite saber en qué áreas puede actuar el Derecho penal y en cuáles no, en qué momento la intervención del sistema penal es correcta y legítima.³¹ Y este control es mucho más importante en el momento de aplicarse el Derecho penal que en la formulación de las etiquetas y divisiones topográficas de los tipos legales (bien jurídico como criterio de clasificación de los tipos).

Desde un punto de vista tradicional, en el momento de aplicación de la Ley Penal y la imputación de un comportamiento o del resultado al tipo penal, debe tomarse como referencia la unidad mínima de imputación, es decir, el peligro de lesión. Las palabras “peligro” y “lesión” se utilizan como condiciones para medir la justificación de la aplicación del Derecho penal: tiene que haber una lesión o, al menos, la puesta en peligro de un bien jurídico. Esto implica ya algunos problemas dogmáticos.

El debate principal se encuentra en la desaprobación de ciertas conductas que se analizan en perspectiva *ex post*, si se ha demostrado de manera objetiva que, de antemano, quedó excluida toda posibilidad de lesión. La justificación de su no aceptación sería la falta de relevancia penal, pues se castigaría una conducta criminal que tiene a la peligrosidad como fundamento, pero ésta no ha existido desde el primer momento. Por lo tanto, tiene sentido decir que si la ra-

zón para el castigo de ciertas conductas es el peligro, éste siempre debería estar presente.

El análisis o verificación *ex post* del peligro ha sido, precisamente, la diferencia entre peligro abstracto y concreto, clasificación que rechazo y considero carente de evolución, pero que es muy común en los países de América Latina. Si se exige al peligro abstracto también una verificación *a posteriori*, se acaba con la diferencia esencial entre la formulación típica de los delitos de peligro abstracto y concreto. El fundamento político-criminal de los delitos de peligro abstracto es “impedir que un juicio individualizado pueda medir la peligrosidad de acciones que normalmente son peligrosas según una evaluación estadística”.³² Aún así, el grado de peligro es estadístico y lo que importa es identificar lo que puede ser normativamente visto como peligro.

Aceptando el carácter lingüístico del Derecho, se debe reflexionar sobre el concepto defendido de manera casi unánime por la doctrina tradicional, de la separación entre delitos de lesión y delitos de peligro.

En el contexto de los bienes jurídicos susceptibles de una afección individual, se aprecia fácilmente un valor social y se logra así una diferencia. Así ocurre con la vida, cuando se trata de dañarla por medio de un homicidio o ponerla en peligro a través de una lesión. Pero la misma observación y consecuente imputación puede hacerse con dos delitos de lesión. Por ejemplo, el daño a la vida humana y los daños a la integridad física. Las diferencias exigen la construcción de criterios de selección necesarios para llevar a cabo la imputación, como el conflicto aparente de leyes, y los principios de subsidiariedad y consunción que se generan como compensación de la variedad del lenguaje utilizado. Hay varios autores que hacen se refieren a la relatividad entre la lesión y el peligro. En definitiva, “de acuerdo con el grado de abstracción del bien jurídico, cualquier acción puede ser imputada como un delito de lesión”.³³

³⁰ Chaves Camargo, Antonio Luis, *op. cit.*, p. 98.

³¹ En acuerdo con el protagonismo de los problemas de legitimación del Derecho penal: Seher, Gerhard, “Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie, op. cit.*, p. 43; Frisch, Wolfgang, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 223; Sin el dogma del bien jurídico, Stratenwerth, Günter, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 260.

³² Cuesta Pastor, Pablo, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Granada, 2002, p. 74.

³³ “Je nach Abstraktionshöhe des Rechtsguts ließ sich schließlich jede Tat auch als ein Verletzungsdelikt einordnen”. Seelmann, Kurt, “Rechtsgutskonzept, Harm Principle, und Anerkennung als Strafwürdigkeitskriterien”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, pp. 265 y 266. En el mismo sentido, Mendoza Buergo, Blanca, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Madrid, 2001, p. 13; Angioni, Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milán, 1994, p. 185; Parodi Giusino, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milán, 1990, p. 7.

Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal

Depende de la concepción de bien jurídico que se adopte. Si la caracterización es más formal, más abstracta, más espiritual, entonces casi ninguna conducta sería clasificada como lesiva, y aquí es más evidente y obvia la protección de la norma. Si es más material, más concreta, *más corpórea*, es posible reconocer la existencia de tipos que puedan conducir no a una lesión de un bien jurídico,³⁴ sino solamente a su puesta en peligro. En definitiva: hay una dependencia estricta del lenguaje.

Se entiende que en una sociedad pluralista y multicultural no puede construirse una teoría del bien jurídico de contenido vinculante *a priori*, de modo que sea aceptada por todos debido a la diversidad de las valoraciones y su respectiva graduación. La elección del legislador se basa en un consenso sobre los valores, formulados en condiciones procedimentales previamente definidas que indican que la ley penal debe elaborarse para conformar un elemento del sistema jurídico-penal.³⁵ Son las relaciones valiosas que posibilitan la libertad de manifestación externa, constituidas mediante acciones intersubjetivas.³⁶

El Derecho penal, como mecanismo social para la resolución de conflictos, tiene como intereses esenciales las relaciones entre las personas y la comunicación que fluye de ella, en definitiva, la forma en que debe transcurrir la vida en sociedad, y no un “conjunto de bienes jurídicos”.³⁷

En una sociedad secular —desmitificada como dice Lesch— el Derecho penal sólo puede actuar racionalmente si se lo entiende como un sistema funcional, es decir, que tiene la función de garantizar las condiciones básicas de la convivencia en comunidad,³⁸ pero siempre conforme el modelo de organización políticamente definido por el grupo, entendiendo como el único aceptable el democrático social.³⁹

En este contexto, no habría ninguna restricción a bienes jurídicos individuales o colectivos, siempre que se actúe dentro de los límites establecidos por la política criminal democrática, y se observen las garantías fundamentales de los ciudadanos y la dignidad humana.⁴⁰ Los bienes jurídicos “no son conceptos previos que pueden ser materializados en una sociedad plural, sino que reflejan, en una situación ideal de diálogo, los valores vigentes que se concretaron formalmente en la norma”.⁴¹ Esto implica una consideración constante en cada caso concreto y conforme los diversos factores que pueden interferir con su delimitación semántica, porque su significado puede variar en función de la relación de comunicación.⁴²

En principio, es correcta la posición de Amelung, que clasifica como socialmente perjudicial la acción que desorganiza el contrato social ya ordenado por la sociedad, lesiona derechos de los individuos o del Estado que han sido concebidos por la sociedad para la protección de los Derechos individuales.⁴³ Como miembro de la llamada teoría sociológica del Derecho penal, el autor reconoce que su propósito es el funcionamiento óptimo del sistema. El término “lesividad social” hace referencia a la sociedad como un todo, mientras que la expresión “bien jurídico” se refiere más concretamente a los titulares individuales, a un grupo, o al propio Estado, una posición derivada de un pensamiento individualista que viene de la Ilustración.⁴⁴

Sin embargo, con el fin de resolver esta preocupación sistémica, Amelung no abandona la teoría del bien jurídico, aunque la trate como una cuestión periférica al sistema. Para este autor, la ventaja de que el sistema legal acepte el concepto de bien jurídico es la apertura del entorno sin que el sistema pierda su autonomía y especialidad.⁴⁵

³⁴ En ese sentido, Parodi Giusino, Manfredi, *op. cit.*, p. 37.

³⁵ En el mismo sentido, Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 163.

³⁶ Kahlo, Michael, “Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 28.

³⁷ Reyes Alvarado, Yesid, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, *ADPCP XLV*, p. 948.

³⁸ Lesch, Heiko, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, *ADPCP XLVIII*, p. 911.

³⁹ Chaves Camargo, Antonio Luís, *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 2002, p. 108.

⁴⁰ Chaves Camargo, Antonio Luís, “Crimes econômicos e imputação objetiva”, *Direito Penal especial, Processo Penal e direitos fundamentais*, São Paulo, 2006, p. 267.

⁴¹ Chaves Camargo, Antonio Luís, *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 2002, p. 126.

⁴² *Ibidem*, p. 128.

⁴³ Amelung, Knut, “Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit”, *Recht und Moral*, Baden, 1991, p. 269.

⁴⁴ Seher, Gerhard, “Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁵ Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 158.



La referencia a una lesión de derechos es válida en la medida en que se protege el interés de alguien con relación a un objeto. Pero esta relación de intereses debe revelar un derecho subjetivo de la persona interesada en objeto determinado. Por lo tanto, es mejor reconocer que no es tanto la recuperación de la teoría de las normas de Feuerbach o Binding, sino el reconocimiento de que tanto el objeto material como la relación de intereses pueden ser protegidos por el Derecho penal.

Las relaciones, comunicaciones e interacciones interpersonales siguen una regularidad sociológica incorporada en sistemas. Las normas y las instituciones son elementos estructurales de estos sistemas de interacción y comunicación, protegen una determinada configuración social y por lo tanto protegen ciertas normas y a la propia sociedad.⁴⁶ Como ya lo dice Seher, un cementerio no puede ser reemplazado por un hotel para llevar a cabo un funeral y un entierro.⁴⁷ La definición de interés protegido es un proceso cultural. Se puede justificar la protección de una posibilidad, común en casi todas las legislaciones, como la protección de una sepultura, que se justifica por mantener el sentimiento de respeto por los muertos y cuya víctima es la familia del fallecido. Se habla de *posibilidad* por cuanto no hace falta que exista esta familia. Una línea de razonamiento pasa exactamente por proteger un valor ético-social, es decir, la obligación ética de los vivos de tratar con respeto esos restos mortales.⁴⁸

Además de objetos, también pueden protegerse recursos, que se entienden como medios o potencialidades. También, recurso es lo que tiene algún valor para la calidad de vida, no para una persona en particular, sino lo que normalmente puede proporcionar esta mejora.⁴⁹

Y, en el caso de un sistema que en sí debe ser mantenido para una realización social adecuada, incluso pueden ser protegidas ciertas funciones aisladas de subsistemas, como es el caso del sistema tributario, en la correcta y moderna visión de Ferré Olivé.⁵⁰

En realidad, todas estas consideraciones, más que indicar una ruptura total con la teoría del bien jurídico, conforman una línea de evolución que ha sido integrada gradual y suavemente a partir de las investigaciones puntuales de cada relación social y de comunicación, generadas en cada caso concreto con base en una dinámica social de constante aumento de complejidades y las expectativas sociales. El maestro Roxin proclama que la tarea del Derecho penal es garantizar a sus ciudadanos una vida en comunidad libre y pacífica bajo la garantía de todos los Derechos fundamentales constitucionalmente definidos. El bien jurídico debe entenderse como “todas las circunstancias o finalidades necesarias para el libre desarrollo de la persona, la realización de sus Derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal basado en estos objetivos”. Por circunstancias y finalidades Roxin comprende tanto los estados previamente encontradas por el Derecho como el deber de cumplimiento de las normas (*Normbefolgungspflichten*) creadas por él.⁵¹ Un concepto normativo y dinámico, listo para ser modificado para cumplir con los propósitos constitucionales derivados de la vida en sociedad.⁵² Pero el propio Roxin señala que a partir de las exigencias de la modernidad, la concepción tradicional del bien jurídico concebido para la época de la Ilustración no puede resolver todos los problemas actuales, y surgen nuevas tareas que requieren que el Derecho penal supere el concepto de protección de bienes jurídicos personales, como en los casos de protección de los embriones, la fauna y la flora, y la vida de las generaciones futuras.⁵³

Parece que, de alguna manera, todos los autores vuelven a la tesis sobre el bien jurídico de Rudolphi, cuando se considera no como algo puramente positivista, presente en cada tipo penal como un interés que debe ser protegido, sino como representante de un fundamento valorativo constitucionalmente definido con el fin de permitir que cualquier legislador lo entienda como un concepto formal y así pueda legi-

⁴⁶ Amelung, Knut, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁷ Seher, Gerhard, “Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁸ Cfr: Von Hirsch, Andrew, “Der Rechtsgutsbegriff und das Harm Principle”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁹ Von Hirsch, Andrew, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁰ Ferré Olivé, Juan Carlos, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, *Revista Penal*, núm. 33, Valencia, 2014, pp. 104-106.

⁵¹ Roxin, Claus, *Strafrecht AT I*, Múnich, 2005, p. 16. Esta definición ha sufrido una alteración respecto de la popularizada y consagrada por la traducción al español de la 3ª edición de su manual.

⁵² Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 32.

⁵³ Roxin, Claus, *op. cit.*, pp. 29-31.

Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal

timar constitucionalmente la protección penal de un bien necesario para la existencia concreta de determinada sociedad, y exactamente por eso son reconocidos como valiosos para la unidad funcional de la sociedad. De ello se sigue que todo tipo penal requiere la interpretación conforme a la Constitución y por lo tanto persigue el fin de proteger ciertas disminuciones de valor para la unidad funcional de la sociedad.⁵⁴

En otras palabras, es definir y redefinir cada vez lo que viene a ser el “bien jurídico”, entendido como un elemento del sistema penal destinado a reducir la complejidad. El bien jurídico solamente “será concretizable en la medida en que exista una interpretación semántica, en el tipo objetivo, como ámbito de protección de la norma”.⁵⁵

Por lo tanto, limitar la actuación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos requiere un esfuerzo intelectual para elevar el concepto a un metaconcepto que puede absorber todas las valoraciones ético sociales. Es, de hecho, reconocer el bien jurídico como un elemento del sistema dependiente del lenguaje utilizado para plantear su contenido conforme a la función que deberá cumplir en el propio sistema. Esto hace que sea imposible que el bien jurídico penal sea un concepto definido *a priori*, pues debe configurarse a partir de la comunicación entre los actores y el mundo en el que viven el grupo y cada uno de sus miembros. Un primer paso es entender el contenido del concepto de bien jurídico como algo que no es tomado *a priori*, de idéntico significado, sino que es identificado en cada caso concreto a partir de la comunicación entre los agentes implicados.

Si se comparte esta interpretación, lesión, peligro concreto y peligro abstracto pierden importancia como elementos del sistema para definir la función del Derecho penal. La protección de los bienes jurídico-penales debe alcanzar un ámbito de *ofensa* a las valoraciones que se incluyeron como complejidades en este sistema. *Ofensa* entendida como algo normativo, no como un resultado material, que clásicamente

se ve asociado con el evento causal debido a una acción natural. Teniendo en cuenta la falta de comunicación tradicional (lesión y peligro) en el sistema jurídico penal, es mucho más coherente utilizar la *ofensa* como conexión con el objeto de protección penal. *Ofensa* sería un depósito lingüístico para diferentes formas de actuar.⁵⁶ Se ofende por acción u omisión, se ofende a una o a varias personas, se ofende a los bienes e intereses sociales de diversas maneras.

La crítica a este tipo de pensamiento es que siempre que se posibilita la actuación del sistema penal sin la producción de un resultado material vinculado a un bien jurídico definido *a priori* surge la posibilidad de expansión y el descontrol de la punición de actos preparatorios o de comportamientos no lesivos en general, aún más por no ser capaz de utilizar un criterio de previsibilidad de la acción criminal subsiguiente.

Pero lo esencial no es la previsibilidad empírico-fáctica de un resultado lesivo, sino el dominio sobre una fuente de peligro, del que resultan ciertos requisitos de conducta, requisitos que dependen, en cada caso, del tipo de objeto o sustancia peligrosa. Por ejemplo, no cumple con los valores de la ley de armas dejar un arma de fuego, cargada o no, en cualquier lugar. Esto no depende de la experiencia, sino de criterios normativos.⁵⁷ Sólo se pueden poseer tales objetos bajo la condición de asumir el papel de impedir o prevenir ciertos cursos causales promovidos por personas autorresponsables.⁵⁸ En las acciones realizadas en masa, como el tráfico de vehículos, no se puede dejar que los ciudadanos decidan cómo comportarse,⁵⁹ aunque la experiencia demuestra que un determinado grupo social tiene un nivel de conducción cercano a lo excelente. Algunos ámbitos públicos y privados no admitirían el autogobierno, la auto-administración por el individuo de acuerdo con su propia planificación de comportamiento (*Planungsverhalten*), y por ello se crean los *standards* para asegurarse de la orientación de la conducta deseada. En algunos ámbitos vitales,

⁵⁴ Rudolphi, Hans-Joachim, “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, *FS für Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 61.

⁵⁵ Chaves Camargo, Antonio Luis, *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 2002, p. 108.

⁵⁶ Seher, Gerhard, “Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁷ Von Hirsch Andrew, y Wolfgang Wohlers, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 202.

⁵⁸ Frisch, Wolfgang, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 229.

⁵⁹ Von Hirsch, Andrew, y Wolfgang Wohlers, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 211.



como en el falso testimonio, la provocación de incendios, la conducción de vehículos bajo los efectos del alcohol, o el propio tráfico diario, los ciudadanos no serán capaces de evitar las consecuencias no deseadas por medio de su propio autogobierno y su propia interpretación del contexto. De ahí la necesidad de criminalizar ciertas conductas para crear directrices interpretativas más fácilmente manejables.⁶⁰

No debe convertirse algo en prohibido debido a la producción de un resultado material sin transformar tal prohibición en algo que no debe ser realizado por una persona. Esto no significa negar la necesidad de resultados, ya que su producción cumple importantes funciones político-criminales, sino para posicionarlo sistemáticamente en el injusto normativo. El resultado debe ser considerado como una condición que limita la punibilidad por razones de seguridad jurídica o necesidad de pena.⁶¹

Un Derecho penal exclusivo de delitos de resultado (naturalístico) es negativo para la modernización del propio Derecho penal.⁶² Hay una intuición bastante extendida entre los penalistas acerca de la exigencia de producción de un resultado como manifestación de Derecho penal garantista y liberal,⁶³ y en general eso es correcto como parte de una política criminal de *ultima ratio*.

Más importante que causar un resultado es imputar objetivamente el riesgo creado por una acción típica. Lo ideal es que los criterios normativos para esta configuración se definan en una teoría del delito que pueda satisfacer este nivel de comunicación, en la que sean considerados los factores sociales dominantes, del mundo de la vida de cada miembro, la capacidad de comunicación de cada actor y la política criminal de *ultima ratio* que debe acompañar el Estado social y democrático de Derecho.

Es cierto que el concepto de bien jurídico es real, no ideal. Real, sin embargo, como una expresión de sentido que pertenece a un contexto social determinado y relacionado directamente con un discurso que se da entre ciertos actores determinados, o entre un individuo y los demás miembros de la sociedad.

Este concepto determina una relación entre los bienes jurídicos que se entienden en el momento histórico como las circunstancias de la vida y las normas del Derecho penal, que, como deber o prohibición, sirven para protegerlo. Por tanto, existe una clara relación dialéctica entre la norma que protege lo que se llama bien jurídico y entre el sujeto y lo que es valioso.

Objetivamente hay valores que deben protegerse o reafirmarse por el Derecho, y la opción social permite la clasificación de la sanción como penal o no penal. Las expectativas violadas no están vacías de contenido, pero axiomáticamente definidas; no definidas de forma exclusiva y completa por el legislador, pero sujetas al lenguaje utilizado por cada subgrupo; con una prevalencia del sentido mayoritario, pero sin faltar el respeto a la minoría.

La búsqueda de un bien jurídico previamente definido y objetivamente comprobable no debe partir del conocimiento empírico de las relaciones sociales o de lo sensiblemente constatable como quería Augusto Comte, pues esto equivaldría a negar la capacidad intelectual del hombre a razonar deductivamente y descubrir las particularidades del objeto de estudio. El razonamiento, que se toma aquí como sinónimo de pensamiento, es responsable de los sentidos asignados e inseparables del lenguaje. El sentido no se confunde con el lenguaje ni éste con el sentido, pero mantienen una relación dialéctica. Sentido y lenguaje no existen en forma aislada. La importancia del lenguaje para comprender la acción humana es una indicación de sentido de cada conducta y cada resultado frente a los interlocutores de los sentidos expresados por el lenguaje utilizado en el discurso.

El hombre es un ser social y de lenguaje. Por su naturaleza equivalente puede aceptar el lenguaje y el discurso de un grupo en particular como un marco común de conocimientos, o un “sentido común”. Cualquier dogmática que se proponga definir el bien jurídico protegido por el tipo penal no puede cerrarse hasta el punto de no permitir la adecuación del concepto de bien frente al caso concreto y atender a la

⁶⁰ Jakobs, Günther, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung”, *ZStW* 97, p. 767.

⁶¹ Mir Puig, Santiago, “La perspectiva *ex ante* en Derecho penal”, *ADPCP XXXVI*, p. 13.

⁶² Schünemann, Bernd, “Geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *GA* 1995, p. 213.

⁶³ Sancinetti, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Buenos Aires, 1997, p. 66. *Vid.* las afirmaciones como las de Sergio Moccia, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones”, en Silva Sánchez, *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 134, sobre la incompatibilidad entre la utilización de delitos de peligro abstracto y un sistema penal garantista en sentido formal e substancial; especialmente, Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*, Roma, 2002, p. 480.

Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal

comunicación entre los participantes de un sistema, así como de los demás sistemas sociales.

De este modo, son tres los aspectos por considerar: en primer lugar, la elección aparente del legislador en el momento de la construcción del tipo legal; en segundo, el lenguaje consensual utilizado entre los involucrados en el discurso dinámico y, en tercero, el criterio objetivo para definir las posibilidades y expectativas sociales.

La ley (o el intérprete en la exégesis), a la hora de elegir un bien jurídico, lo hace con discrecionalidad, alejándose o acercándose a la persona en una posición normativa (valorativa) de ciertos valores ético-sociales, y sólo como punto de partida de un mínimo normativo. A veces, la consideración de uno o más valores individuales termina en la creación de una valoración conjunta y el resultado lingüístico es la "creación" de un nuevo bien jurídico en el momento de la aplicación efectiva del Derecho penal. Pienso que este bien "creado" es una expresión de lenguaje para recopilar y resumir los distintos valores protegidos.

Cuando el punto de referencia común es la sociedad, se acostumbra utilizar la palabra "consenso" para identificar la ponderación o incluso la discrecionalidad o arbitrariedad por la cual el legislador selecciona ciertos comportamientos y valores como dignos de protección penal. Tal vez el término "sentido común" exprese de forma más clara el hecho de que las relaciones interpersonales y sus consecuencias jurídicas son algo objetivo y pueden ser percibidas (sentidas) por los participantes de un grupo social y parcialmente captadas por el legislador. Es cierto que la comunicación entre estos participantes influye directamente a la hora de definir el bien jurídico protegido por la norma penal, pero no se alcanza la definición completa de lo que es o no es el bien a ser protegido, ya que ciertas relaciones interpersonales alcanzan proporciones diversas, difusas o supraindividuales en la relación fáctica.

El Derecho penal elige ciertas expresiones como intermediarias en esta reafirmación de los valores sociales, que son comúnmente llamados bienes jurídicos. Pero en la enormidad de valores de un grupo social es el lenguaje el que conduce al bien jurídico elegido como una forma de justificar el recurso a la vía penal.

Ciertos bienes jurídicos seleccionados que justifican la protección de la norma se conectan fácilmente a un ser en particular. Otros son distantes y están conectados a un cierto grupo. Otros, más distantes aún, pertenecen a toda la sociedad. La referencia a la persona será siempre posible realizando un esfuerzo mental, ya que es sólo el lenguaje el que lo distancia del ser individual, razón de la creación de todo el sistema social: la vida (la salud), el medio ambiente. Al reconocerse otros valores como autónomos y posibles de valoración por parte del grupo, se puede afirmar que un bien colectivo no es la simple suma de bienes individuales. Y que el bien supraindividual o difuso no es una suma de bienes colectivos. Todo depende del lenguaje utilizado para comunicar la valoración del grupo social y la consideración de esta valoración en la búsqueda del bien común. Así, para ciertos bienes se puede considerar la lesión o el peligro, pero para otros no es posible considerar el peligro (como es el caso de los bienes supraindividuales), sino la ofensa a su calidad funcional dentro del sistema social. Lesión de la norma, si se prefiere.

Lo que no debe olvidarse es que frente a un caso concreto el contexto social que guía las normas que deben ser cumplidas puede hacer obligatoria la configuración dinámica de un bien jurídico y que se implemente el tipo penal en más de una forma. Así, por ejemplo, cuando se juzga la posesión ilegal de un arma de fuego⁶⁴ podemos tener que en un caso particular el arma está cargada y el sujeto que la porta está en medio de una manifestación popular, con mucha gente alrededor. En este caso, tendría sentido hablar de un peligro para la vida de las personas. Sin embargo, en otro caso, no cargada el arma, puede lucir en la cintura de una persona que no está de acuerdo con la posición política de otra. Aquí no tiene sentido proteger la integridad física por ser el arma un objeto sin condiciones fácticas de herir a alguien, pero se puede asignar significado ofensivo a la libertad del otro. En otro caso, si se transporta una pistola sin munición o incluso desensamblada pero sin la autorización administrativa o en grandes cantidades, sólo tendría sentido decir que lo que se ofende es la funcionalidad del control de armas de fuego por la característica particular del sistema de control de ese tipo de objeto. Esto es lo que se quiere decir con la configuración dinámica del bien jurídico: la delimita-

⁶⁴ En Brasil es un delito con pena de prisión de hasta cuatro o seis años.

ción del contenido penal, a partir de la multiplicidad de elementos disponibles en el sistema para resolver el conflicto respecto de un individuo o de la comunidad, y dirigido hacia la conservación de los valores sociales, y que si no se resuelve de manera científica produce un efecto contrario, y en lugar de promover una restricción exacta de la aplicación del Derecho penal promueve la depreciación y el vaciamiento del concepto de bien jurídico-penal.

Si se admite esta posibilidad, podrán por fin la política criminal y los criterios objetivos de imputación restringir el alcance de los tipos penales, y los principios de apoyo como el de insignificancia, de confianza y de precaución, formulados en consonancia con el Estado democrático de Derecho servirán como elementos de contención sistémica de la aplicación de la sanción penal.

A pesar de la posibilidad de entenderse que la norma es la que se ha violado, sólo dentro de las concepciones radicalmente positivistas se puede concluir que la antijuridicidad de una conducta depende únicamente de su tipificación por parte del legislador. De ahí el simbolismo del bien jurídico como punto de referencia en la implicación del deber, es decir, el deber de no lesionar cierta valoración de la sociedad.

Lo importante es que en el momento de aplicar el Derecho penal no se olvide de la fundamentación material de lo que es ofendido —lesionado o puesto en peligro—, aunque se aparte de lo definido *a priori* como bien jurídico protegido por la tipología legal o por éste o aquel intérprete de la ley. Hay que reconocer que un tipo penal, cuanto más distante de un bien material, puede cubrir siempre otros ámbitos de protección, es decir, tener un carácter pluriofensivo, que no requiere la afectación de todos los bienes de forma acumulativa, sino ofender a uno de ellos alternativamente dependiendo del contexto fáctico.

III. Conclusión

La inclusión del bien jurídico en la dogmática penal no pone en peligro el sistema. Lo que lo compromete es su limitación a lo estrictamente personal y su materialización como la única forma de interpretación de la norma y de aplicación de una consecuencia jurídico-penal. Esta actitud olvida que la formulación de la expresión “bien jurídico-penal” también tiene contornos de teoría y su uso dentro del discurso con

un sentido apropiado, que debe trascender su constitución real-objetiva y alcanzar un ideal normativo.

El bien jurídico puede ser un *topos*, un sentido común para guiar, a veces, la creación de la norma penal. No sólo es algo tangible, un objeto o un hecho. También puede ser un criterio en el caso concreto para completar los principios que apoyan la definición de lo que debe o no ser amparado por el sistema penal.

Si se ofenden los valores sociales —disminuidos, extintos o amenazados de alguna manera—, podrá ser necesaria la actuación del sistema penal para resolver el conflicto. Un tipo penal puede proteger más de un valor ético-social y, por lo tanto, un conducta puede llevar a cabo su extinción, disminución o simplemente amenaza. No todos los delitos requieren el resultado material de lesión, sólo de aquellos que están próximos a los bienes materiales y exigen completar el injusto. Algunos delitos, además, sólo se justifican por la ofensa a la norma que lo establece como una función esencial para el sistema social.

La aplicación del sistema penal pasa inicialmente por la determinación del tipo legal elaborado por el legislador, como la creación de un riesgo o la causación de un resultado. Pero serán principalmente los criterios normativos de imputación de una conducta y del resultado como algo jurídico penalmente reprochable lo que constituirá la parte más compleja y esencial del Derecho penal. Los criterios objetivos y subjetivos de una dogmática bien definida, unida a una política criminal de perfiles democráticos —de *ultima ratio*—, serían suficientes, en nuestra opinión, para evitar que el Derecho penal del bien jurídico dinámico y definido *a posteriori* se distorsione y sea utilizado para justificar el castigo de conductas irrelevantes o de resultado insignificante para las condiciones más importantes del desarrollo personal, ámbito propio del Derecho penal.

Bibliografía

- Abanto Vázquez, Manuel A., “Sobre la evolución histórica del bien jurídico. Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista Penal*, núm. 18, Valencia, 2006.
- Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003.
- , “Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit”, *Recht und Moral*, Baden, 1991.

Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal

- Angioni, Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milán, 1994.
- Chaves Camargo, Antonio Luís, *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 2002.
- Cuesta Pastor, Pablo, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Granada, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*, Roma, 2002.
- Ferré Olivé, Juan Carlos, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, *Revista Penal*, núm. 33, Valencia, 2014.
- *et al.*, *Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, 2011.
- Frisch, Wolfgang, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003.
- , “An den Grenzen des Strafrechts”, en *FS für Stree und Wessels*, Heidelberg 1993.
- Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.
- Hirsch, Hans Joachim, “Straf- und Strafprozeßrecht gegenüber neuen Formen und Techniken der Kriminalität”, *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- Strafprozessrecht*, Bialystok, 1996.
- Hohmann, Olaf, “Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”, *GA*, 1992.
- Jakobs, Günther, *Strafrecht. AT*, Berlín, 1993.
- , “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung”, *ZStW* 97.
- Lesch, Heiko, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, *ADPCP XLVIII*.
- Marx, Michael, “Zur Definition des Begriffs”, *Rechtsgut*, Colonia, 1972.
- Mendoza Buergo, Blanca, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Madrid, 2001.
- Mir Puig, Santiago, “La perspectiva *ex ante* en Derecho penal”, *ADPCP XXXVI*.
- Moccia, Sergio, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones”, en Silva Sánchez, *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997.
- Müssig, Bernd, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Francfort del Meno, 1994.
- , “Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht—Zu Ansätzen einer Systematisierung”, *FS für Rudolphi*, Berlín.
- Navarro Cardoso, Fernando, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho Penal*, Madrid, 2001.
- Parodi Giusino, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milán, 1990.
- Peñarada Ramos, Enrique *et al.*, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*, Buenos Aires, 1999.
- Reyes Alvarado, Yesid, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, *ADPCP XLV*.
- Roxin, Claus, *Strafrecht AT I*, Múnich, 2005.
- Rudolphi, Hans-Joachim, “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, *FS für Maurach*, Karlsruhe, 1972.
- Sancinetti, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Buenos Aires, 1997.
- Seelmann, Kurt, “Rechtsgutskonzept, Harm Principle, und Anerkennung als Strafwürdigkeitskriterien”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003.
- Schmidt, Jürgen, *Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährdungsdelikte*, Marburgo, 1999.
- Schünemann, Bernd, “Geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *GA* 1995.
- Seher, Gerhard, “Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003.
- Stratenwerth, Günter, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers”, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003.
- Von Feuerbach, Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 5ª ed., Giessen, 1812.
- Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho penal*, 18ª ed., vol. 2, Madrid, 1914.
- Wohlers, Wolfgang, “Die Tagung aus der Perspektiv eines Rechtsgutsskeptikers”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003.



Acoso y Derecho penal



José Luis de la Cuesta Arzamendi

Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Catedrático de la Universidad del País Vasco (UPV/EMU).

Virginia Mayordomo Rodrigo

Instituto Vasco de Criminología. Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

RESUMEN: *A pesar de las recientes reformas, la falta de una tipificación propia del acoso en general continúa siendo una insuficiencia del Derecho español, a la que convendría poner remedio siguiendo los mejores ejemplos del Derecho comparado. En este sentido, se propone la introducción de un nuevo tipo delictivo en el que la conducta acosadora resulte punible cuando afecte de manera directa y grave la tranquilidad de la víctima o genere un grave perjuicio de su desarrollo vital. Todo ello en el marco de una política penal de ultima ratio y sin olvidar los instrumentos adecuados de carácter civil.*

PALABRAS CLAVE: *Criminología, Derecho penal, acoso, víctimas de acoso, acoso laboral, acoso inmobiliario, ciberacoso sexual.*

ABSTRACT: *Despite recent reforms, the lack of a specific typification for harassment in general continues to be a deficiency in Spanish law, which should be remedied following the best examples of comparative law. Accordingly, the introduction of a new offense type is proposed in which the harassing conduct is considered punishable if the tranquility of the victim is directly and seriously affected or its vital development is badly impaired. All this is considered within the framework of a criminal policy of ultima ratio without ignoring the appropriate civilian instruments.*

KEY WORDS: *criminology, criminal law, harassment, harassment victims, workplace harassment, estate mobbing, sexual cyber bullying.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. El acoso: acoso psicológico/acoso moral. III. Algunos apuntes criminológicos y victimológicos. IV. Derecho comparado. V. El Derecho español.*

I. Introducción

No son pocas las personas que, por las causas más diversas, acaban enfrentándose a situaciones repetidas de acoso por parte de otras. Dejando al margen los supuestos de víctimas del terrorismo o sus familiares, susceptibles de encauzamiento punitivo en España, a través del artículo 578 del Código Penal, junto al hostigamiento al que se ven sometidas algunas “estrellas” por parte de admiradores que buscan mantener contacto con sus ídolos, es lamentablemente frecuente el caso de aquella mujer cuyo ex marido se presenta repetidamente en la calle en la que vive —por ejemplo, en un barrio pequeño— y espera a que salga a pasear o a trabajar. Se hace el encontradizo y se dirige a ella con múltiples preguntas, incluso sin importancia, pero en un tono desabrido e impertinente. A pesar del claro malestar de la mujer y de su rechazo explícito y reiterado, la situación se repite con frecuencia. No recibe insultos, ni amenazas explícitas; pero todo ello le va generando desasosiego, vergüenza ante los vecinos, inquietud... y hasta miedo de que algún día desemboque en algo más grave. Decide no volver a salir sola, y pide una y otra vez a sus padres o a quienes le acompañan que eviten a toda costa responder a la provocación.

Conductas como la descrita resultan cada vez menos extrañas en la vida cotidiana y suponen cuando menos una intrusión ilegítima en la esfera personal que, si aisladamente considerada se presenta en algunos casos sólo como una molestia, incluso pasajera, puede llegar a impedir que la persona afectada lleve una vida normal e incluso derivar en un cuadro clínico próximo a la esfera de la ansiedad u otro tipo de daño psicológico.

II. El acoso: acoso psicológico/acoso moral

El acoso no es un fenómeno nuevo; el acoso ha existido siempre. Define el Diccionario de la Real Academia Española como acoso la “acción y efecto de acosar”, entendiéndose por tal: “1. Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona; [...] 3. Perseguir, apremiar, importunar a alguien con moles-

tias o requerimientos”. Si bien el acoso puede darse, por tanto, cuando se importuna a alguien con peticiones y preguntas insistentes (“no me acosos” solemos decir entonces),¹ lo propio del acoso —al menos del que debe interesar al Derecho penal— es más bien esa idea de persecución sin tregua ni descanso, que en algunos sistemas comparados se tipifica como hostigamiento y/o molestia grave y que se acaba encauzando como un supuesto de violencia doméstica cuando se produce, como tantas veces, en este ámbito particular.²

La fenomenología del acoso es muy amplia: las formas de acosar son muy variadas —hasta “con palabras”—³ y muchas de ellas pueden combinarse,⁴ realizándose directamente por el acosador o utilizando a otra(s) persona(s). Los comportamientos de persecución obsesiva más habituales consisten en: llamadas de teléfono, vigilancia en el hogar o en el trabajo, seguimiento por la calle, encuentros repetidos no casuales, envío de cartas y/o de regalos no solicitados, envío de paquetes que contienen cosas extrañas, amenazas de suicidio u otras formas de “chantaje emocional”, molestias a amigos/familiares, incluso empujones... También pueden consistir en conductas delictivas, tales como presentación de denuncias infundadas ante la policía o el juzgado, daños materiales o incendios de las cosas de la víctima, delitos contra el patrimonio, interceptación o control del correo postal, entrada sin permiso en el domicilio, amenazas contra familiares o amigos (o de llevarse a los niños), insultos, agresión/abuso sexual, detención ilegal, golpes, maltrato (incluido el maltrato de animales domésticos). La llegada de Internet ha dado cauce al llamado ciberacoso, a través del envío de mensajes electrónicos maliciosos o amenazantes [...].

Normalmente, en el acoso alguien se mete en la vida de otra persona, contra su voluntad, y esa intromisión genera en ella una sensación de peligro. Como consecuencia, surge el miedo: el miedo a verse perjudicado de alguna forma o de que se perjudique a otras personas (en particular, cercanas o queridas), que acaba por lo común alterando gravemente su vida ordinaria. Los comportamientos de acoso son variados, complejos e impredecibles, y cada incidente puede

¹ Vid. Garrido Genovés, V., *Amores que matan. Acoso y violencia contra las mujeres*, Alzira, 2001, p. 19.

² Disponible en <http://www.usdoj.gov/usao/cac/HowCanWeHelp/vw/stalking.html>

³ Polaino Navarrete, M., y M. Polaino Orts, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico penal*, Madrid, 2004.

⁴ Vid. Garrido Genovés, V., *Amores, op. cit.*, pp. 22-23.

ser semejante al anterior o no; no es fácil saber si va a llegar a producirse un daño que afecte a la vida o a la integridad,⁵ pero para un observador imparcial, de los actos del acosador, sí puede derivarse objetivamente ese riesgo.

Varios son, por tanto, los elementos básicos del acoso:⁶

- a) Un patrón de comportamiento intrusivo en la vida de la víctima, contra su voluntad,
 - i. Que no deja de suponer una “ruptura de la necesaria distancia relacional asentada sobre la paridad” que precisamos en nuestras relaciones,⁷ y
 - ii. Del que, implícita o explícitamente, se desprende un riesgo objetivo de que de manera próxima (o inminente) suceda algo malo o desagradable para la persona acosada o para seres próximos o queridos; así como,
- b) El consiguiente desasosiego, preocupación y hasta miedo razonable experimentado por la víctima.

Estamos ante una conducta invasiva, una injerencia persistente en el proyecto de vida personal, que indudablemente afecta a la libertad y a la seguridad de quien la padece.

Individualmente considerados, los actos integrantes del acoso —de naturaleza potencialmente muy diversa⁸ y susceptible de producirse en una amplia variedad de situaciones o relaciones (no necesariamente de naturaleza íntima) y por múltiples motivaciones⁹— pueden tener la apariencia de comportamiento normal y nada ilegal: enviar flores o cartas de amor, esperar a una persona a la puerta de su casa, a la salida de su trabajo... Estos actos, por sí mismos, no constituyen ningún acto penalmente relevante; sin embargo, uni-

dos a otros pueden derivar en un patrón de conducta ilegal. Y es que el hostigamiento —en cuanto ataque, agresión, grave molestia, todos ellos insistentes— se presenta, en principio, desconectado de toda fuerza física pero resulta objetivamente idóneo, como violencia psicológica, para generar en la víctima y en sus allegados inquietud, desasosiego, temor, miedo, que pueden derivar hasta en deterioro de la salud mental.

Distincuen, en todo caso, los autores entre el acoso psicológico y el acoso moral. Prescindiendo de otro tipo de cuestiones y connotaciones,¹⁰ la diferencia fundamental entre ambos se encuentra en la presencia o no de esa humillación o envilecimiento característicos del ataque a la integridad moral. Estos se añaden, en efecto, como elemento básico adicional del acoso en la modalidad de acoso moral,¹¹ donde la cosificación característica de la víctima se ve naturalmente acompañada de “sentimientos y sufrimientos humillantes, degradantes y envilecedores”.¹² Ahora bien, para algunos autores la violencia psicológica puede proyectarse exclusivamente “sobre el estado emocional” y, aun perturbando ese equilibrio emocional necesario para nuestro bienestar, no requiere conceptualmente que se generen también sentimientos de humillación o envilecimiento.¹³

En realidad, la cuestión está en saber si cabe un acoso psicológico al margen de todo proceso de dominación o de sometimiento. Esto es algo conceptualmente posible, en particular desde la perspectiva del sujeto activo, quien con su hostigamiento puede perseguir simplemente entablar contacto o mantener una relación y no una dominación o sometimiento. Pero el riesgo de que se acabe llegando más allá es alto y, en particular, desde la perspectiva victimológica: incapaz de escapar del control¹⁴ del acosador, no cabe duda de que la víctima de la acción acosadora puede

⁵ U.S. Department of Justice. Office of Community Oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *Creating an Effective Stalking Protocol*, 2002, p. 7. <http://www.cops.usdoj.gov/RIC/Resource>

⁶ Garrido Genovés, V., *Amores*, op. cit., pp. 19 y s.

⁷ Villacampa Estiarte, C., *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Madrid, 2009, p. 45.

⁸ Pérez Machío, A.I., *Mobbing y Derecho Penal*, Valencia, 2007, p. 27.

⁹ Atracción intensa u odio extremo, deseos de contacto y control, obsesión, celos, etc. Así, Exposición de Motivos de la *Ley contra el Acoso en Puerto Rico*, núm. 284, de 21 de agosto de 1999.

¹⁰ Pérez Machío, A.I., *Mobbing*, op. cit., pp. 22 y s.

¹¹ Cruz Blanca, M.J., “Relevancia penal vigente y proyectada de algunas formas de acoso moral”, en L. Morillas Cueva y M.J. Cruz Blanca, *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2009, pp. 95 y ss. J.M. Villegas Fernández, “Teoría penal del acoso moral: mobbing, bullying, blockbusting”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2005, núms. 1997 y 1998, pp. 3511 y ss., y 3703 y ss.

¹² Villacampa Estiarte, C., *Stalking*, op. cit., p. 45.

¹³ Villacampa Estiarte, C., *ibidem*, pp. 44 y ss.

¹⁴ Y comportamiento “errático”, Villacampa Estiarte, C., *ibidem*, p. 108.

Acoso y Derecho penal

con el tiempo acabar sintiéndose envilecida, al verse sometida, contra su voluntad, a soportar el comportamiento intrusivo.

III. Algunos apuntes criminológicos y victimológicos

1. La figura del acosador

El acoso criminal o la persecución incesante de otra persona no es la expresión de un problema psiquiátrico. No existe un perfil psicológico único del acosador criminal y aun cuando también se den otras formas (como la persecución de un personaje famoso o de una estrella), puede decirse que, con carácter general, el motivo más frecuente suele ser el de controlar a la ex pareja. De todos modos, Garrido Genovés destaca cómo, si bien el acoso suele darse de manera acentuada por parte del ex cónyuge o ex compañero de la víctima (o por su actual cónyuge o pareja, perdurando la convivencia), también cabe el acoso entre personas desconocidas entre sí o entre quienes se conocen por motivos laborales o por compartir alguna actividad, sin relación sentimental alguna.¹⁵

Los autores de acoso criminal o de persecución incesante de otra persona pueden tener uno o varios rasgos psicológicos susceptibles de revelar, desde un simple trastorno de la personalidad hasta una enfermedad mental grave; en todo caso, la mayoría presenta una personalidad obsesiva, traducida en pensamientos e ideas constantes acerca de la víctima.

Aun cuando son múltiples las tipologías propuestas y ninguna es capaz de englobar todos los supuestos, la elaborada por la unidad encargada de investigar los casos de amenazas de *Los Angeles Police Department Threat Management Unit* (Servicio de Policía de Los Ángeles) se utiliza de manera extendida como cuadro teórico.¹⁶ Distingue tres tipos de comportamiento por parte del autor del acoso: la erotomanía, la obsesión amorosa y la simple obsesión.

- La erotomanía es un trastorno delirante según el cual el individuo cree verdaderamente que la víctima —habitualmente del sexo opuesto— lo quiere con pasión, y que se lo demostraría si no fuera por determinadas influencias externas. Normalmente la otra persona suele tener una posición más elevada que la del erotómano, pero no se trata necesariamente de una estrella o de un personaje famoso; más bien suele ser un conocido relativamente cercano.
- Las personas que actúan movidas por una obsesión amorosa suelen padecer una enfermedad mental grave, a menudo esquizofrenia o alguna otra manía, y quieren ganarse el amor de su víctima.
- Quien padece una simple obsesión persigue por lo general a otra persona con la que ya ha tenido una relación. El contacto pudo ser mínimo, sobre todo en los casos de una cita a ciegas, pero generalmente se trata de una relación más prolongada, de una unión de hecho o del matrimonio. El sujeto se niega a reconocer que su relación con la víctima ha terminado y adopta una actitud según la cual si él no puede tenerla, tampoco otro. Este individuo se lanza a una campaña de acoso, intimidación y terror psicológico. La inmensa mayoría de los acosadores sujetos a una simple obsesión no sufren trastornos mentales. La investigación llevada a cabo por el Ministerio de Justicia de Canadá reveló que en los 601 casos examinados, 91% eran hombres y 88% de las víctimas mujeres.¹⁷

Existe otro tipo de personas cuyos actos de acoso se inscriben en el marco de su perversión sexual (desviación); se trata normalmente de violación, pedofilia y sadismo.¹⁸

2. Repercusión en las víctimas

En razón del efecto acumulativo de los actos de acoso, las víctimas viven en un estado de intimidación y

¹⁵ Vid. Garrido Genovés, V., *Amores, op. cit.*, p. 24.

¹⁶ Vid. Zona, M.A., K.S. Sharma y J. Lañe, "A Comparative Study of Erotomantic and Obsessional Subjects in a Forensic Sample", *Journal of Forensic Sciences*, vol. 38, núm. 4, 1993, pp. 894-903. Para otras tipologías véase también Villacampa Estiarte, C., *Stalking, op. cit.*, pp. 94 y ss.

¹⁷ Vid. Gill, R., y J. Brockman, *L'examen de la mise en œuvre de l'article 264 (le harcèlement criminel) du Code criminel du Canada*, ministère de la Justice du Canada, documento de trabajo DT1996-7f, octubre de 1996, inédito.

¹⁸ Vid. McCullough, M.J., P.R. Snowden, P.J.W. Woods y H.E. Mills, "Sadistic Fantasy, Sadistic Behaviour and Offending", *British Journal of Psychiatry*, vol. 143, 1983, pp. 20 y ss.

esto les causa sufrimientos psicológicos y problemas emotivos¹⁹ con consecuencias graves en su vida familiar y social, y hasta en el desempeño de su puesto de trabajo. Reaccionan ante el acoso de diversas maneras:

- Se hacen reproches a sí mismas;
- Minimizan las repercusiones del acoso;
- Afrontan el acoso como un problema personal;
- Se sienten despreciadas y traicionadas;
- Se encuentran ansiosas y temerosas por el carácter imprevisible de la conducta del acosador;
- Se sienten impotentes e incapaces de controlar su vida;
- No tienen confianza en la policía y, en consecuencia, no denuncian los incidentes; y
- No toman medidas porque ignoran que el acoso puede ser un acto delictivo.²⁰

IV. Derecho comparado

La articulación de medios jurídico-penales para tutelar a los ciudadanos victimizados por actos de persecución u hostigamiento sistemático se inicia en los Estados Unidos de América, extendiéndose enseguida por el mundo del *Common Law*. En la actualidad, también hay ejemplos relevantes en Europa continental.²¹

1. Los Estados Unidos de América

En la década de los 1980 se produjeron diversos sucesos que atrajeron la atención de los medios de comunicación y de la policía por afectar a personas famosas: junto al asesinato de John Lennon (1980), el intento de asesinato de la actriz Theresa Saldana (1982), la masacre protagonizada por Richard Farley (1988), el asesinato de la también actriz Rebecca Schaeffer (1989), al que se unieron otros cinco asesinatos más ese mismo año. Todos ellos tuvieron lugar tras varios años de acoso por parte de sus obsesivos admiradores.

Al mismo tiempo, con el estreno de películas como *Fatal Attraction*, *Cape Fear* y *Sleeping with the Enemy* y su cobertura por los medios, el fenómeno de *stalking* (acoso) comenzó a ser muy conocido.

Hasta aquel momento sólo algunos estados contaban con leyes relativas al *assault* y *harassment*; en general eran inadecuadas o nulas las herramientas que la legislación penal ofrecía para proteger a los muchos ciudadanos victimizados. Las tradicionales *restraining orders*²² raramente resultaban efectivas, pues para castigar a los autores había que esperar a la violación de la orden respectiva; además, quedaban sometidas a límites jurisdiccionales que mermaban su aplicación. Por ello se decidió aprobar una legislación antiacoso.

El primer estado que contó con una ley contra el acoso (acecho furtivo a una persona) que lo incriminaba como delito fue California en 1990 (California Penal Code. Section 646.9). Se aprobó en respuesta al gran número de supuestos en los que la conducta de acoso había resultado en la muerte de la víctima, a pesar de que la policía (impotente, por la falta de instrumentos legitimadores de su intervención) había sido avisada del comportamiento amenazante del acosador. Con ella se abrió el paso a la intervención policial preventiva.

En septiembre de 1993, los 50 estados y el Distrito de Columbia contaban ya con leyes contra el acoso, aunque éstas diferían en cuanto a la definición, enfoque y hasta denominación del fenómeno (*stalking*, *criminal harassment*, *criminal menace*...). Ahora bien, por su falta de precisión a la hora de la definición de los comportamientos punibles algunas de ellas fueron rechazadas por los tribunales, lo que obligó a la apertura de nuevos procesos legislativos dirigidos a salvar los defectos de inconstitucionalidad.²³ Para evitarlos, el Congreso acordó la formación de un comité especial de redacción de un modelo de código contra el acoso, elaborado con base en el informe presentado por la National Criminal Justice Association, en colaboración con el National Institute of Justice, el

¹⁹ Hasta estrés postraumático, Villacampa Estiarte, C., *Stalking*, op. cit., pp. 106 y s.

²⁰ U.S. Department of Justice. Office of Community Oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *Creating*, op. cit., pp. 11-12; y U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs, *Stalking Victimization in the United States*, 2009, NCJ 224527, p. 14. Disponible en: <http://www.cops.usdoj.gov/RIC/Resource>

²¹ Para un repaso pormenorizado, con amplio número de países, C. Villacampa Estiarte, *Stalking*, op. cit., pp. 111 y ss.

²² Vid. Mayordomo Rodrigo, V., *Violencia contra la mujer: un estudio de Derecho comparado*, Madrid, 2005, p. 190.

²³ Boychuk, M.K., "Are stalking laws unconstitutionally vague or overbroad?", *Northwestern University Law Review*, 88,2, 1994, pp. 769 y ss.; R.A. Guy Jr., "The nature and constitutionality of stalking laws", *Vanderbilt Law Review*, 46, 1993, pp. 991 y ss.

Acoso y Derecho penal

National Center for Victims of Crime y otras organizaciones. El Modelo de Código Antiacoso²⁴ consideraba delito: tomar parte en una línea de conducta que puede llevar a una persona razonable a temer por su vida o integridad o la de algún familiar directo, siendo consciente el acosador (o debiendo serlo) de que puede generar ese miedo a la víctima y abocando de hecho a la víctima a este temor.²⁵

El 13 de septiembre de 1994, el presidente Clinton firmaba la Public Law 103-322, conocida como “Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994”, que en su título IV, § 40131- 40611 (42 U.S.C. § 13931-14040, Violence Against Women) establecía mecanismos para hacer frente a los numerosos crímenes de violencia doméstica, sexuales, de acoso, hostigamiento y persecución contra mujeres de todas las razas, condición social, étnica y económica en los Estados Unidos.²⁶ Y en 1996, el Congreso de EUA aprobó la Federal Interstate Stalking Punishment and Prevention Act, prohibiendo el acoso interestatal, el acoso en territorio federal y en cualquier lugar bajo jurisdicción federal. La ley también amplió las disposiciones de la Violence Against Women para incluir a todas las víctimas, no sólo a las mujeres o compañeras de los ofensores. En noviembre de 2000, la Ley se reformó y su contenido pasó a formar parte de la Violence Against Women Act (VAWA).

Además, en 2002 se elabora un Protocolo sobre el Acoso, con la finalidad de acrecentar la efectividad de la policía contra este tipo de conducta. Como se explica en él, el acoso difiere de otros delitos al menos en dos aspectos:

- Por una parte, es una forma de conducta victimizante repetida, constituida por una serie de incidentes más que por un único acto delictivo;

- Por otra, es un delito que se caracteriza por el efecto que produce en la víctima a través del temor que genera.

Los episodios de acoso normalmente parecen inocuos si se examinan de manera aislada; pero la cosa cambia una vez que resultan identificados como partes de un patrón de conducta caracterizado por la imposición de un contacto no deseado del infractor hacia la víctima. Tanto si el comportamiento está relacionado con episodios de violencia doméstica como si lo lleva a cabo un desconocido, los actos de acoso resultan inquietantes y siniestros, incluso en ausencia de una amenaza manifiesta de causar daño a la víctima. Se trata, por su propia naturaleza, de un comportamiento que requiere de una intervención temprana y preventiva eficaz, porque no es infrecuente que vaya seguido de un ataque físico: incluso, la muerte de la víctima.²⁷ El ataque físico se produce finalmente en el 25% a 35% de los supuestos de acoso.²⁸

Por su parte, en enero de 2009, el Departamento de Justicia de Estados Unidos publicó un informe especial titulado *Stalking Victimization in the United States*.²⁹ Define el acoso como una serie de actos repetidos dirigidos contra una persona concreta que puede inducir a cualquier persona razonable a sentir miedo. El Informe pone de manifiesto que en el transcurso de un año, aproximadamente 34 000 000 personas mayores de 18 años fueron víctimas de acoso en Estados Unidos, estimándose que una de cada 12 mujeres y uno de cada 45 hombres es acosado al menos una vez en su vida.³⁰ La mayor parte de las víctimas conocen al acosador y en pocos casos es éste un extraño.³¹

El acoso a nivel interestatal está definido, en la actualidad, en la ley federal 18 U.S.C. § 2261^a,³² si bien la definición legal de acoso no es la misma en las

²⁴ National Criminal Justice Association, *Project to Develop a Model Anti-Stalking Code for States, Final Summary Report*, Washington, DC, 1993. http://www.popcenter.org/problems/stalking/PDFs/NIJ_Stalking_1993.pdf

²⁵ El Modelo de Código fue revisado en la década de 1990, incluyendo un listado de conductas a título ilustrativo y aludiendo a la necesidad de que el autor sea consciente (o deba serlo) de que su línea de conducta puede causar en una persona razonable, bien miedo por su seguridad o la de un tercero, bien angustia emocional. National Center for Victims of Crime, *The Model Stalking Code revisited. Responding to the New Realities of Stalking*, Washington, 2007. Disponible en: <http://www.ncvc.org/ncvc/AGP.Net/Components/documentViewer/Download.aspxnz?DocumentID=41822>

²⁶ Vid. al respecto, Azagra Malo, A., y E. Farnós Amorós, “La violencia doméstica en los derechos estatales y federal de los EE.UU”, *InDret*, 4/2006, p. 10.

²⁷ U.S. Department of Justice and National Center for Victims of Crime, *Creating, op. cit.*, p. 6.

²⁸ *Ibidem*, p. 14.

²⁹ U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs, *Stalking*, p. 1. Disponible en: <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub>

³⁰ U.S. Department of Justice and National Center for Victims of Crime, *Creating, op. cit.*, p. 8.

³¹ *Ibidem*, p. 13.

³² U.S. Department of Justice, *Stalking, op. cit.*, p. 3.

distintas jurisdicciones, que se rigen por leyes penales específicas.³³ Las leyes estatales difieren en lo que se refiere al elemento del temor de la víctima, al peligro o daño emocional y al propósito del acosador. Algunas legislaciones exigen que la víctima se haya sentido efectivamente atemorizada, mientras que para otras lo que el comportamiento del acosador ha de producir es temor en una persona normal. Además existen divergencias en cuanto al grado de temor que unas y otras legislaciones requieren: en algunos estados es preciso que se trate de un miedo a morir o a sufrir graves daños físicos; en otros, basta con probar que la víctima ha sufrido violencia o un daño psíquico.

2. Canadá

En Canadá el *criminal harassment* —acoso u hostigamiento, que incluye el *stalking*— constituye un delito. Se trata de una conducta repetida a lo largo de un periodo de tiempo, que provoca en las víctimas un temor fundado acerca de su seguridad, pero no conlleva necesariamente lesiones físicas. El acoso puede ser un aviso de actos de violencia por llegar.³⁴

No es una conducta nueva, pero su reconocimiento como infracción autónoma data de 1993, momento en que se modificó el Criminal Code of Canada a fin de crear esta nueva infracción. Un importante factor que propició su introducción fue la preocupación del personal de justicia penal, ya que las incriminaciones del Código Penal no cubrían adecuadamente el hecho del acoso, que se había convertido en una nueva forma de violencia contra las mujeres. Antes de esa fecha, quienes llevaban a cabo tales comportamientos podían ser acusados de intimidación, amenazas, daños, proposiciones obscenas por teléfono, llamadas telefónicas hostigadoras-acosadoras...

Conforme al artículo 264 (1) del Criminal Code of Canada, nadie puede, sin autorización legítima y a sabiendas de que otra persona está siendo acosada o pudiendo saberlo, llevar a cabo las conductas descritas en el párrafo (2), que producen en cualquier persona razonable, en esas mismas circunstancias, miedo por su seguridad o por la de algún conocido.

Según el párrafo (2), las conductas a las que se refiere el párrafo (1) consisten en:

- a) Seguir a una persona o a sus allegados de modo repetido de un lugar a otro;
- b) Comunicarse de forma repetida, tanto directa como indirectamente, con otra persona o con sus conocidos;
- c) Acechar o vigilar su lugar de residencia o el lugar donde esa persona o alguno de sus conocidos reside, trabaja, ejerce su actividad profesional o se encuentra;
- d) Comportarse de manera amenazante contra esa persona o contra algún miembro de su familia.

Constituye lo que en Derecho canadiense se denomina un delito híbrido (*hybrid offence*), que puede llegar a ser castigado (basta con una sola de las conductas) con una pena de hasta diez años de prisión.

Dada la amplia gama de percepciones, sentimientos o sensaciones negativas que las personas acosadas pueden experimentar —temor, perturbación, confusión, aislamiento, impotencia, desesperación, cólera, depresión, indiferencia, falta de control, inseguridad, desconfianza, tristeza, baja autoestima...—, se prevé para estos supuestos la posibilidad de obtención de una orden de no perturbación del orden público, en virtud del artículo 810 del Código Penal de Canadá.³⁵ Se trata de una orden judicial (por un tiempo máximo de un año) dirigida a la protección de la víctima del acoso, que puede obligar al acosador a abstenerse de todo contacto al especificar expresamente a qué distancia ha de mantenerse respecto de aquélla, de su lugar de trabajo, de su domicilio o de cualquier miembro de su familia. La violación de esta orden constituye un acto delictivo susceptible de pena de multa de hasta 2 000 dólares o (alternativa o conjuntamente) pena de prisión de hasta seis meses.³⁶

En 1995, dos años después de que el delito de acoso fuera incorporado al Código Penal como una infracción autónoma, los ministros de justicia crearon un grupo de trabajo compuesto por funcionarios federales, provinciales y territoriales para desarrollar precep-

³³ Morewitz, S.J., *Stalking and Violence. New Patterns of Trauma and Obsession*, Nueva York, 2004, pp. 61y ss.

³⁴ Department of Justice. Canada, *Criminal harassment: a Handbook for Police and Crown Prosecutors*, p. 1. www.justice.gc.ca (última modificación: 14.05.2009)

³⁵ Hackett, K., "Criminal Harassment", *Juristat. Canadian Centre for Justice Statistics*, catálogo núm. 85-002-XIE, vol. 20, núm. 11, p. 15.

³⁶ Disponible en: <http://www.justice.gc.ca>

Acoso y Derecho penal

tos que respondieran a las necesidades de la policía y *Crown Prosecutors* en la tarea de hacer cumplir esa normativa. El 3 de diciembre de 1999 se publicó *A Handbook for Police and Crown Prosecutor in Criminal Harassment* con las directrices para la prevención del delito, las medidas judiciales a adoptar en caso de acoso con amenazas, así como para la reducción del número de víctimas y la mejora de la seguridad en las colectividades. La *Guía*—que las provincias y territorios pueden adaptar a sus necesidades y a sus políticas en relación con cuestiones conexas— enumera un amplio número de varios supuestos de acoso y contiene conclusiones y recomendaciones extraídas del examen de las disposiciones del Código Penal relativas al acoso que el Ministerio de Justicia efectuó en 1997.³⁷

Gran Bretaña

En Inglaterra y Gales se tipificó el acoso con la aprobación de la Protection from Harassment Act 1997,³⁸ conocida como “The Stalking Law”, que entró en vigor el 16 de junio de 1997³⁹ y resulta aplicable a los actos de acoso realizados a partir de esa fecha. La aprobación de esta ley se vio acompañada de un gran interés público y político. Se consideraba que ni las leyes civiles ni las penales abordaban el problema del acoso de un modo apropiado y que era necesaria una nueva legislación. “The Stalking Law” introdujo dos delitos, autorizando igualmente a los tribunales civiles a dictar mandamientos para el resarcimiento de perjuicios.

- Conforme a su artículo 1, no está permitido que una persona desarrolle una línea de conducta que equivalga a acosar a otra, sabiendo o debiendo saber qué supone un acoso. Se entiende que la persona que lleva a cabo esta conducta es consciente del acoso si cualquier persona ra-

zonable en posesión de la misma información podría pensar que esa conducta efectivamente supone acoso a otra persona. La pena es de privación de libertad por tiempo no superior a seis meses o multa (alternativa o simultáneamente).

Con todo, no existe acoso si la línea de conducta descrita: a) se lleva a cabo con el propósito de prevenir o descubrir un delito; b) se realiza en cumplimiento de una orden, o algún precepto legal o en cumplimiento de cualquier condición o requerimiento impuesto legítimamente por alguna persona; o c) las concretas circunstancias concurrentes hacen que pueda tenerse por razonable.

Conforme al artículo 3º la persona real o potencialmente víctima de la conducta en cuestión puede reclamar civilmente al acosador el resarcimiento por los perjuicios sufridos debido a la ansiedad generada por el acoso y cualquier otra pérdida económica derivada del mismo. La Hight Court, o la corte del condado, emiten un mandamiento con la finalidad de impedir que el acusado insista en su conducta de acoso. Si el demandante considera que el acusado realiza algo que está prohibido en el mandamiento, puede solicitar una orden de prisión.

- Dispone, además, el artículo 4º que la persona cuya conducta haga temer a otra, al menos en dos ocasiones, de que se le va causar algún tipo de violencia es culpable de un delito si sabe o debe saber que su comportamiento iba a atemorizar en cada una de las ocasiones en que se haya llevado a cabo. Se entiende que esta persona debe saberlo si cualquiera otra en posesión de la misma información hubiera sido consciente de que su conducta produciría tal resultado. Las penas son: prisión de hasta cinco años o (alternativa o combinadamente) multa, si se trata de un

³⁷ Datos estadísticos obtenidos a partir de la información de la policía y de los tribunales del año 1997 revelaron ya lo siguiente: ocho de cada 10 víctimas eran mujeres, nueve de cada 10 acusados eran hombres, 67% de las víctimas fueron objeto de un delito de acoso por parte de su pareja actual o pasada, o de un íntimo amigo del sexo masculino, el 43% de las víctimas de sexo masculino fueron objeto de acoso por parte de un conocido, y casi la mitad de éstos eran hombres; sólo 13% lo fueron por parte de una expareja o de una ex amiga. El 59% de todos los incidentes se produjeron en la residencia de la víctima. Si bien las víctimas padecen casi siempre un perjuicio psicológico, la policía verificó que se produjeron lesiones corporales en menos de 1% de los casos, el 21% de todos los incidentes de acoso comportaron la perpetración de alguna otra infracción: una agresión física (16% de todas las infracciones conexas), infracciones contra los bienes (21%), incumplimiento de una orden de probación (7%) e incumplimiento de las condiciones de fianza (6%).

³⁸ Finch, E., *The Criminalisation of Stalking. Constructing the Problem and evaluating the solution*, Londres/Sydney, 2001, pp. 217 y ss.; Petch, E., “Anti-stalking laws and the protection from Harassment Act 1997”, *The Journal of Forensic Psychiatry*, 13, 1, 2002, pp.19 y ss.

³⁹ Disponible en: <https://www.hms.gov.uk/acts/acts1997>

delito grave de la competencia del jurado (*conviction on indictment*), y prisión hasta de seis meses o (alternativa o combinadamente) multa que no exceda el máximo legal, si es juzgado por un juez individual como autor de una infracción menos grave (*on summary conviction*).

Constituye una defensa para la persona acusada en este artículo demostrar: a) que con dicha conducta se tuvo el propósito de prevenir o descubrir un delito; b) que el comportamiento se llevó a cabo obedeciendo una orden o algún precepto legal, o en cumplimiento de cualquier condición o requerimiento impuesto por alguna persona bajo alguna orden; o c) que ese tipo de conducta fue razonable para protegerse a sí mismo o a otra persona, para proteger su propiedad o la de otro.

En el artículo 5º se incluyen las órdenes de restricción (*restraining orders*) que pueden aplicarse a las personas consideradas culpables con base en los artículos 2º o 4º. Con el propósito de proteger a la víctima (o a cualquier otra persona mencionada en la orden) frente a una conducta posterior que equivalga a acoso o que produzca temor de violencia, la orden puede prohibirle hacer lo que se establezca y estará vigente durante un periodo específico o hasta que haya una orden posterior. El fiscal, el demandante o cualquier otra persona mencionada en la orden, pueden solicitar al tribunal que ha dictado la orden que la modifique o que la sustituya por una posterior.

Si el acusado, sin una razón suficiente, hace algo que le está vetado por la orden, es culpable de un delito y será castigado con pena de prisión hasta de cinco años o (alternativa o simultáneamente) multa, si se trata de una *conviction on indictment*, y con pena de prisión no superior a seis meses o (alternativa o simultáneamente) multa que no exceda el máximo legal, si es juzgado por un juez individual *on summary conviction*.

La Protection from Harassment Act 1997 no es la única regulación aplicable a los acosadores. En el *Common Law*, a partir del caso *Burris v. Azadani* [1995] 1 WLR 1372, se pueden dictar mandamientos cuando el acosador y su víctima son pareja o personas que han vivido juntas o cuando la víctima no puede

solicitar a los tribunales una *non-molestation order* (de la Family Law Act 1996). Los tribunales pueden adjuntar una orden de detención para el caso de que el demandado incumpla la orden. Además, en 1997, en los casos *R. v. Burstow* y *R. v. Ireland*, la Cámara de los Lores decidió que los acosadores que hubieran causado daños psíquicos a sus víctimas podían ser perseguidos, aun cuando no hubieran atacado físicamente a su víctima.

Por su parte, en Escocia, la Protection from Harassment Act 1997 presenta algunas características específicas. El acoso no tiene la consideración de infracción penal (*criminal offence*), sino de infracción civil. Las víctimas de *stalking* pueden solicitar un interdicto contra el acosador o una orden de no acosar, y su vulneración constituye ya una infracción penal.⁴⁰

Otros ejemplos europeos

En el ámbito europeo occidental,⁴¹ Dinamarca es un país auténticamente “precursor”⁴² en este campo, pues se ocupa desde 1933 de castigar en el artículo 265 de su Código Penal —como forma de desobediencia policial y con pena de prisión de hasta dos años— la vulneración de la paz de otro “importunándolo, persiguiéndolo con cartas o molestándolo de cualquier forma, a pesar de la advertencia policial”.⁴³

También Bélgica y Holanda cuentan con disposiciones penales incriminatorias de lo que denominan “*harcèlement*” o “*belaging*”, consistente en el acoso u hostigamiento a otro a sabiendas de (o debiendo saber) que se afecta gravemente a su tranquilidad (artículo 422 bis del Código Penal belga) o en el hecho de inmiscuirse de manera repetida e intencional en la vida privada de otro para obligarle a hacer algo; abstenerse de hacerlo o para atemorizarle (artículo 285b del Código Penal holandés).

En 2006 se introdujo en Austria la *Berharrliche Verfolgung* (§107a öStGB), dirigida a castigar hasta con un año de prisión, y a instancias del acosado, a quien persigue ilegal y tenazmente a otro; esto es, quien mantiene de manera continua y por un lapso largo una conducta perjudicial para el modo de vida

⁴⁰ The Scottish Parliament. The Information Center, *Stalking and Harassment*, RN 00-58, 2000, p. 3.

⁴¹ Villacampa Estiarte, C., *Stalking*, op. cit., pp. 155 y ss. Modena Group on Stalking, *Protecting Women from the New Crime of Stalking: a Comparison of Legislative Approaches within the European Union. Final Report*, Módena, 2007, pp. 18 y ss. Disponible en: http://stalking.medlegmo.unimo.it/RAPPORTO_versione_finale_011007.pdf

⁴² Villacampa Estiarte, C., *Stalking*, op. cit., p. 157.

⁴³ Gibbons, S., “Freedom from fear of Stalking”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 6, 1998, pp. 138 y s.

Acoso y Derecho penal

de la víctima, a) tratando de acercarse a la misma, b) estableciendo contacto con ella por medios de telecomunicación, específicos o a través de terceros, c) encargando bienes o servicios en su nombre y utilizando sus datos personales, o d) utilizando igualmente sus datos personales para hacer que un tercero se ponga en contacto con ella (§107a öStGB).

Por su parte, el §238 StGB incluye en Alemania la “persecución” (*Nachstellung*) como delito contra la libertad personal, perseguible, en principio, a instancia de parte.⁴⁴ La persecución de manera autorizada y persistente de una persona se considera punible cuando perjudica gravemente su desarrollo vital y se traduce en a) tratar de acercarse a la misma, b) intentar establecer contacto con ella por medios de telecomunicación, específicos o a través de terceros, c) encargar bienes o servicios en su nombre y utilizando sus datos personales, o provocando por los mismos medios que un tercero entre en contacto con ella, d) amenazarla con lesionar su vida, incolumidad corporal, salud o libertad o la de alguien de su entorno cercano; e) realizar cualquier otra conducta similar a las anteriores. Las penas son de prisión de hasta tres años o multa, que se convierten en prisión de tres meses a cinco años si concurre peligro de muerte o grave menoscabo para la salud de la víctima, de su pariente o de una persona allegada. Si se causa la muerte de la víctima, su pariente o persona allegada la pena es de uno a diez años de prisión.

En 2001 se creó en Italia el Osservatorio Nazionale sullo Stalking, perteneciente a la Asociación Italiana de Psicología y Criminología, y que ha asistido hasta 2009 a alrededor de 8 000 víctimas. Las investigaciones realizadas por el Osservatorio han puesto de manifiesto que sólo 25% de las víctimas de acoso en Italia han sido hombres y que 5% de los homicidas entre 2002 y 2006 fueron previamente acosadores.⁴⁵ En junio de 2008, a raíz de una serie de graves incidentes que llamaron la atención pública, se propuso una ley, aprobada en 2009: la Ley núm. 38, de 23 de

abril de 2009⁴⁶ introdujo en el Código Penal el artículo 612 bis, “*Atti persecutori*”. En él se tipifica como infracción penal sancionada con pena de prisión de seis meses a cuatro años todo tipo de conducta reiterada de acoso u hostigamiento, amenazadora o persecutoria, idónea para: 1) causar un perdurable estado de ansiedad o temor en la víctima, 2) producir en las víctimas un temor fundado sobre su propia seguridad o la de sus parientes, allegados o persona unida a la víctima por una relación afectiva, 3) forzar a la víctima a modificar su hábitos de vida. Si el autor del delito es una persona unida a la víctima por una relación de parentesco o si está o ha estado unido a la víctima por una relación (es por tanto, ex marido o ex mujer, y también ex pareja), y/o si la víctima está embarazada o es menor, la pena puede llegar hasta seis años de prisión.

V. El Derecho español

En España no se dispone realmente de estadísticas sobre el acoso. Por un lado, porque el acoso no se ha considerado, en general, como una figura delictiva específica. Y por el otro, porque el supuesto de acoso más frecuente —hacia las mujeres— ha sido poco estudiado, toda vez que la mayor parte de los esfuerzos se han dirigido a analizar los malos tratos físicos contra las mujeres, prestándose una menor atención a las agresiones de carácter psicológico.⁴⁷

I. Modalidades de acoso legalmente tipificadas

Si bien el viejo Código Penal castigó la solicitud a una mujer por parte de un funcionario público como abusos contra la honestidad cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (Capítulo VIII, Título VII, artículos 383-384) —una incriminación que se mantiene en la actualidad entre los abusos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su

⁴⁴ Gerhold, S., „Der neue Stalking- Tatbestand; ein erster Überblick, *Neue Kriminalpolitik*“, 2007, pp. 2 y ss.; Meyer, F., “Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von ‚Stalking‘ im deutschen Recht“, *ZStW*, 115, 2003, pp. 249 y ss.; Kinzig, J., y S. Zander, “Der neue Tatbestand der Nachstellung (§238 StGB) –Gelungener Abschluss einer langen Diskussion oder missglückte Massnahme des Gesetzgebers?“, *Juristische Arbeitsblätter*, 7, 2007, pp. 481 y ss.; Mitsch, W., “Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch“, *NJW*, 18, 2007, pp. 1237 y ss.; Neubacher, F., y G. Seher, “Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§238 StGB)“, *Juristen Zeitung*, 21, 2007, pp. 1029 y ss.; Valerius, B., “Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in §238 StGB“, *JUS*, 4, 2007, pp. 319 y ss.

⁴⁵ <http://www.stalking.it>

⁴⁶ “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori”, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 95 del 24 de abril de 2009. <http://www.parlamento.it/parlam/leggi>

⁴⁷ Garrido Genovés, V., *Amores, op. cit.*, pp. 19 y s.

función (artículos 443-444; Capítulo IX, Título XIX, Delitos contra la Administración pública)—, es sólo a partir del Código Penal de 1995 cuando el término acoso aparece por primera vez en el Código, introducido entre los delitos contra la libertad sexual.

Por su parte, la reforma de 2010 se ha vuelto a ocupar de otras modalidades específicas de acoso, al incluir en el Código el acoso laboral, el acoso inmobiliario y el ciberacoso sexual.

a. El acoso sexual

La regulación del acoso sexual se encuentra en el artículo 184 (Capítulo III del Título VIII, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, del Libro II del Código Penal), reformado por la Ley Orgánica 11/1999, que elevó sensiblemente el nivel de intervención penal en este marco, añadiendo un nuevo tipo básico y convirtiendo en agravado el tipo básico anterior, incluyendo una agravación adicional, sustituyendo las penas de arresto de fin de semana por prisión y modificando las penas de multa.

La conducta típica básica —castigada con prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses— consiste en solicitar favores sexuales. Ahora bien, para resultar punible, esta conducta;

- Debe tener lugar en un determinado ámbito de relación: laboral, docente o de prestación de servicios continuada o habitual; y, sobre todo,
- Ha de suponer para la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil y humillante.

El delito de acoso sexual resulta agravado en los supuestos de chantaje sexual, castigados con prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses. Hay chantaje sexual cuando el culpable del acoso sexual haya cometido el hecho, “prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación”.

Por su parte, el artículo 184.3, introducido por la reforma de 1999, incluye un supuesto adicional de agravación⁴⁸ que eleva las penas del tipo básico a pri-

sión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses, mientras que para el chantaje sexual agravado se prevé prisión de seis meses a un año. Esta agravación opera “cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación”.

b. La reforma de 2010: el acoso laboral, el acoso inmobiliario, el ciberacoso sexual

La reforma de 2010 del Código Penal ha vuelto a incidir en la cuestión del acoso, tipificando nuevas modalidades específicas: el acoso laboral, el acoso inmobiliario y el ciberacoso sexual.

- El primero, el *acoso laboral*, queda incardinado entre los delitos contra la integridad moral (Título VII del Libro II). Dispone, en efecto, el nuevo segundo párrafo introducido en el número 1 del artículo 173 la imposición de la pena reservada para los graves menoscabos de la integridad moral —prisión de seis meses a dos años— “a los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.
- Dos son, por su parte, los preceptos dedicados al *acoso inmobiliario*, cuya tipificación resulta justificada por el Preámbulo de la reforma “al hilo de la proliferación, durante la última década, de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda” y por las dificultades a las que se enfrentaba su “represión”, dada la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal (apartado XI):
 - El tercer párrafo del artículo 172.1, que impone las penas del delito de coacciones (Capítulo III; Título VI, Libro II) en su mitad superior (esto es, prisión de un año y tres meses a tres años o multa de 18 a 24 meses), “cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”; y
 - El nuevo tercer párrafo del artículo 173.1. Al igual que el nuevo párrafo segundo, éste impone la pena de prisión de seis meses a dos años “al que, de forma reiterada, lleve a cabo

⁴⁸ Un “tipo hipercualificado”, Polaino Navarrete, M., “Reformas penales (desde 1995 a 2002)”, en López Barja de Quiroga, J., y J.M. Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t.I, Madrid, 2004, p. 654.

Acoso y Derecho penal

actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”.

- Por su parte, el *ciber-acoso* (*child grooming*) queda regulado por el artículo 183 bis, entre los “abusos y agresiones sexuales a menores de trece años” (Capítulo II bis del Título VIII). Castiga este artículo la entrada en contacto con un menor de 13 años a través de Internet, del teléfono o por medio de cualquier otra tecnología de la información y comunicación,
 - “Para concertar un encuentro con el mismo”
 - A fin de cometer delitos de agresiones o abusos sexuales o para su utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pornográfico de cualquier clase y en cualquier soporte
 - Siempre que la “propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento”.

2. Carencia de una tipificación propia del acoso en general

La inclusión en el Código Penal de las nuevas figuras específicas de acoso (fundamentalmente moral) pone aún más si cabe de manifiesto la laguna existente referida a la tipificación de los comportamientos genéricos de acoso. Éstos vienen por lo común integrados por una pluralidad de actos que, de no resultar individualmente punibles como ataques a la libertad y salvo que se produzcan en los específicos ámbitos de relación contemplados para el acoso sexual, laboral o inmobiliario, podrían quedar impunes, pues, por

lo menos en lo que concierne al acoso psicológico, tampoco alcanzan a afectar a la integridad moral en la forma exigida por el primer párrafo del artículo 173.1 del Código Penal. Sin embargo, por su reiteración y carga de hostilidad, incluso en ausencia de una amenaza manifiesta de causar daño a la víctima, se presentan como particularmente inquietantes y siniestros⁴⁹ y constituyen una agresión psicológica —porque producen un nivel de temor y ansiedad, cuando no de terro— que puede acabar traduciéndose hasta en resultados lesivos para la salud.

Incomprensiblemente, estas conductas siguen sin tipificarse en el Código Penal, que sí describe en cambio cómo se han visto otras modalidades de acoso ceñidas a ámbitos concretos.

3. Tratamiento jurisprudencial del acoso

Ante la falta de tipificación penal específica del acoso, el tratamiento de los supuestos que han llegado a los tribunales⁵⁰ ha debido fijarse, en primer lugar, en los actos individuales integrantes de la conducta reiterada, que en ocasiones resultan ya constitutivos de delito. En tal supuesto la justicia no ha tenido problemas en sancionar individualmente esos comportamientos como delitos contra los correspondientes bienes jurídicos de carácter personal o patrimonial, aun cuando se perdiera la visión de conjunto de los mismos y el desvalor específico que ello puede merecer. Lo mismo sucede cuando el desenlace del acoso es un delito grave, en cuyo caso el hostigamiento, la persecución e invasión de la intimidad suelen acabar consumidos en el tipo delictivo de resultado de lesiones⁵¹ o contra la vida.⁵²

⁴⁹ U.S. Department of Justice. Office of Community Oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *Creating. op. cit.*, p. 6.

⁵⁰ Véase también Villacampa Estiarte, C., *Stalking, op. cit.*, pp. 248 y ss.

⁵¹ Así, Tamarit Sumalla, J.M., “De las lesiones”, en G. Quintero Olivares (dir.) y F. Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6ª ed., Pamplona, 2009, p. 104.

⁵² Así, en Sentencia de 24 de octubre de 2000, del Tribunal Supremo, se condenó al acusado como autor del delito de asesinato con alevosía y ensañamiento, concurriendo la agravante de abuso de confianza y la atenuante de arrepentimiento espontáneo. Los hechos: F.S.R. pronto sintió atracción física por su compañera de trabajo y quiso ser correspondido. Cuando se enteró de que ésta tenía novio, comenzó a seguirla, al concluir la jornada laboral y a requerirla, mientras coincidían en el trabajo. Ella reaccionó de forma clara y tajante, con negativas a sus pretensiones. El acusado persistió en sus requerimientos y requiebros, albergando y representándose que la cuestión marchaba bien en función de la continua relación por razón de trabajo, de distintas ligerezas que entendía le permitía ella y de distintos detalles que aquella tuvo, que él interpretó siempre como altamente positivos de cara a ser correspondido y en esa situación de enamoramiento hizo reprochar a la víctima lo que observaba que hacía con su novio, cuando la seguía y que no vistiera en el trabajo de igual manera a como lo hacía cuando estaba con su novio. Entonces M.B.P. puso en conocimiento de los propietarios del almacén este acoso y aquellos reprendieron a F.S.R. su conducta. Meses después, sobre las 8 de mañana llegó al almacén y de forma sorpresiva e inesperada la atacó con una pala, asestandole brutalmente reiterados golpes, en número de once con intención de causar la muerte, pero primeramente encaminados a aumentar deliberada e inhumanamente el dolor de la ofendida y valiéndose de la situación en que por la relación de confianza, se hallaba M.B.P., hasta producirle la muerte. La sentencia considera que no presenta rasgos de la personalidad atípicos, encuadrados en el denominado “trastorno límite de la personalidad”, que no perdió el control de sus impulsos, y que no estuvo privado momentáneamente de la capacidad para entender y comprender los hechos realizados.



El delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 ha servido igualmente para perseguir supuestos de acoso realizados desobedeciendo una orden judicial de alejamiento,⁵³ combinado en ocasiones con la calificación oportuna de algunas de las acciones puntuales realizadas.⁵⁴ Pero, siendo un delito contra la Administración de Justicia, el delito de quebrantamiento sólo tutela ese bien jurídico y no cubre, por tanto, el ataque a la víctima.⁵⁵

En cualquier caso, son las figuras contra la libertad, así como las vejaciones injustas y el delito de maltrato doméstico, las vías más frecuentemente utilizadas hasta ahora por los tribunales para hacer frente a los supuestos de acoso no caracterizados por su componente sexual; también el maltrato doméstico cuando los tienen lugar en su particular ámbito de aplicación.

a) Amenazas

La reconducción de los supuestos de acoso u hostigamiento a las figuras delictivas contra la libertad ha sido frecuente en el plano jurisprudencial. Por lo general, se entiende que es la libre formación de la voluntad lo que el acto de acoso afecta más directamente, al interferir en sus procesos de decisión, atacando la necesaria seguridad o tranquilidad de ánimo y, en ocasiones, hasta tratando de forzar la voluntad (o vencer la resistencia) de la persona acosada en una determinada dirección.⁵⁶ El acosador, en efecto, realiza un patrón de comportamiento intrusivo y no deseado en la vida de la víctima, que conlleva una amenaza implícita o explícita, puesta de manifiesto a través de determinados actos que suscitan un miedo razonable en la persona objeto del acoso.⁵⁷

Por ejemplo, la Sentencia de 24 de septiembre de 1998 de la Audiencia Provincial de Burgos consideró los hechos incardinados “en un entorno generalizado de acoso o perturbación constante en la persona de X, derivada sin duda del hecho de haber cesado en sus relaciones con el denunciado, siendo así que no puede otorgarse a la actitud amenazante demostrada con el intento o amago de atropello otra eficacia que la de dicha actitud perturbadora hacia X y su entorno”. Por ello fue castigado el procesado como autor de una *falta de amenazas* prevista en el artículo 620.2 del Código Penal.

Por su parte, se relata en la Sentencia de 26 de marzo de 2001, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, cómo, tras el divorcio entre el acusado y M.R., se suspendió provisionalmente el régimen de visitas y comunicaciones del padre con los hijos. El acusado siguió acudiendo con frecuencia a las puertas del colegio de sus hijos y a la parada del autobús que los mismos toman para acudir a su domicilio, viviendo los hijos y su ex esposa tal circunstancia con temor y ansiedad, ante las malas relaciones existentes con el acusado. Todo ello motivó que la ex esposa interpusiera varias denuncias por amenazas y acoso, dictándose la prohibición de acercarse a su ex mujer e hijos y condenándosele por un delito de amenazas. También se estableció una indemnización en concepto de daños morales.

b) Coacciones

Con todo, no deja de haber sentencias que han encauzado el supuesto a través del delito de coacciones, propiamente encaminado a la tutela de la libertad de obrar.

⁵³ Medid “prototípica de *Derecho penal del enemigo*”. M. Polaino Navarrete, “¿Por dónde soplan actualmente los vientos del Derecho penal?”, *Estudios em homenagem ao prof.doutor Jorge De Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra, 2009, p. 477.

⁵⁴ En la Sentencia de 28 de noviembre de 2000, de la Audiencia Provincial de Baleares, se relata que, tras haber impuesto al procesado una pena de multa y la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, a lo largo de un año le llamó en repetidas ocasiones, se presentó en su lugar de trabajo con intención de hablar con ella y siguió realizando nuevas llamadas hasta que se presentó en el lugar de trabajo de la víctima, y ante el jefe amenazó con “llevarse a alguien por delante” antes de suicidarse. La víctima volvió a solicitar que se dictase medida de protección y se dictó un auto por el que se le prohibía mantener cualquier tipo de contacto persona o telefónico con ella. Pese a la notificación de la resolución judicial se presentó otra vez en su domicilio para hablar con ella. A consecuencia de ello, tuvo que estar temporalmente de baja en el trabajo, abandonar el domicilio en que se residía y padecer un cuadro de ansiedad. El acusado fue condenado por un delito de quebrantamiento de condena, quebrantamiento de medida cautelar, descubrimiento de datos reservados, coacciones y de falta de amenazas, concurriendo en todos ellos la exigente incompleta de enajenación mental. No obstante, recurrió el fallo y, en Sentencia de 18 de noviembre de 2002, el Tribunal Supremo declaró probada su anomalía psíquica al tiempo de realización de los hechos, disponiendo su internamiento en un centro psiquiátrico por un periodo de seis años conforme a lo dispuesto en el artículo 95 del CP, ya que las acciones enjuiciadas, objetivamente consideradas, tenían la calidad de delictivas y la persistente conducta persecutoria de la víctima por parte del acusado permitía formular, en principio, un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de reiteración de esa clase de actos.

⁵⁵ Villacampa Estiarte, C., *Stalking*, op. cit., pp. 218 y s.

⁵⁶ Garrido Genovés, V., *Amores*, op. cit., p. 19.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 19 y s.

Según la Sentencia 85/2008, de 9 de septiembre de 2008, de la Audiencia Provincial de León, el acusado había quedado obligado a pagar a su ex mujer una pensión compensatoria y a favor del hijo menor de edad una pensión de alimentos, obligaciones que no cumplió. Además, estuvo sometiendo a su ex esposa a un acoso, hostigamiento y persecución continuos. En uno de los episodios la siguió a bordo de su coche a través de la ciudad. Se considera que esta conducta inadmisibles entraña una compulsión intimidatoria sobre la libertad de la víctima, constitutiva del delito de coacciones.

Se le condena como autor de un delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones y de un delito de coacciones. Se le impone la prohibición de aproximarse a su ex mujer, en cualquier lugar en que se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 250 metros por tiempo de un año y seis meses, y de comunicarse con la misma por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual por tiempo de un año y seis meses.

Otras veces las coacciones van igualmente unidas a supuestos de amenazas. Éste es, por ejemplo, el caso de la Sentencia de 30 de diciembre 2000, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, donde se detalla cómo, tras haber mantenido una relación afectiva, al no aceptar el varón la ruptura “vino acosando y atosigando a la denunciante enviándole cartas en las que le pedía que reconsiderase” su decisión y “dejándole mensajes en su móvil en algunos de los cuales se deducía el temor fundado a que fuese víctima de algún tipo de lesiones o maltrato por parte de C. o de que algo malo le podía ocurrir, así como acudiendo asiduamente al exterior de su casa y merodeando por los alrededores de la misma”. Se condenó al autor como responsable de un delito de amenazas no condicionales, de una falta de coacciones y de una falta de lesiones (por un cabezazo que le dio en la cara a la persona que acompañaba a la perjudicada), reconociéndose a la víctima el derecho a ser indemnizada por daños morales.

c) Vejaciones injustas leves

También las vejaciones injustas de carácter leve (artículo 620.2 del Código Penal) han sido empleadas por los tribunales para sancionar penalmente comportamientos que implican un acoso de una persona hacia otra, si lo determinante en los mismos no ha sido la afectación directa de la libertad de la víctima.

En la Sentencia de 27 de junio de 2008, núm. 427/2008, de la Audiencia Provincial de Valencia, se reconoce que “la insistente repetición de los actos descritos en la relación de hechos probados, y que consistieron, por un lado, en presentarse varias veces el encausado ante la puerta de la vivienda de la denunciante hacia la medianoche, llamar al timbre y esperar varios minutos, marchándose a continuación a su casa, situada en el piso de abajo y, por otro lado, en remitir múltiples cartas o papeles manuscritos donde le confesaba su amor y mostraba su deseo de estar con ella, generaron sin duda en la denunciante un estado de desasosiego e intranquilidad que no puede ser ignorado desde una perspectiva jurídico-penal, sobre todo si se tiene presente el profundo desequilibrio psíquico que presenta el encausado”. “Desde una perspectiva objetiva, unos hechos así, reiterados en el tiempo, constituyen una modalidad de acoso amoroso susceptible de causar en la destinataria una vejación injusta que no tiene por qué soportar en contra de su voluntad. De ahí que se repute aplicable el artículo 620.2º del Código Penal, en el que se castiga al que cause a otro una vejación injusta de carácter leve”.⁵⁸

d) Maltrato doméstico

No es, por último, jurisprudencialmente infrecuente que la valoración total de la conducta de acoso, reiterada durante mucho tiempo, se vea reconducida a un delito de maltrato habitual del artículo 173.2 Código Penal, como en el caso de la Sentencia de 18 de diciembre de 2003, del Tribunal Supremo.

El acusado, al enterarse que su ex mujer tenía una nueva pareja, comenzó a hostigar a ambos con descalificaciones y expresiones intimatorias bien mediante llamadas

⁵⁸ De todos modos, la sentencia consideró que el imputado presentaba una enfermedad de tipo esquizoide, y que estaba bajo los efectos de un delirio de esa índole al tiempo de suceder los hechos enjuiciados, de tal manera que sus facultades cognitivas quedaban completamente anuladas. Y al tratarse de una conducta constitutiva de falta entendió que no era posible aplicar ninguna de las medidas de seguridad prevenidas en el artículo 101 del Código Penal en relación con sus artículos 96 o 105, por lo que mantuvo el pronunciamiento absolutorio contenido en la sentencia apelada.

de teléfono, bien personalmente tras acecharlos, buscarlos o ir al encuentro de ambos. El compañero sentimental de la mujer interpuso varias denuncias por amenazas de muerte realizadas a través del teléfono y presentándose en el domicilio de la pareja, y el acusado fue condenado como autor de una falta de maltrato de obra y otra de insultos y amenazas. Meses después, tras acechar a la pareja cuando se dirigía a su domicilio intentó atropellarlos con su vehículo. A consecuencia de este último episodio, ambos, con antecedentes por tratamiento psiquiátrico por depresiones desde años anteriores, ingirieron voluntariamente un número no precisado de fármacos tras escribir sendas cartas explicando su suicidio. Ingresados en el hospital, tras recibir auxilio de familiares que los encontraron en estado semiinconsciente y grave, curando a ambos sin llegar a precisarse hasta que punto corrieron peligro sus vidas.

La sentencia de instancia absolvió al ex marido de los dos delitos de homicidio intentado y lo condenó como responsable de un delito de violencia familiar habitual a la pena de dos años y cuatro meses de prisión y como autor de una falta de lesiones a la pena de dos meses de multa y prohibición de acudir a la localidad donde residieran las víctimas, durante tres años, además de a una indemnización de 6 000 € para cada uno.

4. Valoración

El posible encauzamiento a través de las vías señaladas (o, en el caso de las víctimas del terrorismo, por el artículo 578 del Código Penal) de algunas de las conductas en que se manifiestan los supuestos de acoso no específicamente tipificados por el Código, pone simultáneamente de manifiesto su insuficiencia para otorgar un adecuado tratamiento punitivo a los casos contemplados por el Derecho comparado.

Esto es palmario en lo concerniente al acoso psicológico,⁵⁹ tantas veces consistente (simple y solamente) en acechar, rondar, vigilar, hacer saber que se “está ahí”.⁶⁰ Por sus propias características, el acoso psico-

lógico difícilmente puede cumplir las exigencias típicas de los delitos de amenazas, incluso si, por lo que se refiere al temor, bastare la aptitud de la conducta para causarlo y no se precisara, por tanto, su producción efectiva. Prescindiendo de otras cuestiones, salvo que las amenazas se profieran de manera explícita, faltará por lo común el soporte para entender que se ha dado un anuncio, aunque sea velado, del mal que, según la jurisprudencia, ha de ser injusto, determinado, serio, real, posible y dependiente de la voluntad del sujeto activo. Es, en efecto, la propia conducta del acosador lo que constituye para la víctima el comportamiento amenazante, y ello incluso si la producción de temor no es lo perseguido por el acosador, que sólo busca un contacto o relación, pero, eso sí, de modo agobiante y contrario a la libertad vital del sujeto pasivo. Tampoco el delito de coacciones parece una vía apropiada, habida cuenta de la volatilización del término típico “violencia”, si precisa igualmente de la concurrencia de un “elemento subjetivo del injusto integrado por la tendencia de atentar contra la libertad de actuación ajena”.⁶¹ En cuanto a las vejaciones injustas del artículo 620, ya utilizado por la jurisprudencia para los supuestos de llamadas telefónicas repetidas y molestas, hasta en horas intempestivas, su necesaria aptitud para generar sentimientos de envilecimiento o humillación constituiría sin duda un freno para encauzar a través de ellas el acoso psicológico, todo ello al margen del “riesgo de banalización”⁶² que supone la reconducción del acoso al ámbito de las infracciones leves.

Quedarían, por tanto, el delito de maltrato doméstico (artículo 173.2) y, más ampliamente, la figura básica de atentado contra la integridad moral del artículo 173.1.

En efecto, y dejando de lado el hecho de su inserción entre los delitos contra la integridad moral, la figura de maltrato doméstico integra como modalidad comisiva la violencia psíquica que, interpretada en un sentido amplio (lo que resulta cuanto menos dudoso),⁶³ podría quedar satisfecha con la producción de temor, intranquilidad o ansiedad. En todo caso, su

⁵⁹ Villacampa Estiarte, C., *Stalking*, op. cit., pp. 217 y ss.

⁶⁰ Vid. Garrido Genovés, V., *Amores*, op. cit., pp. 19 y s.

⁶¹ Villacampa Estiarte, C., op. cit., p. 239.

⁶² *Ibidem*, p. 247.

⁶³ Benítez Jiménez, M.J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código Penal”, en C. Villacampa Estiarte (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Valencia, 2008, pp. 179 y ss. Véase también, M. Acale Sánchez, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pp. 81 y ss; V. Mayordomo Rodrigo, *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Bilbao, 2003, pp. 88 y ss.

ámbito de aplicación —inicialmente el familiar, aun cuando a través de las diferentes reformas se haya ido extendiendo—⁶⁴ continúa delimitado sobre todo por las relaciones entre autor-víctima, quedando en general restringido al marco de lo que puede considerarse doméstico.

En cuanto a los atentados contra la integridad moral, es ésta la sede en la que, a juicio de una importante doctrina,⁶⁵ debían tratarse los supuestos de acoso moral (en particular, el *mobbing* y el *bullying*), con anterioridad a la reforma de 2010. Y ciertamente podría parecer el lugar adecuado a la vista de los rasgos definitorios de aquel comportamiento y de las características del bien jurídico protegido. Ahora bien, lo riguroso de la exigencia típica del delito de grave menoscabo de la integridad moral (artículo 173.1), para la cual no basta un mero trato degradante ni un simple menoscabo de aquella integridad (el menoscabo ha de ser en todo caso “grave”),⁶⁶ ha llevado a la reforma de 2010 a optar por la tipificación expresa en ese mismo artículo de dos de las tres nuevas modalidades de acoso punible: el acoso laboral y el acoso inmobiliario (que también se regula en el artículo 172.1 para los casos en que el instrumento son las coacciones).

Las dificultades de incardinación en el artículo 173.1 de todos los supuestos de acoso moral apunta de inmediato a la imposibilidad de encauzamiento por esa vía de la mayor parte de los ejemplos de acoso psicológico. No así el hecho de que la integridad moral sea el bien jurídico protegido⁶⁷ pues, como ya se ha indicado más arriba, si desde la perspectiva del sujeto activo la conducta puede ser ajena a toda dominación o sometimiento, desde el enfoque victimológico tampoco cabe excluir en el acoso psicológico que la víctima se sienta (aunque no de manera grave) de algún modo envilecida al tener que soportar contra su voluntad y de manera reiterada un comportamiento tan intrusivo.

5. Propuestas

Constatada la insuficiencia de los tipos penales existentes para dar cauce a la incriminación de todos los supuestos de acoso, atendidas sus características y fenomenología y siguiendo los ejemplos del Derecho comparado, parece razonable proponer su adecuada regulación penal. Y es que nos encontramos ante comportamientos intolerables y de ningún modo leves, los cuales, por su propia naturaleza, requieren de una intervención temprana y de una acción preventiva. Sin perjuicio de la afectación de otros bienes jurídicos, atacan directa y en primer término la libertad y seguridad de las personas mediante actos que, considerados de manera aislada, pueden no alcanzar relevancia penal pero que, contemplados globalmente y en su contexto determinado, afectan al desarrollo vital de la persona acosada, pudiendo generar desasosiego, temor o miedo y, en esa situación de incertidumbre en la que no se sabe qué más va a suceder, llegar incluso a alterar la salud mental. A las víctimas les desasosiega, en efecto, pensar que esa intromisión en su vida no terminará nunca y que acabe resultando en algún tipo de daño físico: temen que se haga daño o se secuestre a sus hijos o que se cause algún mal a sus allegados; con frecuencia sienten además miedo por su propia vida;⁶⁸ y por desgracia no es esto algo fácilmente calificable de infundado, pues como ponen de manifiesto las investigaciones criminológicas y victimológicas no es tan raro que todo acabe en ataques físicos⁶⁹ e, incluso, en la muerte de la víctima.⁷⁰

A) Tipificación penal

Tomando obviamente como referencia el bien jurídico más directamente afectado, a la hora de la tipificación penal del acoso conviene aprender de los ejemplos del Derecho comparado. Éstos parten de la descripción tí-

⁶⁴ De la Cuesta, J.L., “De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica”, en J.M. Tamarit Sumalla (coord.), *Estudios de victimología. Actas del I Congreso español de Victimología*, Valencia, 2005, pp. 197 y ss.

⁶⁵ Por todos, Lafont Nicuesa, L., *El delito de acoso moral en el trabajo*, Valencia, 2008, pp.109 y ss.; A.I. Pérez Machío, *Mobbing, op. cit.*, pp. 142 y ss. Con todo, Mir Puig, S., “El acoso moral en el trabajo (*mobbing*) y en la escuela (*bullying*) y el Derecho penal”, en S. Mir Puig (dir.), *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007, pp.188 y ss.; O. Morales García, “Sobre la relevancia jurídica penal del *mobbing*”, *ibidem*, pp. 76 y ss.

⁶⁶ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, pp. 82 y s.

⁶⁷ Sin embargo, Villacampa Estiarte, C., *Stalking, op. cit.*, pp. 265 y ss.

⁶⁸ U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs, *Stalking, op. cit.*, p. 7.

⁶⁹ El ataque físico se produce finalmente entre el 25% y el 35% de los supuestos de acoso. *Vid.* U.S. Department of Justice. Office of Community Oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *Creating, op. cit.*, p. 14.

⁷⁰ U.S. Department of Justice. Office of Community Oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *ibidem*, p. 6.

pica de la línea de conducta acosadora o persecutoria, bien por medio de fórmulas generales o, como resulta más deseable, a través de la tipificación más o menos pormenorizada del conjunto de actos que potencialmente la integran; destacan entre éstos los intentos de aproximación o comunicación, directamente o por otros, el merodeo, acecho o vigilancia y, en general, otras formas de comportamientos similares.

Ahora bien, el tipo objetivo no suele quedar plenamente realizado con la mera constatación de los actos anteriores, los cuales, para permitir una “valoración conjunta del patrón conductual”,⁷¹ por lo general habrán de presentarse combinados o repetidos en un determinado lapso. Para resultar punibles, deben, además:

- Producir un determinado resultado, que las legislaciones más destacadas describen como:
 - Afectar directamente a su tranquilidad, o
 - Perjudicar gravemente su desarrollo vital
- En otros ejemplos, ser idóneos para provocar en cualquier persona razonable ansiedad, temor, obligándola a cambiar sus hábitos...

Ciertamente la configuración del acoso como un delito de aptitud, combinada con la descripción (en lo posible pormenorizada) de las formas de actuación típica,⁷² es una de las alternativas a la hora de la tipificación. No obstante, la propia “insidiosidad”⁷³ y el carácter circunstancial de los comportamientos posibles —variados, complejos e impredecibles, y que pueden llevarse a cabo de múltiples formas—⁷⁴ hacen difícil establecer un listado cerrado de los mismos. Y la falta de un listado cerrado, unida a la mera exigencia de idoneidad lesiva (que no requiere por tanto la prueba de un efectivo resultado), ensancharían mucho el marco de intervención penal permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial.⁷⁵ Por ello parece más oportuno proponer otra línea tipificadora en la que el tipo objetivo quede integrado por un doble presupuesto:

- La *conducta acosadora u hostigadora*, caracterizada nuclearmente por la intromisión en la vida de otro, incorporando, a título ilustrativo, una referencia a las principales modalidades comisivas (como los intentos de aproximación o comunicación, directamente o por otros, el merodeo, acecho o vigilancia) que pueden cerrarse con la alusión a otras formas de comportamiento de entidad semejante; y
- La presencia de un *resultado*, consistente en la afectación directa y grave de la tranquilidad de la víctima o en el grave perjuicio a su desarrollo vital (algo que será particularmente evidente en caso de prueba de desasosiego grave, temor o miedo). Éste debería ser, en efecto, en un Derecho penal respetuoso del principio de subsidiaridad y sabedor de su carácter fragmentario a la hora de la protección de los bienes jurídicos, el estadio a partir del cual instrumentar la responsabilidad penal, remitiendo los comportamientos que no alcancen este resultado a su tratamiento por la vía de las órdenes (en principio, civiles) de protección y de cesación.

En el tipo subjetivo sería siempre exigible la concurrencia de, al menos, dolo eventual. Por otra parte, el hecho de que las formas de comisión no pocas veces supondrán la realización de hechos individualmente punibles, aconsejaría además abrir el paso a la aplicación de las penas que puedan corresponder a los hechos delictivos particulares en que se hubiere concretado la conducta de acoso.

En cuanto a la ubicación sistemática, el marco natural de una figura como la del acoso psicológico —caracterizada por la agresión a la libertad de obrar— no es el de los delitos contra la integridad moral, sino los delitos contra la libertad y la seguridad. Ahora bien, dada la necesaria reformulación que para el bien jurídico y la integridad moral deriva ya, en el Derecho penal español, de la acogida (en el Título VII) del delito de maltrato doméstico y del

⁷¹ Villacampa Estiarte, C., *Stalking*, op. cit., p. 291.

⁷² *Ibidem*, pp. 301 y s.

⁷³ *Ibid.*, p. 302.

⁷⁴ U.S. Department of Justice. Office of Community Oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *Creating*, cit., p. 13.

⁷⁵ Corigliano, M.E., “Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática”, en *Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea)*. Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com/derecho> (artículo incorporado el 2006/04/08).

Acoso y Derecho penal

acoso laboral e inmobiliario, la sede de los delitos contra la integridad moral tampoco ha de tenerse por plenamente rechazable; máxime cuando, como se ha dicho, desde la perspectiva victimológica, el peligro de acabar afectando a la integridad moral no puede quedar en modo alguno excluido cuando la víctima, verdadera “rehén”⁷⁶ del acosador, tiene que soportar por largo tiempo un comportamiento intrusivo, el del acosador, que no sólo rechaza sino que probablemente hasta le repugna.

Tanto su ubicación entre los delitos contra la libertad como, de verse así, entre los contrarios a la integridad moral permitirían, en todo caso, la aplicación como penas accesorias (artículo 57.1 del Código Penal) de las prohibiciones de aproximación y comunicación contenidas en el artículo 48 del Código Penal; además, de ser la víctima alguna de las personas enumeradas en el artículo 57.2, su imposición dejaría de ser facultativa para convertirse en obligatoria. Convendría también, en este sentido, prever una agravación para el caso de que el autor del delito fuera una persona unida a la víctima por una relación de parentesco o fuera o hubiera sido su pareja, y/o si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable (por ejemplo, menores, mujeres embarazadas, personas deficientes, enfermas o con algún tipo de minusvalía).

b) La imprescindible vía civil

La adecuada incriminación penal de los comportamientos acosadores graves en modo alguno excluye la necesidad de adecuada instrumentación paralela de un amplio sistema de intervención civil que asegure la protección de las víctimas de acoso,⁷⁷ al igual que existen en otros lugares. Ciertamente, el mayor despliegue se ha realizado en el plano de la violencia

doméstica, pues se sabe que uno de los motivos que propicia o precipita el acoso, acoso u hostigamiento de una persona hacia otra es la ruptura de una relación sentimental.⁷⁸ También ha sucedido lo mismo en España donde, antes de la presentación de la demanda por el cónyuge que pretende la separación (artículos 103 y 104 del Código Civil),⁷⁹ se pueden solicitar medidas provisionales previas urgentes (artículo 771 de la LEC), que puede acordar el Tribunal, sin ningún trámite, en la misma resolución en la que se cita a las partes a una comparecencia para acordar la adopción de medidas previas a la demanda. Pero lo cierto es que presentan graves limitaciones para ser verdaderamente útiles para las víctimas: no pueden utilizarlas parejas no casadas, ni otros miembros de la unidad familiar o de convivencia, sólo “el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio”.⁸⁰ Además, no poseen el grado de inmediatez que las situaciones no pocas veces requieren; incluso, el hecho de que el resultado haya de ser la separación física del agresor, lo que no siempre es lo que la víctima desea, puede también disuadir a ésta de buscar esa protección.

Las carencias apuntadas explican por qué se propone la incorporación de nuevos instrumentos que, en el orden civil, concedan a los tribunales la facultad de adoptar de manera rápida, y mediante un procedimiento adecuado a este tipo de situaciones, medidas de protección inmediata de las víctimas de violencia doméstica y que recaigan sobre el agresor.⁸¹ En este orden de cosas, procede la introducción y extensión de las llamadas “órdenes de protección”, ampliamente desarrolladas por la legislación estatal en EUA, donde se conocen como *civil protection orders* o *temporary restraining orders*, y que están presentes (con características semejantes) en las legislaciones de los 50

⁷⁶ Villacampa Estiarte, C., *Stalking*, *op. cit.*, p. 108.

⁷⁷ Para Villacampa Estiarte, el establecimiento de “algún tipo de condición de procedibilidad, como la presentación de denuncia por parte de la víctima”, abriría una vía alternativa a la penal y permitiría evitar “el punitivismo como única solución”, *ibidem*, p. 303.

⁷⁸ Así, según un informe publicado en 2009 por el Departamento de Justicia de Estados Unidos sobre la victimización en aquel país, el riesgo de acoso es superior en personas separadas o divorciadas, a razón de 34 por cada 1000 personas y, de entre ellas, las mujeres son las que están en situación de mayor riesgo. U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs, *Stalking*, *op. cit.*, p. 1.

⁷⁹ El juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges, adoptará las medidas siguientes: determinar con cuál de los cónyuges han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad y la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia pueda comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía; determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y los bienes que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro; fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, dando tal consideración al trabajo que uno de ellos dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad; señalar los bienes gananciales o comunes que se hayan de entregar a uno u otro cónyuge; determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de los bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

⁸⁰ *Id.* Ribot Igualada, J., “Prevención de malos tratos familiares: ¿un papel para el Derecho Civil?”, *La Ley*, núm. 5395, 2001, p. 3.

⁸¹ Ribot Igualada, J., *ibidem*, p. 3.

estados y del Distrito de Columbia.⁸² Susceptibles de ser adoptadas por el juez civil ante conductas calificables como abusos familiares (desde golpes, amenazas, acoso u hostigamiento, hasta la causación de un estrés emocional) y a través de un procedimiento informal—no accesorio a un procedimiento civil o penal, sino de carácter autónomo o principal, que puede proponer la parte afectada sin necesidad de defensa—, su contenido puede comprender, junto a la imprescindible orden de cesar en la conducta violenta, el alejamiento del autor de los abusos del domicilio familiar, la prohibición de contacto con la víctima y con otros miembros de la familia, la suspensión de la patria potestad, así como órdenes de carácter patrimonial. Pueden incorporar, además, contenidos positivos dirigidos a la recuperación del familiar violento, especialmente apropiados para los dependientes del consumo de alcohol o de drogas.⁸³ Su carácter es en particular preventivo de futuros (pero previsibles) episodios de violencia doméstica, o de un potencial agravamiento de la violencia hasta entonces sufrida por la víctima.⁸⁴

En el Derecho español, la introducción de una acción autónoma dirigida a obtener una orden de protección podría contribuir a superar algunas de las actuales disfunciones en esta materia (y no sólo respecto de la violencia doméstica, que cuenta ya con una orden de protección específica). Las órdenes de protección serían un posible remedio jurídico frente a conductas (como las amenazas o empujones o golpes sin lesión) que—aunque penalmente sancionables—son tan difíciles de probar que podrían no conducir nunca a la incriminación del agresor o a su detención; también pueden servir para reaccionar ante episodios de violencia que no constituyan ilícitos penales (por ejemplo, intimidaciones o acosos no graves).

Desde el punto de vista material o sustantivo, la pretensión puede encontrar su fundamento en la norma general que prohíbe causar daño a otro y que justifica no sólo la imposición—bajo ciertas condiciones—de la obligación de reparar el daño cuando éste ya se ha producido (artículo 1902 del Código Civil),

sino también la posibilidad de aplicar al causante en potencia del mismo restricciones o limitaciones para evitar la producción de un perjuicio previsible. Se trataría, por tanto, de un procedimiento especial a través del cual canalizar una pretensión dirigida a obtener la cesación y la abstención en el futuro de una conducta de una persona concreta y determinada que pone en peligro intereses como la vida, la integridad física y psíquica o la libertad de otra, la cual solicita por ello las medidas oportunas. De los artículos 590 y 1908 del Código Civil, se deduce una tutela negatoria que se ha aplicado ya a las intromisiones provenientes de actividades molestas.⁸⁵

En cuanto al modelo de la “orden de protección” contra las víctimas de la violencia doméstica, introducida por la Ley 27/2003, de 31 de julio, a pesar de su gran interés e importancia, debería reformarse para resultar plenamente adecuado en este campo.

La orden unificó los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. A partir de entonces, a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el Juzgado de Instrucción, la víctima puede obtener un estatuto integral de protección:⁸⁶ esto es, una misma resolución judicial que incorpora tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.

La orden de protección supone, a su vez, que las administraciones pública, estatal, autonómica y local, activen de inmediato los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos.⁸⁷ Para ello, debe haber indicios fundados de haberse perpetrado un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad, dentro del ámbito de la llamada violencia doméstica y concurrir una situación objetiva de riesgo para la víctima (artículo 2.1, Ley 27/2003).

⁸² Azagra Malo, A., y E. Farnós Amorós, “La violencia doméstica”, *op. cit.*, pp. 8-10.

⁸³ Mayordomo Rodrigo, V., *Violencia*, *op. cit.*, p. 141.

⁸⁴ *Id.* Ribot Igualada, J., “Prevención”, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁵ Ribot Igualada, J., “Prevención”, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁶ Entre las medidas penales que puede prever se encuentran las penas privativas de libertad, la orden de alejamiento, la prohibición de comunicación o de volver al lugar del delito o de residencia de la víctima, y la retirada de armas u otros objetos peligrosos. Entre las medidas civiles figuran la atribución del uso y disfrute de la vivienda, el régimen de custodia, visitas y comunicación con los hijos, prestación de alimentos, así como las medidas de protección del hijo menor.

⁸⁷ Mayordomo Rodrigo, V., *Violencia*, *op. cit.*, pp. 38 y s.

Acoso y Derecho penal

Ahora bien, por su propio marco de aplicación, quedan fuera del ámbito de protección aquellos sujetos que no presenten los vínculos que el artículo 173.2 del Código Penal requiere (entre las cuales se encuentran, en todo caso, las personas que, por su especial vulnerabilidad, están sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados),⁸⁸ pero, obviamente, fuera de ese ámbito siguen siendo muchas las situaciones en las que se da la conducta de acoso.

Por otra parte, la orden de protección de 2003 presenta insuficiencias debido a su insolubilidad con el concreto proceso penal. Esto lleva a que no pueda solicitarse la orden y, en consecuencia, las medidas derivadas de ella, incluidas las civiles, en situaciones en las que no se incurre en los tipos penales específicamente indicados, aun cuando no presenten duda alguna las agresiones, por ejemplo, a los enseres, vivienda o propiedades de la víctima. Tampoco será válida cuando se trate de comportamientos de acecho, seguimiento, persecución obsesiva no constitutivos de delito, aunque se hayan llevado a cabo en el ámbito de una relación familiar o afectiva.

Con todo, depurado de estos elementos, el modelo de la orden de protección de 2003 constituiría una buena base de partida para el establecimiento de una orden de protección para las víctimas de todo tipo de acoso, cuya infracción —al igual que sucede si ésta se deriva del ejercicio por parte de la víctima de una acción negatoria destinada a hacer cesar la perturbación e impedir futuras agresiones—⁸⁹ podría llegar a generar responsabilidad penal en caso de desobediencia.

Bibliografía

- Acale Sánchez, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000.
- Azagra Malo, A., y E. Farnós Amorós, “La violencia doméstica en los derechos estatales y federal de los EE.UU.”, *InDret*, 4/2006.
- Benítez Jiménez, M.J., “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código Penal”, en C. Villacampa Estiarte (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Valencia, 2008.
- Boychuk, M. K., “Are stalking laws unconstitutionally vague or overbroad?”, *Northwestern University Law Review*, 88, 2, 1994.
- Cruz Blanca, M.J., “Relevancia penal vigente y proyectada de algunas formas de acoso moral”, en L. Morillas Cueva y M. J. Cruz Blanca, *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2009.
- De la Cuesta, J. L., “De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica”, en J.M. Tamarit Sumalla (coord.), *Estudios de victimología. Actas del I Congreso español de Victimología*, Valencia, 2005.
- , “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998.
- Department of Justice. Canada, *Criminal harassment: a Handbook for Police and Crown Prosecutors*, p. 1. www.justice.gc.ca.
- Finch, E., *The Criminalisation of Stalking. Constructing the Problem and evaluating the solution*, Londres/Sydney, 2001.
- Garrido Genovés, V., *Amores que matan. Acoso y violencia contra las mujeres*, Alzira, 2001.
- Gibbons, S., “Freedom from fear of Stalking”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 6, 1998.
- Gill, R., y J. Brockman, *L'examen de la mise en œuvre de l'article 264 (le harcèlement criminel) du Code criminel du Canada*, Ministère de la Justice du Canada, documento de trabajo DT1996-7f, octubre de 1996, inédito.
- Hackett, K., “Criminal Harassment”, *Juristat. Canadian Centre for Justice Statistics*, catálogo núm. 85-002-XIE, vol. 20, núm. 11.
- Lafont Nicuesa, L., *El delito de acoso moral en el trabajo*, Valencia, 2008.
- Ley contra el Acecho en Puerto Rico*, núm. 284, de 21 de agosto de 1999.
- Mayordomo, Rodrigo, *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Bilbao, 2003.
- McCullough, M.J., P.R. Snowden, P.J.W. Woods y H.E. Mills, “Sadistic Fantasy, Sadistic Behaviour and Offending”, *British Journal of Psychiatry*, vol. 143, 1983.

⁸⁸ García Rubio, M.P., “Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la Orden de Protección”, *Diario La Ley*, núm. 6041, 2004, pp. 2 y s.

⁸⁹ García Rubio, M.P., *ibidem*, pp. 2 y s.

- Morewitz, S.J., *Stalking and Violence. New Patterns of Trauma and Obsession*, Nueva York, 2004.
- National Criminal Justice Association, *Project to Develop a Model Anti-Stalking Code for States, Final Summary Report*, Washington, DC, 1993, consultado en http://www.popcenter.org/problems/stalking/PDFs/NIJ_Stalking_1993.pdf.
- *The Model Stalking Code revisited. Responding to the New Realities of Stalking*, Washington, consultado en 2007. <http://www.ncvc.org/ncvc/AGP.Net/Components/documentViewer/Download.aspxnz?DocumentID=41822>.
- Pérez Machío, A.I., *Mobbing y Derecho Penal*, Valencia, 2007.
- Petch, E., “Anti-stalking laws and the protection from Harassment Act 1997”, *The Journal of Forensic Psychiatry*, 13, 1, 2002.
- Polaino Navarrete, M., y M .Polaino Orts, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico penal*, Madrid, 2004.
- R.A. Guy Jr., “The nature and constitutionality of stalking laws”, *Vanderbilt Law Review*, 46, 1993.
- The Scottish Parliament. The Information Center, *Stalking and Harassment*, RN 00-58, 2000.
- U.S. Department of Justice. Office of Community Oriented Policing Services and National Center of Victims of Crime, *Creating an Effective Stalking Protocol*, 2002, consultado en <http://www.cops.usdoj.gov/RIC/Resource>.
- Villacampa Estiarte, C., *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Madrid, 2009.
- Villegas Fernández, J. M., “Teoría penal del acoso moral: mobbing, bullying, blockbusting”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2005, núms. 1997 y 1998.
- Zona, M.A., K.S. Sharma y J. Lañe, “A Comparative Study of Erotomaniac and Obsessional Subjects in a Forensic Sample”, *Journal of Forensic Sciences*, vol. 38, núm. 4, 1993.



Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa



Norberto J. de la Mata Barranco

Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

RESUMEN: *El proceso de individualización de la pena por el delito cometido culmina con una actuación judicial relativamente discrecional. En lo que ha de ser una discrecionalidad reglada (legalmente explícita o derivada implícitamente de lo que significa el Derecho penal actual, preventivo y orientado a las consecuencias), y no ejercicio de pura arbitrariedad, los tribunales han de atender la gravedad del hecho y las circunstancias de su autor. En este artículo se analizará en el proceso individualizador, los criterios concretos por considerar y la manera en que ha de motivarse, siempre que se decida judicialmente dicho proceso.*

PALABRAS CLAVE: *individualización de la pena, proporcionalidad, gravedad del hecho, circunstancias del autor, discrecionalidad judicial, prevención especial, prevención general.*

ABSTRACT: *The process of individualization of penalties imposed for the offense ends with a relatively discretionary prosecution. In what must be a regulated discretion (legally explicit or implicitly derived from the current preventive and consequence-oriented criminal law), and not an experience of mere arbitrariness, courts must address the seriousness of the deed and the circumstances of the perpetrator. This paper analyzes the aim to take into account in the process of individualization of the penalties, the specific criteria and how to motivate, always, every decision the courts makes.*

KEY WORDS: *individualization of punishment, proportionality, seriousness of the act, the circumstances of the perpetrator, judicial discretion, especial prevention, general prevention.*

SUMARIO: *I. La individualización de la pena. II. La discrecionalidad jurídicamente vinculada de los tribunales de justicia. III. Criterios de individualización de la pena: los denominados factores de individualización. IV. El sometimiento al principio de legalidad: posibilidad de interpretación del precepto penal atendiendo la gravedad de la pena. V. Bibliografía.*

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

I. La individualización de la pena

1. El proceso de determinación de la pena

Como se ha afirmado una y otra vez, hay que remontarse a las ideas de la Ilustración y al movimiento codificador y, en particular, a la consagración del principio de legalidad de las penas, para ubicar el origen del proceso de determinación de la pena tal como se conoce en la actualidad, frente al del Antiguo Régimen, que lo confiaba prácticamente por entero a los jueces, dotándolos para ello de poderes tan amplios que no era infrecuente que pudiera acabar en un ejercicio de pura arbitrariedad.¹

El Código francés de 1791, enmarcado en lo que significa la aparición del nuevo modelo de Estado, la teoría de la división de poderes y la supremacía de la ley, reaccionó contra la arbitrariedad propia de la Edad Media y del Antiguo Régimen estableciendo un sistema de penas fijas absolutamente determinadas que el juez debía aplicar, a decir de Garraud, como si se tratase de una tarifa y en la pretensión de que los jueces fueran meramente la boca por la que hablase la ley. El sistema, obviamente, fracasó, pues los jueces, imposibilitados para adecuar la gravedad del castigo a las circunstancias del hecho, optaban a menudo por la impunidad. Ante este fracaso, el Código francés de 1810 instaura el sistema, todavía con bastante rigidez, de los márgenes penales, que permiten al juez moverse entre un mínimo y un máximo de pena,² sistema mostrado en todo su esplendor en los primeros Códigos de los diferentes Estados europeos que, basándose en el escrupuloso respeto a la ley, encauzaban la labor del juez a lo largo de todo un complejo proceso de aplicación de reglas diseñadas para la concreción y medición de la pena —aritmética o dosimetría penal—, en el que la capacidad de decisión judicial,

descontando algunos delitos con marcos penales muy amplios, estaba ciertamente limitada.³

Desde entonces hasta nuestros días se ha consolidado este sistema legalista en la determinación de la pena, a pesar de que el mismo se ha ido abriendo también paulatinamente hacia la concesión de un mayor arbitrio judicial en la individualización de la pena.⁴ Y si bien los nuevos textos que han aparecido en épocas recientes han avanzado en esta misma línea, simplificando reglas, el modelo vigente sigue siendo en la mayoría de los casos el legalista.⁵

No obstante, si alguna necesidad se deriva del proceso de individualización de la pena es precisamente la de la existencia de ciertos márgenes en los que con o sin auxilio legal pueda moverse la decisión judicial, porque la ley, al prever un hecho sancionable como delito, no puede tener en cuenta todos los datos particulares del hecho concreto, de los que sí van a poder disponer los tribunales. Las nuevas tendencias político-criminales apuestan, por ello, por dar mayor importancia al arbitrio judicial para adecuar la pena al hecho y al autor puntuales, claro está que teniendo siempre presente el principio de legalidad.⁶ En un sistema de penas relativamente determinadas, dirá Gallego, el proceso de determinación de la pena debe estar configurado por medio del equilibrio de funciones que en el mismo han de atribuirse a las instancias de la ley y del juez.⁷ La búsqueda de la pena justa, en opinión de Quintero, se transforma en el objetivo prioritario del sistema penal una vez que se ve obligado a intervenir y lo justo no será lo que se acomode externamente al Derecho positivo, pues la necesaria generalización de éste impide una correcta individualización de cada supuesto.⁸

En el modelo preponderante en la actualidad, el camino por recorrer por los tribunales hasta llegar a la imposición de una pena ya concretada transcurre, como se sabe, a través de tres momentos esenciales.

¹ Sintéticamente, Boldova, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal*, p. 177.

² Véanse las consideraciones de Landrove, “La exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena”, p. 2; o de Rodríguez Mourullo, “Principio de legalidad y arbitrio judicial”, p. 293. Ampliamente sobre esta cuestión, Gallego, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, pp. 76 y ss.

³ Así, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 177. Para un análisis histórico, véase García Arán, *Los criterios de determinación de la pena en Derecho español*, pp. 22 y ss.

⁴ Véase sobre la preocupación histórica por el arbitrio judicial, Castelló, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, pp. 3 y ss., en relación con la obra, en diferentes ámbitos, de Beccaria, de Lardizábal y Marcos Gutiérrez, o de Bentham.

⁵ Véase Ruiz de Erenchun, *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código Penal de 2003*, pp. 87 y ss. Asimismo, De la Mata, “El proceso de determinación de la penal español vigente: síntesis de la nueva normativa”, pp. 895 y ss.

⁶ Véase Belestá, “El artículo 66 del nuevo Código arbitrio judicial”, p. 147.

⁷ Gallego, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, p. 218.

⁸ Quintero, “Determinación de la pena y política criminal”, p. 58.



En primer lugar, determinar el marco legal abstracto o genérico, fase en la que el juez se limita a subsumir los hechos en el precepto que entiende aplicable, en un proceso interpretativo de éste, y en donde lo que es en sí la determinación de la pena se encuentra todavía en la etapa de previsión legal del marco genérico que corresponde a cada conducta delictiva, que ya debe recoger la pena proporcionada al hecho plenamente antijurídico y responsable.⁹ Es éste un primer estadio en el que el legislador describe en abstracto las penas que corresponden a cada delito, poniendo a disposición del juez un espacio de juego al que debe acudir para concretar las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar a un sujeto criminalmente responsable por la comisión de cada uno de esos delitos, atendándose en abstracto y legalmente criterios de proporcionalidad.¹⁰

En segundo lugar, concretar legalmente la pena que corresponde imponer en función de las variables previstas de manera legal en torno a la ejecución delictiva, la diferente participación, la concurrencia de circunstancias modificativas, etc., fase judicial de concreción legal de aquel marco en función de las previsiones normativas establecidas más o menos taxativamente, de individualización legislativa de la pena o de determinación del marco legal de la individualización judicial, en diferentes terminologías;¹¹ y aunque, como a menudo se señala, estamos en realidad en un estadio de determinación legal de la pena en el que se delimita de manera normativa un marco penal concreto, dada su vinculación con el de la posterior fase de individualización judicial, puede denominarse fase de determinación judicial de la pena;¹² téngase en cuenta, por otra parte, que en esa selección a menudo la previsión legal permite un mayor o menor ámbito de actuación discrecional que sólo al juez corresponde llevar a cabo.

Y, en tercer lugar, la tercera fase de ya “casi” estricta individualización judicial de la pena absolutamente concreta o definitiva, exacta, que ha de imponerse —dentro de ese marco legal ofrecido por el legislador y seleccionado con base en los criterios legales por el juzgador— por ser la más adecuada al supuesto puntual, tarea que se encomienda a los tribunales,¹³ si bien a partir de criterios que también se pueden fijar normativamente y que, aunque se insiste, no pueden suponer la doble valoración de una misma circunstancia,¹⁴ ningún problema existirá en que se fijen atendiendo aspectos ya considerados en fases anteriores que puedan, no obstante, modularse. En esta fase se distingue en ocasiones entre medición o determinación de la pena en sentido estricto, consistente en la individualización de la concreta cuantía de pena que dentro del marco penal corresponde aplicar a un autor por la transgresión culpable de un precepto penal y medición o determinación de la pena en sentido amplio, que junto a lo anterior incluye la posibilidad alternativa de la suspensión de su ejecución o de la elección de un sustitutivo penal, así como la elección de la clase de pena por aplicar, cuando puedan imponerse varias.¹⁵

Es obvio que la ley penal no prescribe —ni puede hacerlo— una pena absolutamente individualizada; pone simplemente a disposición del Tribunal un marco penal más o menos amplio para cada delito, proporcionado en abstracto, que hay que individualizar judicialmente valorando todas las circunstancias del hecho y del sujeto que todavía no han encontrado plasmación en la determinación legal de la pena y que son las que confieren al hecho y al sujeto su individualidad.¹⁶

Si ya puede ser complicada la tarea del juez en la fase de elección de ese marco penal por aplicar, no menos complicado es señalar en cada caso concreto la

⁹ Véase García Arán, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 74.

¹⁰ Ampliamente sobre ello, Demetrio, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, pp. 41 y 260 y ss. Sobre el significado de estos criterios, De la Mata, *El principio de proporcionalidad penal*, pp. 87 y ss.

¹¹ Véase Choclán, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, pp. 105 y ss.

¹² Así, Demetrio, *Prevención general*, p. 41.

¹³ Entre otros, Boldova, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 180; Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal español de 1995”, p. 10; o Mapelli, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 243. Para una expresa consideración del papel atribuido al Poder Judicial en la configuración del sistema de marco penal, García Arán, *Los criterios de determinación de la pena*, pp. 88 y ss.

¹⁴ Véanse Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 180; o Choclán, *individualización judicial*, p. 108.

¹⁵ Con ulteriores referencias, Demetrio, “Análisis de los criterios”, p. 326; Jorge Barreiro, “La motivación en la individualización judicial de la pena”, p. 44; o Luzón, “Determinación de la pena y sustitutivos penales”, p. 2476.

¹⁶ Así, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 180. En sentido similar, Mapelli, *Las consecuencias jurídicas*, p. 243.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

medida exacta de la pena. El mecanicismo de la subsunción que caracteriza en líneas generales la fase de la determinación de la pena, se dice —y aunque en realidad también aquí haya margen de actuación—, deja paso en su individualización judicial a un ejercicio de racionalidad del juzgador,¹⁷ representando éste —señala Jescheck—, junto al de apreciación de la prueba y al de aplicación del precepto jurídico penal a los hechos probados, la tercera función autónoma del juez penal, cúspide de su actividad resolutoria.¹⁸

Sólo quien desconozca del todo la praxis de nuestros tribunales puede minimizar el alcance de los pronunciamientos judiciales en la tarea de garantizar al individuo que se sienta en el banquillo, entre otros, el principio de proporcionalidad.¹⁹

2. Principios por tener en cuenta en la individualización de la pena

A. Justicia, libertad, respeto al Estado de derecho, dignidad, prohibición de la arbitrariedad, legalidad, intervención mínima, igualdad, culpabilidad, eficacia

La mayoría de pronunciamientos judiciales asocian esta individualización a la idea de justicia. Algunos también a la de libertad, aunque desde una perspectiva enunciativa y muy genérica. En ocasiones se hace referencia a la tutela del Estado de Derecho, a la dignidad de la persona y a la prohibición de arbitrariedad.

Más elaborada es la alusión a la exigencia de legalidad, sobre todo en relación con los parámetros en que puede actuarse discrecionalmente en la concreción de la pena por imponer. Especialmente recurrente es la discusión sobre la posibilidad de considerar desproporcionada la pena impuesta cuando se actúa dentro del marco punible legalmente previsto,²⁰ lo que, en principio, y a salvo de alguna matización, incorrectamente, se rechaza de manera abierta.

Se entiende, por supuesto, que la búsqueda de la proporcionalidad debe realizarse con sujeción plena e incondicionada al principio de legalidad que impone el respeto a la literalidad de la norma, sin que esto condicione, no obstante en ocasiones se sea reacío a ello judicialmente, la posibilidad de interpre-

tación del ámbito que pretende abarcar un precepto teniendo precisamente en cuenta la pena que se prevé para los comportamientos descritos en él. Se señala también que la legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero que ésta ha de venir racionalmente fijada por el legislador dentro de unos límites, más o menos amplios, dentro de los cuales —se dirá— “el justo equilibrio de ponderación judicial actuará como fiel calificador de los hechos, jurídica y sociológicamente”.

En ocasiones se afirma de manera genérica la exigencia de atender la idea de igualdad en la concreción de la pena, normalmente para explicar el porqué de la gravedad de las penas impuestas, en relación con otras impuestas en el mismo proceso.

También se tiene en consideración la idea de intervención mínima en sus vertientes de fragmentariedad y de subsidiariedad de la intervención penal,²¹ lo que ha de aplaudirse.

Aunque tampoco de forma muy elaborada, también en la jurisprudencia penal se plantean algunas de las cuestiones que se suscitan en la doctrina en torno a la relación de la pena con la idea de culpabilidad. Así, es frecuente entender que el grado de culpabilidad determina la cuantía de la pena por imponer, pero también que cuando ésta se impone en el grado mínimo no cabe afirmar infracción del principio de culpabilidad, porque se ha considerado la menor culpabilidad posible, ni del principio de legalidad —que se entiende incluiría el de proporcionalidad— en cuanto se impone la pena dentro del marco legal permitido. En ocasiones se afirma simplemente la necesidad de atender “la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito” que exige el principio de culpabilidad. O se señala que hay que atender consideraciones de prevención especial “siempre con el límite de la culpabilidad por el hecho” que viene determinado por el marco punitivo establecido por el legislador con carácter general para la tipología delictiva objeto de sanción y por los factores de gravedad también considerados a la hora de individualizar la pena.

Aisladamente, algunas sentencias se pronuncian en torno a la necesidad de que la pena sea eficaz, cuestión puesta de relieve asimismo en la doctrina

¹⁷ Véase, de nuevo, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 233.¹⁸ Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 786.

¹⁹ García Rivas, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 63.

²⁰ Sobre la relación entre ambos principios, De la Mata, *El principio de proporcionalidad*, pp. 114 y ss.

²¹ Véase De la Mata, *El principio de proporcionalidad*, pp. 148 y ss., y 153 y ss.

tanto en la discusión sobre los fines de la pena como en la que en concreto se plantea en torno al análisis económico del Derecho y los costes del delito.

B. Proporcionalidad

Pero, sin duda, el principio siempre presente a la hora de individualizar la pena por los tribunales de justicia es el de proporcionalidad, concepto que se ha ido consolidado para referir la vinculación entre la gravedad de una pena y la del hecho que la motiva, aunque a menudo equiparado a otros que, en definitiva, tratan de reflejar la misma idea.

La mayoría de pronunciamientos aluden expresamente al principio de proporcionalidad para expresar esa vinculación, sobre todo en el enjuiciamiento sobre la gravedad, excesiva o no, asignada a una pena.

En general, y hasta épocas recientes, no se han realizado exposiciones detenidas de lo que el principio implica, pero se han apuntado diferentes notas que paulatinamente lo han ido moldeando desde la perspectiva jurisprudencial, en las que también se ha insistido desde un punto de vista doctrinal: así, la consagración constitucional del precepto, la vinculación al mismo del legislador y del juez en diferente medida, la necesidad de su observación en todo cuanto afecte a derechos fundamentales, la necesidad de adecuar la gravedad de las penas al grado de culpabilidad, aunque al mismo tiempo se deriva la exigencia de proporcionalidad de criterios preventivo-especiales, y a la importancia del bien tutelado y el carácter relativo del principio.

Si bien las referencias a la idea de proporcionalidad de la norma penal han ido surgiendo de manera aislada en la jurisprudencia, poco a poco se va ofreciendo una formulación absolutamente precisa de lo que se entiende implica el principio. Interesa destacar en especial la insistencia que en las resoluciones penales hacen los tribunales a la acomodación constitucional del principio —en especial, aunque no sólo, a su asociación a las ideas de justicia y de libertad—, de la que sin embargo no se obtienen especiales consecuencias; pero, sobre todo, la alusión que puntualmente se realiza a la necesidad de vincular la idea de proporción con la finalidad de la norma penal —plural— y de relacionar la gravedad de la pena —proporcionada— con la del delito para el que se prevé y, en concreto, con la del mal causado, el injusto cometido

y la reprochabilidad del autor, en una diferenciación de conceptos no explicada y que debiera serlo para expresar con claridad qué criterios son los que permiten valorar la corrección de esa relación.

En cuanto al contenido asignado al principio de proporcionalidad, son numerosas las sentencias en las que simplemente se toma en consideración uno o varios de los requisitos que definen el mismo para verificar su concurrencia; y sólo poco a poco se va asumiendo expresamente el contenido que le asigna de modo concreto la doctrina para señalar, siguiendo las expresiones más reiteradas, que el sacrificio innecesario o excesivo de derechos que define en materia penal la desproporción de una intervención puede producirse, “bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito”, o que la proporcionalidad de una reacción penal existirá “cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución; la pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada”. Los tres elementos, por tanto —junto con el presupuesto de la preservación de bienes relevantes—, de idoneidad, necesidad y proporción estricta que repiten muchas sentencias y muchos autores.

Es el elemento de la idoneidad el menos comentado, bien porque se confunde con la propia idea de proporcionalidad en sí, bien por el escaso margen que en cuanto a su constatación pueden tener los tribunales. Sí hay en todo caso pronunciamientos aislados en que, por ejemplo, se afirma que para constatar dicha proporcionalidad debe indagarse, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes y que es, en segundo lugar, cuando deberá indagarse si la medida es idónea o apta para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Confusas son otras sentencias que apelan a la “falta de adecuación” por “resultar innecesaria una reacción de tipo penal”, o bien por “ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito”. Otras se limitan, sin ulterior concreción, a exigir que la pena sea “adecuada” a los fines de protección de bienes que justifican la incriminación de una conducta.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

En cuanto al requisito de la necesidad, estamos ante un elemento perfilado con mayor claridad que el anterior y de frecuente consideración en la jurisdicción penal, aunque sin que de su exigencia se deriven específicas consecuencias prácticas en la mayoría de las ocasiones. A él se hace referencia para identificar la falta de proporción con “el sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza”, e insistir en que desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”.

Y es sin duda el tercer requisito del principio, el de la proporcionalidad en sentido estricto, el que, obviamente, con más frecuencia se aprecia en las argumentaciones de los tribunales penales cuando se ven obligados a pronunciarse sobre la gravedad de una pena concreta.

C. La vinculación del legislador y del juez penal a los principios que han de estar presentes en la individualización de la pena

Numerosas sentencias subrayan que al legislador le compete sobre todo decidir sobre la magnitud de una pena en relación con la conducta para la que se prevé la misma. Es ésta una cuestión de relativa importancia, porque esa afirmación —siempre que el juzgador mantenga la imposición de la pena dentro de los límites relativamente determinados que marca el legislador y, por tanto, respete el principio de legalidad en su concepción más tradicional— permitirá en muchas ocasiones negar la posibilidad de revisión de la sentencia o, al menos, la de su revocación, sin entrar a analizar la desproporción que alegue el recurrente, que ciertamente muchas veces, y así lo entenderán los tribunales, lo que plantea es la desproporción de la pena tal y como la contempla su marco legal en el Código Penal. Son también numerosas las sentencias, sin embargo, que, reconociendo aquella competencia del legislador, entienden que los tribunales también están obligados por un principio que obliga a ajustar la pena en función de los criterios de permiten enjui-

ciar la proporción de la pena; pero, aun asumiendo esta perspectiva y reconociendo la vinculación judicial a la idea de proporcionalidad, en muchas ocasiones en donde lo que en particular se alegue sea la vulneración del principio en la aplicación concreta de la pena dentro del marco legal fijado para ello, los tribunales siguen remitiéndose a la competencia del legislador para decidir la previsión de un marco que se puede recorrer en toda su extensión —siempre, por tanto, que se actúe dentro de él, ya determinado—, sin ulteriores consideraciones sobre si en él, habiéndose respetado las consideraciones de discrecionalidad reglada que efectúen las legislaciones, cabe todavía la imposición de una pena más proporcionada de la que se ha impuesto.

Con base justamente en esa facultad o competencia legal para determinar las penas aplicables por la infracción de la normativa con la que penalmente se intenta proteger determinados intereses, pero también al mandato de que en ello se respete la proporción debida, los tribunales admitirán en teoría que cuando esto no ocurra —dentro del amplio margen que se reconoce al legislador en cuanto en su actuación habrá de tener en cuenta aspectos muy diversos— será posible plantear y admitir la inconstitucionalidad de la pena, lo que, sin embargo, y precisamente por la complejidad del juicio, la variedad de factores que presiden la decisión adoptada y el respeto a la distribución de competencias que se atribuyen constitucionalmente a los poderes legislativo y judicial entienden será muy excepcional.

Sí es cierto en cualquier caso que, aunque numerosas sentencias reconocen un amplio margen al legislador para determinar la magnitud de la pena que corresponde prever para cada comportamiento delictivo, son también muchas las que aceptan expresamente que los tribunales están obligados, en la individualización de la pena, a atender los criterios que delimitan la existencia de una pena proporcionada; ello, tanto en el sentido de que, al estar todos obligados por el principio de proporcionalidad, existe capacidad para revocar los pronunciamientos de instancias inferiores que no se ajusten a él, como en el más inmediato de la necesidad de acomodar ya en primera instancia la aplicación de la norma penal en función de la proporción debida entre hecho y consecuencia jurídica. Siempre, en todo caso, desde el respeto a aquel amplio margen de actuación legislativa.

II. La discrecionalidad jurídicamente vinculada de los tribunales de justicia

El problema de la individualización judicial de la pena se identifica en gran parte con el de los espacios de discrecionalidad que se asignan a la función judicial y, a la vez, con la cuestión del respeto al principio de legalidad de las penas, cuya garantía, frente al despotismo judicial imperante hasta entonces, constituyó el principal motivo inspirador de la batalla ilustrada por la reforma penal.²²

Señala Álvarez García que si bien es cierto que las penas que dejan escaso margen de maniobra al juzgador han producido históricamente resultados altamente insatisfactorios, no es menos verdad que un excesivo margen de arbitrio produce consecuencias no menos indeseadas, entre las que destaca la frecuente conculcación del principio de igualdad —pues el extraordinario recorrido de la pena puede provocar que de unos tribunales a otros se produzcan grandes diferencias en la determinación final de la pena—, el favorecimiento de la tendencia a imponer penas mínimas, la confusión valorativa provocada —de existir marcos penales muy amplios— por la similitud de las sanciones con las que se castigan atentados a bienes jurídicos de muy diversa magnitud, la quiebra de la seguridad jurídica —pues el destinatario de la norma no sabe cuál es la pena que se le puede imponer— y la de convertir al juez en legislador —ya que no otro, dice, es el papel de quien puede elegir la sanción dentro de un marco penal desmesuradamente amplio—.²³

A mi juicio, resulta imprescindible, para no dejar de considerar toda la riqueza de matices de cada hecho y de cada sujeto, que la ley por su propia generalidad no puede prever un relativo arbitrio judicial, defínase de ésta o de otra manera; siempre, obviamente, que se trate de un arbitrio prudente, sometido a Derecho, motivado y susceptible de control. De

hecho, la posibilidad de actuación discrecional surge de la imposibilidad del legislador de establecer una tipología exacta y completa de todos los supuestos imaginables, dada, como señala González Cussac, la incapacidad ontológica de las leyes para expresar, en forma de abstracción, algunos datos de valor que por su naturaleza pueden ser tomados en cuenta sólo en lo concreto de cada episodio criminal.²⁴ Señalaba en este sentido Carnelutti que “es bastante más preferible para un pueblo el tener malas leyes con buenos jueces que no malos jueces con buenas leyes [...] es el juez, no el legislador, quien tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el ‘hombre’ del legislador es desgraciadamente una marioneta. Y sólo el contacto con el hombre vivo y verdadero, con sus fuerzas y sus debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, puede inspirar esa visión suprema que es la intuición de la justicia.”²⁵ Tan rechazable, de cualquier modo, sería propugnar un arbitrio judicial ilimitado como, por el contrario, un legalismo rígido.

Sobre esto apenas hay discusión en la actualidad.²⁶ Pero por ello no puede obviarse el problema del peligro de un ejercicio abusivo del arbitrio judicial, sobre todo cuando los marcos penales determinados legalmente sean muy amplios, máxime, se subraya, si la revisabilidad de dicho arbitrio se acepta sólo de modo restringido; un peligro que, se entiende, cabe evitar aceptando que en la actuación judicial se haya de operar con base en determinados principios, escritos o no,²⁷ explícita o implícitamente recogidos en el ordenamiento jurídico.

Ésta es la razón por la que para Silva resulta muy difícil hablar de discrecionalidad en el ámbito de la individualización judicial de la pena y que, siguiendo la terminología de la doctrina alemana, a lo sumo, de lo que puede hablarse es de una “discrecionalidad jurídicamente vinculada”.²⁸ La mayoría de la doctrina considera posible seguir aludiendo a una cierta discre-

²² Ampliamente, Gallego, *El sistema español de determinación de la pena*, pp. 218 y ss.

²³ Álvarez, “Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batasuna” p. 2057.

²⁴ González Cussac, “Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986 (R.A. 1670)”, p. 144. Señala en sentido similar Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas*, p. 243, que se trata de cohonestar el principio de legalidad y la necesidad de conceder parcelas de libertad al juez ante la imposibilidad de fijar en la norma penal de forma general y abstracta todos los juicios de valor que han de hacerse sobre el injusto y sus circunstancias. Véase también Quintero Olivares, “Determinación de la pena”, pp. 68 y ss., reivindicando un mayor arbitrio, revisable y normativamente orientado.

²⁵ Citan Ortego y Picó, “Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal”, p. 27, las palabras de Carnelutti en el Congreso que se celebra en Venecia en 1963.

²⁶ Véanse las reflexiones de Castelló, *Arbitrio judicial*, pp. 10 y ss., con ulteriores referencias.

²⁷ Así, González Cussac, “Arbitrio judicial”, p. 144.

²⁸ Silva, “La revisión en casación de la individualización judicial de la pena”, p. 139.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

cionalidad en el ejercicio de la actividad judicial, limitada, sometida a un conjunto de criterios valorativos, que no permite tomar decisiones con base en consideraciones opuestas a principios cuya transgresión aleja el arbitrio de las pautas de racionalidad, mesura y proporcionalidad que deben presidirlo;²⁹ sin embargo, ese mismo autor explica, a mi juicio con acierto, que eso ya no es verdadera discrecionalidad, sino auténtica aplicación, pura, reglada, del Derecho, pues no se trata de elegir entre varias posibilidades igual de correctas, que es lo que caracteriza la discrecionalidad, sino de concretar los juicios de valor de la ley y conseguir los fines de aquélla en cada caso, determinando la pena correcta.³⁰ Lo que ocurre es que esa aplicación reglada del Derecho va a permitir actuaciones, dispares pero incuestionables, de las que no es posible exigir acierten con la pena concreta correcta, que no existe o que, al menos, es imposible de definir, salvo por aproximación, dada esa infinidad de supuestos imaginables a la que ha de hacer frente la actividad judicial.

Por eso ha de distinguirse, como a menudo hacen los Tribunales, entre lo que es la discrecionalidad en cuanto uso motivado de las facultades de arbitrio, no susceptible de revisión —cuando se ejecuta correctamente—, de la arbitrariedad, definida por la ausencia de motivación del uso de tales facultades, vetada y revisable, se dice, en una diferenciación que no obstante se residencia sólo en el hecho de la motivación de la individualización,³¹ en mi opinión incorrectamente, pues, como bien se ha señalado, no basta ésta si no se justifica la decisión adoptada con base en las razones que la motivan,³² que, por ejemplo, pueden responder a criterios contrarios a la legalidad.

Pero incluso dentro de lo que es la discrecionalidad, y no la arbitrariedad, se distingue a su vez entre lo que se denomina discrecionalidad máxima o de primer grado, en la que no hay ningún condicionamiento legal sobre la manera de proceder en los juicios realizados para la determinación de la pena —señalando que en consecuencia no cabe revisión de la decisión tomada—, y la discrecionalidad mínima o de segundo grado, en la que la operación intelectual sobre la

fijación de la pena está vinculada a ciertos condicionamientos normativos a los que están vinculados los tribunales, cuyas decisiones sí son impugnables,³³ en una distinción también a mi juicio cuestionable, pues siempre existe condicionamiento legal, si no expreso, sí implícito y en ningún caso cabe aceptar la posibilidad de recorrer todo un marco penal sin atención a criterio alguno y sin posibilidad de someter a crítica —en segunda instancia o en amparo constitucional— la decisión tomada. Ningún ejercicio de discrecionalidad puede desvincularse plenamente, con independencia de los criterios que se expliciten de modo expreso legalmente, ni de la finalidad de la norma por aplicar ni del respeto a los principios que limitan —o más aún, definen— el *ius puniendi* en el Estado social y democrático de Derecho. Ningún ejercicio de discrecionalidad puede desvincularse del respeto al principio de proporcionalidad³⁴ y a los criterios que permiten afirmar la proporción de la pena finalmente impuesta tras el proceso de su individualización.

Por ello, la única discrecionalidad de la que disponen los tribunales en el proceso individualizador de la pena es la que, razonando la decisión tomada, les permite ponderar la importancia de las diferentes circunstancias concurrentes —en su más amplio sentido— en cada concreto hecho a enjuiciar para encontrar la pena que mejor se ajuste a lo que ha de ser la intervención del Derecho penal. Cuáles sean esas circunstancias es algo que no siempre se expresa correcta y específicamente por el legislador, pero al final siempre se acaba aludiendo a la mayor o menor gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente como conceptos genéricos que permiten aglutinar todos los factores relevantes para concretar aquella pena proporcionada, derivados de la atención a lo que debe ser la finalidad de la intervención final.

III. Criterios de individualización de la pena: los denominados factores de individualización

La mayoría de Códigos establecen determinadas reglas vinculadas a la determinación judicial de la pena

²⁹ Véase detenidamente Jaén, “Arbitrio judicial: individualización de la pena, motivación y principios constitucionales”, pp. 167 y ss.

³⁰ Silva, “La revisión en casación de la individualización judicial de la pena”, p. 140. Véase también Ramos, “El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena”, p. 618.

³¹ Así, Zugaldía, “El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena”, pp. 137 y 139.

³² Véase Matallín, “El artículo 66 del nuevo Código Penal: el arbitrio judicial e individualización de la pena”, p. 339.

³³ Un análisis de esta doctrina en Demetrio, *Prevención general*, pp. 273 y ss.

³⁴ Véanse, específicamente, González Cussac, “Arbitrio judicial”, p. 149; y Matallín, “El artículo 66 del nuevo Código Penal”, p. 337.

en relación, por ejemplo, con el grado de ejecución del delito, la participación, el error de prohibición, la concurrencia de eximentes incompletas, de atenuantes y agravantes o a aspectos concursales, obligando a modular la respuesta penal final con base en la diferente gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor en supuestos concretos.

En esa fase todavía de determinación del marco penal aplicable a un delito ya concreto debe especificarse cuál es el espacio en que puede moverse el tribunal, que no queda definido en el momento previo de determinación legal de la pena —aunque la ley sí establece las reglas para esa concreción—, antes de entrar en la fase de individualización judicial propiamente dicha, y en ella la idea de proporcionalidad despliega todos sus efectos, primero, en cuanto a la necesidad de distinción de supuestos en función de las circunstancias que se establecen legalmente y que condicionan la actuación judicial, y, después, en cuanto al ejercicio del margen de discrecionalidad que normativamente se concede al juez para la determinación exacta del marco aplicable.

En segundo lugar, al juez siempre le queda un margen de arbitrio, más o menos amplio, en la determinación cuantitativa de la pena, o incluso cualitativa cuando el precepto penal contemple penas alternativas, penas de imposición potestativa o la posibilidad de aplicar substitutivos penales, que permite un mejor ajuste entre la gravedad del hecho —en toda su complejidad— y la gravedad de la pena, que debe aplicar atendiendo el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido, tal y como acostumbra exigir, por otra parte, la propia normativa penal. Aquella primera función judicial, aunque próxima a ésta de individualización judicial propiamente dicha, se entiende conceptualmente separable de la verdadera función autónoma individualizadora del juez, como se señalaba, que no procede de una delegación del legislador, se dice, sino que se presenta como competencia exclusiva de la jurisdicción en cuanto se trata de determinar una pena en función de las peculiaridades de cada caso y de cada autor,³⁵ bien es cierto que condicionada también normativamente

cuando se fijen determinados criterios orientativos de actuación; por ello, precisamente, se califica este acto de individualización judicial como de discrecionalidad jurídicamente vinculada, pues el juez puede moverse con libertad en principio dentro del marco legal previamente determinado por el legislador para un determinado delito —que aquél concreta—, aunque orientado por principios que habrán de extraerse, bien de las declaraciones expresas de la ley, cuando existan, bien de los fines del Derecho penal en su conjunto, bien de los fines de la pena partiendo de la función y límites del Derecho penal.³⁶

En efecto, la búsqueda del difícil equilibrio entre indefinición y casuismo, entre inseguridad y posibilidades de arbitrio, obliga a delimitar unos criterios rectores racionales que permitan una concreción acertada de la pena imponible a un sujeto, sin que se pueda pretender, sin embargo, porque no es viable, atender la totalidad de situaciones que pueden producirse.³⁷

La labor judicial es compleja ya de entrada porque ni siquiera en la doctrina se ha llegado a conclusiones unánimes sobre cuáles son los fines que debe cumplir la pena o qué elementos fácticos han de tenerse en cuenta para fijar su magnitud en cada caso, pero ello no impide, desde luego, exigir del tribunal la imposición de una sanción penal racional y útil, dirá Choclán,³⁸ proporcionada, o sea, justa, en relación con el delito cometido, cabría señalar. Por supuesto, aceptando siempre la existencia de un espacio dentro del cual toda pena debe considerarse correcta, dada la ausencia de certeza absoluta que preside todo este proceso.

Lo que sí ha de conseguirse para su correcto desarrollo es el establecimiento de criterios objetivos de valoración que orienten la labor del juzgador y permitan, al mismo tiempo, un eventual control de la decisión tomada³⁹ y que en ocasiones, no siempre, están apuntados en los Códigos con distintas fórmulas. Como señala Choclán, citando a Sauer, “al acusado no le interesa [saber] por qué es condenado por estafa y no por apropiación indebida pero sí por qué recibe una determinada pena y no otra cualquiera”, lo que pone de manifiesto la necesidad de delimitar puntos

³⁵ Así, Choclán, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, p. 108.

³⁶ Con ulteriores remisiones, Demetrio, “individualización judicial de la pena”, p. 326.

³⁷ Véase en este sentido, García Arán, *Análisis de los criterios de determinación de la pena*, p. 241.

³⁸ Choclán, “La pena adecuada a la gravedad”, p. 1514.

³⁹ En este sentido, por todos, Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, pp. 50 y ss.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

de apoyo que permitan al juez la adaptación de la medida de la pena al autor y al hecho cometido, pues éste es el verdadero sentido de la individualización judicial.⁴⁰ De no fijarse legalmente tales criterios, como expresión de la idea de proporción, el juez debería aplicar directamente el principio de proporcionalidad interpretando la norma por aplicar de conformidad con él.⁴¹

Explica Jorge Barreiro que no abundan las sentencias que acudan a los conceptos de la dogmática penal para individualizar la pena en el caso concreto, posiblemente porque estamos ante un campo del Derecho penal, dice este autor no sin razón, en el que la dogmática todavía no ha alcanzado un grado de desarrollo que permita operar con criterios que proporcionen garantías de estabilidad, seguridad y claridad a las resoluciones que dictan diariamente los tribunales.⁴² Pero si el principio de proporcionalidad vincula al legislador en sus decisiones de incriminación *ex novo* de un determinado comportamiento, en las modificaciones de los elementos positivos del tipo de injusto, en la previsión o concreción de causas de justificación o de disminución de la culpabilidad específicas y en la determinación abstracta de la pena, como señala Lascuraín con acierto, también debe vincular al juez, en cuanto agente de la fase final del proceso de normación de un modo similar, de tal modo que ya para concretar la regla que sirve a la resolución del conflicto el juzgador debe interpretar los diferentes preceptos en juego y desechar la punición de conductas cuyo escaso desvalor convierta en desproporcionada la sanción prevista, interpretar desde criterios de proporcionalidad las cláusulas abstractas de justificación o de disminución de lo injusto o de la culpabilidad y, finalmente, concretar la pena eligiendo de las posibilidades de sanción que se le ofrecen la pena mínima eficaz para garantizar los fines de protección que persigue la norma, proponiendo lo que estime conveniente cuando la sanción sea desproporcionada en comparación con los beneficios que comporta su aplicación y la norma no permita la falta de subsunción, la justificación o la exculpación del comportamiento.⁴³

Todo ello, claro está, con independencia de cómo se concreten estos beneficios y aquella desproporción.

Sin aludir a los criterios específicos que están obligados a atender los tribunales para determinar el marco en que haya de moverse la individualización estricta de la pena, que dependerán del ámbito de que se trate —el grado de perfección delictiva, la concurrencia de un mayor o menor grado de inimpunitabilidad o la vencibilidad del error de prohibición—, en lo que es en sí dicha individualización, de forma genérica, y sin considerar ahora los concretos aspectos que los tribunales tienen en cuenta para valorar de forma particular la entidad que debe tener la pena en cada supuesto concreto enjuiciado —con delitos determinados y sujetos individualizados—, en numerosos pronunciamientos se alude a distintos factores, con carácter general, que son los que se considera han de delimitar la magnitud de la pena.

Y de forma mayoritaria se entiende necesario —con independencia de cómo se materialice en cada caso concreto esta necesidad— atender para concretar la entidad de la pena que ha de preverse para un comportamiento relevante penalmente tanto cuestiones relativas a la finalidad de la pena —en su aspecto retributivo y preventivo— como cuestiones vinculadas con la antijuricidad y la culpabilidad del supuesto analizado. No siempre se alude a todos los criterios, pero sí será ésta la tónica general. Otra cosa es el modo, muchas veces equívoco, en que se especifiquen los diversos factores por considerar; y el sentido de la atención a tales criterios, que no se concreta habitualmente —aunque así tiene que ser en una generalización que no puede ser sino eso—, con qué efecto o con qué intensidad han de tenerse en cuenta; es ello algo sobre lo que no existen claros pronunciamientos. Hay que destacar también que muchas de las afirmaciones realizadas por los tribunales no encuentran después una plasmación congruente en las especificaciones que se realizan —así, por ejemplo, cuando se señala la necesidad de atender comportamientos posdelictivos asociándolos a la idea de la culpabilidad por el hecho cometido—, sin que pueda criticarse ni lo uno ni lo

⁴⁰ Choclán, *Individualización judicial de la pena*, p. 171.

⁴¹ Lo reclama Barnes, "Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico", p. 335.

⁴² Jorge, "La motivación en la individualización judicial", p. 97.

⁴³ Lascuraín, "La proporcionalidad de la norma penal", p. 183. Explica Mapelli, *consecuencias jurídicas*, p. 243, que el juez no hace sino continuar la labor iniciada por el legislador de cara a individualizar las consecuencias jurídicas del delito, de acuerdo con los criterios de prevención jurídicamente limitados a los que está sometido.



otro, pero sí la relación que se establece. Y que, aquí quizás de modo inevitable, el discurso se dirige en una u otra dirección en función de la conclusión a la que se pretende llegar, indicándose por ejemplo que una pena es proporcionada porque en su concreción se han atendido consideraciones de prevención general y no especial sin explicar por qué pesan más unas que otras, o que lo es porque se han atendido consideraciones vinculadas a la idea de culpabilidad y no a aspectos preventivos, pero sin explicar la incidencia que también éstos deben tener en la pena. Estamos muchas veces ante afirmaciones generales de las cuales interesa aquí destacar fundamentalmente la recepción de la postura que vincula la intervención penal al cumplimiento de las finalidades varias que le son propias, para lo cual es necesario, a su vez, atender una multiplicidad de factores diversos.

Tratando de abordar la complejidad de la individualización de la pena a partir de una profundización dogmática en cada uno de los elementos susceptibles de valoración, entre otros autores, Demetrio ha subrayado de manera especial la necesidad de prescindir de una mera simplificación de los factores por considerar, en el intento, dice, por conseguir mayores cotas de racionalidad y seguridad jurídica,⁴⁴ así como el rechazo a abandonar la misma a la mera intuición, con base en sistemas autorreferentes, del propio juez,⁴⁵ acudiendo al concepto “factor individualizador de la pena” que, en la clásica concepción de Spendel, comprende tres significados: final, real y lógico. Nos podemos preguntar, en primer término, por el propósito que se persigue con la imposición concreta de la pena, y podemos aludir a las circunstancias que deben tenerse en cuenta en ella o podemos referirnos al vínculo que cabe establecer entre sus presupuestos y la individualización misma, factores entrelazados que constituyen una unidad en cuanto a lo que implica la individualización de la pena como concepto, pero cuya distinción —se viene entendiendo— permite una mejor comprensión de lo que significa.⁴⁶

Teniendo en cuenta que estamos dentro de un proceso en el que se parte de una pena, parcialmente de-

terminada a partir de las previsiones legales, en la que ya se han debido atender los criterios que permiten afirmar un marco legal proporcionado en relación con lo que se pretende conseguir con dicha pena. Partimos, por tanto, de una pena proporcionada en abstracto —y en concreto en cuanto a su determinación parcial—, que hay que individualizar judicialmente atendiendo cada hecho puntual, con su autor específico, objeto de enjuiciamiento en los Tribunales.

1. Factores finales de individualización: los fines de la pena

En la doctrina es frecuente señalar que en la individualización judicial de la pena también, como en las fases previas de su determinación, deben atenderse los fines de la pena. Como señala Terradillos, la decisión última sobre la pena que realmente se va a aplicar al reo está condicionada por los objetivos que se pretenden con ella, siendo la orientación a sus consecuencias elemento esencial de la racionalidad y de la funcionalidad de la individualización de la pena.⁴⁷

Por supuesto que el juez debe tomar como referencia las declaraciones expresas de la ley, pero también los fines de la pena; más aún, la determinación de qué fines persigue la pena, en qué momento y con qué intensidad en cada estadio de la intervención del sistema penal, es la clave, se dirá, a partir de la cual se obtiene respuesta tanto a la cuestión de la dirección valorativa de los factores reales —explícitos legalmente o no— que concurren en la individualización de la pena como a la del peso de los mismos en la pena final por imponer. En ese sentido se señala que la racionalización de la individualización de la pena debe empezar por clarificar la cuestión de sus factores finales, pues dependiendo de qué fin de la pena se tome como punto de referencia, dicha individualización puede conducir en el caso concreto a resultados muy diferentes.⁴⁸

Explica Choclán que la labor es compleja, pues aunque el juez penal debe tomar como punto de partida una determinada posición acerca de los fines de

⁴⁴ Demetrio, *Prevención general*, p. 328.

⁴⁵ Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial”, pp. 14 y 26.

⁴⁶ Un análisis detenido de esta construcción en Demetrio, *Prevención general*, pp. 34 y ss., que alude también a posteriores desarrollos de entre los que destaca las propuestas de Bruns y Bacigalupo. Véase también Choclán, *individualización judicial de la pena*, pp. 172 y ss.

⁴⁷ Terradillos, *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 187 ss.

⁴⁸ Véanse las consideraciones de Demetrio, *Prevención general*, pp. 33 y 73; o de Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, p. 50.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

la pena para poder disponer de elementos fácticos que sean de importancia para fijar la magnitud penal en cada caso concreto, en la medida en que la teoría no ha llegado a conclusiones seguras sobre este problema no pueden esperarse soluciones firmes en el quehacer judicial; ello, añade, obliga a un esfuerzo por ofrecer criterios más o menos precisos que sirvan de guía a la labor judicial en el afán por que se fijen consecuencias jurídicas útiles y racionales.⁴⁹

También se trata de concretar cómo cabe solucionar los casos en que una finalidad demande lo que otra rechaza, sobre todo cuando nos encontremos ante fines antinómicos en sentido estricto,⁵⁰ lo que en mi opinión no es fácil que suceda, bien entendidas las ideas de retribución, prevención general y prevención especial, desde los parámetros actuales que exigen una intervención penal sólo orientada a salvaguardar intereses merecidos y necesitados de protección desde la idea de mínima intervención.

Pues bien, una y otra vez se indica que aunque el fin preventivo general de la pena prevalece en la fase legislativa, el fin retributivo en la fase jurisdiccional y el fin de prevención especial en la de ejecución de la condena, según el entendimiento mayoritario de la doctrina actual, ello no quiere decir que cada una de las perspectivas punitivas no deban ser consideradas en las demás fases, pues, se subraya, la unilateralización de la función de la pena en cada una de ellas impediría que cumpliera sus fines en las restantes.⁵¹ En concreto, en el ámbito de actuación judicial se alude a la necesidad de tener en cuenta tanto las finalidades de prevención general y de prevención especial⁵² como las de retribución por el hecho cometido,⁵³ retribución del injusto y de la culpabilidad⁵⁴ o, en otros términos, las exigencias que se derivan de la idea de culpabilidad⁵⁵ o del principio de culpabilidad.⁵⁶

Aun cuando por tradición se ha señalado, como ya se dijo, que la fase de ejecución de la pena permite atender mejor las necesidades de prevención especial, cada vez en mayor medida en la doctrina se insiste en que en el momento de individualización judicial de la pena son tales necesidades las que, con los límites que se explicarán posteriormente, han de atenderse de modo preferente. En este sentido, señala Baratta que hay que considerar el hecho de que la violencia penal puede agravar y reproducir los conflictos en las áreas específicas en que interviene y que, por tanto, los costos sociales de la pena deben valorarse atendiendo la incidencia negativa que la misma puede tener sobre las personas que constituyen su objeto, sobre sus familias y su ambiente social; de ahí la necesidad de introducir —por razones de justicia, dice él; por lo que significa hoy el Derecho penal, podría añadirse— criterios dirigidos a compensar y limitar las desigualdades de los efectos de la pena en los condenados y en su ambiente social, precisamente en una dirección opuesta a la que asumen las decisiones judiciales cuando se orientan por valoraciones como la de la prognosis de criminalidad, que en realidad aumentan las desventajas de los individuos pertenecientes a extractos sociales más bajos.⁵⁷ En particular, señala García Arán que es en la decisión sobre la clase de pena por aplicar donde se debe actuar con más responsabilidad —por lo comprometido de ella—, decisión que, más allá de la calificación de los hechos y de la proporcionalidad de la pena —se entiende que con la gravedad del injusto culpable— tiene un fundamento en el que adquieren plena vigencia, en su opinión, los criterios de índole preventiva especial.⁵⁸

Más aún, hay muchos autores en nuestra doctrina que defienden que debe ser la prevención especial el único criterio que opere a la hora de cuantificar la pena,

⁴⁹ Choclán, “La pena adecuada a la gravedad”, pp. 1514 y s. Véase también Quintero, “Determinación de la pena”, p. 69. Téngase en cuenta que los Códigos no asumen expresamente una finalidad en concreto, abriéndose distintas opciones que deben ser consideradas por los Tribunales, como señala Mapelli, *consecuencias jurídicas*, p. 245, a partir de las directrices abstractas que marca el sistema.

⁵⁰ Véase Demetrio, *Prevención general*, pp. 75 y ss.

⁵¹ Expresamente, Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, p. 51.

⁵² Entre otros, Álvarez/Carrasco, “Medición judicial y ejecución de las sanciones penales”, pp. 13 y 16; Berdugo/Arroyo *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, p. 62; Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 233; Choclán, *Individualización judicial*, p. 173; Mapelli, *Las consecuencias jurídicas*, p. 246; Morillas, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 47; Pérez del Valle, “individualización de la pena”, pp. 58 y ss.; o Ramos, “El control del arbitrio judicial”, p. 620.

⁵³ Así, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 180.

⁵⁴ Expresamente, Choclán, *Individualización judicial*, p. 173.

⁵⁵ Por todos, García Arán, *Los criterios de determinación de la pena*, pp. 170 y ss.

⁵⁶ También, entre otros muchos, Jaén, “Arbitrio judicial”, p. 163.

⁵⁷ Baratta, “Principios del Derecho Penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, pp. 632 y s.

⁵⁸ García Arán, “Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad”, p. 315.

dentro, claro está, del marco o submarco que delimita la culpabilidad por el hecho. En este sentido señala Demetrio que la prevención especial —positiva—, entendida como el fin de la maximización de la no desocialización del reo, no es el único fin de las penas privativas de libertad, pero sí el único atendible directamente como factor final en su individualización judicial, lo que se traduce en último término en la propia idea de la individualización de la medición de la pena misma.⁵⁹

Justamente una de las principales cuestiones objeto de controversia es cómo interpretar las referencias a la personalidad del autor, a sus circunstancias personales, etc., que acostumbran contener los Códigos Penales, no ya en cuanto a las variables que deben atenderse, que también, sino en cuanto a su interpretación, bien desde un punto de vista preventivo-especial, bien simplemente desde su asociación a la idea de culpabilidad por el hecho. Señala con razón Jorge Barreiro que el propósito de encuadrar los datos relativos a la personalidad, el carácter, la trayectoria de vida y demás elementos personales del autor en el marco de la prevención especial sólo puede merecer loas, pero también que no resulta fácil excluir los elementos personales del imputado de la culpabilidad si en ella han de calibrarse las condiciones de imputabilidad y de asequibilidad normativa del justiciable; destaca también este autor los riesgos de caer en un Derecho penal de autor y la necesidad, por ello, de atender sólo aquellos datos que tengan relevancia para explicar el hecho delictivo —aunque precisamente entonces quedarían, a mi juicio, indebidamente fuera los que se refieren a los efectos de la pena en la vida futura del condenado que no necesariamente tienen por qué condicionar tal hecho— y subraya finalmente el tradicional riesgo de manipulación de la personalidad del reo a través de la imposición de una pena encauzada sustancialmente a su resocialización.⁶⁰

Apenas hay discusión en la doctrina, en todo caso, sobre la necesidad de atender consideraciones de prevención especial —exclusiva, prioritaria o secundariamente— en la individualización de la pena, como acepta ya el propio legislador cuando regula, por ejemplo, los mecanismos de la sustitución de la pena impuesta o de la suspensión de su ejecución. La cuestión es cuáles son los criterios que deben tener

se en cuenta para garantizar esa prevención y cuál la ponderación que debe establecerse con el resto de criterios que deriven de otras exigencias.

Mayor discusión se establece a la hora de aceptar que la prevención general pueda considerarse en la fase de individualización judicial de la pena.

De forma minoritaria, expresa Morillas, que en la fase de imposición y determinación de la pena los fines que cumple ésta son preferentemente preventivo-generales en cuanto a la confirmación de la amenaza penal, con independencia, matiza, de que también pueda jugar la misma en ciertos casos como elemento de prevención especial cuando intimide al delincuente frente a una posible reincidencia.⁶¹

También González Cussac ha señalado que cuando el juez utiliza el Derecho —sin ejercer una tarea estrictamente individualizadora de la pena— para llevar a cabo la aplicación de una determinada pena, debe operar con idéntico procedimiento al que desarrolla el legislador al establecer las normas penales, esto es, con un método generalizador, lo que viene caracterizado, dice, por la utilización de criterios valorativos no previstos expresamente en la ley, referidos sobre todo a consideraciones preventivo-generales —que en su opinión se reflejan mediante la atención a la mayor o menor gravedad del hecho— y, en consecuencia, apreciar la influencia de dichos criterios al aplicar la pena al caso concreto, de modo uniforme y genérico, sin que ello implique la extensión de este tipo de consideraciones a la individualización judicial propiamente dicha, matiza, lo que, si se hiciera, sí supondría instrumentalizar al delincuente en contra del reconocimiento constitucional de la dignidad humana.⁶²

García Arán explica, en cambio, como destaca Mir con acierto, que la configuración de un Estado como social y democrático de Derecho consagra la finalidad preventiva del Derecho penal sobre la meramente retributiva o expiatoria, finalidad que es manifiesta en el estadio de la conminación legal a partir del mandato dirigido a la colectividad estableciendo obligaciones de hacer y de no hacer, pero que es más arduo delimitar el sentido que este mandato tiene ante el juez y aceptar la finalidad preventiva en el momento de la decisión judicial. Ella entiende esto cuestionable, al menos, dice, como objetivo preponderante en el en-

⁵⁹ Demetrio, *Prevención general*, p. 328.

⁶⁰ Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, pp. 72 y ss.

⁶¹ Morillas, *Teoría de las consecuencias jurídicas*, p. 47.

⁶² González Cussac, “Arbitrio judicial”, p. 147.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

juiciamiento. Al juez, señala, una vez previstos por la ley penal los potenciales hechos delictivos y fijado el mínimo de pena que considera suficiente para evitarlos, atendiendo criterios de proporcionalidad, no debe preocuparle la actuación posterior de ciudadanos que no están por el momento sometidos a juicio y mucho menos preocuparse incrementando la sanción del que en ese momento se juzga; ello entiende, con razón, que sería instrumentalizar al reo con fines de prevención general,⁶³ con independencia, dirá, de que de hecho la decisión judicial tenga efectos preventivos generales.⁶⁴

Debe observarse, sin embargo, que el mínimo de la pena no se fija legalmente como límite suficiente de la intervención penal en todos los casos, sino como límite necesario, al margen de sustitutivos, de ella; por ello la cuestión es si criterios de prevención general —explicitados de una u otra manera— pueden o no ser atendidos —al menos siguiendo los parámetros legales de determinación de la pena—, por supuesto dentro del marco concretado legalmente, pero para permitir una pena que llegue al máximo de dicho marco, con independencia de cómo se compensen tales criterios con el resto de elementos por tener en cuenta en esta fase de individualización.

Más explícitamente ha cuestionado Zugaldía la necesidad o conveniencia de tener en cuenta las exigencias de la prevención general en el marco de la individualización judicial de la pena enumerando los principales argumentos de quienes rechazan tal posibilidad. Así, señala que la invocación de fines preventivos generales podría considerarse un ataque a la dignidad humana si se entiende que el hombre es un fin en sí mismo, no susceptible de instrumentalización —sería evidente si fuera así—; también que se sabe poco empíricamente sobre los efectos de la prevención general en su doble aspecto de intimidación general y de prevailecimiento del orden jurídico —aunque en mi opinión lo mismo ocurre con la prevención especial—, que si se quiere ser congruente con la tesis según la cual la pena se justifica exclusivamente por su necesidad, no puede sostenerse que a un sujeto concreto, por ignoradas razones de prevención general debe imponérsele una pena que excede de la que correspondería

a las exigencias de su tratamiento preventivo-especial —lo que dependerá de los márgenes coste-beneficio de la intervención en su globalidad— y, finalmente, que la exclusión de la prevención general del marco de la individualización judicial de la pena es consecuencia de un esfuerzo por racionalizar la medición de la pena —tomando, a mi juicio, en cuenta, sin embargo, un único criterio para ello—. Él insiste en que están abiertas en la dogmática actual las posibilidades de reformular ciertos aspectos de las teorías relativas de la pena para permitir que las exigencias de las dos modalidades de prevención no entren en conflicto necesariamente y que una de esas posibilidades es precisamente la de reservar la prevención general para la conminación típica —junto a la idea de retribución— y la prevención especial —de modo exclusivo— para la individualización judicial de la pena.⁶⁵

Insiste también en ello Demetrio, señalando que la función preventivo-general de las normas penales se desarrolla fundamentalmente en la etapa conminativa de la intervención penal y sólo como confirmación de la seriedad de la amenaza también en la de medición y ejecución de la pena, y que dicha prevención, negativa o positiva, no es un fin que haya que perseguir expresamente en la individualización de la pena, lo que justifica con base en diferentes razones de carácter dogmático, constitucional y criminológico en cuanto, básicamente, a la doble valoración de los elementos del tipo que ello implicaría, a la violación que se produciría de derechos fundamentales de la persona y a la ausencia de datos empíricos que permitan contrastar tales efectos preventivos.⁶⁶ Explica que existe obviamente una relación entre la fundamentación del Derecho penal y la individualización de la pena, donde los fines de ésta juegan un papel esencial, pero que la admisión de un fin de la pena en la fundamentación del Derecho penal no implica necesariamente la de su virtualidad como factor de individualización; ello, señala, es lo que explica la admisión de la prevención general como respuesta a la pregunta de por qué se pena —legitimación externa del Derecho penal— sin que sea contradictorio su rechazo como criterio de la individualización —legitimación interna—, lo que al contrario considera que no sería posible.⁶⁷

⁶³ García Arán, “La prevención general”, pp. 520 y s.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 513.

⁶⁵ Zugaldía, “La prevención general en la individualización judicial de la pena”, pp. 869 y ss., especialmente, p. 877.

⁶⁶ Demetrio, *Prevención general*, pp. 35, 139 y ss., y 146 y ss.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 48.

En todos estos argumentos insiste también Jorge Barreiro, subrayando además el riesgo de operar con conceptos equívocos y abstrusos como los de inseguridad, desasosiego, conmoción, alarma social, etc., y la propia existencia del proceso penal y de la condena que ya cumplen una función de prevención general.⁶⁸

Son evidentes los riesgos cuando se opera con conceptos equívocos —como lo es, por otra parte, la propia expresión “gravidad del hecho” a la que sí suele acudirse legalmente y que pocos reparos ofrece doctrinalmente—, algunos de los cuales, no obstante, incluso se consideran legalmente, sobre todo en textos procesales. Que, por otra parte, se atente contra la dignidad de la persona o contra otros derechos de carácter fundamental, se opere con datos que no están contrastados empíricamente, etc., es todo ello algo que dependerá de cómo pretenda materializarse la finalidad preventivo-general en la delimitación de la pena, qué alcance se le dé y cómo se la haga compatible con el resto de criterios que puedan tenerse en cuenta. No se afirma mayoritariamente, además, que el legislador atenta contra la dignidad de la persona o acude al manejo de datos equívocos cuando utiliza criterios preventivos para fijar el marco legal aplicable a un delito; y, si es que se hace, o cuando se hace, de ello no deriva la crítica a la idea de prevención general como finalidad de la pena, al menos en ese momento de su determinación. Lo que ocurre es que cuando se argumenta en relación con la influencia de la consideración preventivo-general de la pena en el momento de su individualización se piensa en una utilización de esta finalidad con efectos agravatorios deficientemente justificados —quizás por la experiencia percibida—, algo que no ocurre cuando se analiza el aspecto de la prevención especial. Pero igual de cuestionable puede ser ésta —positiva o negativa— si, prescindiendo de otras consideraciones, conlleva una instrumentalización de la persona por mucho que se atienda —o precisamente por eso— su individualidad.

La cuestión es la ponderación de los diferentes criterios que deben entrar en juego para concretar la pena idónea o adecuada, necesaria y proporcionada, y la prevalencia de unos sobre otros cuando sean incompatibles en cuanto a los efectos que deban derivarse de su apreciación, algo que, ha de in-

sistirse de nuevo, no sucederá en la mayoría de los casos. No puede medirse la necesidad de la pena o su proporción en sentido estricto —en el ámbito de lo concreto— sólo desde el prisma de la prevención especial, pues el marco que se determina legalmente —relativamente indeterminado— debe permitir que se modele la pena atendiendo todos los factores cuya concurrencia se ha tomado en consideración para delimitar dicho marco. Los temores a una utilización desmedida de la idea de prevención general en el ámbito judicial —que además no se justifican analizando la práctica actual de los tribunales, en su globalidad— pueden contrarrestarse además teniendo en cuenta que el operador siempre va a actuar dentro de unos límites que le vienen tasados. Y, en todo caso, de nada sirve negar la posibilidad de concretar una pena utilizando su finalidad preventivo-general por el riesgo a una instrumentalización de la persona si esa finalidad se acepta en una actuación legislativa en las que ésta y no otra finalidad es la que permite penas de considerable gravedad y claramente “desproporcionadas” en relación con la antijuricidad de la conducta, a la culpabilidad del autor y a planteamientos de prevención especial, al menos, positiva.

Todas las finalidades de la pena deben estar presentes en las distintas fases de su vida, y el único temor que debe existir es el de la preponderancia excesiva e incorrecta —sin atender el peso real de cada factor en el caso concreto— que pueda darse a alguna de ellas en cada uno de sus diferentes estadios en perjuicio del resto y del logro de los objetivos que deben presidir, en su conjunto, la intervención penal.

En este orden de ideas, no es correcto afirmar que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido como principio que limita la finalidad preventiva de la pena, y que cumple por tanto una función de garantía para el ciudadano, impide que la pena opere en perjuicio del autor o, en otros términos, se opone a ser vulnerado hacia arriba, no hacia abajo,⁶⁹ salvo que lo que se quiera señalar sea que la pena deba ser proporcionada con la gravedad del hecho, entendida ésta desde un punto de vista retributivo —o culpabilístico—, porque si la disminución de pena por debajo de dicha proporción obedece a algún motivo, lógicamente preventivo, la pena sí será proporcionada, pero claro está atendiendo a este motivo. Se

⁶⁸ Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, p. 70.

⁶⁹ Véanse las diferentes referencias de Aguado, *El principio de proporcionalidad en el derecho penal*, p. 321.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

confunde en mi opinión la idea de proporcionalidad con la de gravedad de lo injusto culpable o de culpabilidad por el hecho.⁷⁰

Es cierto que el principio de proporcionalidad no impide que pueda disminuirse o, más aún, renunciarse a la pena por razones de prevención especial —concretamente, por ejemplo, para impedir la desocialización de un sujeto o para facilitar su socialización—, o en su caso, incluso de prevención general —aunque normalmente ambas irán de la mano—, pero porque la pena seguirá siendo proporcionada y no contravenirá aquel principio. Simplemente ocurrirá que en las magnitudes a comparar se habrán introducido los criterios de prevención especial o incluso general.

En este sentido, no me parece afortunada, como también he explicado,⁷¹ la afirmación de que el conflicto de la proporcionalidad con la lógica de la prevención sólo tendrá lugar cuando consideraciones preventivas pudieran conducir a sanciones superiores a lo que demandara el valor de la proporcionalidad pero no, en cambio, si la lógica preventiva llevara a proponer la imposición de sanciones inferiores a lo proporcionado⁷² ni la tesis que alude a la necesidad de desterrar la pretensión de elaborar un principio de proporcionalidad invertido,⁷³ pues la exigencia de proporción lo que debe impedir —aunque la afirmación implique una tautología— es todo aquello que implique desproporción, teniendo en cuenta para evitar ésta —y aquí la matización— no sólo criterios retributivos.

Por eso, otra cosa es que en efecto se señale que la pena puede ser inferior a la medida de lo injusto o de la culpabilidad, o incluso no aplicarse cuando así esté indicado por razones de prevención, normalmente, especial, pero también incluso general.

Es el marco legal de la pena el que delimita el juego de la prevención general y especial, que son las que modulando la intensidad de aquélla permitirán su individualización en función de las características del hecho y de su autor; una modulación que también tendrá que producirse, no obstante, en función de los criterios que especifiquen la mayor o menor gravedad de lo injusto y la mayor o menor capacidad de culpabilidad, pues esto todavía no se ha podido tener totalmente en cuenta en el estadio de aplicación de las

circunstancias modificativas que atenúan o agravan la responsabilidad penal.

En mi opinión, si aceptamos como finalidad del Derecho penal la de prevenir conductas lesivas a intereses merecedores y necesitados de él, no veo cómo negar la necesidad de considerar razones de prevención —especial, lo que nadie cuestiona, pero también general, lo que la mayoría de la doctrina discute— para individualizar la pena judicialmente; por mucho que ya se hayan tenido las mismas en cuenta en el estadio legal de delimitación de la pena; como se acaba de indicar, una y otra vez se ha insistido en la dificultad de lograr las finalidades que se pretende con la institución de la pena, que han de permitir a su vez alcanzar las que se pretende con la propia existencia del Derecho penal, si su asociación a cada una de sus diferentes etapas de vida tiene carácter excluyente.

Y si aceptamos que aquella finalidad ha de entenderse desde criterios que garanticen un costo en términos de restricción de libertad menor que el que se salvaguarda con la intervención, la atención a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, y a su posibilidad de modulación, parece evidente.

Lo lógico, por otra parte —y además así ocurre en la realidad—, es que no se plantee especial controversia a la hora de definir la pena proporcionada entre cuantos criterios —en absoluto antinómicos, salvo en sus formulaciones más extremas de un utilitarismo puro o de un retribucionismo exacerbado, hoy en absoluto admisibles— deben tenerse en cuenta para alcanzar el fin pretendido con la previsión de la norma penal.

Cuando los distintos criterios que deban tenerse en cuenta conduzcan a direcciones diferentes en cuanto a la mayor o menor gravedad de la pena que cada uno de ellos estime correcta, parece evidente que en un Derecho penal de mínimos no deben imponerse penas innecesarias —porque no satisfacen ninguna razón preventiva— aun cuando exista un injusto culpable que pudiera explicarlas; y, aunque no acostumbre a expresarse así, ello puede suceder también cuando esas razones tengan carácter general y no especial, sin que a mi juicio sea fácil entender por qué deban priorizarse éstas, máxime cuando —y es algo que no puede obviarse— las razones de prevención general no

⁷⁰ De la Mata, *El principio de proporcionalidad*, pp. 244 y ss.

⁷¹ De la Mata, *op. cit.*, p. 244.

⁷² Así, Silva, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 259.

⁷³ Expresamente, Cobo y Vives, *Derecho penal. Parte General*, p. 89.

siempre van a proponer una exasperación de la pena respecto de la que pueda resultar de la argumentación con base en otras consideraciones.

Más acertado me parece simplemente valorar los diferentes elementos que concurren en el hecho y en el autor analizando en cada caso concreto qué razones, qué finalidades —con base en la importancia a la especial relevancia de cada dato— deben primar frente al resto. Y no vemos por qué en un caso no pueda atenderse de modo especial el hecho de la especialmente difícil situación económica, social, familiar, emotiva de un transportista de una moderada cantidad de droga absolutamente rehabilitado, y en otro, en cambio, en una también difícil situación económica, social, etc., de quien, también rehabilitado, ha transportado una gran cantidad de droga destinada a un centro escolar con consecuencias graves para la salud de uno o varios menores, este otro dato. Los factores de prevención general o especial o de culpabilidad deben ponderarse sin dar prioridad a uno u otro de entrada, sino en función del peso que cada uno de ellos pueda tener en cada hecho concreto y dentro del conjunto del supuesto que se analiza; y cuantos más datos se conozcan y se manejen, mejor. Siempre en todo caso, además, operando dentro del marco legal —concretado judicialmente utilizando el criterio de la proporcionalidad para determinar ya éste y una vez determinado el ámbito de protección que pretende el tipo que lo prevé— que entiende el legislador es el único que permite dar cumplimiento —incluyendo en él la posibilidad de sustitución o de suspensión de la pena— a la finalidad penal en su conjunto y que la individualización judicial no puede rebasar bajo ninguna consideración.

Más complicado ha sido delimitar el máximo de pena imponible; por supuesto, en ese marco legal que ya ha debido tener en cuenta las diversas finalidades, por conseguir en mayor o menor medida, concretadas en criterios que ciertamente pueden considerarse lábiles al proceder de valoraciones, aún con referentes, coyunturales, derivadas de políticas puntuales, etc., pero que corresponde fijar legislativamente y que en consecuencia son difícilmente cuestionables en democracia salvo, como repetidamente se ha señalado, ante grandes excesos. En todo caso, se antoja difícil aceptar que en un supuesto la culpabilidad pueda ser razonablemente poco grave —en injusto y culpabilidad estricta— y puedan al mismo tiempo existir razones de prevención especial o general —que no se reflejen ya en la antijuricidad o la responsabilidad personal—

que aconsejen una pena que desborde claramente lo que aquélla exigiría. Y si en muchos delitos no es el criterio de la gravedad del bien jurídico el que determina la entidad de las penas que se prevén por el legislador, cuando haya que concretar la pena judicialmente, dentro del marco legal, los criterios de prevención general que puedan haberse tenido en cuenta en dicha previsión deben atenderse para concretar la pena proporcionada, permitiendo que la misma sea acorde con los parámetros legales de valoración de cada supuesto.

En los tribunales, en ocasiones, a la hora de explicar la magnitud de la pena por aplicar en un caso concreto sí se alude, con carácter general y con independencia del modo en que se define la gravedad del hecho que también permite explicar dicha magnitud a los fines que fundamentan, justifican, informan o limitan la pena por imponer por la comisión de un hecho delictivo y, sin primar una finalidad frente a otra, se da entrada a las diversas finalidades de la pena en lo que es su individualización propiamente dicha.

Se vincula claramente la entidad de la pena —por lo menos así se afirma—, como no podía ser de otra manera, a las finalidades a que aspira el Derecho penal. Se insiste en la necesidad de atender consideraciones preventivas —sobre todo en el ámbito legislativo, pero también en el judicial— y a ello no puede ofrecerse reparo alguno, según el planteamiento integrador aquí defendido. Ahora bien, llama la atención la frecuencia con que parece apelarse a la necesidad de atender consideraciones de prevención especial, por una parte, o de prevención general, por otra, para explicar que una pena concreta no pueda considerarse desproporcionada cuando el resto de finalidades así parecen indicarlo. Esto es, se utiliza el discurso de los fines de la pena, normalmente, para explicar una proporcionalidad —no, en cambio, la desproporción de la pena que se impone—, en el supuesto concreto más que cuestionable. En todo caso, y salvo supuestos muy puntuales, en la mayoría de las sentencias no hay un pronunciamiento expreso sobre la primacía de uno u otro tipo de finalidad; la argumentación de la necesidad de atender todas las finalidades conduce de hecho precisamente a desvirtuar los criterios de la retribución, de la prevención general o de la prevención especial como prioritarios frente al resto, algo que aquí se comparte; sin embargo, muchas veces la argumentación conduce en sus consecuencias prácticas a resultados no siempre compatibles en cuanto a la gravedad de la pena finalmente impuesta, lo que ocu-

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

rrirá cuando a partir de esa afirmación general, pero prescindiendo en realidad de lo que significa, no se dé la debida trascendencia a la importancia que, por ejemplo, pueden tener determinados aspectos de carácter preventivo-especial en relación con los efectos perniciosos de la pena frente a un sujeto en un caso concreto, justamente alegando la necesidad de atender otras finalidades de la norma penal que, en ese caso concreto, pueden en realidad ser intrascendentes.

El principio de proporcionalidad sirve en muchas ocasiones de justificación para explicar una pena, por la diversidad de criterios que han de tenerse en cuenta para enjuiciar la existencia o no de proporción, al ser posible vincular su mayor o menor gravedad a una u otra finalidad que la misma ha de cumplir, a uno u otro criterio especialmente destacado. Ahora bien, eso no es lo que impone realmente el principio de proporcionalidad. A lo que éste obliga —y se echa esto de menos, aun con excepciones, en la jurisdicción penal en general— es a un análisis de la proporción de las penas que tenga en cuenta todas las finalidades, todos los criterios, no sólo como postulado meramente descriptivo; que tome en cuenta, sí, aquélla o aquél que pueda parecer más destacado en el caso concreto, pero analizando también en qué medida pueden entrar en juego otras u otros. Esto es lo que sigue faltando en la jurisdicción penal. Y a ello poco puede ayudar la doctrina, porque a ésta no le cabe sino limitarse a reconocer —y explicitar a modo de ejemplo— la multiplicidad de factores que deben valorarse en el análisis de la proporcionalidad de una intervención penal —y de una pena, por tanto—, descartando sólo los que axiológicamente no pueden tomarse en consideración en nuestro modelo jurídico actual e insistiendo en la necesidad de buscar aquella pena que maximice libertades, y a exigir que en la individualización de la pena en un supuesto puntual se tenga en cuenta todo aquello que permita graduar de modo concreto la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta enjuiciada y se atienda además la perspectiva preventiva en cuanto a lo que la imposición de la pena —o su ausencia— puede implicar, sin priorizar con carácter general uno u otro factor por valorar, pero priorizándolos en cada caso en función del mayor o menor peso que se entienda deben tener para conseguir que esa maxi-

mización de libertades que se preconiza como ideal por cumplir con la previsión o con la imposición de una pena pueda garantizarse en ese caso concreto.

2. Factores concretos, reales, fácticos, indiciarios de individualización: la gravedad del hecho y las circunstancias de su autor

A. Consideraciones generales

Jescheck señala que los elementos fácticos de la individualización penal son aquellas circunstancias del hecho que en cada caso específico ofrecen interés para determinar la clase y cuantía de pena que de modo concreto procede imponer por la comisión de un hecho delictivo.⁷⁴

Se trata de definir qué criterios deben atenderse, en qué sentido y con qué trascendencia para poder individualizar la pena de modo proporcionado, en concreto, en función de los objetivos que con ella se pueden conseguir.

Ya de entrada, debe aludirse a la insistencia de la doctrina en subrayar que resulta erróneo considerar que los factores reales de la individualización judicial de la pena se identifican con las circunstancias agravantes o atenuantes que puedan contemplarse legalmente, que afectan a su individualización legislativa —o, si se prefiere, a la determinación del marco legal de la individualización judicial en abstracto—,⁷⁵ y que en ningún caso se podrán tener en cuenta factores que ya se hayan considerado en la determinación de ese marco legal que delimita la individualización.⁷⁶ Es cierto que su consideración no pertenece a la fase de individualización judicial de la pena en sentido estricto. Ahora bien, sí debe llamarse la atención sobre la posibilidad de atender en ésta los mismos criterios que se tienen en cuenta para definir la existencia de atenuantes o agravantes —además, claro está, de otros muchos—, sin que ello suponga en modo alguno vulneración del *bis in idem*, siempre que tales criterios puedan entenderse de carácter graduable. La matización del grado de imputabilidad disminuida, del grado de reincidencia o del grado de enajenamiento, circunstancias que podrán haber sido ya consideradas en una fase previa, en cuanto definidoras de una mayor o menor capacidad de responsabilidad

⁷⁴ Jescheck, *Tratado de Derecho penal*, pp. 799 y ss.

⁷⁵ Así, Choclán, *Individualización judicial*, p. 175.

⁷⁶ Entre otros, Boldova, *Consecuencias jurídicas*, p. 180; Choclán, *Individualización judicial*, pp. 173 y ss.; o Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, p. 83. Ampliamente, Demetrio, *Prevención general*, pp. 267 y ss., con numerosas referencias.

personal o de una mayor o menor antijuricidad, es posible y necesario efectuarla y el lugar de hacerlo es justamente el de la individualización de la pena.

Al margen de ello parece evidente que, con carácter general, y siendo la misma la finalidad del Derecho penal —y, por tanto, de la pena— para el legislador y para los jueces, los criterios de concreción de la pena para su delimitación en abstracto, para su determinación parcial o para su especificación concreta no pueden diferir, con las matizaciones a que obligan sus diferentes estadios y la necesidad de operar desde perspectivas más o menos individualizadoras en cada uno de ellos. Es lógico entonces que si la decisión sobre la responsabilidad penal obliga a valorar conjuntamente los hechos que condicionan cada uno de los elementos del delito, y todos ellos se tienen en cuenta para definir la pena que proporciona el marco genérico del mismo, todos deban también valorarse para determinar la pena proporcionada en concreto.⁷⁷ Si, además, las finalidades preventivas forman parte de lo que debe ser el Derecho penal, las mismas deben también considerarse en esta fase y proyectarse en la definición de las circunstancias que permitan considerarlas. Todos los factores que incidan en uno u otro ámbito deberán valorarse en esta sede.

A la hora de decidir cuáles deben ser esos factores que guíen al juez en el momento que representa la cúspide de su actividad resolutoria, claro está que, como señala Demetrio, habrán de valorarse en primer término las indicaciones expresas de la ley,⁷⁸ que por necesidad deberán ir en esa línea, explícita o implícitamente, y que habrá que interpretar, cuando así se requiera, desde tal perspectiva.

Habrán Códigos, como el alemán, en cuyo § 46 se contempla una cláusula que contiene los principios fundamentales de individualización de la pena;⁷⁹ en otros, como el español, y al margen de la enumeración legal de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y de concretas previsiones de la Parte especial, se acude para especificar los criterios por tener en cuenta en la fase de estricta individualización judicial a la “gravedad del hecho” y a las

“circunstancias personales del delincuente”.

B. La gravedad del hecho

La gravedad del hecho, para la mayoría de autores, afecta a la medición de lo injusto —de su desvalor de acción, objetivo y subjetivo, y de resultado, al menos desde una concepción personal del ilícito penal— como magnitud objetivamente graduable, que, mayor o menor, deberá implicar también una mayor o menor pena.⁸⁰ No parece desacertado, sin embargo, entender que aunque, en efecto, con este concepto se acostumbra a hacer referencia al injusto —a veces sólo objetivo, en ocasiones también subjetivo, o incluso, acertadamente, culpable—, si el juez opera como el legislador, a la hora de determinar la mayor o menor gravedad del hecho no podrá hacerlo sin atender consideraciones de prevención general.⁸¹ Siempre con las limitaciones a que se ha venido aludiendo. Más aún, habrá quien entienda que una vez marcado el límite de la culpabilidad por el hecho, el criterio de la gravedad sólo puede entenderse desde una perspectiva de prevención general, pues de otra forma se volvería a valorar el mismo aspecto, se dice —gravedad del hecho desde la perspectiva de la función esencial de la pena—, en un mismo ámbito —el grado de ilicitud—. ⁸² Lo que ocurre es que en realidad no estamos ante estadios progresivos, sino ante un único proceso individualizador en el que todos los datos se presentan para su valoración conjunta a partir de su diferente intensidad y de la preponderancia que deban adquirir en función de ella para encontrar —graduando y limitando el marco posible— la pena proporcionada.

Téngase en cuenta en todo caso que si, por ejemplo, no es el criterio de la gravedad del bien jurídico el que determina la especial gravedad de las penas previstas legalmente para el delito de tráfico de drogas, cuando judicialmente se concreta la pena atendiendo la cantidad de droga incautada, dentro del marco legal, de alguna manera los criterios de prevención general que se han valorado para determinar éste penetran por necesidad en la valoración de la pena proporcionada

⁷⁷ Véase García Arán, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 75.

⁷⁸ Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena”, p. 328.

⁷⁹ Véanse, por ejemplo, Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena”, p. 330; o Jaén, “Arbitrio judicial”, p. 172.

⁸⁰ Por todos, Boldova, *Lecciones de consecuencias jurídicas*, p. 252.

⁸¹ Véanse las consideraciones de Choclán, “La pena adecuada a la gravedad”, p. 1519; o de González Cussac, “Arbitrio judicial”, pp. 148 y s.

⁸² Así, Ramos, “El control del arbitrio judicial”, p. 620.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

al supuesto concreto; condicionan la gravedad del hecho desde un punto de vista legal —correctamente o no, que es otra cuestión— y deben condicionar, por tanto, la gravedad del hecho desde un punto de vista judicial, que no puede plantearse una valoración sustancialmente diferente de la de aquél.

Lo difícil en todo caso es concretar la multitud de datos que pueden determinar una mayor o menor gravedad del hecho, dificultad que puede permitir entender que el juez es libre de apreciar, racionalmente —y aún así, relativamente habría que matizar—, dicha gravedad.⁸³

En la jurisprudencia se ha señalado, con carácter general, que la gravedad del hecho equivale al desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción, tanto en su vertiente de acto personal como en la que se refiere al resultado lesivo que se produce a un bien jurídico, pero también que la gravedad del hecho, al menos aquélla a la que se alude en la individualización judicial de la pena, no es la gravedad genérica del delito, toda vez que esta gravedad habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción —aunque no significa que no pueda graduarse, habría que corregir—, sino la de otras circunstancias fácticas, elementos de todo orden, concomitantes al supuesto concreto que se está juzgando.

En la doctrina se señala que si el fundamento de la relevancia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal es el de la graduación del injusto y de la culpabilidad, éste debe ser también el fundamento que explique el concepto “gravedad del hecho” que se proporciona como criterio de recorrido del marco penal cuando aquéllas no concurren⁸⁴ o incluso también cuando concurren.⁸⁵ A este respecto, con las modificativas se incorporan puntos de referencia importantes para determinar el injusto individual, adquiriendo significado como catálogo incompleto de factores reales de la individualización de la pena anticipado legalmente, con una determinada valoración, además, agravatoria o atenuatoria.⁸⁶ Como antes se decía, precisamente lo que ya se ha valorado por el le-

gislador para configurar el marco penal típico va a ser uno de los principales datos que permita especificar la pena proporcionada en concreto, porque es lo que sirve de referente para entender el punto de vista del legislador; siempre, claro está, que ello no implique valorar dos veces exactamente lo mismo y si la modulación del criterio que tiene en cuenta el legislador.

Concretando cuáles son los aspectos específicos a considerar para valorar la cantidad de pena proporcionada a la gravedad del hecho, en la doctrina se alude a todas las circunstancias, para algún autor predominantemente objetivas,⁸⁷ para muchos otros —lo que aquí se comparte— objetivas o subjetivas,⁸⁸ que pertenecen al delito —en toda su integridad— concretamente cometido y que suponen mayor o menor afectación al bien jurídico, a los grados de dolo o de culpa y a los grados de atribución de responsabilidad por el injusto cometido.⁸⁹

De forma específica y con relativa extensión Choclán, por ejemplo, alude a la gravedad del injusto y a la gravedad de la culpabilidad en sentido estricto, incluyendo en relación con el primer aspecto datos, en cuanto al desvalor de la acción, como la forma de ejecución del delito —empleo de armas, brutalidad, acción u omisión o grado de infracción del deber— o la voluntad aplicada al delito —tenacidad— y, en cuanto al desvalor de resultado, como la magnitud del daño, el grado del peligro, la unidad o pluralidad de sujetos pasivos, la situación en que quede la víctima o su familia, los daños producidos por el delito fuera del propio ámbito del tipo, las consecuencias materiales y psíquicas o los déficits marginales de pena y, en relación con el segundo, datos como el valor o desvalor ético de los motivos de actuación, los procesos de motivación, los estímulos externos o los móviles internos,⁹⁰ no obstante ubicando aquí aspectos que pueden pertenecer al injusto subjetivo y omitiendo otros que en sentido estricto forman parte de la culpabilidad propiamente dicha, atribuibilidad o responsabilidad que también determinan la gravedad del hecho.

Y Jorge distingue entre los elementos que afectan al grado de injusto y los que afectan a la culpabilidad

⁸³ En este sentido, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 234.

⁸⁴ Así, entre otros muchos, García Arán, *Fundamento y aplicación de penas*, pp. 75 y s.

⁸⁵ Véase González Cussac, “Arbitrio judicial”, p. 148.

⁸⁶ Así, Demetrio, *Prevención general*, p. 293.

⁸⁷ Así, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 234.

⁸⁸ Por todos, García Arán, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 76.

⁸⁹ Así, la propia García Arán, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 76.

⁹⁰ Choclán, *Individualización judicial*, pp. 181 y ss.

en sentido estricto —atribuibilidad o motivabilidad normativa—, conceptos ambos que encuadra, con acierto, en el término de gravedad del hecho, culpabilidad por el hecho, culpabilidad en sentido amplio o injusto culpable, aunque en mi opinión el primero de los términos sea más amplio que los siguientes; y, en una clasificación precisa, que puede compartirse, incluye entre los que afectan al injusto los que se refieren al desvalor objetivo de la acción, al subjetivo de la acción y al de resultado e integra en ellos, respectivamente, en primer lugar, lo que se relaciona con la forma concreta en que se lleva a cabo la conducta, como la brutalidad, la brusquedad o el especial desprecio o inhumanidad con la víctima, el número de autores y datos similares, así como la infracción de un especial deber de tutela; en segundo lugar, lo que hace referencia a la intensidad del dolo —eventual o directo— y a la tenacidad o a la debilidad de la voluntad, y en tercer lugar lo que concierne a la magnitud de la lesión, la entidad del peligro, el perjuicio económico, las condiciones de la víctima o los perjuicios concretos a ésta; y sitúa entre los que afectan a la culpabilidad en sentido estricto —él sí correctamente— los que se refieren al grado de imputabilidad, el conocimiento de la norma y la exigibilidad del cumplimiento del deber, pero advierte la dificultad a la hora de deslindar las circunstancias personales determinadas en la culpabilidad de las concernientes a las necesidades de prevención especial.⁹¹

Insiste también Demetrio en que el criterio de la gravedad del hecho, pese a ser susceptible de una determinada lectura preventivo general —la pena adecuada a la gravedad del hecho es probablemente la pena preventivo generalmente más eficaz; así ocurre, sin duda— es, en esencia, una exigencia de la idea de proporcionalidad vinculada al principio de la culpabilidad por el hecho, y que su consideración en nuestro ordenamiento confirma este principio como criterio garantista y protector a favor del reo marcando la frontera superior, que en ningún caso puede ser rebasada por criterios preventivos, ni generales ni especiales. Y, como antes se señalaba, matiza asimismo que al sustituirse en nuestro ordenamiento la búsqueda de la pena adecuada a la culpabilidad por la búsqueda de la pena adecuada a la gravedad del hecho no se está produciendo sólo un cambio de etique-

tas, sino que la formulación de este aspecto como criterio de la individualización judicial de la pena, junto al de las circunstancias personales del delincuente, hace que podamos afirmar su carácter meramente limitativo y no constitutivo en nuestro ordenamiento jurídico, vaciando de contenido retributivo al criterio de la culpabilidad en dicha individualización.⁹²

Aceptando la garantía que se consigue con este tipo de consideraciones, en mi opinión, sin embargo, y como ya hemos venido apuntando, la atención al criterio de la gravedad del hecho debe obligar a considerar todas —adverbio con el que creo se logra más precisión que con la de una enumeración que nunca podrá ser exhaustiva, dada la absoluta diversidad de delitos existentes y de hechos delictivos posibles— las circunstancias que permitan concretar, desde el prisma axiológico establecido por el legislador —cuando regula cada delito y cuando expone las disposiciones generales atinentes a la comisión de los delitos, a las personas responsables de ello y a las reglas de determinación y aplicación de las sanciones—, una pena que por éste se establece como óptima para un supuesto genérico —porque genera más libertad en su previsión que la que cercena—, ya tengan carácter objetivo, ya carácter subjetivo —siempre que se reflejen en el hecho cometido—, ya afecten estrictamente a lo que sería la delimitación del injusto culpable ya a consideraciones de prevención general reflejadas en la previsión legislativa. Ello de un modo abierto que permita considerar la diferente importancia por atribuir a cada circunstancia en función del grado de intensidad en que concurra y considerando, por una parte, que siempre cabe encontrar un hecho más y menos grave que aquél que se considera, y que en ese sentido la gravedad de la pena que se prevea para éste debe tener en cuenta, para su concreción dentro del marco legal, tal posibilidad y, por otra, que siempre el referente a tener en cuenta es el de valorar todos los costes de libertad que el comportamiento en su globalidad conlleva y todos los costes de libertad que la pena, aquí en su aplicación, implica.

Son muchos los pronunciamientos judiciales que, sea cual sea la naturaleza del delito a considerar, aluden a la mayor o menor gravedad, entidad o alcance del hecho —o de la conducta del acusado—, en sentido genérico, para explicar la cuantía de la pena que se

⁹¹ Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, pp. 82 y ss.

⁹² Véase Demetrio, *Prevención general*, pp. 294 y ss., 297, 301 y ss., y 329.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

impone, con o sin ulteriores especificaciones, en unas ocasiones justificando la imposición del máximo que permite la norma penal, en otras tratando de graduar la pena por imponer —dentro de los márgenes que determine la individualización legal de la pena, con todas las variantes posibles— o simplemente explicando por qué se toma determinada opción a pesar de dicha gravedad.

Especificando ésta y en cuanto al desvalor del resultado, además de mencionarse en alguna sentencia específicamente la atención a dicho desvalor, se consideran por los tribunales diferentes aspectos como, en general, la entidad del mal causado —que se especifica en muchos casos describiendo aspectos del relato fáctico— y la importancia del bien jurídico protegido o de su ataque o, en función del delito enjuiciado, por ejemplo, el número de heridas causadas, la entidad de las lesiones, las secuelas originadas, el riesgo para otros intereses, la reiteración de hechos similares, el número de hechos por el que se condena, la gravedad y credibilidad de las amenazas, el temor de la víctima, su edad, el alcance y la finalidad de las misivas atentatorias al derecho al honor de cada uno de los destinatarios, la cuantía de lo apropiado, el alcance del perjuicio patrimonial definitivo, la condición del sujeto pasivo, la intimidación, riesgo y efectos traumáticos a un gran número de personas, la ausencia —o existencia— de armas u objetos peligrosos, la ejecución completa de todos los actos nucleares de la tipicidad, el haberse violado determinadas barreras de protección que supone la cerradura del vehículo, la causación de daños ajenos a los que delimitan la tipicidad, la cantidad de droga intervenida, su variedad, valor y potencialidad dañina en cuanto a la intensidad del daño y la extensión del mismo, el hecho o no de la producción de un resultado concreto en delitos de peligro como los de tráfico de drogas o contra la seguridad del tráfico, el grado de riesgo producido o la trascendencia de la lesión en el tiempo en delitos permanentes.

En cuanto al desvalor de acción, se atiende la forma de producirse el hecho o sus características de ejecución; más específicamente, las circunstancias concurrentes en la ejecución del delito, cruel y brutal, la reprobable dinámica comisiva del hecho, la gravedad de la acción imprudente, la ejecución valiéndose de un cuchillo, de unos grilletes para esposar a la víctima, el amordazamiento, la actuación hasta conseguir el estrangulamiento, el utilizar un arma blanca, el número de

veces que se agrede, la agresión con un fuerte puñetazo en la cabeza con intensidad y con la mano semicerrada, la vulneración de las normas elementales del juego y del respeto y la consideración debida a la persona que lo arbitra, el golpeo sin contemplaciones y con toda contundencia, “la gravedad de la negligencia cometida”, la “situación de práctica indefensión” de la víctima, el auxilio de otras personas, el empleo de una navaja que revela una especial intención de garantizar la superioridad física, el utilizar un palo en la agresión, el golpeo con los nudillos, el “circular embriagado por una vía pública”, la persistencia de la acción, la actuación reflexiva sobre la decisión delictiva, “el lugar donde se cometen los hechos”, la “brutalidad instrumental” de la agresión sexual, la persistencia de los hechos, su repetición, la forma del traslado al lugar de los hechos, el “alcance y finalidad” de la actuación atentatoria contra el honor, el quebrantamiento de medidas cautelares, el *plus* de participación o diferente dominio funcional en la conducta delictiva, la exhibición de una pistola aparentemente real, la coacción efectuada, “las condiciones vejatorias” de la intimidación, la continuidad de la acción del acusado, el lucro obtenido —no se especifica si por un mayor desvalor de resultado o de acción—, “el quebrantamiento del deber de fidelidad” o de la confianza, el beneficio económico ilícito obtenido, el no tratarse de un acto aislado sino enmarcado en una actividad ilícita, los datos que revelan la embriaguez del procesado en la conducción, las condiciones lamentables de embriaguez para conducir, la incapacidad para circular en línea recta, la elevada tasa de alcoholemia, la “pluralidad de acciones”, el enfrentamiento persistente y abrupto, “la reiteración, o más propiamente, la continuidad de la conducta agresiva observada por la acusada”.

Y, en sentido atenuatorio, la “actuación de la víctima coadyuvante de los resultados finalmente producidos”, que “se trata de una disputa familiar, que tiene lugar en el ámbito doméstico y los hechos se resuelven en empujones, golpes en el brazo, tirón de pelos, enfrentamientos verbales recíprocos”, que se trata de una riña aceptada, “la constancia del mutuo acometimiento”, el ser “una disputa de vecindad”, la no especial violencia en la agresión, el hecho de haber sido el procesado quien inicia las agresiones, el hecho de que los tocamientos fueran en las piernas y por encima de la ropa, la menor participación en los hechos, que la cantidad percibida no es muy elevada, las distintas participaciones de los acusados, tratarse

de un acto de escasa trascendencia en el desarrollo del delito, tratarse de un acto puntual y aislado.

C. Las circunstancias personales del delincuente

La interpretación de esta expresión, señala Demetrio, que depende de los fines de la pena a los que se conceda validez en este estadio de la intervención penal y admite sólo una interpretación preventivo-especial del mismo como plasmación en nuestro ordenamiento de la consideración de los efectos de la imposición de la pena en la vida futura del reo —no como una consideración especial de la peligrosidad del delincuente, criterio que entiendo razonablemente habría de usarse para las medidas de seguridad— en función de sus circunstancias personales, pareciéndole evidente que la elección de la pena que proporcione al reo mayores utilidades y menores daños depende de modo prioritario y principal de su personalidad,⁹³ o mejor, de sus circunstancias socio-personales. En este sentido, aunque en la doctrina se señala habitualmente que este criterio guarda relación con la culpabilidad del sujeto⁹⁴ —que en mi opinión ya permite reflejarse perfectamente en el criterio de la gravedad del hecho—, la mayoría de autores lo vinculan a consideraciones preventivo-especiales,⁹⁵ que además se subraya son las que principalmente deben tenerse en cuenta en la individualización de la pena, prevaleciendo sobre cualesquiera otras,⁹⁶ cuestión ésta que, como ya señalaba, entiendo deberá depender de la especial intensidad de unas y otras. Se insiste, con todo, en destacar la coincidencia de circunstancias personales en el concepto de culpabilidad y en el de prevención especial con la dificultad que ello genera para distinguir ambas perspectivas,⁹⁷ cuyo referente a nuestro juicio ha de ser su proyección o no en el hecho cometido.

La principal dificultad de su apreciación es, en todo caso, que no se concretan legalmente cuáles son las circunstancias por tener en cuenta, ni el sentido y la medida de su valoración, algo que queda totalmente encomendado a la estimación del juez. Pero esto parece lógico en vista de la tremenda heterogeneidad de circunstancias personales que pueden estudiarse al enjuiciar comportamientos delictivos y el hecho de que nos encontremos con datos de marcado carácter individual, que pueden ser valorados de forma diferente según el sujeto a quien afecten.⁹⁸

En la doctrina se indica que el criterio hace referencia a una apreciación compleja integrada tanto por elementos psicológicos como por la proyección social de éstos,⁹⁹ al conjunto de factores existenciales que configuran la actitud de un sujeto ante lo protegido por el Derecho penal porque sólo así puede avanzarse en la averiguación de la necesidad preventivo especial y de la reacción penal más adecuada para cumplir tal efecto¹⁰⁰ o a los factores de carácter preventivo especial que contribuyen a una valoración proyectada al futuro sobre los efectos de la pena en la vida futura del reo en sociedad.¹⁰¹

Y se especifica que han de incluirse, como factores indiciarios, condiciones personales tales como la edad, la madurez psicológica, el origen, la educación o formación intelectual y cultural, el estado y entorno familiar, la salud física y mental, condiciones económicas, la posición profesional o social del sujeto, su vida anterior, su comportamiento posterior al delito, su comportamiento procesal, su sensibilidad frente a la pena y la susceptibilidad que tenga frente a ella, sus posibilidades de integración en el cuerpo social y, en general, las consecuencias previsibles de la pena en su vida futura,¹⁰² si bien se insiste en que deben excluirse todos aquellos datos que no tengan vincu-

⁹³ Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena”, pp. 348 y s.

⁹⁴ Véanse, entre otros muchos, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 234; o Mapelli, *Las consecuencias jurídicas*, p. 263.

⁹⁵ Así, por ejemplo, el propio Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 234; Choclán, *Individualización judicial*, pp. 192 y ss.; García Arán, *Fundamento y aplicación de penas*, pp. 75 y s.; Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, p. 82; o también Mapelli, *Las consecuencias jurídicas*, p. 246. Asimismo, Castelló, *Arbitrio judicial*, pp. 168 y ss., pero admitiendo también circunstancias referidas a la culpabilidad del sujeto.

⁹⁶ Véanse, entre otros, González Cussac, “Arbitrio judicial”, p. 148; o Zugaldía, “El derecho a obtener una sentencia motivada”, p. 138.

⁹⁷ Así, Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, pp. 101 y 113.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, Boldova, *Las Consecuencias jurídicas*, p. 234.

⁹⁹ Así, González Cussac, “Arbitrio judicial”, p. 146.

¹⁰⁰ Véase García Arán, *Criterios de determinación de la pena*, p. 224.

¹⁰¹ En estos términos Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena”, p. 357.

¹⁰² Véanse, por ejemplo, las alusiones a alguna o a varias de estas circunstancias en Choclán, *Individualización judicial*, pp. 176 y ss., y 192 y ss.; Demetrio, *Prevención general*, pp. 307 y ss.; Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, pp. 87 y ss., y 104; o Zugaldía, “El derecho a obtener una sentencia motivada”, p. 139.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

lación con el hecho delictivo —algo cuestionable, en nuestra opinión, por una parte porque las que sí tengan vinculación, proyectándose en su comisión, determinarán con toda seguridad su gravedad y habrán de considerarse en el criterio precedente, y ningún problema hay por otra parte en aceptar considerar circunstancias que no tengan ninguna relación con el hecho cometido y sí estrictamente con los efectos de la pena en la vida futura del sujeto, que es el aspecto básico precisamente de la prevención especial—, así como los que carezcan de relevancia para la elaboración de un pronóstico sobre la rehabilitación del reo o su desocialización —esto sí—, señalándose que aunque no siempre es fácil ha de evitarse convertir el proceso penal en un juicio sobre la forma de vida o el carácter del imputado.¹⁰³

Los Códigos no acostumbran explicar tampoco aquí cuáles son los factores que cabe tener en cuenta para individualizar la pena. No pueden, obviamente, hacerlo. Pero ello genera cierta confusión. Sobre todo porque a la propia gravedad del delito contribuye la existencia de una mayor o menor culpabilidad —por supuesto, también los aspectos que afectan a la tipicidad subjetiva—, entendida como categoría dogmática del mismo, y la cual está condicionada por las circunstancias personales del autor del hecho delictivo. Pero es que incluso a la mayor o menor gravedad del injusto contribuye la existencia de determinadas circunstancias personales del sujeto asociadas directamente con la ejecución de su conducta, ya sea en cuanto a su desvalor objetivo, ya en cuanto a su desvalor subjetivo.

Respecto de los pronunciamientos judiciales, pueden distinguirse las circunstancias que se vinculan a la comisión del hecho y las que hacen referencia a los efectos de la pena. Estamos ante circunstancias de diversa naturaleza que en definitiva, es cierto que sin especificarse si por razones de prevención especial, por su vinculación a la culpabilidad del sujeto o quizás incluso —al menos así parece entenderse de modo implícito en alguna sentencia—, por afectarse el desvalor subjetivo de la acción (de modo incorrecto en estos dos últimos supuestos), de alguna manera se entiende deben ponderarse en la individualización concreta de una pena. Insistimos, sin que se consideren factores que determinen en exclusiva la gravedad de la pena ni que se entienda ni que sean elementos con base en los cuales pueda disminuirse o aumentarse

la pena previamente fijada a partir de otros criterios; estamos simplemente ante factores por valorar, conjuntamente con otros, en la búsqueda de esa pena proporcionada adecuada.

Entre las primeras, y dentro de lo que sería la vida anterior del sujeto, muchas sentencias aluden a los antecedentes del sujeto; sin embargo, desde perspectivas radicalmente diferentes. A nuestro juicio —al margen de la concurrencia que pueda haber de otros factores—, es éste un planteamiento acertado, porque una cosa son las reglas que puedan determinar el marco de la pena en función de la existencia o no de circunstancias modificativas como la reincidencia o la reiteración, y otra la valoración de los factores reales en el proceso final de individualización de la pena; no se trata de valorar dos veces una misma circunstancia, sino de prestar atención a un dato, en ocasiones susceptible de graduación, desde perspectivas diferentes. Se presta atención, además, a antecedentes de todo tipo, no sólo, obviamente, penales o policiales, sino en cuanto a la vida llevada hasta el momento de enjuiciar.

Refiriéndose a circunstancias que tienen que ver con la situación personal del sujeto en el momento de realización del hecho, se tienen en cuenta circunstancias vinculadas a su personalidad, estado o condición, y circunstancias vinculadas a los motivos de su actuación.

En cuanto a aquéllas, pueden plantear problemas si se considera —y al parecer así debe ser— que determinadas características del sujeto no se asocian al contenido de injusto, sino a la culpabilidad; ahora bien, si de lo que se trata no es de penalizar por una mayor culpabilidad, sino en realidad de considerar que la especial gravedad del hecho no puede compensarse con una situación personal por valorar favorablemente y que en este sentido se debe priorizar aquélla, ningún problema habría en aceptar la conclusión a que se llega.

De manera específica se consideran, entre otros factores, el dato de que los sujetos se hallan iniciados en actividades delictivas, la malicia y la perversidad de los justiciables, expresión que puede plantear problemas de legitimidad si se asocia no al injusto, sino a la culpabilidad, la personalidad en general del reo —que habría que concretar para valorar de qué modo influye en aspectos del injusto, la culpabilidad o la prevención especial—, o sus condiciones persona-

¹⁰³ Así, Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, pp. 87 y 113.

les de educación, entorno familiar, oficio y situación profesional y económica, la pertenencia a grupos delictivos, el grado de peligrosidad deducida de datos concretos, la reiteración de la conducta, la acusada inclinación o perseverancia en la violencia sexual, la personalidad violenta y agresiva, la condición de drogodependiente o la adicción a las drogas, la situación de enfermedad al cometer el delito, el estado de embriaguez —para atenuar o para agravar, dependiendo la naturaleza del delito—, tener las facultades intelectivas y volitivas sensiblemente disminuidas por el alcohol ingerido, el grado de exigencia debido y de responsabilidad por la capacitación profesional que se tiene, ser el procesado un hombre del pueblo fácil de tentar, el estado de nerviosismo o el de obnubilación.

En cuanto a los motivos de la actuación, y sin diferenciar si los mismos se entiende afectan a la anti-juricidad o a la culpabilidad en sentido estricto —lo que dependerá de cada motivo, de cómo se proyecte en la acción enjuiciada y de cómo se configure el tipo por aplicar—, se señala, por ejemplo, que “las intenciones subjetivas no comportan una automática y significativa reducción del desvalor del comportamiento” y que sólo “cuando lo hagan según los criterios generales del Código Penal, generarán la correspondiente reducción de la sanción”, o que los elementos subjetivos constituyen “un dato que en función del origen del ánimo o de su intensidad o de otro tipo de circunstancias toma ya en cuenta la legislación penal en sus preceptos generales para la precisión del grado de injusto del hecho y del grado de culpabilidad y, con ello, para atemperar o incluso negar la pena”, pero al mismo tiempo se tiene en cuenta el ánimo concurrente ocasionalmente para concretar la cuantía a imponer. Y así, se atiende a efectos de pena que el procesado, mediante el tráfico de drogas, pretenda conseguir “una cantidad que ‘no ha tenido en su vida’ lo que provocó su ‘avaricia’”, así como “el deseo de destinar parcialmente el dinero a adquirir una vivienda para sus tres hijas de 21, 17 y 16 años de edad”, el hecho de que el sujeto reclutado para desarrollar una actividad de transporte, durísima y arriesgada, mediante precio, se encuentra en situación de precariedad, o el que “no es igual la capacidad de decidir en libertad o, si se prefiere, de actuar conforme a la norma o de protagonizar una conducta alternativa a la que integra el tipo penal, de quien se encuentra en situación, si no de necesidad, sí de grave apuro”. También la actuación por exclusivos impulsos de naturaleza lucrativa,

el exclusivo ánimo de enriquecimiento, la actuación por motivos jurídicamente comprensibles o el ánimo de ayudar a un amigo o compañero sentimental.

Por último, también se valoran las circunstancias vinculadas al comportamiento posterior al hecho. Así, por ejemplo, se enjuicia negativamente —o, si se prefiere, se tiene en cuenta para no atender la alegación de desproporción de la pena impuesta— que el procesado haya tenido que ser detenido, la falta de conformidad —no para elevar la pena por imponer, pero sí para no rebajarla—, la “actitud negatoria”, el hecho de intentar “derivar la responsabilidad en tercera persona buscando la impunidad” o el comportamiento de trasladarse a diversos lugares de esparcimiento tras la comisión de un asesinato. Considérese que en este tipo de supuestos no se pretende imponer una pena mayor que la que corresponda a la denominada culpabilidad por el hecho, sino desacreditar la alegación que reclama una menor pena considerando desproporcionada la impuesta con base en esa culpabilidad, aunque lo haya sido en el máximo permitido. De manera positiva se valora la autoinculpación de un delito, la “actitud ante el proceso judicial reconociendo en todo momento la agresión realizada”, el “abandono progresivo del consumo ocasional de drogas”, el abandono “de la anterior actuación delictiva”, el no haber participado en hechos similares posteriores o la denuncia durante la tramitación del procedimiento de posibles dilaciones que indique que no ha querido beneficiarse de ellas.

Por lo que respecta a las circunstancias vinculadas a los efectos de la pena, obviamente, la situación económica del procesado es una circunstancia personal por valorar en la imposición de sanciones de diversas naturaleza, especialmente la multa. Se atienden también los efectos de la pena para valorar que la misma puede truncar el futuro de una persona joven y sus expectativas de trabajo remunerado, “circunstancias personales de introducción en el mercado laboral” o la tenencia de un puesto de trabajo estable. También se tiene en cuenta la situación familiar y social, por ejemplo, en supuestos de reanudación de la convivencia conyugal, de personas “con arraigo suficiente” o integradas en la sociedad o refiriendo un ingreso en prisión “perjudicial para las relaciones familiares y sociales”. Se considera también atendible la condición de extranjero, cuya privación de libertad implica un mayor apartamiento de los suyos, la necesidad de una determinada pena con alcance de advertencia,

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

susceptible de conseguir la reeducación o la reinserción social, o una vida sin delito que podría truncar la pena.

3. Factores lógicos de individualización: la necesidad de motivar la pena impuesta

Motivar una resolución judicial es explicar el porqué de su contenido y del sentido de la decisión que en ella se toma tanto respecto de la concreción de los hechos que se declaran probados y de su subsumción en un específico tipo penal como, en lo que aquí interesa, de la pena concreta que se impone.¹⁰⁴

El principio de proporcionalidad exige acomodar la gravedad de la pena a los criterios señalados, en función de los fines para los que la misma se prevé, y la sentencia que la imponga, en consecuencia, debe explicitar cuáles son los elementos considerados para concretar esa gravedad y cómo se han valorado; esto es, cuáles son las razones que llevan a limitar un derecho tan fundamental como la libertad.¹⁰⁵ En ese sentido, se dice, la motivación, mediante la que se explica la individualización de tales criterios, dotándoles de sentido en el supuesto concreto,¹⁰⁶ es un requisito extrínseco del principio de proporcionalidad¹⁰⁷ que permite controlar externamente ésta. Y esta necesidad de motivación no es un mero requisito formal de licitud de la resolución adoptada, sino un imperativo de la exigencia de racionalidad de la decisión que permitirá contrastar cómo se ha concretado la pena dentro de la mayor o menor amplitud que ofrece el marco punitivo, en abstracto y en concreto, previsto legalmente.¹⁰⁸ La motivación de la individualización de la pena, dirá Zugaldía, se convierte en el criterio de demarcación—siempre que la misma sea razonable, cabría añadir— entre el uso lícito de las facultades discrecionales que se le otorgan al juez—tal y como se explicaba anteriormente ha de entenderse la idea de discrecionalidad— y la arbitrariedad absolutamente recusable.¹⁰⁹

Como dice García Arán, la exigencia de razonar en la sentencia el uso que se hace de los criterios legales de medición de la pena no disminuye las posibilidades de discrecionalidad y, aunque no conlleva necesariamente la eliminación de los componentes irracionales de toda decisión judicial, contribuye a eliminar la arbitrariedad, pues al obligarse a razonar los criterios que se utilizan para concretar una pena es posible contrastar o no el seguimiento de los que se prevén legalmente y, en su caso, la revisión de la sentencia.¹¹⁰ Justamente, la motivación de la pena impuesta hará posible el control de su proporcionalidad. O, en sentido inverso, si la individualización judicial de la pena es un proceso de aplicación del Derecho, parece claro que es susceptible de control y para ello es necesario que se conozca cuál es el motivo de la decisión tomada, pues en caso contrario se obstaculiza dicha posibilidad de control, con la consiguiente vulneración del derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a que no se produzcan situaciones de indefensión.¹¹¹

Hoy en día la discusión sobre esta exigencia se centra sólo en la cuestión de si el deber de motivación alcanza a la decisión judicial de concreción de una pena precisa dentro del marco legal resultante de la aplicación de las reglas legales de su determinación, es decir, a lo que es la individualización judicial de la pena en sentido específico, en lo que también insiste la doctrina, lógicamente como ya se ha explicado, y justamente para que las posibilidades de arbitrio judicial no se convierta en arbitrariedad.

Si bien en ocasiones se ha defendido por las propias instancias judiciales que no es necesario motivar las sentencias penales en materia de individualización de la pena, siempre y cuando los jueces y tribunales se mantengan dentro del techo penal legalmente establecido, esto es, la no motivación de aspectos discrecionales de dicha individualización que incorrectamente se dice no serían revisables,¹¹² últimamente y ya des-

¹⁰⁴ Así, Landrove, “La exigencia de motivación”, p. 2. Véase, con detenimiento, a este autor, en relación con la que denomina “cultura de la motivación”, en pp. 4 y ss. Detenidamente sobre la exigencia de motivación judicial, con ulteriores citas, Castelló, *Arbitrio judicial*, pp. 18 y ss.

¹⁰⁵ Por todos, Ramos, “El control del arbitrio judicial”, p. 613.

¹⁰⁶ Así, Matallín, “El artículo 66 del nuevo Código Penal”, p. 342.

¹⁰⁷ Expresamente Cuesta, “Comentario a la Sentencia 177/1998”, p. 5383.

¹⁰⁸ Véase Landrove, “La exigencia de motivación”, p. 4.

¹⁰⁹ Zugaldía, “El derecho a obtener una sentencia motivada”, p. 137.

¹¹⁰ García Arán, *Los criterios de determinación de la pena*, pp. 241 y 242.

¹¹¹ Véanse, Barnes, “Jurisprudencia constitucional”, p. 336; o González Beilfuss, *principio de proporcionalidad*, p. 119.

¹¹² Véanse las referencias de Belestá, “El artículo 66 del nuevo Código Penal y el arbitrio judicial”, p. 146.

de hace tiempo se insiste en la necesidad de expresar con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y del grado de discrecionalidad atribuido por la ley al juzgador, con o sin criterios orientadores —expresos, habría que matizar, pues implícitos los hay siempre—, las razones que se han tenido en cuenta en el momento de precisar las consecuencias punitivas del delito, dada la afectación de derechos que éstas conllevan.¹¹³

Así, se llegará a una doctrina judicial consolidada que entienda que la motivación resulta imprescindible cuando la pena se exaspera al máximo sin razón aparente, cuando se hace uso de la facultad para aplicar una pena de grado superior a la predeterminada, cuando uno de los autores en quien no concurren circunstancias de agravación es sancionado con pena notoriamente superior a los demás sin motivo aparente, cuando por unos mismos hechos se impone a varios coautores pena idéntica concurriendo en uno de ellos una modificativa no aplicable a los demás, cuando existe margen legal para valorar el efecto atenuatorio o agravatorio de una circunstancia y cuando la norma permite reducir la penalidad en uno o dos grados, subrayándose que la exigencia de motivación no constituye un requisito formal, sino un imperativo de la racionalidad de la decisión y que, por tanto, no es necesario explicitar lo obvio, aunque en garantía de la seguridad jurídica nada debiera serlo.

Y aunque a menudo se señala que si el juez no motiva la individualización de la pena sólo podrá imponer al reo el mínimo del menor grado de la pena legalmente prevista,¹¹⁴ ello no significa que imponiendo dicho mínimo esté exento de la obligación de motivación, sino que, dado el carácter garantista de ésta, más exigente ha de ser la motivación cuando no se impone una pena menor que pueda también ser aplicada en el caso concreto. La motivación es necesaria siempre, aun cuando se imponga la mínima pena permitida legalmente, pues ésta no tiene por qué ser la aplicable al caso y ello sólo se podrá conocer si existe dicha motivación.

En definitiva, la posibilidad de comprobar la existencia de una pena que respete los criterios a los que hay que acudir para su concreción exige conocer cuáles han sido las razones que, aunque sea implícitamente, la han motivado; el desconocimiento de éstas

no implica que haya desproporción necesariamente, pero este juicio sólo se puede realizar cuando se subsane el defecto de ausencia de motivación o de motivación incorrecta, que es siempre inexcusable. Claro está que no ha de motivarse lo obvio, pero sólo si lo que así se define puede colegirse indubitablemente de los hechos probados y de las afirmaciones que expliquen el desvalor que ha de darse a cada una de las circunstancias que se reflejan en ellos. Lo que no cabrá, aunque se haga con frecuencia, es la reducción automática de las penas que se consideran excesivas tratando de beneficiar al procesado a quien no quiere hacerse responsable del déficit de actuación judicial cuando no se motiva la pena impuesta; con ello no se da respuesta a la exigencia de imposición de una pena proporcionada.

IV. El sometimiento al principio de legalidad: posibilidad de interpretación del precepto penal atendiendo la gravedad de la pena

El único límite de la vinculación judicial a los criterios de la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente en la concreción de la pena por imponer debido a la comisión del hecho delictivo es el que marca el principio de legalidad, que impide a los tribunales aplicar consecuencias jurídicas no previstas por la ley penal —o dejar de aplicar las que se prevén— por encima o por debajo del máximo y mínimo cuantitativos que determina la misma —una vez interpretada conforme a los principios que informan el Derecho penal— ya en su marco penal relativamente determinado.

A este respecto, se señala que en una posible discordancia entre antijuricidad formal y ausencia de antijuricidad material de un comportamiento prima la primera en virtud de la vigencia del principio de legalidad,¹¹⁵ lo que sin embargo no es cierto, porque la ausencia de antijuricidad material, la ausencia de ofensividad al bien tutelado —en una interpretación teleológica del contenido del dictado típico— debe conllevar la absolución del procesado en todos los casos. Otra cosa es que, aun constatada dicha antijuricidad, se compruebe de igual manera la desproporción de la pena que se asocia normativamente a ella,

¹¹³ Véanse las numerosas referencias de Ramos, “El control del arbitrio judicial”, pp. 614 y ss.

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, Zugaldía, “El derecho a obtener una sentencia motivada”, p. 139.

¹¹⁵ Expresamente, Aguado, *El principio de proporcionalidad*, p. 317.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

supuesto en el que no es que prime la antijuricidad formal, sino el principio de legalidad, que no de literalidad, en la aplicación de las normas.

Y si bien hoy en día existen bastantes instrumentos para corregir la excesiva dureza penológica que pueda manifestarse en algún caso concreto, mediante la propia interpretación del precepto, de la consideración de circunstancias excluyentes o atenuantes de la pena —incluyendo la analogía favorable—, la aplicación de sustitutivos penales o la suspensión de la ejecución de la pena, ello no puede permitir que se cuestione una política normativa, de lo abstracto o general, que sólo es competencia del Legislativo, salvo en supuestos extraordinarios que indiquen clara inconstitucionalidad. Como dice Pedraz, al juez la política le viene dada, habiendo de presumir que es democrática y debiendo y pudiendo sólo juzgar la ley por aplicar desde la Constitución en cuanto a sus principios —derechos fundamentales, dirá él—, por supuesto, también le vinculan.¹¹⁶

Ahora bien, nos interesa destacar que la búsqueda de la pena correcta que se pretende a la hora de su individualización puede empezar antes, ya en el primer momento de lo que son las fases de determinación de la pena, en el que se ha de seleccionar la norma por aplicar, norma que conlleva un abstracto, pero definido, marco de pena y que, por tanto, ya permite un primer análisis —judicial— de su excesiva gravedad, o no, en relación con el supuesto concreto al que va a aplicarse. Téngase en cuenta el aspecto valorativo de la actividad judicial y la independencia en esta labor, que vinculada al desarrollo del constitucionalismo y a un control de la actuación legislativa permite en cierta medida garantizar la vigencia de determinados principios constitucionales¹¹⁷ a los que están sometidos los tribunales, incluso por encima del sometimiento a la ley ordinaria¹¹⁸ —sin que ello implique otorgar un poder absoluto de reinterpretación judicial de la ley— en toda su actuación. Y aunque es cierto que, como se ha dicho, el problema de la individualización de la pena debería ser el de concretar la pena justa a partir del marco penal de un tipo correctamente determina-

do y no la corrección del tipo determinado incorrectamente,¹¹⁹ también como dice Quintero, cuando al juez le queda poco margen de maniobra para adecuar la pena al caso y al autor, a menudo usa su arbitrio en el momento de la calificación técnico-penal del hecho y de sus circunstancias, forzando calificaciones que posibiliten una pena materialmente más adecuada a la entidad real de lo acontecido y a las condiciones del autor, o incluso, añade, utilizando procedimientos que escapan del recurso (de la casación, dirá él), por ejemplo, en el ámbito probatorio.¹²⁰

Ello se observa en numerosos pronunciamientos judiciales que sin posibilidad de imponer la pena que sería la apropiada atendiendo los criterios que deberían determinarla, por imposibilidad legal para ello, buscan corregir el defecto legal detectado por la vía de la interpretación del precepto que en principio habría de aplicarse atendiendo la magnitud de la pena que en él se prevé.

Insistimos, no es que se entienda desproporcionada la pena que se prevé en los diferentes preceptos respecto de los comportamientos que se contemplan. Ocurre simplemente que la subsunción de determinadas conductas en ellos, permitida por su dictado literal, obliga a la imposición de una pena que para ese supuesto concreto se considera desproporcionada. De ahí la interpretación que a veces se propone de determinados tipos con base no tanto o no sólo en lo que debe ser el ámbito de protección de la norma o a la constatación de la ofensa al bien tutelado cuanto en atención a la entidad de la pena que en ellos se prevé, cuya mayor o menor gravedad debe condicionar, sin duda, lo que con ella se trata de proteger.

En ocasiones, esta interpretación de lo que debe ser el ámbito de aplicación de un precepto con base en la pena que el mismo contempla se utiliza también para explicar cómo ha de integrarse un concepto jurídico indeterminado, y a menudo la interpretación restrictiva del mismo se asocia al respeto a la idea de mínima intervención no en cuanto principio dirigido al legislador en relación con lo que es la creación de la norma penal, sino en cuanto a su proyección en

¹¹⁶ Pedraz, “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, p. 373.

¹¹⁷ Así, Palazzo, “Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal”, pp. 49 y ss. Véase Trillo, Bacigalupo y Lucas, *El Tribunal Supremo*, pp. 7 y ss. También, las consideraciones de Villacorta, *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto de Ordenamiento Jurídico en la aplicación judicial del Derecho*, pp. 19 y ss.

¹¹⁸ Expresamente, Jaén, *Los principios superiores del Derecho penal*, p. 42.

¹¹⁹ Véase Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena”, p. 324.

¹²⁰ Quintero, “Determinación de la pena y política criminal”, pp. 55 y 67.

una actuación judicial que, condicionada legalmente, no tiene a veces margen de maniobra para buscar la pena proporcionada sino en el ámbito de la calificación jurídica de un hecho —al margen de la valoración de una u otra manera de la prueba propuesta—, que es la que permitirá dirigir judicialmente ese principio.

Estamos en cierta medida, en definitiva, en el ámbito de la interpretación teleológica de la norma, pero atendiendo a lo que se entiende debe querer proteger la misma en función de la gravedad de la consecuencia jurídica que en ella se establece.

V. Bibliografía

- Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.
- Álvarez García, Francisco Javier, “Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batauna”, *La Ley*, 1999-5.
- Álvarez García, Francisco Javier, y Carrasco Andriano, María del Mar, “Medición judicial y ejecución de las sanciones penales”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 5, 2001.
- Bacigalupo Zapater, Enrique, “La individualización judicial de la pena”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 3, 1980.
- Baratta, Alessandro, “Principios del Derecho Penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, traduc. Beatriz Lenci, *Doctrina Penal*, núm. 40, 1987.
- Barnes, Javier, “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.
- Belestá Segura, Luis, “El artículo 66 del nuevo Código Penal y el arbitrio judicial”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 11, 2004.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Praxis, Barcelona, 1999.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel, en Gracia Martín, Luis (coord.), M.A. Boldova Pasamar y María del Carmen Alastuey Dobón, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- , *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Castelló Nicás, Nuria, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Comares, Granada, 2007.
- Cobo del Rosal, M., y Vives Antón T.S., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cuesta Pastor, Pablo, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1998, de 14 de septiembre (BOE de 20 de octubre de 1998). (La motivación de las medidas restrictivas de libertad en el proceso penal)”, *Revista General de Derecho*, núm. 656, 1999.
- Choclán Montalvo, José Antonio, “La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad”, *La Ley*, 1996-6.
- , *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Colex, Madrid, 1997.
- Demetrio Crespo, Eduardo, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L., 1997.
- , *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.
- Gallego Díaz, Manuel, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, Icai, Madrid, 1985.
- García Arán, Mercedes, “La prevención general en la determinación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981.
- , *Los criterios de determinación de la pena en Derecho español*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1982.
- , “Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11, 1986.
- , *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1997.
- García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- González Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

- González Cussac, José Luis, "Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la Sentencia de 20 de marzo de 1986 (R.A. 1670)", *Poder Judicial*, núm. 4, 1986.
- Jaén Vallejo, Manuel, "Arbitrio judicial: individualización de la pena, motivación y principios constitucionales", *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- , *Los principios superiores del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1999.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.
- Jorge Barreiro, Alberto, "La motivación en la individualización judicial de la pena", *Manuales de Formación Continuada*, núm. 4, 1999.
- Landrove Díaz, Gerardo, "La exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena", *La Ley*, 22 de junio de 2004.
- Lascurain Sánchez, Juan Antonio, "La proporcionalidad de la norma penal", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.
- Luzón Peña, Diego Manuel, "Determinación de la pena y sustitutivos penales", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995.
- Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Thomson/Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- Mata Barranco, Norberto Javier de la, "El proceso de determinación de la pena en el Código penal español vigente: síntesis de la nueva normativa", *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006.
- , *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Matallín Evangelio, Ángela, "El artículo 66 del nuevo Código Penal: el arbitrio judicial e individualización de la pena", *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Universidad de Valencia, Valencia, 1997.
- Morillas Cueva, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.
- Ortego Pérez, Francisco, y Picó i Junoy, Joan, "Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1995-3.
- Palazzo, Francesco, "Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal", *Revista Penal*, núm. 2, 1998.
- Pedraz Peñalva, Ernesto, "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid, 1990.
- Pérez del Valle, Carlos, "La individualización de la pena y su revisión", *Estudios sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Quintero Olivares, Gonzalo, "Determinación de la pena y política criminal", *Cuadernos de Política Criminal*, 1978.
- Ramos Tapia, Inmaculada, "El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena", *Cuadernos de Política Criminal*, 1999.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo, "Principio de legalidad y arbitrio judicial", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997.
- Ruiz de Erenchun Arteché, Eduardo, *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código Penal de 2003*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- Silva Sánchez, Jesús María, "La revisión en casación de la individualización judicial de la pena", *Poder Judicial*, núm. 6, 1987.
- , *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- Terradillos Basoco, Juan y Caffarena Borja Mapelli, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- Trillo Torres, Ramón, Bacigalupo Zapater, Enrique y Pablo Lucas Murillo de la Cueva (coords.), *El Tribunal Supremo en el Ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- Villacorta Mancebo, Luis, *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto de Ordenamiento Jurídico en la aplicación judicial del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Zugaldía Espinar, José Miguel, "La prevención general en la individualización judicial de la pena", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981.
- , "El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena", *Poder Judicial*, núm. 18, 1990.



Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y Derecho penal*



Eduardo Demetrio Crespo

Universidad de Castilla-La Mancha

*Al Prof. Dr. h. c. mult. Hans Joachim Hirsch,
con el mayor de los afectos y profunda gratitud,
por su magisterio*

RESUMEN: El artículo versa sobre los fundamentos de la reciente polémica acerca de las repercusiones que la moderna investigación sobre el cerebro llevada a cabo en el ámbito de las Neurociencias podría acarrear en lo concerniente a la responsabilidad penal.

PALABRAS CLAVE: Determinismo, neurociencia, responsabilidad penal.

ABSTRACT: This article analyzes the recent debate around the impact on the theory of criminal responsibility of the latest advances in the study of the brain in the area of neurosciences.

KEY WORDS: Determinism, neuroscience, criminal responsibility.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cerebro y comportamiento humano. 3. Consecuencias para la configuración actual del Derecho penal. 4. Las respuestas de la Ciencia del Derecho penal. 5. Las posiciones frente a la libertad de voluntad y las hipótesis de la investigación sobre el cerebro. 6. A modo de conclusión. 7. Bibliografía.

* Publicado en InDret 2/2011, pp. 1-38 (<http://www.indret.com/pdf/807.pdf>).

El presente artículo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación "Neurociencia y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad" (DER2009-09868 / IP: Eduardo Demetrio Crespo), financiado por el Ministerio de Innovación y Ciencia de España.

Agradezco al Hanse-Wissenschaftskolleg la concesión de una beca de investigación para la realización de una estancia en el Institute of Advanced Study de Delmenhorst entre del 23 de mayo al 6 de junio de 2010, que me permitió entrar en contacto con especialistas del ámbito de la filosofía de la mente y la psicología cognitiva, así como organizar un seminario en dicha sede junto con la dra. Grischa Merkel (Universidad de Rostock) sobre el tema de la presente contribución, que tuvo lugar los días 4 y 5 de junio de 2010.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

1. Introducción

De un modo si se quiere algo sorprendente el viejo debate sobre el determinismo, la libertad de voluntad y la responsabilidad penal se ha situado en el primer plano de la actualidad¹ a la luz de las últimas investigaciones realizadas en el campo de la neurobiología,² que parecen conducir a la conclusión de que en realidad ningún ser humano tiene ante sí la elección entre actuar bien o mal moralmente, ya que la libertad de voluntad sería una mera ilusión, y el mal un fenómeno biológico que reside en el cerebro.

Sin embargo, es muy dudoso que estas investigaciones puedan provocar un cambio de paradigma³ que cuestione radicalmente la actual cultura jurídica.⁴ Según el punto de vista tradicional mayoritariamente

sostenido por la Ciencia del Derecho penal el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona,⁵ argumentándose que no se puede desconocer la existencia del libre arbitrio como fenómeno asentado en las estructuras elementales de la comunicación social⁶ y el propio entendimiento que el ser humano tiene de sí mismo.⁷

Desde hace décadas este punto de vista se ha puesto en tela de juicio debido no sólo a la imposibilidad de demostrar la libertad de voluntad, sino además al progresivo influjo ejercido por las ciencias que estudian el comportamiento humano y sus causas.⁸ Ante el desafío lanzado por dichas ciencias y la permanente necesidad de justificación que caracteriza al Derecho penal, la Ciencia penal ha respondido en general en sentido crítico,⁹ con cierta

¹ Blech y von Bredow, "Die Grammatik des Guten", *Der Spiegel* 31/2007; Hassemer, "Haltet den geborenen Dieb!", *FAZ* 15.06.2010, y la réplica de Roth y G.Merkel, "Haltet den Richter!", *FR-online*, 22.07.2010. A su vez, las réplicas a Roth y Merkel de Walter, M., "Unzulässige Überinterpretation", *Frankfurter Rundschau*, 05.07.200, y Lüderssen, "Wer determiniert die Hirnforscher?", *Frankfurter Rundschau*, 19.07.2010.

² Véanse, entre otras referencias, Detlefsen (actualmente G. Merkel), *Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips. Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht*, 2006; Habermass, "Freiheit und Determinismus", *DZPhil*, 52, 2004, pp. 871-890; Herzberg, *Willensfreiheit und Schuldvorwurf*, 2010; R. Merkel, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2008; Ib., "Neuartige Eingriffe ins Gehirn. Verbesserung der mentalen condicio humana und strafrechtliche Grenzen", *ZStW* 121/4, 2009, pp. 919 y ss.; Pauen y Roth, *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, 2008; Monyer, Rösler, Roth, Scheich, Singer, Elger, Friederici, Koch, H. Luhmann, Von der Malsburg y Menzel, "Das Manifest. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung", *Gehirn&Geist*, 6, 2004, pp. 30-37; Pérez Manzano, "Fundamento y fines del derecho penal (Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia)", *Revista de Occidente*, núm. 356, enero de 2011, pp. 41 y ss.; Prinz, "Freiheit oder Wissenschaft", en Cranach y Foppa (eds.), *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, 1996, pp. 86-103; Ib., "Der Mensch ist nicht frei", en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, pp. 20 y ss.; Ib., "Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution", *Psychologische Rundschau* 55/4, 2004, pp. 198 y ss.; Roth, *Das Gehirn und seine Wirklichkeit*, 6ª ed., 2001; Ib., *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2003; Ib., "Willensfreiheit und Schuldfähigkeit aus Sicht der Hirnforschung", en Roth y Grün (eds.), *Das Gehirn und seine Freiheit*, 2009, pp. 9 y ss.; Roth, Lück y Strüber, "Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld aus Sicht der Hirnforschung", en Lampe, Pauen y Roth (eds.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, pp. 99 y ss.; Rubia, Francisco J., "El controvertido tema de la libertad", *Revista de Occidente*, núm. 356, enero de 2011, pp. 5 y ss.; Sánchez Andrés, "El espacio de libertad en el determinismo", *Revista de Occidente*, núm. 356, 2011, pp. 65 y ss.; Senn y Puskás (eds.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, Stuttgart, 2006; Singer, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, 2003; Ib., "Veranschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören von Freiheit zu sprechen", en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, pp. 30 y ss.; Stompe y Schanda (eds.), *Der freie Wille und die Schuldfähigkeit in Recht, Psychiatrie und Neurowissenschaften*, 2010.

³ Véase, Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1976.

⁴ Confróntese, Mahlmann, *Rationalismus in der praktischen Theorie: Normentheorie und praktische Kompetenz*, 1999.

⁵ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. M. Olmedo Cardenete, 2002, p. 437.

⁶ Schönemann, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en Schönemann (ed.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 156; Ib., "La culpabilidad: estado de la cuestión", en Roxin, Jakobs, Schönemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, pp. 93 y ss.

⁷ Hirsch, "Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre", en Dannecker et al. (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, 2007, p. 321.

⁸ Especialmente significativo y premonitorio a la vez Gimbernat, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., 1980 (3ª ed., 1990), pp. 108-109.

⁹ Véanse, entre otras referencias, Burkhardt, "La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal", trad. R. Alcácer, en Burkhardt, Günther y Jakobs, *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, 2007, pp. 29-93; Günther, "Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff", *KJ* 39, 2006, pp. 116-133; Ib., "Acción voluntaria y responsabilidad criminal", trad. R. Alcácer Guirao, en Burkhardt, Günther y Jakobs, *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Buenos Aires, 2007, pp. 95-130; Hirsch, "Zur gegenwärtigen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht", *ZIS*, 2010, pp. 62 y ss.; Hillenkamp, "Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung", *JZ* 7, 2005, pp. 313 y ss.; Jakobs, "Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica", trad. B. Feijoo Sánchez, en Burkhardt, Günther y Jakobs, *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, 2007, pp. 131 y ss. [Original alemán: *ZStW* 117 (2005), pp. 247 y ss.]; Krauß, "Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?", en Müller Dietz et al. (eds.), *Festschrift für Heike Jung*, 2007, pp. 411 y ss.; Lampe, «Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre», *ZStW* 118, 2006, pp. 1 y ss.; Lüderssen, "Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?",

resignación¹⁰ y en casos excepcionales de un modo favorable a un Derecho penal de medidas.¹¹

En mi opinión, es importante no perder de vista que la carga de la justificación del castigo recae del lado de quien afirma su legitimidad y que, por lo tanto, no es posible “pasar de puntillas” cuando se trata de averiguaciones acerca de los condicionantes en que tiene lugar el comportamiento humano que consideramos culpable. El punto de partida correcto no puede ser el de preservar la “buena conciencia”, sino una *consideración abierta a otras ciencias*, dejando espacio a aquellas posibilidades de cambio que sean oportunas en orden a un Derecho penal mejor y sobre todo más humanitario.¹² Por ejemplo, en lo concerniente a la interpretación de los preceptos que regulan las causas de inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica (§ 20 StGB / artículo 20.1 del CP), aunque sin perder de vista lo que es posible investigar en la práctica forense.¹³ Que se trate de una determinación normativa de la responsabilidad no quiere decir, a mi juicio, que deba tratarse, al mismo tiempo, de un juego que sólo se atiene a sus propias reglas.¹⁴ No en vano el Derecho penal debe atender permanentemen-

te al fenómeno que está detrás de sus regulaciones, y éste no consiste sólo en la convención inicial sobre la libertad de voluntad, sino además en aquello que sabemos (o desconocemos) sobre el propio comportamiento humano y la llamada “acción voluntaria”.¹⁵

2. Cerebro y comportamiento humano

2.1. La opinión de tres importantes figuras en el debate (Gerhard Roth, Wolfgang Prinz y Wolf Singer)

1. Recientemente un grupo de neurobiólogos alemanes han planteado en diferentes escritos un desafío de gran calado a la Ciencia penal. A saber, la libertad de voluntad es un artificio del todo inexistente, *no porque no se pueda probar, sino porque se puede probar que no existe*. Esto supone un elemento nuevo respecto a la discusión producida hasta el momento en sede de culpabilidad y los diferentes intentos de la Ciencia penal por darle una explicación diferente al libre albedrío de signo retribucionista.¹⁶

Es obvio que una mínima sensibilidad por los problemas de orden metodológico y de legitimación del

en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, pp. 98 y ss.; Streng, “Schuldbegriff und Hirnforschung”, en Pawlik (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Colonia/Berlin/Múnich, Heymann, 2007, pp. 675 y ss.; T. Walter, “Hirnforschung und Schuldbegriff”, en Hoyer et al. (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, 2006, pp. 131 y ss.

¹⁰ Confróntese R. Merkel, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2008, p. 133.

¹¹ Véase, sobre todo, Detlefsen (actualmente G. Merkel), *Grenzen der Freiheit*, 2006; Ib., “Hirnforschung, Sprache und Recht”, en Putzke et al. (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, 2008, pp. 3 y ss.; G. Merkel y Roth., “Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe”, en Grün, Friedman y Roth (eds.), *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, 2008, pp. 54 y ss.

¹² Como nos recuerda Quintero Olivares, “el análisis crítico es el único que puede salvar el sistema, incluso si a través suyo se llega a la conclusión de que el sistema descansa en unas ficciones porque no tenemos una solución mejor por ahora para intentar ordenar la convivencia, lo cual no significa que ese sistema no pueda ser algo así como un cuerpo vivo capaz de una permanente transformación sin necesidad de caer a un vacío sin red” (Quintero Olivares, *Locos y culpables*, 1999, p. 22).

¹³ Para Roxin cualquier concepción sobre la culpabilidad debe remitirse en último término a lo que cabe investigar en la práctica forense, que no es otra cosa que la normal asequibilidad normativa del inculpado en el momento de los hechos (Roxin, “Das Schuldprinzip im Wandel”, en Haft (ed.), *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Müller, 1993, p. 521).

¹⁴ A favor de una tesis compatibilista entre determinismo y libertad de acción en Derecho penal ya en Serrano-Piedecასas y Demetrio-Crespo, “Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el derecho penal”, en Carbonell Mateu et al. (eds.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, 2009, pp. 1771 y ss. La doctrina española se decanta mayoritariamente, sin embargo, por una visión indeterminista, o al menos, por la irrelevancia de la tesis determinista para el Derecho penal. Así, entre otros, Prats Canut, “La culpabilidad: principio y categoría dogmática”, en Quintero Olivares y Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 627 y ss.; Sanz Morán, “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, en Diez Ripollés et al. (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002, p. 155; y Vives Antón, “El principio de culpabilidad”, en Diez Ripollés et al. (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002, p. 232.

¹⁵ En el caso reportado por la revista científica *New Scientist* (21.10.2002), se trataba por ejemplo de un maestro en el que con la aparición de un tumor surgieron comportamientos pedófilos, entre otras llamativas tendencias sexuales. Con más detalle, G. Merkel, *FS-Herzberg*, 2008, 18.

¹⁶ Ya anteriormente, con más referencias, véase, Demetrio-Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 215 y ss.; Ib., *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, 2008, pp. 35 y ss.; Ib., “El principio de culpabilidad: ¿un derecho fundamental en la Unión Europea?”, en Diez Picazo y Nieto Martín (coords.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, pp. 371 y ss. En este último artículo me posiciono en contra de la adopción de medidas de seguridad privativas de libertad posteriores al cumplimiento de la pena para delincuentes imputables peligrosos como las que se han extendido por

Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal

sistema penal obliga a tener que enfrentarse a este desafío, que si bien no es nuevo sí presenta en la actualidad “tintes” nuevos. De hecho la respuesta por parte de la Ciencia penal alemana ha sido hasta el momento bastante contundente y en el debate han intervenido eminentes penalistas, de cuyas opiniones nos ocuparemos más adelante.

No se trata, no obstante, de un debate sólo producido en Alemania, sino que el tema interesa mucho y ha adquirido desde hace años gran relevancia en el mundo anglosajón, en el que ya se han empezado a extraer consecuencias prácticas.¹⁷ Pero veamos por el momento cuáles son los argumentos manejados desde el mundo de la neurobiología, y vinculado a este último, de la llamada neurofilosofía,¹⁸ filosofía de la mente y psicología cognitiva. Los tres principales neurobiólogos a los que nos hemos referido anteriormente son Gerhard Roth, Wolfgang Prinz y Wolf Singer, de cuyas opiniones quisiera ocuparme con cierto detalle debido a que han protagonizado buena parte del debate, distinguiendo por un lado sus opiniones científicas en torno al cerebro y el comportamiento humano, y por otro, las consecuencias que desde su punto de vista se derivan para la responsabilidad penal.

2. La obra de *Gerhard Roth* en esta materia es sin duda muy prolífica, tanto en lo referente a aportacio-

nes individuales como en coautoría, aspecto este último que ha dado lugar incluso a acerasadas críticas frente a su persona basadas en una supuesta intromisión en campos de conocimiento distintos al propio.¹⁹ Para él la representación tradicional según la cual la voluntad se transforma en hechos concretos a través de una acción voluntaria dirigida por un yo consciente no es más que una ilusión, debido a que como consecuencia de la concatenación de la amígdala, el hipocampo y el nudo ventral y dorsal, la memoria emocional de la experiencia (que trabaja de modo inconsciente) tiene la primera y la última palabra en lo que concierne a la aparición de deseos e intenciones, de modo que las decisiones adoptadas ocurren en el sistema límbico uno o dos segundos antes de que podamos percibir las de modo consciente. Dicho sistema actuaría como un aparato de poder organizado, frente al que el ser humano se percibe, debido a un autoengaño, sólo de un modo aparente como libre.²⁰

En este contexto Gerhard Roth y Grischa Merkel constatan que la regulación penal alemana —como también sucede en el Código Penal español— *no regula de un modo positivo qué hay que entender por culpabilidad*, sino que sólo se pronuncia acerca de las causas que la excluyen,²¹ bien por concurrir determinados déficit psíquicos del autor en el mo-

diferentes países europeos con una finalidad eminentemente inoquizadora debido a la eliminación por esta vía de los límites y garantías que lleva consigo el principio de culpabilidad en nombre de la peligrosidad. A este respecto, no se puede obviar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 17.12.2009 (caso *M. v. Alemania*), rechazando que se puedan “camuflar” como “medidas preventivas” sanciones que poseen el mismo carácter aflictivo que las penas. En sentido similar se pronuncia este Tribunal en la Sentencia de 10.06.2010 en el caso *Borer c. Suiza*, en el que también se declara vulnerado el derecho a la libertad consagrado en el artículo 5.1 del CEDH.

¹⁷ Véanse, entre otras referencias, Lelling, “Eliminative Materialism, Neuroscience and the Criminal Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, 1992-1993, pp. 1471 y ss.; Garland (ed.), *Neuroscience and the Law. Brain, Mind, and Scales of Justice*, Nueva York/Washington, Dana Press, 2004; Goodenough, “Responsibility and Punishment: Whose Mind? A Response”, *Philosophical Transactions: Biological Sciences*, vol. 359, núm. 1451, Law and the Brain, 2004, pp. 1805-1809; Greene y Cohen, “For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything”, *Philosophical Transactions: Biological Sciences*, vol. 359, núm. 1451, Law and the Brain, 2004, pp. 1775-1785; O’Hara, “How Neuroscience Might Advance the Law”, *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B*, 359, 2004, pp. 1677-1684; Freeman, “Introduction: Law and Neuroscience”, *International Journal of Law in Context*, 2-3, 2006, pp. 217 y ss.; Grant, “Determinism, Neuroscience and Responsibility”, *International Journal of Law in Context*, 2, 2006, pp. 221 y ss.; Burns, J.D., y A. Bechara, “Decision Making and Free Will: A Neuroscience Perspective”, *Behavioral Sciences and the Law*, 25, 2007, pp. 263-280; Aharoni, Funk, Sinnott-Armstrong y Gazzaniga, “Can Neurological Evidence Help Courts Assess Criminal Responsibility? Lessons from Law and Neuroscience”, *Annals Of The New York Academy Of Sciences*, 1124, 2008, pp. 145 y ss.; Greely, “Neuroscience and Criminal Justice: not Responsibility but Treatment”, *Kansas Law Review*, vol. 56, 2007-2008, pp. 1103 y ss.; Pustilnik, “Violence on the Brain: a Critique Neuroscience in Criminal Law”, *Wake Forest Law Review*, 44, 2009, pp. 183 y ss.; Sinnott-Armstrong y Nadel (eds.), *Conscious Will and Responsibility. A Tribute to Benjamin Libet*, 2010.

¹⁸ Básico Bennet / Hacker, *Philosophical foundations of neuroscience*, Oxford, Blackwell, 2003; Ib., “Philosophie und Neurowissenschaft”, trad. J. Schulte, en Sturma (ed.), *Philosophie und Neurowissenschaften*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2006, pp. 20-42; Bennet, Dennett, Hacker y Searle, *La naturaleza de la conciencia. Cerebro, mente y lenguaje*, Barcelona, Paidós, 2008; Searle, “Free Will as a Problem in Neurobiology”, *Philosophy*, núm. 76, 4, 2001, pp. 491-514; Ib., *Libertad y neurobiología: reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, 2004; Strawson, “Freedom and Resentment”, reimpresión en Waddel Ekstrom (ed.), *Agency and responsibility*, Oxford, Westview Press, 1962, pp. 183 y ss.

¹⁹ Véase, Geyer, “Gerhard Roth, der Bindestrich-Mann”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28.06.2010.

²⁰ Roth, *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2003, p. 553.

²¹ G. Merkel y Roth, en Grün et al. (eds.), *Entmoralisierung des Rechts*, 2008, p. 54.



mento de realización de los hechos (§ 20 StGB), o bien por concurrir un error de prohibición invencible (§ 17 StGB).²² *Sensu contrario* parece deducirse que la existencia de culpabilidad requeriría la no existencia de impedimentos que permitan formularla positivamente, en el sentido de una capacidad para poder elegir actuar en el sentido del ordenamiento correcto, una capacidad pues para poder “actuar de otro modo”. Los distintos pronunciamientos de la más alta jurisprudencia y, en particular, el muy discutido del año 1952 (BGHSt 2, 194, 200) venía a reforzar la concepción filosófico-jurídica tradicional de que la capacidad de culpabilidad del autor se fundamenta en la cualidad de actuar con libertad de voluntad, es decir, en el poder actuar de otro modo.

Estos autores estiman que *son tres las cuestiones actuales que interesan en torno al concepto de libertad de voluntad y su relación con la culpabilidad*: (a) una de carácter puramente filosófico a fin de fundamentar del modo más libre de contracciones posible el *concepto de libertad de voluntad*; (b) en segundo lugar, cómo se comporta el concepto jurídico-penal tradicional de la libertad de voluntad respecto de los *conocimientos empíricos de carácter experimental* de la psicología de la voluntad y de la acción, así como de la investigación sobre el cerebro; (c) y en tercer lugar, sobre la concreta posibilidad de probar el poder actuar de otro modo en el proceso penal.

3. Por su parte, Wolfgang Prinz entiende la libertad de voluntad como una institución social que no se corresponde con la realidad científicamente demostrable desde el punto de vista psíquico.²³ Para el director del Max-Planck Institut für Kognitionen-und Neurowissenschaften de Múnich, hablar de libertad de voluntad desde el punto de vista de la psicología es como hablar del unicornio desde el punto de vista de la zoología, es decir, algo que no existe en la ontología de la disciplina. Tanto el unicornio en sí mismo como la idea del unicornio es meramente un constructo teórico, una producción cultural, y lo mismo acontece con la libertad de voluntad. Para este autor, la respuesta a la cuestión de cómo es posible que las personas se sientan y crean que son libres, cuando no

lo son en absoluto, con qué premisas pueden surgir intuiciones de libertad y qué consecuencias tienen desde el punto de vista psicológico, social y cultural, precisa ir más allá de la investigación de funciones cognitivas y volitivas para tomar en consideración la percepción de estas funciones, como sucede en la psicología social, la psicología evolutiva, o en la psico-historia (estudio de las motivaciones psicológicas de sucesos históricos).

La cadena argumentativa de este autor reza como sigue: (a) La idea de la libertad de voluntad no tiene cabida en la psicología científica; (b) Las intuiciones de libertad son el producto de la interacción y comunicación social; (c) Las intuiciones de libertad determinan el comportamiento (*verhaltenswirksam*) y cumplen importantes funciones psicológicas y sociales.

a) La negación de la libertad

El argot de la voluntad tiene una explicación psicológica, según la cual atribuimos la mayoría de las acciones a antecedentes relativos a estados mentales anteriores. Por esta vía logramos explicar el *qué* y el *por qué* de la acción, pero no el *cómo*. A su vez, *el argot de la libertad* representa la valoración moral que hacemos de dichas acciones. Valoramos positiva o negativamente las acciones porque juzgamos dichas acciones y sus consecuencias, al tiempo que juzgamos a quienes las cometen atribuyéndolas en la creencia de que las personas son artífices de las mismas puesto que son libres en sus decisiones de actuar.

El argot de la libertad tendría dos caras: por un lado lo usamos para describir hechos psicológicos fundamentales, como las experiencias de la intuición de libertad; por otro, al ser este punto de partida incuestionable, asegura una función moral y jurídica consistente en la imputación de consecuencias a las personas gracias a la renuncia a una explicación ulterior.²⁴ En este sentido, afirma Prinz que en psicología se distingue entre percepción (de hechos físicos y psíquicos) y realidad, y que todo lo que sabemos habla a favor de la idea de que la percepción de fenómenos

²² Se deja constancia, asimismo, de que el único lugar en el que se le otorga un papel fundamentador (§ 46 StGB) se refiere a la *culpabilidad de la medición de la pena* referida a la cantidad de pena, pero no a la culpabilidad fundamentadora referida al “sí” de la pena. Sobre este particular, ampliamente, Demetrio-Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 215 y ss.; Ib., *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, 2008, pp. 41 y ss.

²³ Prinz, *Psychologische Rundschau* 55/4, 2004, p. 198.

²⁴ *Ibidem*, p. 199.

Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal

psíquicos solo proporciona una imagen incompleta e inconsistente de la realidad de los procesos subyacentes.²⁵ Por consiguiente, desde esta perspectiva tanto el indeterminismo como la “determinación indeterminada” de la que partirían los intentos de explicar la libertad de voluntad protagonizados por la *física cuántica* o la *teoría del caos* se basan en la renuncia a una explicación, por lo que serían científicamente inaceptables. En particular, estos últimos se basarían en el malentendido de entender la libertad de voluntad como mera ausencia de determinación causal, cuando en realidad la libertad de voluntad va mucho más allá y exige sujetos como autores autónomos de sus acciones, provistos de una voluntad propia que decide libremente.²⁶

b) La explicación de la libertad

No obstante, sí es posible, según Prinz, explicar las intuiciones de libertad como hecho psicológico, para lo cual es preciso distinguir el plano de la realidad objetiva en la que tiene lugar la mecánica volitiva subpersonal del plano de la percepción subjetiva de decisiones personales voluntarias. Si se parte de esa distinción, sería posible yuxtaponer *determinismo en la realidad y libertad en la percepción*.²⁷

En el primer plano, el de la *producción de “decisiones de actuación”*, intervienen diferentes ingredientes como las preferencias, el conocimiento sobre dicha acción y la valoración de la situación, que se combinan de modo diferente según las teorías, sin que quede en cualquier caso espacio alguno para una especial instancia personal a la que quepa imputar la toma de decisiones.

Por lo que concierne a la *percepción personal*, depende de cómo deba entenderse la subjetividad, bien del extendido modo naturalista, o bien de un modo constructivista. Según el “modo naturalista” el propio yo debe concebirse como un órgano natural de la mente humana, que es portador de subjetividad, personalidad e individualidad. El “yo” sería en esta concepción el órgano central del alma (o de la mente) que dirige y coordina la actividad de otras funciones mentales o espirituales. Por el contrario, el “modo

constructivista” de conceptualizar la subjetividad coloca el fundamento del yo no en un órgano natural del alma, sino en una estructura especial de conocimiento. Según esta idea el propio “yo” es un contenido mental como cualquier otro que se conforma a partir de procesos de socialización y aprendizaje en las que se construyen estructuras de conocimiento. El estudio del yo se convierte así en objeto de estudio y/o deconstruido de la psiquiatría y la psicología evolutiva.

El primer modo, según el análisis previo, sólo puede conducir a la conclusión de que la autoimputación de decisiones es un autoengaño, pues hemos visto que una cosa es la mecánica subpersonal de toma de decisiones y otra la percepción subjetiva que tenemos de éstas últimas. El segundo modo conduciría consecuentemente a la conclusión de que no hay órgano natural alguno al que imputar nada, sino que el yo está inmerso en las estructuras de conocimiento que lo portan, y que se producen bajo determinadas condiciones sociales e históricas.

Los *discursos de atribución* son asimismo consecuencia de la comunicación e interacción recíproca a nivel micro y macrosocial, que construyen el yo en el espejo de los demás, porque la *percepción* de las imputaciones de terceros dirigidas a él se convierten en imputación propia.²⁸ Estos discursos micro y macrosociales se afianzan mediante *discursos narrativos* que constan de la semántica explícita de la cultura en la que viven las personas, con sus representaciones valorativas, mitos y leyendas, y por otro, de la sintaxis implícita de la psicología cotidiana, que se limita a constatar cómo piensan y actúan los seres humanos.

c) Elogio de la libertad

La libertad de voluntad es, en el discurso de Prinz, una institución social. En este aspecto no se sitúa muy distante de alguna de las concepciones jurídico-penales que examinaremos después. Las instituciones engendran intuiciones y las intuiciones actúan a su vez como instituciones, de modo que ambas se retroalimentan. Las intuiciones de libertad se conforman en discursos regulados socialmente y contribuyen a su

²⁵ *Ibidem*, p. 200.

²⁶ *Ibid.*, p. 201.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 203.

mantenimiento. Aunque es preciso distinguir, como se ha hecho más arriba, entre el plano objetivo de la realidad correspondiente a la mecánica volitiva subpersonal y el plano de la percepción subjetiva, ello no quiere decir que esta última sea algo marginal y sin efectos, sino que se convierte en un “*artefacto real*” por el simple hecho de que actúa a su vez a través de procesos subpersonales de representación.²⁹ Ahora bien, estas intuiciones de libertad no actúan sobre las disposiciones psicológicas de los individuos, sino sobre la estructura de la colectividad en la que éstos se socializan, en la que radica su verdadera razón de ser psicosocial. El argot de la libertad facilita la necesaria “prohibición de regreso explicativa” en el Derecho porque permite afirmar que, aun habiéndose dado toda clase de circunstancias capaces de influir en el comportamiento del actor, éste hubiera podido, no obstante, comportarse de otro modo y justamente por eso se le hace responsable, porque la responsabilidad es el precio de la libertad. La propia idea del contrato social y de la formación democrática de la voluntad están basadas en la imagen de un sujeto autónomo dotado de libertad de voluntad, por lo que, concluye Prinz, si amamos aquellas tenemos que alabar esta última.³⁰

4. Por su parte, Singer incide asimismo en la idea de que las percepciones que nosotros experimentamos como objetivas no son más que el *resultado de procesos constructivos*.³¹ Tendríamos que aceptar esta premisa de la misma manera que no tenemos problemas en reconocer que el comportamiento animal está por completo determinado y que cada acción viene dada necesariamente por una combinación entre la constelación que origina el estímulo actual y los estados cerebrales inmediatamente anteriores, y que a su vez dichos estados cerebrales están determinados por la organización genética previamente dada del respectivo sistema nervioso, así como por la multitud de factores epigenéticos y procesos educacionales que modifican la arquitectura de las cadenas nerviosas, y,

finalmente, por la historia previa inmediata, que “resuena” en la dinámica de la interacción neuronal.³²

El progresivo refinamiento de los métodos de evaluación neurobiológicos habría abierto la posibilidad de analizar los mecanismos neuronales que subyacen a los altos rendimientos cognitivos de cerebros complejos, que podrían ser investigados y descritos de la perspectiva de la tercera persona (o lo que es lo mismo, de un observador objetivo externo) con métodos científico-naturales. Aquí podría operar toda clase de percepciones, representaciones, valoraciones, decisiones e incluso la capacidad de sentir emociones, si bien todas estas prestaciones o habilidades cognitivas no son idénticas a los procesos neuronales subyacentes.³³

Sin embargo, todo esto se contrapone a nuestra propia autopercepción como seres libres dotados de autonomía que participan de una dimensión espiritual independiente y ontológicamente distinta al mundo real. Para Singer resulta evidente que en el transcurso de nuestra historia cultural hemos desarrollado *dos sistemas paralelos de descripción que afirman cosas contrapuestas sobre nuestra naturaleza humana*. Esta incompatibilidad habría ocupado a la humanidad desde que ésta empezó a reflexionar sobre sí misma. La diferencia entre tiempos pasados y el presente es que las ciencias naturales y especialmente las neurociencias han convertido el tema en inaplazable. En la medida en que éstas suministran de modo creciente pruebas convincentes de que los cerebros humano y animal apenas se diferencian y que su evolución, su constitución y sus funciones obedecen a los mismos principios, y no tenemos razones para dudar que en el caso de los animales todo comportamiento descansa en funciones cerebrales y por consiguiente está sometido a las leyes deterministas de procesos psicoquímicos, la afirmación de la *dependencia material del comportamiento debe valer también para los seres humanos*.³⁴ Las opciones que tenemos para abordar la cuestión pasan en

²⁹ *Ibidem*, p. 204. La instancia personal del “yo” no puede influir en los fundamentos materiales de los procesos de decisión, pero sí producir cambios procedimentales en la toma de decisiones mediante la explicación y deliberación. En la medida en que se produzca intercambio deliberativo mediante la argumentación y la comunicación se pueden establecer a su vez oportunidades para modificar la toma de decisiones que no se limiten a aspectos procedimentales, sino también de contenido, siempre y cuando mediante dichos procesos se altere asimismo la base de información previa.

³⁰ *Ibidem*, p. 205.

³¹ Singer, en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, p. 31.

³² Singer, en Geyer, *op. cit.*, p. 35.

³³ *Ibidem*, p. 35.

³⁴ *Ibidem*, p. 37.

primer lugar por modelos dualistas y unitarios. Los *modelos dualistas* provienen de Descartes y afirman la existencia de dos mundos ontológicamente distintos, consistentes en la esfera material y la espiritual. Éstos tienen el problema de que no pueden ser comprobados ni falsificados científicamente ni por la reflexión ni por la experimentación y deben enfrentarse a una doble cuestión: (a) en qué momento en el transcurso de la evolución o del desarrollo individual adopta lo espiritual forma material y ésta es reconocible; (b) cómo interactúa dicha entidad espiritual de carácter inmaterial con los procesos materiales en nuestro cerebro.³⁵ Otro camino consistiría en observar al ser humano desde el punto de vista de *un proceso continuo de evolución*, en el que se ha constatado, al menos desde que se terminó la secuenciación del genoma humano, que los pilares moleculares de las células nerviosas apenas han variado a lo largo de la misma.³⁶ Pero, al menos de un modo intuitivo, resultaría comprensible que esta arquitectura histórica del cerebro hubiera podido conducir mediante la repetida aplicación de las mismas operaciones cognitivas a la constitución de metarrepresentaciones de estados internos, que podrían someterse al análisis y consiguiente reflexión sobre los propios procesos de percepción.³⁷ Se trataría de una facultad cognitiva desarrollada por los seres humanos, animales dotados de cerebros altamente organizados, consistente en la conciencia fenoménica, en el percatarse de las propias percepciones y sensaciones. Esta conciencia fenoménica sería por consiguiente una prestación cognitiva operacionalizable y analizable desde la perspectiva de la tercera persona.³⁸

La gran pregunta sigue siendo cómo se organiza nuestro sistema cognitivo para llegar a la imagen de sí mismo como un agente autónomo que actúa libremente, respecto de lo que no debe cabe dudar que ello responde a su vez a determinados procesos neuronales. La *interacción social* constituye también para Singer el ámbito del que está impregnado nuestro modelo del yo (*Selbstmodell*), toda vez que

nuestras funciones cognitivas nos permiten reconocernos en las percepciones de los otros por medio de diálogos del tipo: “yo sé que tú sabes que yo sé”. Estos diálogos podrían transmitir la experiencia de ser un agente autónomo, lo que requeriría en todo caso dos condiciones: la capacidad de construir una teoría de la mente y la capacidad de la comunicación lingüística, pues los cerebros tienen que disponer de la posibilidad de codificar simbólicamente las relaciones abstractas.³⁹ Cumplidos esos requisitos, son posibles diálogos entre cerebros que crean relaciones de identificación y reflejo de sí mismo en la percepción del otro que habrían conducido al desarrollo de nuestro “modelo del yo” según el cual nos sentimos libres. Para Singer esto significaría que podríamos hablar de una dimensión ontológicamente distinta a la material si la entendemos con el estatus de realidades sociales, constructos culturales e imputaciones, que deben su existencia a las interacciones entre seres humanos.⁴⁰

2.2. La insuficiencia del concepto tradicional de libertad humana

La idea constitutiva del concepto tradicional de la libertad de voluntad implica que el ser humano posee la capacidad de intervenir en los acontecimientos dirigiéndolos en un determinado sentido a través de su voluntad, toda vez que esta última está conformada por la razón y, por lo tanto, por ética y moral. Esta comprensión configura a su vez la concepción determinada de la causalidad, denominada en la filosofía moderna “motivación mental”. Según esta comprensión kantiana contenida en la *Crítica de la razón pura* la voluntad puede iniciar una cadena causal por sí misma, lo cual presupone que la voluntad por su parte no está determinada, sino que es libre, lo que por otra parte no implica en modo alguno, según Kant, comprobación empírica al respecto. Esta concepción se enfrenta modernamente en el ámbito de la filosofía de la mente a las siguientes objeciones:⁴¹

³⁵ *Ibidem*, p. 38.

³⁶ *Ibid.*, p. 39.

³⁷ *Ibid.*, p. 42.

³⁸ *Ibid.*, p. 43.

³⁹ *Ibid.*, p. 48.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 49.

⁴¹ Véase, entre otras referencias, Paulen, *Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*; Ib., “Das problem des Selbst in den Neurowissenschaften und der Philosophie des Geistes”, en Angehrn y Küchenhoff (eds.), *Die Vermessung der Seele: Konzepte des Selbst in Philosophie und Psychoanalyse*, 2009, pp. 140 y ss.

- a) Aparentemente sólo en la teología puede hablarse de algo o alguien (Dios) que mueve a partir de cero (*unbewegten Beweger*), pero fuera de ahí, como señalara Leibniz, todo se debe a algún motivo de naturaleza espiritual o puramente natural. El argumento de que ese punto de arranque lo constituye una *razonable ponderación de las finalidades de la acción* no parece convincente, pues esta ponderación razonable acaece también en función de razones que a su vez están ancladas en contextos o correlaciones de fundamentación.
- b) Con todo, aun cuando se pudiera dar una respuesta a esta cuestión, aún habría que resolver una segunda no menos difícil, a saber, cómo puede un proceso puramente espiritual influir sobre el curso de acontecimientos materiales dirigiéndolos en uno u otro sentido. Se ventila aquí el *carácter material o inmaterial de la voluntad*.
- c) Y si lográramos responder a esta pregunta, habría que enfrentarse a una tercera, la *imputación*. La voluntad debe estar en correlación con un individuo que asume la responsabilidad por dicha voluntad, sin que se sepa de dónde nace esa responsabilidad, lo que queda sin resolver si se parte de la base de que es completamente libre y no está consecuentemente influenciada por la personalidad, sus motivos y finalidades conscientes e inconscientes.

2.3. La formación de la voluntad desde el punto de vista psicológico y neurológico

El concepto de culpabilidad penal presupone la libre configuración de la voluntad del autor, que es justamente aquella que puede fundamentar una responsabilidad última del autor.⁴² Sin embargo es discutible que quepa configurar un concepto de culpabilidad plausible sobre esta base, discutiéndose al respecto sobre todo la discrepancia entre nuestra percepción subjetiva de la voluntad y de la acción voluntaria y lo que las ciencias pertinentes (psicología y neurociencias) tienen que decir al respecto. Así, existe la creencia de que la voluntad como estado psíquico genera una acción, de modo que la voluntad es vista como causa directa de la acción. Frente a esto cabe aducir, según Grischa Merkel y Gerhard Roth, lo siguiente:

a) La voluntad es un factor multifuncional en la ejecución de acciones voluntarias, que juega un papel importante en la elección, preparación y dirección de acciones complejas, pero un acto voluntario explícito sólo se manifiesta en presencia de impedimentos reales o que cabe esperar, o bien de importantes alternativas de acción que hay que remover. Los demás actos se llevan a cabo en general de forma automática y no requieren un acto expreso de voluntad. Se puede decir que hay actos de voluntad sin acciones arbitrarias subsiguientes y acciones arbitrarias sin un acto de voluntad explícito que las preceda, así como toda clase de modalidades intermedias, lo que conduce a la conclusión de que en la realización de acciones voluntarias no existe correlación fija alguna entre un estado de voluntad y una determinada acción.⁴³

La *autoimputación de acciones voluntarias*, como un movimiento, remite al sentimiento de que soy yo quien permite o dirige ese movimiento, pero tal cosa acontece sin contemplación explícita de la voluntad también en acciones automatizadas. Por otro lado, multitud de experimentos realizados mediante hipnosis o estimulación cerebral demuestran que los elegidos llevan a cabo movimientos inducidos en la creencia de ser queridos por ellos. Todas estas constataciones permitirían concluir que *la aparición de una decisión de voluntad explícita no es una condición suficiente ni tampoco necesaria de la acción voluntaria*, y que en lo fundamental nuestro sentimiento particular acerca que querer o haber querido algo puede resultar engañoso acerca de la causación real de nuestro comportamiento.

Por último, la psicología motivacional —en combinación con la investigación sobre el cerebro— muestra que la formación de la voluntad nunca parte de ella misma de manera puramente espiritual, sino bajo la influencia de *motivos inconscientes* que proceden del sistema límbico. Parece posible demostrar que buena parte de nuestras decisiones conscientes están previamente determinadas en las partes subcorticales de dicho sistema, cuya actividad no está acompañada substancialmente de la conciencia. Esto no significa, sin embargo, que el desarrollo de los actos conscientes esté completamente predeterminado por procesos inconscientes, lo cual convertiría a aquéllos en meros epifenómenos, sino que más bien los procesos de ela-

⁴² G. Merkel y Roth, en Grün *et al.* (eds.), *Entmoralisierung des Rechts*, 2008, p. 59.

⁴³ *Ibidem*, p. 60.

Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal

boración consciente de la información en el cerebro representan sucesos neuronales totalmente diferentes a los inconscientes y traen consigo otros resultados.

En resumen, según la opinión vertida por Roth, el concepto de la decisión de voluntad reflexiva y libre de motivos es insostenible desde el punto de vista de la psicología del comportamiento y de la investigación sobre el cerebro; de manera que sólo existen conductas determinadas por motivos o casuales, pero no acciones ocasionadas de un modo puramente mental.

b) Como ya se ha advertido, el sentimiento que se experimenta en la mayoría de las acciones en que se podría haber actuado de otro modo no está justificado por los motivos apuntados más arriba. En su lugar se llega al concepto del *determinismo actual*, según el cual nuestro comportamiento se determina paso a paso, pues a cada instante se entrecruzan nuevas líneas causales. La necesidad de dar el salto de un determinismo de este tipo a un pandeterminismo por motivos científicos o de teoría del conocimiento queda para estos autores como algo cuestionable.

3. Consecuencias para la configuración actual del Derecho penal

3.1. Vivencia subjetiva de libertad y responsabilidad penal

En primer lugar debe entenderse de lo antes dicho que la vivencia subjetiva de libertad no puede constituir el punto de partida del concepto de libertad fundamentador de la responsabilidad penal, ya que el juez no debe atenerse a este aspecto, que puede llegar a ser totalmente equivocado, sino a hechos objetivos.⁴⁴ En otro sentido se pronuncia, entre los penalistas, por ejemplo, Björn Burkhardt, quien entiende respecto de la clásica distinción entre las *dos diferentes perspectivas desde las que cabe comprender la acción*, a saber, la de la primera persona y la de la tercera persona,⁴⁵

que para el Derecho penal la perspectiva de la primera persona “no es sólo la base de la responsabilidad individual, sino que, además, el derecho penal estabiliza esa base garantizando la perspectiva de la primera persona como el objeto decisivo de evaluación”.⁴⁶ Tanto es así que ante el dilema a que conduce asumir la libertad contra-causal como requisito previo de la culpabilidad personal y, al mismo tiempo, que el procedimiento penal es incapaz de probarla en retrospectiva, es decir, ante la alternativa de entender, o bien que esa prueba no es necesaria, o bien que hay que operar sin el principio de culpabilidad, Burkhardt entiende que lo decisivo es si actuó en la creencia de que tenía esa alternativa (la posibilidad de actuar de otro modo). Es decir, para él lo decisivo no es la libertad objetiva, sino la libertad subjetiva o la experiencia de libertad.⁴⁷

Sin embargo, como advierten Merkel y Roth, por mucho que un esquizofrénico se empeñara en afirmar que en el momento de realización del hecho accedió voluntariamente a seguir la voz que lo impulsaba a matar a alguien, el juez lo declarará inimputable. Por este motivo es claro que la experiencia de libertad de decisión sólo sirve en todo caso para la autoimputación de una acción, pero no para la hetero-imputación jurídica.

3.2. Autores violentos y culpabilidad penal

Lo curioso es que el Derecho penal excluye la culpabilidad del autor ante graves déficits psíquicos del autor, por considerarlos casos de inimputabilidad, pero castiga con mayor severidad cuando se trata de autores violentos, respecto de los cuales se han constatado empíricamente, problemas mentales de considerable importancia. En diversos estudios se ha podido comprobar que, a diferencia de la población normal, los criminales violentos y, en general, las personas con elevada agresividad, padecen con frecuencia diversos

⁴⁴ G. Merkel y Roth, en Grün *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 65.

⁴⁵ Otras variantes mencionadas por él, interna/externa, personal e impersonal, intencional/determinista, reactiva/deliberativa, objetiva/subjetiva (Burkhardt, en Burkhardt *et al.*, *El problema de la libertad de acción*, 2007, p. 29).

⁴⁶ Burkhardt, en Burkhardt *et al.*, *El problema de la libertad de acción*, 2007, p. 32. Este autor parte del punto de vista según el cual ambas perspectivas son mutuamente excluyentes (en el sentido de que no pueden adoptarse al mismo tiempo), pero complementarias (en cuanto que ambas son necesarias para una descripción completa de la conducta humana).

⁴⁷ Burkhardt, en Burkhardt *et al.*, *op. cit.*, p. 45; *Ib.*, “Thesen zu den Auswirkungen des neurophysiologischen Determinismus auf die Grundannahmen der Rechtsgesellschaft”, en Senn y Puskás (eds.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, München, Franz Steiner Verlag, pp. 83 y ss.; *Ib.*, “Gedanken zu einem individual-und sozialpsychologisch fundierten Schuldbegriff”, en Bloy, Bösse y Hillenkamp (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, pp. 82 y ss.



déficit cerebrales en el área prefrontal y del córtex órbito frontal y cingular anterior, así como en el córtex temporal y en las regiones límbicas, que dañan todas ellas al control de los estados afectivos y emocionales.⁴⁸ Asimismo, junto a estos déficits cerebrales pueden apreciarse modificaciones físicas evidentes que afectan sobre todo a los neuromoduladores dopamina y serotonina, que juegan un papel muy importante en el control de los impulsos. Si bien los déficits en el sistema de la serotonina están condicionados en buena medida genéticamente, también pueden resultar de influencias negativas del entorno de carácter muy variado desde la etapa previa al nacimiento (abandono, violencia, abusos, etc.). Causas de la agresividad desde esta perspectiva pueden ser, en primer lugar, un déficit afectivo-emocional primario, que conduce a una valoración errónea de los sucesos del entorno, y, en segundo lugar, un sentimiento de amenaza e inseguridad como consecuencia del aislamiento social en la infancia.

Según las tesis expuestas en estos casos se imputa responsabilidad penal por la mera personalidad, *por el hecho de haberse convertido en quien se es (So-Gewordensein)*, pues aquí no se puede invocar ante los tribunales esta circunstancia, a diferencia de aquellos casos en los que se observa una variación brusca y repentina del comportamiento debido a una causa externa (por ejemplo, la aparición de un tumor, o un daño cerebral grave como consecuencia de un accidente).

3.3. *El principio in dubio pro reo, prohibición de la arbitrariedad e imputación normativa de la responsabilidad penal*

Mientras que en unos casos los déficits cerebrales —se trate de trastornos funcionales o estructurales— pueden probarse, lo cual permite a los tribunales declarar inimputables a ciertos sujetos, en otros casos no pueden demostrarse y son declarados culpables sin más, cuando en realidad existe una duda justificada de que debido al carácter condicionado del comportamiento tampoco estos últimos pudieron actuar de otro modo. Según Merkel y Roth, se vulnera entonces el principio *in dubio pro reo*, como principio fundamental del

Derecho penal derivado del Derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 6.2 del CEDH). Es más, estos autores van todavía más allá al afirmar que los actuales conocimientos de la investigación sobre el cerebro permiten sostener esta duda respecto de la culpabilidad jurídico-penal para todos los autores. El distinto tratamiento de unos frente a otros representaría a su vez una vulneración de la prohibición de arbitrariedad, ya que no se fundamenta en diferencias relevantes.⁴⁹

En relación con esto, los autores mencionados tratan de refutar al mismo tiempo la frecuente argumentación de que se trata en realidad de una *consideración normativa de la libertad de voluntad*, que estiman totalmente superficial e improcedente. Afirman que si se prescinde de una consideración metafísica de la responsabilidad, la imposición de un daño como el que supone el Derecho penal debe justificarse de otro modo. En este sentido, proponen guiarse por consideraciones de justicia (*Fairnesserwägungen*) dirigidas a la compensación del daño, como en el Derecho civil, y no por criterios de retribución, donde en primera instancia respondería quien infringe objetivamente la norma.

Como se advierte, este camino argumentativo conduce a los autores a buscar *alternativas al principio de culpabilidad tradicional* en el ámbito de los fines de la sanción, que pasan a argumentar desde la perspectiva del imprescindible sostenimiento del orden normativo, lo que acontece de manera totalmente independiente de si estamos determinados o no, porque el Estado debe garantizar un mínimo de confianza mutua en el sentido de la prevención general positiva sostenida por Günther Jakobs, donde lo decisivo no es tanto si se puede (o es legítimo) sancionar, sino más bien cómo hacerlo.⁵⁰ En este sentido, los autores consideran una obligación moral y jurídica ofrecer al delincuente un amplio abanico de medidas de tratamiento que, por respeto al derecho fundamental a la dignidad humana, solo podrían ser aceptadas de modo voluntario y no impuestas. Sólo en el caso de que no fueran aceptadas voluntariamente, la alternativa consistiría en penas de multa o privativas de libertad, como sucede en la actualidad. Además, en su elección jugarían un papel fundamental los conoci-

⁴⁸ G. Merkely Roth, en Grün et al. (eds.), *op. cit.*, p. 68.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 74; G. Merkel, *FS-Herzberg*, 2008, pp. 21 y ss.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 77, 79, 83; G. Merkel, *FS-Herzberg*, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal

mientos de la neurociencia, la psicología y la psiquiatría forense, que hoy ponen de relieve, por ejemplo, que la capacidad de reaccionar al estímulo normativo y la capacidad de guiar el comportamiento conforme a esa comprensión pueden aparecer disociadas entre sí. Por su parte, la peligrosidad debería combatirse con el fin de preservar la seguridad, de modo que en el caso de los autores peligrosos crónicos primero habría que incrementar y agotar las posibilidades de tratamiento y terapia. Cuando, según el nivel de conocimientos actual, no haya un tratamiento posible, no quedaría otra alternativa que la custodia de seguridad, que no tendría que diferenciarse esencialmente del internamiento en hospital psiquiátrico. Con todo ello, concluyen estos autores, no se trata de abolir el Derecho penal, sino de cambiar su configuración actual por uno con un trato más justo y humano respecto del delincuente.⁵¹

3.4. Límites del conocimiento en el proceso penal

Uno de los temas tratados en la última reunión bianual de profesores de Derecho penal en Alemania, celebrada en el año 2009 en Hamburgo, y que giró en torno al mismo objeto de investigación de este trabajo, fue justamente el que enuncia este epígrafe, y el encargado de su exposición fue Winfried Hassemer⁵² El autor ha escrito un magnífico y detallado trabajo cuyas líneas maestras trataremos de exponer a continuación por lo que se refiere a las *posibles consecuencias que para la configuración actual del Derecho penal pudiera tener la neurociencia desde la perspectiva de los límites del conocimiento en el proceso penal*. No es la primera vez que desde las filas del indeterminismo se alude a que la libertad que es posible probar en el proceso penal sí es demostrable, pero llama la atención que un tradicional defensor del principio de proporcionalidad como alternativa a la culpabilidad exponga un alegato indeterminista pese a seguir defendiendo que un concepto de culpabilidad entendido como “poder actuar de otro modo” es insostenible. El razonamiento de este autor se estructura en tres ejes: conocimiento y verdad; conocimiento y responsabilidad, y conocimiento y privacidad. Nos centraremos, por lo que aquí interesa, en los dos primeros:

a) Conocimiento y verdad

La primera pregunta que se hace Hassemer es si las ciencias empíricas han desplazado los límites tradicionales del conocimiento en el proceso penal, o bien exigen una modificación de este tipo. Éste sería el caso en la hipótesis de que el Derecho penal material aportara nuevos elementos para determinar la punibilidad a partir, por ejemplo, de los conocimientos neurocientíficos. En este sentido, reconoce el autor, el desarrollo de los nuevos procedimientos de “lectura” del cerebro han ampliado las posibilidades de búsqueda de la verdad en el proceso penal, por lo que nos sitúan ante una doble pregunta: por un lado dónde y cómo deben aplicarse dichos procedimientos, pero, en primer lugar, si debemos hacer uso de ellos en modo alguno.⁵³ Para tratar de dar una respuesta a esta cuestión el autor considera imprescindible acotar varios vectores:

a.a) La medida de lo que se tiene que saber (*Wissemüssen*) o paradigma procesal de la verdad, partiendo de la base clásica según la cual la justicia es el paradigma del Derecho penal material, mientras que la verdad lo sería del Derecho procesal penal. Entre ambas variables hay una correlación: si la búsqueda de la verdad en el proceso penal fracasa, tampoco se logrará la correcta aplicación del Derecho material por los jueces.

a.b) La medida de lo que está permitido saber (*Wissendürfen*) o Derecho constitucional procesal penal. Señala Hassemer, con toda razón, que no todo lo que podríamos saber nos está permitido, y subraya que ésta es la piedra angular de la regulación de los límites del conocimiento en el proceso penal. Por esta vía el autor trata de argumentar que, en efecto, la búsqueda de la verdad en el proceso penal se lleva a cabo en condiciones estables y bien fundamentadas que necesariamente impiden que las cosas sean esclarecidas de un modo tan minucioso, completo y apegado a la realidad como están acostumbradas las ciencias naturales. La principal prueba de ello son los numerosos derechos de la defensa establecidos por el propio proceso penal, como el derecho a no declararse culpable o a guardar silencio, basados en tres pilares; a saber, los legítimos intereses de las personas afectadas por

⁵¹ G. Merkel y Roth, en Grün *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 91; G. Merkel, *FS-Herzberg*, 2008, pp. 35 y ss.

⁵² Hassemer, “Grenzen des Wissens im Strafprozess”, *ZStW*, 121, 2009, pp. 829 y ss.

⁵³ *Ibidem*, p. 830.

la instrucción, el interés general en la existencia de determinadas profesiones e instituciones, y el principio del justo proceso.

a.c) El concepto de la verdad procesal. A la vista del propio y fundamentado funcionamiento del proceso penal se plantea otra vez la cuestión de qué clase de verdad es la que se averigua en el mismo, si realmente la justicia penal hace un aporte al “esclarecimiento histórico” del proceso y qué relación guarda esto con la pretensión de justicia por parte del Derecho penal material. La respuesta es clara, las constataciones de la justicia penal no son las idóneas para proporcionar una imagen fiable de un suceso, puesto que por todos los condicionantes a que están sometidas resultan cuando menos demasiados selectivas.⁵⁴

a.d) El “arreglo” procesal: entre la duda y la convicción. Para Hassemer son dos los principios que permiten, a pesar de sus limitaciones, que la búsqueda de la verdad en el proceso penal pueda funcionar y que no se carguen sus deficiencias en perjuicio del autor: la libre valoración de la prueba por los jueces, y el principio *in dubio pro reo*. La libre valoración de la prueba en la medida en que reposa sobre la convicción del juez que ha conocido del asunto y no sobre reglas externas. A su vez, el *in dubio pro reo* operaría al nivel del empirismo y de la metodología, toda vez que sitúa nuevamente la convicción del juez en el punto central cuando existen dudas sobre el resultado de las investigaciones, pues duda y convicción se contraponen mutuamente. No se trataría, en cualquier caso, de *duda sobre la rectitud de la aplicación del Derecho o la justicia del pronunciamiento*, sino de duda sobre las constataciones de las circunstancias fácticas. Con ello no se asegura una correspondencia con la imagen correcta de la realidad, sino sólo que aquella parcela real del mundo que se puede acometer con el enjuiciamiento ha sido esclarecida tanto desde el punto de vista empírico como según las respectivas reglas estándar vigentes de las ciencias empíricas.⁵⁵

b) Conocimiento y responsabilidad

En este punto, Hassemer aborda prácticamente lo que hemos llamado un “alegato indeterminista” frente a

los desafíos lanzados por la neurociencia, y lo hace sumándose a otras voces críticas desde la perspectiva de que se trata de un “canto de sirenas” y una disputa desigual y sin consecuencias, con frases lacónicas como la siguiente: “los jueces y abogados deben ejecutar el principio de culpabilidad durante la semana y sólo al llegar el fin de semana pueden pronunciarse fervientemente por el determinismo”.⁵⁶ Hassemer reconoce que “los neurocientíficos trabajan con conocimientos que, en caso de ser correctos, privarían de fundamento a una buena parte de nuestras presunciones sobre el Derecho penal y su mundo, lo que explicaría las reacciones de la Ciencia Penal”.⁵⁷ La razón por la cual los penalistas se encuentran “contra las cuerdas”, entiende este autor, es por la mencionada desigualdad, puesto que los penalistas no participamos de sus métodos de investigación, que no son completamente desconocidos y sólo nos vemos afectados por algunas de sus consecuencias. Este estado de cosas no debería alarmarnos, en vista de que cada ciencia es libre en la determinación de sus objetos, métodos e instrumentos.

Esta línea de pensamiento conduce a Winfried Hassemer a argumentar en torno al “fallo categorial”, que consistiría para él en la vulneración de un principio de la teoría del conocimiento según el cual cada ciencia debería ocuparse sólo de aquello a lo que sus instrumentos le permiten acceder, al tiempo que encontraría respuestas sólo allí donde su instrumentalario permite formular preguntas que corresponden categorialmente con la respuesta. Lo que pertenece al instrumentalario de una ciencia se determina en función de su objeto formal. Pues bien, en tal fallo categorial estarían incurriendo las neurociencias, generando el consiguiente caos, al ir más allá del ámbito al que tienen acceso.⁵⁸ Explicado desde la perspectiva que nos ocupa (el vector conocimiento-responsabilidad), querría decir que muchas ciencias tienen un concepto de libertad elaborado de acuerdo con su estructura y su objeto formal, el cual está basado en determinadas funciones, paradigmas, métodos e instrumentos, y dichos conceptos no coinciden entre sí. Más específicamente, el fallo categorial consistiría en la suposición de que las ciencias que trabajan con métodos

⁵⁴ *Ibidem*, 830.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 840.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 842.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 846.

Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal

empíricos estarían en situación de decidir si existe o no la libertad y, por consiguiente, si las otras ciencias pueden elaborar o no su propio concepto de libertad.⁵⁹

Para Hassemer la estructura de la Ciencia Penal es rica, bien ordenada y acreditada. A la misma pertenece desde siempre el concepto de la responsabilidad hondamente asentado en nuestro entendimiento normativo diario y conectado con un pilar fundamental de la cultura europea: el principio de personalidad y dignidad humana. En particular, en el Derecho penal material se haría efectivo en el principio de la imputación, de modo que sin dicho principio nuestro mundo sería uno completamente diferente tanto en el Derecho como en la vida cotidiana. A esta realidad —concluye—, las ciencias empíricas no tienen un acceso ni inmediato y completo.⁶⁰

Lo sorprendente de la argumentación de Hassemer es, a mi juicio, la afirmación de que a la luz del concepto de responsabilidad que maneja, según el cual la responsabilidad y la imputación no se basan en conocimientos humano-biológicos sino en razones sociales, se alcance la conclusión de que no puede haber mayor conocimiento sobre la libertad ajena o propia que la que resulta de estas últimas. Y no sólo afirma que no puede haberlo, sino que no se necesita para cumplimentar la principal función del Derecho penal, consistente en hacer posible la imputación justa.⁶¹ En este sentido, reconoce que no se puede constatar la culpabilidad en el sentido del clásico alternativismo consistente en “poder actuar de otro modo”, algo para lo que habría que entrar en lo más profundo de la conciencia del individuo, por lo que califica la posibilidad de constatar un “poder actuar de otro modo” en la situación concreta como una “mentira existencial” de los penalistas.⁶² Por otro lado, constata, el § 20 StGB no exige probar tal cosa, sino sólo, en sentido negativo, la ausencia de trastornos que fundamenten la ausencia de culpabilidad. Con todo, reconoce que es justamente este el campo de encuentro entre el Derecho penal y las ciencias empíricas, cuyo estado actual es el resultado de desarrollos a largo plazo en las ciencias empíricas, así como de la decisión jurídico-penal sobre la relevancia de dicho desarrollo para

la imputación de culpabilidad penal. En resumen y literalmente, para Hassemer las causas de exclusión de la culpabilidad deciden sobre aquellos estados de la persona reconocibles y mensurables en el proceso penal que le bastan al Derecho penal para excluir la responsabilidad, motivo por el que determinan a su vez contenidos y límites del conocimiento en el Derecho penal.⁶³

4. Las respuestas de la ciencia del Derecho penal

4.1. ¿Un debate nuevo sobre libertad de voluntad y responsabilidad penal?

En términos generales se puede decir que se ha planteado un nuevo (o al menos renovado) debate sobre libertad de voluntad y responsabilidad penal, por más que los antecedentes de éste sean ya muy antiguos. Sin embargo, en este debate moderno, en el que ahora adquiere un papel protagonista la investigación sobre el cerebro, algunas posturas siguen siendo las de siempre. Como decíamos en la introducción, la Ciencia Penal alemana ha respondido en general “a la defensiva” frente al reto planteado por la neurociencia, del que a grandes rasgos nos hemos ocupado más arriba, aunque también se observan matices en el tono y el alcance de las respuestas.

Una de las posiciones más fuertes (y también mayoritaria) viene de quienes se aferran sin paliativos al punto de vista tradicional, arraigado en la existencia de la libertad voluntad, como punto de arranque y fundamento de todo el sistema penal, el lenguaje de la acción y el lenguaje de la responsabilidad penal, la imputación y la culpabilidad entendida como el poder actuar de otro modo. Autores significativos en este sentido son por ejemplo Hillenkamp o Hirsch, quienes despliegan una serie de argumentos,⁶⁴ de los que nos ocuparemos con detalle al presentarse con frecuencia en muchos de los penalistas que se han ocupado de este tema. Dentro de las posiciones más significativas con “matices de relieve” creo que habría que situar, sin lugar a dudas, la tesis de Günther.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 847.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 849.

⁶¹ *Ibid.*, p. 850.

⁶² *Ibid.*, p. 851.

⁶³ *Ibid.*, p. 853.

⁶⁴ Hillenkamp, *JZ* 7, 2005, p. 313; Hirsch, *ZIS*, 2010, p. 59.

4.2. Los argumentos de la postura tradicional

a) Un tema viejo y no sólo jurídico-penal

Uno de los puntos de vista esgrimidos por Hirsch atiende al hecho de que la libertad de voluntad es un tema tratado desde hace mucho por filósofos, juristas, médicos, científicos de la naturaleza y teólogos. Que los penalistas y los representantes de la psiquiatría forense se hayan ocupado de un modo especialmente intenso a raíz de la cuestión de la culpabilidad se debería sólo a que resulta una parte especialmente llamativa, pero están igualmente envueltos el sistema normativo del Derecho civil, así como el Derecho administrativo, el conjunto de la interacción social, así como el ideal de libertad en su totalidad. Al mismo tiempo, apunta que en este tema se puede llegar hoy a la misma conclusión que ya alcanzara Karl Engisch en su ensayo del año 1963,⁶⁵ en el sentido de que no existe ningún argumento concluyente para ninguna de las dos partes, y hay pocas posibilidades de que se alcance jamás.⁶⁶

b) La no refutación empírica de la libertad de voluntad

Por su parte, Hillenkamp, en un combativo artículo subraya como primera razón para el mantenimiento del Derecho penal de la culpabilidad que *la libertad de voluntad en realidad no ha sido refutada* y ello por los siguientes motivos.

En primer lugar, los propios neurobiólogos, como Roth y Singer, advierten que la investigación sobre el cerebro apenas ha empezado a ocuparse del mundo de las emociones, y que todavía no se dispone de las herramientas necesarias para el análisis del complejo sistema sobre el que se basan la toma de decisiones y las acciones. Por lo tanto, no se trata de una refutación empírica en toda regla de la libertad de voluntad, sino más bien de un “neurocrepúsculo” de resultado incierto.

En segundo lugar, frente al experimento realizado por Benjamín Libet⁶⁷ en 1979, en el que se trataba de demostrar que el “potencial de predisposición” siempre precede a la resolución de voluntad y está cerrado antes de que entre el juego el acto voluntario, se supone que difícilmente pueden extraerse conclusiones para cursos causales complejos no ensayados de manera previa en un experimento de laboratorio con movimientos mínimos previamente determinados. Se resta importancia a los supuestos nuevos descubrimientos diciendo que, en todo caso, las decisiones tengan que ver con procesos neuronales no demuestra que aquéllas vengan determinadas por estos últimos.⁶⁸

Siendo esto así, es decir, dado que ni la existencia ni la inexistencia de la libertad de voluntad ha podido ser demostrada por el momento, para Hillenkamp este *non liquet* supone al mismo tiempo que en realidad los nuevos resultados o conocimientos que resultan de la investigación sobre el cerebro no han cambiado nada en el estado de cosas que se tenía desde hace décadas, en el que el Derecho penal se las apaña en la práctica desde la posición de un “indeterminismo relativo”.⁶⁹ Éste consiste, a grandes rasgos, en la presunción normativa del poder actuar de otro modo, lo que traducido en un sentido “empírico-pragmático” significa, en palabras de Schreiber, “el uso equivocado de un poder, que nosotros nos imputamos recíprocamente en la práctica”.⁷⁰

c) El reduccionismo naturalista y el “vicio categorial”

Íntimamente vinculado a las objeciones anteriores, Hillenkamp habla de un “reduccionismo naturalista” y recurre a la objeción planteada por el teólogo moral friburgués Eberhard Schockenhoff y otros expertos del cerebro como Gerd Kempermann y Hans-Ludwig Kröber del llamado “vicio categorial” (*Kategorienfehler*), con el que se quiere cuestionar la competencia de las neurociencias para pronunciarse de un modo

⁶⁵ Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963, pp. 37 y ss.

⁶⁶ Hirsch, *ZIS*, 2010, p. 60.

⁶⁷ Libet, “Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action”, *Behavioral and Brain Sciences*, pp. 529 y ss. Véanse los numerosos trabajos dedicados a la cuestión de si las acciones se inician de modo preconsciente y, en general, a las teorías de Libet aparecidos recientemente en Sinnott-Armstrong y Nadel (eds.), *Conscious Will and Responsibility. A Tribute to Benjamin Libet*, 2010.

⁶⁸ Hillenkamp, *op. cit.*, pp. 318 ss., y siguiendo a este último, Hirsch, *op. cit.*, pp. 60 y ss.

⁶⁹ Hillenkamp, *op. cit.*, p. 319.

⁷⁰ Schreiber, “Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?”, *Nervenarzt* 48, 1977, p. 244.

Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal

supra-itinerante en los ámbitos de la ética y la filosofía.

En este sentido se ha pronunciado recientemente Hassemer en su crítico e incisivo artículo publicado en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* el 15 de junio de 2010. A su juicio, este vicio categorial es un *pecado mortal en el ámbito de la teoría de la ciencia* y en él incurrir los expertos en biología humana al creer que sus resultados refutan la libertad de voluntad y la responsabilidad, así como aquellos penalistas que creen que aquellos tendrían razón, llegando a la conclusión de que habría que modificar el Derecho penal y medir de modo diferente el conocimiento necesario en el proceso penal.⁷¹

Los neurobiólogos caerían en este vicio metodológico al dar por sentado que las ciencias que trabajan empíricamente podrían decidir si a las otras ciencias les está permitido o no desarrollar su propio concepto de libertad, asunción que presupone necesariamente una —en realidad inexistente— hegemonía sobre las otras ciencias. Para el ex vicepresidente del Tribunal Constitucional alemán, quien ponga en cuestión por las razones que fuere que los seres humanos pueden ser responsables por aquello que hacen, priva no sólo al ordenamiento jurídico, sino también a nuestro mundo, de una clave de bóveda y toca el fundamento normativo de nuestras relaciones sociales, a saber, el reconocimiento como personas.⁷²

d) La experiencia de libertad y el margen de la acción libre

Uno de los argumentos centrales de esta corriente es la *experiencia humana de la libertad* de acuerdo con la observación general de que el ser humano normalmente parte de la convicción de determinar por sí mismo sus acciones. Aun cuando esta impresión fuera

engañosa, muchos autores remiten no obstante a *espacios de juego o márgenes para la acción libre*, sin que nadie haya podido establecer cómo delimitarlos.⁷³

e) Las fatales consecuencias del determinismo

Los autores que argumentan desde el punto de vista tradicional y ven en los nuevos descubrimientos neurocientíficos una amenaza infundada (y si lo fuera, ¿por qué preocuparse?) para los cimientos indeterministas del Derecho penal, del entero sistema normativo y las reglas de interacción social, suelen a su vez remarcar cuáles serían las terribles consecuencias a las que habría que enfrentarse si aquel razonamiento se llevara hasta sus últimas consecuencias. Para preparar esta reacción defensiva se habla de que quienes defienden esta clase de propuestas deterministas opinan que el “sacrificio” del principio de culpabilidad es necesario para liberar al ser humano de una represión presuntamente irracional, presentándose a sí mismos como defensores del progreso.⁷⁴

La realidad, sin embargo, sería bien distinta, en la medida en que surgen para dicho sector *problemas político-criminales de difícil solución*: por un lado habría que volver a un *Derecho penal del resultado* y punir exclusivamente según la medida del resultado producido.⁷⁵ Ello sería necesario para evitar las consecuencias a que se vería abocado un consecuente derecho de medidas. A saber, tendría que dejar marchar libremente a aquellos delincuentes que habiendo cometido uno o varios delitos graves abandonan después en definitiva el camino del crimen y llevan una vida plenamente ordenada y conforme a ley, pues es claro que no precisan tratamiento resocializador alguno; a su vez estaría el problema de la *reacción desproporcionada* frente a los delincuentes reincidentes de poca monta. Por otro lado, la irresponsabilidad tendría que

⁷¹ Hassemer, “Haltet den geborenen Dieb!”, en *Frankfurter Allgemeiner Zeitung* de 15.06.2010, p. 35. El autor expone más ampliamente su punto de vista en Hassemer, *ZStW*, 2009, pp. 829 y ss.

⁷² Hassemer, *Frankfurter Allgemeiner Zeitung*, 15.06.2010, p. 35; véase, asimismo, la réplica de Roth y G. Merkel, “Haltet den Richter!”, *FR-online*, 22.07.2010.

⁷³ Hirsch, *ZIS*, 2010, p. 61, con más referencias. Véase, sin embargo, la acertada reflexión de Sánchez-Andrés “podemos ahora afirmar que la conducta está determinada como cualquier otro proceso de la naturaleza, pero sujeta a una multiplicidad de parámetros y variables tal que no nos es posible, en muchos casos, proyectar al futuro con probabilidad de acierto una respuesta individual o social dada. Es lo mismo que decir que no «nos» es posible predecir, que no es lo mismo que decir que no es intrínsecamente predecible. La conclusión podría ser darle la razón a Minsky y aceptar la idea de que la libertad y el libre albedrío son una ilusión, pero tan constitutivas de nuestro orden que es mejor dejarlo como está. Pero esta opción tendría la misma categoría moral que la de sumarse al creacionismo ante la imposibilidad de falsar la teoría de la evolución en el tubo de ensayo y vista la capacidad de los enunciados bíblicos de mejorar la naturaleza del hombre” (Sánchez Andrés, “El espacio de libertad en el determinismo”, *Revista de Occidente*, núm. 356, 2011, p. 76).

⁷⁴ Hirsch, *ZIS*, 2010, p. 61, con más referencias.

⁷⁵ Hillenkamp, *JZ* 7, 2005, p. 317; Hirsch, *ZIS*, 2010, p. 61.

valer igualmente frente a los jueces y legisladores, anulando la *capacidad de reacción del ordenamiento jurídico* en su totalidad. Al mismo tiempo, como consecuencia de lo anterior, el *orden ético-social* en su conjunto se tambalearía, ya que nadie sería responsable por sus actos. Como consecuencia, los *derechos relacionados con la libertad* y el *ideal de libertad* en sí mismo serían privados de su base.

Esto no es todo, sino que, además, los defensores de este modo de ver las cosas imaginan un escenario apocalíptico en el que la medidas curativas socioterapéuticas se aplicarían con fines puramente preventivos, dando lugar, por ejemplo, a esterilizaciones y castraciones en los delitos contra la libertad sexual, intervenciones en el cerebro, medicación generadora de estados de debilidad en los delincuentes violentos, etc. Por el contrario, apenas cabría pensar en una re-socialización en un sentido humano y comunicativo, pues esta última precisa que se despierte en los delincuentes el sentimiento de responsabilidad por su propio hecho.⁷⁶

f) La carga de la prueba y la concepción normativa de la culpabilidad

Si bien con frecuencia se encuentra el argumento —que sirve de “escapatoria” en muchos casos frente al problema planteado— de que en Derecho penal se trata en realidad de un concepto normativo de culpabilidad y, por ese mismo motivo, de una concepción normativa de la libertad, Hirsch plantea con acierto que esto no puede constituir una solución verdaderamente científica, pues no se trata en realidad de meras diferencias según la disciplina, sino del *pertinente objeto de conocimiento científico*.⁷⁷ Por lo tanto, tampoco se resolvería el problema por la vía de adjudicar la carga de la prueba al determinismo con el argumento de que hay que partir del indeterminismo en tanto no se aporte una prueba definitiva de lo contrario.

g) Función de las normas y libertad subjetiva

Para Hirsch, el motivo por el que la disputa sobre el indeterminismo rebrota constantemente generando

inseguridad en primer lugar a los penalistas está relacionado con el hecho de que no se precisa lo suficiente la cuestión decisiva para el sistema normativo. Esta sería la siguiente: “Si las normas quieren alcanzar a sus destinatarios tienen que tomar a los hombres como ellos se entienden a sí mismos. De lo contrario, caerían en el vacío. Puesto que el hombre se percibe a sí mismo básicamente libre en sus “decisiones de conducta”, ese *autoentendimiento* debe representar el punto de referencia. Las normas sociales no pueden estar en contradicción con el autoentendimiento de sus destinatarios, tal y como ellos lo viven generalmente. Más bien, deben orientarse conforme a su concepto subjetivo del mundo y con ello partir de su *percepción de la libertad de voluntad, no de esta última en sí misma*, como fundamento general del comportamiento humano”.⁷⁸

4.3. La culpabilidad jurídico-penal desde otras perspectivas (Klaus Günther)

a) La culpabilidad como imputación impugnabile

Klaus Günther, en su contribución de 2006, parte, como ya vimos que también hacen otros autores interesados en una visión más bien revisionista, de la constatación que resulta de la observación del sistema legal tanto en la Europa continental como en el sistema anglosajón, de que la culpabilidad no se regula de modo afirmativo, sino negativo, haciendo uso del modelo regla-excepción. En efecto, ni en el StGB ni en el CP se encuentra una definición positiva de qué significa ser culpable, sino sólo el catálogo de circunstancias que la excluyen, en el entendimiento de que en su presencia el sujeto no pudo actuar de otro modo.

En su opinión, la ventaja de tales definiciones negativas consiste en que el legislador no se ve obligado a ajustarse a ningún significado concreto del concepto de culpabilidad con una posiblemente problemática toma de posición sobre la libertad de voluntad.⁷⁹ Según este modelo de la regla-excepción, la culpabilidad sería aquello que queda cuando no concurre ninguna de las excepciones previamente determinadas por el Derecho, lo que ha llevado a H.L.A. Hart a interpre-

⁷⁶ Hirsch, *ZIS*, 2010, p. 63.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 62.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ Günther, *KJ* 39, 2006, p. 118.

Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal

tar el concepto de la “responsabilidad en el Derecho” como un concepto de imputación impugnabile.⁸⁰

b) La culpabilidad como suposición de normalidad

De las consideraciones anteriores se extrae para Günther que el sistema de justicia penal opera con una especie de *suposición de la normalidad*, que se puede impugnar invocando excepciones. La *regla* consiste en aquello que en un marco temporal determinado se verifica regularmente en la población, de modo que a quien no padece uno de los mencionados déficits o se halla en el momento de realizar el hecho en una situación extremadamente apremiante se le considera capaz de actuar conforme al Derecho y de omitir la vulneración de bienes jurídicos. En esto consiste nuestro comportamiento recíproco en la vida diaria, en el autoentendimiento social de la imputación recíproca de responsabilidad, de la que sólo nos apartamos en casos excepcionales fundamentados.⁸¹

Una mirada atenta a la lista de las excepciones, a su heterogeneidad, así como a su variabilidad histórica y cultural, demuestra que no se trata en ningún caso de un conjunto cerrado. Parece ser que sabemos de un modo intuitivo cuándo no es posible subsumir la normalidad (porque se da, por ejemplo, una enfermedad mental), pero en cualquier caso *no conocemos todas las condiciones necesarias y suficientes para la suposición de la normalidad misma*. En este sentido formula Günther la pregunta de si se trata de una regularidad estadística, de una regla normativa, o de ambas.⁸² Para este autor muchos argumentos hablan a favor de lo primero, pues se puede constatar que el concepto de culpabilidad penal descansa en la experiencia de que una mayoría de destinatarios de la norma dispone de un mínimo de capacidad de comprensión y autocontrol, de modo que la suposición de la normalidad parece justificada desde el punto de vista empírico.

Sin embargo, también poseería un *sentido normativo* al menos desde dos puntos de vista. En primer lugar, un “poder” medio determinado no es otra cosa que una decisión fundamentada normativamente.

Esto se vuelve claro, en último término, cuando el legislador debe decidir bajo qué circunstancias se puede hablar de inimputabilidad, esto es, el límite entre lo normal y lo no-normal. Lo interesante aquí es que ya en el primer escalón de la inimputabilidad, el de los *componentes biológico-psicológicos*, no sólo cuenta el estado de conocimiento médico sobre las correspondientes enfermedades, que debe ser de tal naturaleza que permita constatar en el segundo escalón la capacidad de entendimiento y dirección del comportamiento, sino que el conocimiento médico se encuentra con una *política criminal orientada normativamente*. Esta última decide, según sus propios criterios, cómo configurar ese primer escalón, *si éste debe ser un ojo de aguja o un portón de entrada*. Por lo tanto, con este punto de partida, quiere ello decir según Günther que la sola constatación de un cuadro de enfermedad no brinda una respuesta suficiente a la cuestión de la imputabilidad. Aun cuando la depravación social como consecuencia de la desigualdad social hubiera injerido de modo tan grave en la psique del delincuente que apenas pudiera constatar en él capacidad de entender o dirigir su comportamiento conforme a esa comprensión, se le trataría como imputable por la simple razón de que la sociedad así lo quiere.⁸³ Este discurso sobre la culpabilidad revela, sin duda, la dimensión política de ejercicio de control social a través del modo en que se acuñan y utilizan las categorías jurídico-penales en un momento dado por parte de las clases dominantes. Ellas deciden en función de sus intereses qué debe considerarse dentro del concepto jurídico-penal de la culpabilidad (en su caso, imputabilidad) y qué no. En este sentido, *todo concepto de culpabilidad refleja el propio entendimiento normativo de la sociedad que resulta de la crítica y justificación públicas*.⁸⁴

Asimismo, la normatividad de lo normal también queda demostrada en su aplicación al caso particular. A partir del generalizado “poder” medio se llega a un “deber” individual en virtud de la fórmula: si la mayoría en una situación conflictiva del mismo tipo recobra el dominio sobre sí mismos y omite vulnerar la norma, entonces debe hacerlo también el particular.

⁸⁰ Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, 1948-1949, pp. 171 y ss.

⁸¹ Günther, *KJ* 39, 2006, p. 119.

⁸² *Ibidem*, p. 120.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 126.



La suposición de la normalidad no se produce de un modo meramente contrafáctico, sino que la justificación para imputar la culpabilidad jurídico-penal resulta de la fórmula antes mencionada. Esto implica, en último término, un desacoplamiento de la libertad, en cuya virtud el concepto de culpabilidad se sostiene solo debido a su “valor o funcionalidad social”. Desde esta perspectiva, “el poder individual” se convierte en una “ficción necesaria para el Estado”.⁸⁵

5. Las posiciones frente a la libertad de voluntad y las hipótesis de la investigación sobre el cerebro

5.1. Indeterminismo, determinismo y agnosticismo⁸⁶

Con las consideraciones anteriores como telón de fondo, cabe preguntarse, como lo hace Günther, si tiene sentido interpretar el cuadro fáctico-estadístico y normativo descrito desde la libertad de voluntad o, más bien, si en realidad no se hallan tan determinados los hombres a quienes consideramos capaces de culpabilidad como aquellos a los que les faltan las capacidades para considerarlos como tales. Frente a esta cuestión aparecen tres opciones básicas:⁸⁷

a) El indeterminismo

Sus argumentos han sido expuestos más arriba al examinar la manera en que los penalistas que parten de esta base se enfrentan, y con qué argumentos, al reto planteado por la neurociencia. Esta posición plantea el problema fundamental de que la afirmación que le da sustento, a saber, una persona pudo, bajo las condiciones dadas en el momento de realización del hecho, actuar de otro modo a aquel en que realmente lo hizo, no sólo no se puede demostrar, sino que convierte el suceso en una cuestión de la casualidad.⁸⁸

b) El determinismo

Su figura paradigmática es Franz von Liszt, quien caracteriza la imputabilidad como la “determinación normal” por medio de ideas previas y motivos, sean éstos de carácter religioso, costumbres culturales e incluso la amenaza penal. Para él el imputable está tan determinado en su comportamiento como el imputable, de modo que la única diferencia reside en la modalidad de determinación, que en el primer caso es considerada normal y en el segundo no.⁸⁹ Uno de los argumentos más poderosos de Von Liszt frente al indeterminismo es la *afirmación de una libertad de voluntad absoluta* en el sentido siguiente: si nuestro comportamiento no estuviera determinado en modo alguno, la libertad sólo sería posible (imaginable) de modo incondicionado, o, lo que es lo mismo, como un juego del azar. En consecuencia, hacer responsable a alguien por casualidad contradeciría nuestra intuición mucho más abiertamente que el presupuesto determinista.

c) El agnosticismo

Es la tercera salida por la que optan algunos penalistas, entre los que figura significativamente Roxin, quien quiere por esta vía dejar abierto el concepto jurídico-penal de culpabilidad a ambas hipótesis, la determinista y la indeterminista. Para Roxin, como es sabido, hay que entender la culpabilidad como el “comportamiento injusto a pesar de la asequibilidad normativa”.⁹⁰ En efecto, Roxin señala en el correspondiente pasaje de su Manual que cuando se da esta asequibilidad normativa, se parte, sin poder ni querer demostrarlo en el sentido de la libertad de voluntad, de que el autor también tiene la capacidad de comportarse según la norma, por lo que se convierte (automá-

⁸⁵ *Ibidem*, p. 125.

⁸⁶ Véase, entre otras referencias, Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, 1963; McFee, *Free Will*, 2000; Pink, *Free Will. A Very Short Introduction*, 2004; R. Merkel, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2008, pp. 7 y ss., así como las detalladas indicaciones bibliográficas a las que hace referencia el autor en su brillante estudio filosófico-jurídico acerca de las posiciones básicas sobre determinismo y libertad de voluntad; Pothast (ed.), *Seminar: Freies Handeln und Determinismus*, 1978; *Ib.*, *Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise*, 1987; Welzel, “Reflexiones sobre el ‘libre albedrío’”, trad. J. Cerezo Mir, en Welzel, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, 2004, pp. 31 y ss.

⁸⁷ Günther, *KJ* 39, *op. cit.*, pp. 122 y ss.

⁸⁸ Véase, ampliamente, Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005; *Ib.*, *KJ* 39, 2006, p. 123.

⁸⁹ Von Liszt, “Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit-Eine Replik”, *ZStW* 18, 1898, p. 258; *Ib.*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 13ª ed., Berlin, 1903, p. 163.

⁹⁰ Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., Beck, Múnich, 2006, §19/36, pp. 868 ss. Véase ampliamente sobre el concepto de culpabilidad y los fines de la pena en Roxin, con más referencias, Demetrio-Crespo, *Culpabilidad y fines de la pena*, 2008; *Ib.*, *FS-Roxin*, 2011 (en prensa).

Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal

ticamente) en culpable cuando no opta por ninguna de las alternativas de comportamiento que le son accesibles psíquicamente. Según esto —señala Roxin—, los indeterministas pueden estar de acuerdo con la presunción de libertad, que considerarán empíricamente correcta. Pero también los agnósticos como él y los deterministas pueden aceptar la misma fórmula porque en ella no se afirma que el autor pudiera actuar realmente de otro modo, sino sólo que *el autor es tratado como libre en caso de que la capacidad de dirección del comportamiento (y con ella la concurrente asequibilidad normativa) esté intacta*. Esta suposición de libertad es por tanto una *posición normativa*, una regla de juego social, cuyo valor social es, según el autor, *independiente del problema de la teoría del conocimiento y de las ciencias de la naturaleza de la libertad de voluntad*.⁹¹

Sin embargo, esto último es discutible, puesto que, como ha objetado el filósofo Michael Pauen, para un determinista consecuente es cuestionable en qué consiste el valor social de una decisión normativamente fundamentada por la libertad, toda vez que ésta ha sido revelada como una completa ilusión por la neurociencia.⁹² Estos puntos débiles son los que habrían llevado, según Günther, a autores como Jakobs a desvincular totalmente su concepto de culpabilidad de cualquier suposición de libertad. Según esto, se considera culpable a aquel delincuente cuya penalización resulta necesaria para conseguir el fin social que se persigue, sea la intimidación de futuros delincuentes o el restablecimiento de la quebrantada confianza de la generalidad en la vigencia de las normas y la inviolabilidad de los bienes jurídicos.⁹³

5.2 Conservadurismo versus revisionismo

A la vista de las reflexiones anteriores, según Günther, la Ciencia Penal tendría las siguientes opciones frente a las hipótesis de la investigación sobre el cerebro.⁹⁴ Dejar todo como está y *revisar en todo caso sólo los criterios para la concurrencia de una de las enfermedades que excluyen la capacidad de comprender y*

guiar el propio comportamiento a la luz de los nuevos conocimientos de las neurociencias y de las demás ciencias naturales. Esta opción no se apartaría en absoluto de la praxis diaria de la imputación de libertad y responsabilidad de acuerdo con el modelo antes descrito de regla-excepción. A su favor hablaría el hecho de coincidir con el autoentendimiento practicado por la sociedad, así como con las estructuras, instituciones y principios básicos que son constitutivos de una sociedad de ciudadanos libres e iguales conformada de un modo justo.

O bien, *embarcarse en las controversias científicas entre las neurociencias y la filosofía sobre determinismo e indeterminismo para eventualmente modificar el concepto de culpabilidad*. En efecto aquí aparecen de nuevo diferentes versiones sobre un determinismo fuerte y débil, el indeterminismo y un determinismo compatible con el concepto de libertad. El *determinismo en sentido fuerte* obligaría a renunciar, según Günther, a nuestro propio entendimiento de la vida diaria sobre la libertad, y con él a todas las instituciones, principios y estructuras que se basan en él, lo que afectaría no sólo a la culpabilidad sino a todo el Derecho. El *indeterminismo* tendría que verificar, o bien que hay una especie de laguna en el mundo de la naturaleza según la cual es posible llevar a cabo una acción libre en el sentido de una que no tiene una causa, o bien aferrarse a un concepto de libertad metafísico totalmente independiente de la causalidad natural.

De este modo, frente a esas dos posturas más extremas aparecen opciones intermedias, como la del *determinismo normal* al que se vincula el Derecho penal con su modelo de regla-excepción de la imputación de culpabilidad, que consiste en lo fundamental en la presunción de que la actuación libre viene determinada por razones que a su vez se llevan a cabo en virtud de concatenaciones causa-efecto, que sin embargo no cabe reducir a estas últimas ni interpretar como meros epifenómenos de las mismas. La libertad consistiría pues en que la persona sigue intenciones a largo plazo y es capaz de imponerse frente a fuertes impulsos o costumbres profundamente enraizadas.

⁹¹ Roxin, *AT Band II*, 2006, §19/37, p. 868.

⁹² Pauen, *Illusion Freiheit?*, 2004, p. 235.

⁹³ Jakobs, "Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit", en Dieter Heinrich (ed.), *Aspekte der Freiheit*, Regensburg, Schriftenreihe der Universität Regensburg, pp. 69 y ss.

⁹⁴ Günther, *KJ* 39, 2006, p. 127.

Otras propuestas pasan por la *diferenciación de contextos*, de manera que hubiera que diferenciar entre contextos causales guiados por leyes de la naturaleza y contextos de imputación de responsabilidad a personas que actúan, de manera que ambos “juegos del lenguaje” podrían existir paralelamente al cumplir diferentes funciones. En esta línea se mueven asimismo las propuestas que apuntan a la inevitabilidad de la experiencia subjetiva de libertad, para la que existen tanto razones epistemológicas como neurobiológicas. Por último, cabría sacar la radical conclusión de abolir el concepto de culpabilidad del Derecho penal y sustituirlo por categorías neurocientíficas, de modo que en consecuencia se aboliera también la pena para sustituirla por medidas de protección de la sociedad frente a individuos peligrosos.

6. A modo de conclusión

El viejo debate sobre determinismo e indeterminismo ha cobrado actualidad a la luz de las últimas investigaciones realizadas en el campo de la neurobiología, que parecen llevar a la conclusión de que en realidad ningún ser humano tiene ante sí la elección entre actuar bien o mal moralmente, pues la libertad de voluntad es una mera ilusión, y el mal un fenómeno biológico que reside en el cerebro. Como nos recuerda Günther, la función normalizadora de la atribución de responsabilidad y del lenguaje del autocontrol que se emplea para su justificación no es un rasgo *a priori* de la responsabilidad, sino que nace bajo determinadas circunstancias históricas. Dicha historia llevó al desarrollo de un lenguaje de la mente que permitió la organización de discursos filosóficos y científicos sobre sus elementos y las fuerzas que la dirigen.⁹⁵

El renovado debate sobre el determinismo hace surgir la pregunta de hasta qué punto los nuevos descubrimientos pueden provocar un cambio de paradigma en términos de “revolución científica” que cuestione radicalmente la actual cultura jurídica. Si ciertas teorías que explican la conducta humana

niegan de manera absoluta que exista la “conducta voluntaria”, ya que ésta sería una completamente determinada, de ello parecería inferirse la imposibilidad de cualquier justificación del castigo. Se diría que las nuevas investigaciones y descubrimientos confirman en buena medida los presagios a los que algunos autores se habían referido hace tiempo, pese a lo cual sigue siendo poco probable que la configuración actual del Derecho penal se transforme radicalmente, aunque tal vez los nuevos conocimientos sobre el comportamiento humano tengan el *potencial de transformarlo* notablemente: por ejemplo, en cuanto al concreto alcance normativo de las causas de inimputabilidad y las correspondientes propuestas de *lege ferenda*. La culpabilidad, en definitiva, no deja de ser en último término un “constructo” social⁹⁶ y no algo que quepa deducir de la disposición subjetiva del autor.

Ahora bien, *¿hasta dónde puede llegar la duda determinista?* En opinión de Vives Antón, la “duda determinista” no se limita a poner en tela de juicio la culpabilidad, sino que involuntariamente va mucho más allá: todo el lenguaje de la acción quedaría deslegitimado por ella.⁹⁷ Para este autor, la afirmación según la cual la diferencia entre algo que simplemente *sucede* y el hecho de que alguien *actúa* sólo adquiere sentido si la “libertad” —sin negar que sea una de carácter condicionado— existe en un margen determinado que se puede constatar en el proceso penal. Por otro lado, nuestro lenguaje (jurídico) no toma como base el determinismo, sino que se trata de “juegos de lenguaje” que presuponen la libertad.⁹⁸ En nuestra opinión, sin embargo, este eventual argumento a favor del indeterminismo no resulta convincente, sino al revés, sería una prueba más de que la “supuesta” libertad podría radicar sólo (o predominantemente) en el lenguaje, aunque en realidad se trate de una mera ilusión. En este contexto, tiene sentido preguntarse por la rentabilidad que podría tener en el edificio del Derecho penal, en relación con el salto de la *razón teórica* a la *razón práctica*, la *teoría habermasiana del discurso*, como teoría que incorpora los resultados

⁹⁵ Günther, en Burkhardt *et al.*, *El problema de la libertad de acción*, 2007, pp. 116-117.

⁹⁶ Básico, Bunge, *Treatise on Basic Philosophy*, vol. I, *Semantics I: Sense and Reference*, Dordrecht/Boston, D. Reidel, 1974.

⁹⁷ Vives Antón, en Díez Ripollés *et al.* (eds.), *LH-Cerezo Mir*, 2002, p. 232.

⁹⁸ Vives Antón, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 334. Para Ramos Vázquez esto no querría decir, sin embargo, que el lenguaje constituya el reflejo de un mundo en el que el actuar no se halla determinado, sino que nuestros juegos de lenguaje, aquello que efectivamente hablamos, presupone la libertad (Ramos Vázquez, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 376).

del pensamiento del último Wittgenstein en torno al “significado del lenguaje”.⁹⁹

Aunque la Ciencia del Derecho no es por supuesto una Ciencia de la naturaleza, aquella no puede prescindir o hacer total abstracción —a nuestro juicio— de los resultados que se desprenden de la misma, en este caso, de las neurociencias. Por el contrario, habría que tratar de tenerlos en cuenta e incorporarlos al acervo de conocimientos que configuran los particulares “juegos de lenguaje” de nuestro singular universo conceptual. Este último son las “gafas” por las que percibimos la realidad cuyo significado hemos de comprender, en muchas ocasiones sin acierto. Dicha realidad, cada vez más compleja, requiere plantearse si las lentes que usamos nos proporcionan la suficiente “agudeza visual” o, por el contrario, sólo nos permiten tratar las cosas desde una perspectiva parcial y reduccionista, tal vez equivocada. El problema subyacente remite ciertamente al método que inspira el modo de concebir la Ciencia Penal, con una empobrecedora perspectiva (sólo) normativista, sin “ventanas abiertas”, en el que el objeto de estudio es el Derecho penal vigente en sí mismo, o bien, como nos parece correcto, con una atenta mirada a la realidad fáctica que debe regular, sin desechar por tanto el dato ontológico y su comprensión mediante el lenguaje. Por ejemplo, lo que ahora ya sabemos y antes no alcanzábamos a saber (así como, probablemente, lo que intuimos que todavía no sabemos, pero que pronto lograremos conocer) sobre las causas de la delincuencia. En este sentido, para terminar, cabría preguntarse de qué lado recae en realidad el mal llamado “fallo categorial”, del de las ciencias empíricas como las neurociencias y las otras ciencias humanas que estudian el comportamiento humano, por atreverse a “opinar” sobre nuestro “reputado” sistema de atribución de responsabilidad penal, o más bien, del lado del Derecho penal, por operar con demasiada frecuencia sobre una insuficiente y muy endeble base empírica.¹⁰⁰

7. Bibliografía

- Aharoni, Eyal, Chadd Funk, Walter Sinnott-Armstrong y Michael Gazzaniga, “Can Neurological Evidence Help Courts Assess Criminal Responsibility? Lessons from Law and Neuroscience”, *Annals Of The New York Academy Of Sciences*, núm. 1124, 2008, pp. 145-160.
- Bennet, Maxwell, y Peter Hacker, *Philosophical foundations of neuroscience*, Oxford, Blackwell, 2003.
- , “Philosophie und Neurowissenschaft”, trad. J. Schulte, en Sturma (eds.), *Philosophie und Neurowissenschaften*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2006.
- Bennet, Maxwell, Daniel Dennett, Peter Hacker y John Searle, *La naturaleza de la conciencia. Cerebro, mente y lenguaje*, Barcelona, Paidós, 2008.
- Blech, Jörg, y Rafaela von Bredow, “Die Grammatik des Guten“, *Der Spiegel* 31, 2007.
- Bunge, Mario, *Treatise on Basic Philosophy*, vol. I. *Semantics I: Sense and Reference*, Dordrecht/Boston, D. Reidel, 1974.
- Burkhardt, John, “Thesen zu den Auswirkungen des neurophysiologischen Determinismus auf die Grundannahmen der Rechtsgessellschaft”, en Senn y Puskás (eds.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2006.
- , “La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal”, trad. R. Alcacer, en Burkhardt, Günther y Jakobs, *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc [Original: “First-person understanding of action in criminal law”, en Maasen, Prinz y Roth (eds.), *Voluntary action. Brains, Minds and sociality*, Oxford University Press, 2003].
- , “Gedanken zu einem individual- und sozialpsychologisch fundierten Schuldbegriff”, en

⁹⁹ Básico, Habermass, *La lógica de las ciencias sociales*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1990; Ib., *Facticidad y validez*, intr. y trad. M. Jiménez Redondo, Valladolid, Trotta, 1998; ampliamente, Ramos Vázquez, *Concepción significativa de la acción*, 2008, pp. 386 y ss. Destaca Vogel que “la teoría del discurso tiene frente a su gran rival, la teoría de sistemas, la ventaja de que no observa la democracia y el Derecho como un procedimiento de legitimación —funcional— instructivo —teóricamente entendido— a través del proceso desde la perspectiva extraña del observador sociológico. Antes bien, refleja el sentido de normatividad presente en el lenguaje desde la perspectiva del participante” (Vogel, “Legislación penal y ciencia del Derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)”, *RDPC*, 11, 2003, pp. 256-257).

¹⁰⁰ Sobre este particular, véase, Frisch, “Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht“, en Bloy, Bösse y Hillenkamp (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, pp. 239 y ss.

- Bloy, Bösse y Hillenkamp (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot.
- Burns, Kelly, y Antoine Bechara, “Decision Making and Free Will: A Neuroscience Perspective”, *Behavioral Sciences and the Law*, 25, pp. 263-280.
- Crespo, Eduardo Demetrio, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1999.
- , *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, presentación de Carlos Caro Coria, Lima, Grijley, 2008.
- , “El principio de culpabilidad: ¿un Derecho fundamental en la Unión Europea”, en Díez Pícazo y Nieto Martín (coords.), *Los Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Navarra, Aranzadi, 2010.
- , “Schuld und Strafzwecke”, trad. M. Cancio, en Jäger *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlín, De Gruyter, 2011.
- Detlefsen, Grischa (ahora G. Merkel), *Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handels – Perspektive des Schuldprinzips. Konsequenzen neurobiologischer Forschung für das Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006.
- Engisch, Karl, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlín, De Gruyter, 1963.
- Freeman, Michael, “Introduction: Law and Neuroscience”, *International Journal of Law in Context*, 2-3, 2006.
- Frisch, Wolfgang, “Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht”, en Bloy, Bösse y Hillenkamp (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2010.
- García, Eric, “Neurociencia, conducta e imputabilidad”, *Quark*, 39-40, 2007.
- Garland, Brent (ed.), *Neuroscience and the Law. Brain, Mind, and Scales of Justice*, Nueva York/Washington, Danna, 2004.
- Geyer, Christian, “Gerhard Roth, der Bindestrich-Mann”, *Frankfurter Allgemeiner Zeitung*, 28 de junio de 2010.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1980.
- Goodenough, Oliver R., “Responsibility and Punishment: Whose Mind? A Response”, *Philosophical Transactions: Biological Sciences*, vol. 359, núm. 1451, Law and the Brain, 2004.
- Grant, James, “Determinism, neuroscience and responsibility”, *International Journal of Law in Context*, 2-3, 2006.
- Greely, Henry T., “Neuroscience and Criminal Justice: not Responsibility but Treatment”, *Kansas Law Review*, vol. 56, 2007-2008.
- Greene, Joshua, y Jonathan Cohen, “For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything”, *Philosophical Transactions: Biological Sciences*, vol. 359, núm. 1451, Law and the Brain, 2004.
- Günther, Klaus, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Fráncfort del Meno, Univ., Habil.-Schr., 2005.
- , “Hirnsforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff”, *KJ* 39, 2006.
- , “Acción voluntaria y responsabilidad criminal”, trad. R. Alcácer Guirao, en Burkhardt, Günther y Jakobs, *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Buenos Aires, 2007 [Original: “Voluntary Action and Criminal Responsibility”, en Maasen, Prinz y Roth (eds.), *Voluntary Action. Brains, Minds and Sociality*, Oxford University Press, 2003].
- Habermass, Jürgen, *La lógica de las ciencias sociales*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- , *Facticidad y validez*, introd. y trad. M. Jiménez Redondo, Valladolid, Trotta, 1998.
- , “Freiheit und Determinismus”, *DZPhil*, 52, 2004.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, 1948-1949.
- Hassemer, Winfried, “Grenzen des Wissens im Sfraprozess”, *ZStW* 121, 2009.
- , “Haltet den geborenen Dieb!”, *Frankfurter Allgemeiner Zeitung*, 15 de junio de 2010.
- Herzberg, Rolf Dietrich, *Willensunfreiheit und Schuldvorwurf*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010.
- Hillenkamp, Thomas, “Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung”, *JZ* 7, 2005.
- Hirsch, Hans Joachim, “Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre”, en Dannecker *et al.* (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns, 2007.
- , “Zur gegenwärtigen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht”, *ZIS* 2, 2010.

Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal

- Jakobs, Günther, “Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit”, en Dieter Heinrich (ed.), *Aspekte der Freiheit*, Regensburg, Schriftenreihe der Universität Regensburg, 1982.
- , “Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, trad. B. Feijoo Sánchez, en Burkhardt, Günther y Jakobs, *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007 [Original alemán: *ZStW* 117, 2005].
- Jescheck, Hans Heinrich, y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. M. Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002.
- Krauß, Detlef, “Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?”, en Müller Dietz *et al.* (eds.), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- Kuhn, Thomas S., *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1976.
- Kröber, Hans-Ludwig, “Das limbische System-ein moralischer Limbus”, *Frankfurter Allgemeiner Zeitung*, 11 de noviembre de 2003.
- Lampe, Ernst-Joachim, “Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre”, *ZStW* 118, 2006.
- Lelling, Andrew E., “Eliminative Materialism, Neuroscience and the Criminal Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, 1992-1993.
- Libet, Benjamin, “Unconscious Cerebral Initiative and the Role of Conscious Will in Voluntary Action”, *Behavioral and Brain Sciences*, 1985.
- Lüderssen, Klaus, “Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?”, en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2004.
- , “Wer determiniert die Hirnforscher?”, *Frankfurter Rundschau*, 19 de julio de 2010.
- McFee, Graham, *Free Will*, Teddington, Acumen, 2000.
- Mahlmann, Matthias, *Rationalismus in der praktischen Theorie: Normentheorie und praktische Kompetenz*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- Merkel, Grischa, *Grenzen der Freiheit — Bedingungen des Handelns— Perspektive des Schuldprinzips. Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.
- , “Hirnforschung, Sprache und Recht”, en Putzke *et al.* (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2008.
- Merkel, Grischa, y Gerhard Roth, “Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe”, en Grün, Friedman y Roth (eds.), *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 2008.
- Merkel, Reinhard, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, Baden-Baden, Nomos, 2008.
- , “Neuartige Eingriffe ins Gehirn. Verbesserung der mentalen condicio humana und strafrechtliche Grenzen”, *ZStW* 121/4, 2009.
- Monyer, Hannah, Frank Rösler, Gerhard Roth *et al.*, “Das Manifest. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung”, *Gehirn&Geist*, 6, 2004.
- O’Hara, Erin Ann, “How neuroscience might advance the law”, *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B*, 359, 2004.
- Pauen, Michael, *Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*, 2ª ed., Fráncfort del Meno, S. Fischer, 2004.
- , “Das problem des Selbst in den Neurowissenschaften und der Philosophie des Geistes”, en Emil Angehrn y Joachim Küchenhoff (eds.), *Die Vermessung der Seele: Konzepte des Selbst in Philosophie und Psychoanalyse*, Velbrück Wissenschaft, 2009.
- Pauen, Michael y Gerhard Roth, *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2008.
- Pérez Manzano, Mercedes, “Fundamento y fines del derecho penal (Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia)”, *Revista de Occidente*, núm. 356, enero de 2011.
- Pink, Thomas, *Free Will. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2004.
- Pothast, Ulrich (ed.), *Seminar: Freies Handeln und Determinismus*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1978.
- , *Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1987.
- Prats Canut, Josep Miquel, “La culpabilidad: principio y categoría dogmática”, en Quintero Olivares y Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, Aranzadi, 2001.
- Prinz, Wolfgang, “Freiheit oder Wissenschaft”, en Cranach y Foppa (eds.), *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, 1996.

- , “Der Mensch ist nicht frei”, en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2004.
- , “Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution”, *Psychologische Rundschau* 55/4, 2004.
- Pustilnik, Amanda C., “Violence on the Brain: a Critique Neuroscience in Criminal Law”, *Wake Forest Law Review*, 44, 2009.
- Quintero Olivares, Gonzalo, *Locos y culpables*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- Ramos Vázquez, José Antonio, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- Roth, Gerhard, *Das Gehirn und seine Wirklichkeit*, 6ª ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001.
- , *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2003.
- , “Willensfreiheit und Schuldfähigkeit aus Sicht der Hirnforschung”, en Roth y Grün (eds.), *Das Gehirn und seine Freiheit*, 2009.
- Roth, Gerhard, Monika Lück y Daniel Strüber, “Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld aus Sicht der Hirnforschung”, en Lampe, Pauen y Roth (eds.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008.
- Roth, Gerhard, y Grischa Merkel, “Haltet den Richter!”, *Frankfurt Rundschau-online*, 22 de julio de 2010.
- Roxin, Claus, “Das Schuldprinzip im Wandel“, en Haft (ed.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, Müller, 1993.
- , *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., Beck, Múnich, 2006.
- Rubia, Francisco J., “El controvertido tema de la libertad”, *Revista de Occidente*, núm. 356, 2011.
- Sánchez Andrés, Juan Vicente, “El espacio de libertad en el determinismo”, *Revista de Occidente*, núm. 356, 2011.
- Sanz Morán, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, en Díez Ripollés *et al.* (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.
- Searle John, “Free Will as a Problem in Neurobiology”, *Philosophy*, núm. 76, 4, 2001.
- , *Libertad y neurobiología: reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, pról., y trad. Miguel Candel, Barcelona, Paidós, 2004.
- Schindewolf, Dorrit, *Zur Freiheit des Willens. Alte Vorstellungen und neue Erkenntnisse der Neurobiologie*, Múnich, Books on Demand GmbH, 2003.
- Schreiber, Hans-Ludwig, “Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?”, *Nervenarzt* 48, 1977.
- Schünemann, Bernd, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, en Schünemann (ed.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.
- , “La culpabilidad: estado de la cuestión”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000.
- Senn Marcel, y Daniel Puskás (eds.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2006.
- Serrano-Piedecabras, José Ramón, y Eduardo Demetrio-Crespo, “Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el derecho penal”, en Carbonell Mateu *et al.* (eds.), *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Singer, Wolf, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2003.
- , “Veranschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören von Freiheit zu sprechen”, en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2004.
- Sinnott-Armstrong, Walter, y Lynn Nadel (eds.), *Conscious Will and Responsibility. A Tribute to Benjamin Libet*, Oxford University Press, 2010.
- Stompe, Thomas, y Hans Schanda (eds.), *Der freie Wille und die Schuldfähigkeit in Recht, Psychiatrie und Neurowissenschaften*, Berlín, Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2010.
- Strawson, Peter F., “Freedom and Resentment”, reimp. en Waddel Ekstrom (ed.), *Agency and responsibility*, Oxford, Westview Press, 1962.
- Streng, Franz, “Schuldbegriff und Hirnforschung”, en Pawlik (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Colonia/Berlín/Múnich, Heymann, 2007.

Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal

Vives Antón, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

———, “El principio de culpabilidad”, en Díez Ripollés et al. (eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

Vogel, Joachim, “Legislación penal y ciencia del Derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 11, 2003.

Liszt, Franz von, “Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit – Eine Replik”, *ZStW* 18, 1898.

———, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 13ª ed., Berlín, 1903.

Walter, Tonio, “Hirnforschung und Schuld begriff”, en Hoyer et al. (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg, 2006.

Walter, Michael, “Unzulässige Überinterpretation”, *Frankfurter Rundschau*, 5 de julio de 2010.

Welzel, Hans, “Reflexiones sobre el ‘libre albedrío’” trad. J. Cerezo Mir, en Welzel, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, [Original en Bockelmann (ed.), *Festschrift für Karl Engisch*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 1969].

La influencia de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos en el Derecho penal de Uruguay*

Pablo Galain Palermo

Instituto MaxPlanck de Derecho penal extranjero e internacional

RESUMEN: Este informe tiene como objetivo responder a dos preguntas: ¿Uruguay está obligado a cumplir con las decisiones y resoluciones de los principales órganos interamericanos de protección de los derechos humanos?, y ¿en qué argumentos jurídicos se fundamenta dicho cumplimiento? El análisis de esta cuestión comprende la recepción y ejecución por parte de las autoridades nacionales de las decisiones interamericanas que incumben al Estado uruguayo en materia de responsabilidad por violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). El informe no pretende responder a la pregunta de sobre si la jurisprudencia uruguaya se adhiere a los fundamentos o razones del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, sino a otra cuestión específica: ¿la decisión misma ha sido cumplida o desatendida por el Estado uruguayo? Todo el análisis se lleva a cabo con una mirada crítica en relación con algunas exigencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) referidas a cuestiones de derecho penal y de los derechos materiales y formales de los justiciables.

PALABRAS CLAVE: Interpretación judicial, ejecución, derechos humanos, principios superiores del derecho, justicia.

* Cuenta Ángel de Saavedra y Ramírez de Baquedano, también conocido como el Duque de Rivas, que Carlos I (Carlos V fuera de España) quiso obligar al Conde de Benavente a alojar al primo de éste, que había sido un traidor, pero con el que tenía comunes intereses políticos. Carlos I le ordenó al conde que alojara al primo, como voluntad mayestática que el conde debía cumplir. Ante la orden del Rey respondió: “Soy, señor, vuestro vasallo, Vos sois mi rey en la tierra, A vos ordenaros cumple De mi vida y de mi hacienda. Vuestro soy, vuestra mi casa, De mí disponed y de ella, Pero no toquéis mi honra Y respetad mi conciencia. Mi casa Borbón ocupe Puesto que es voluntad vuestra, Contamine sus paredes, Sus blasones envilezca; Que a mí me sobra en Toledo Donde vivir, sin que tenga Que rozarme con traidores, Cuyo solo aliento infesta. Y en cuanto él deje mi casa, Antes de tornar yo a ella, Purificaré con fuego Sus paredes y sus puertas”. Y culmina el romance tercero: “Quedó absorto Carlos Quinto. De ver tan noble firmeza, Estimando la de España. Más que la imperial diadema”. Véase Ángel de Saavedra, Un castellano leal (romance tercero), <http://www.camagueycuba.org/cienpoesias/75.html>. Agradezco a Gastón Chaves la cita literaria y a Gustavo Rojas Paez por la sugerente discusión.

Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal

ABSTRACT: *This report aims to answer two questions: Is Uruguay obliged to comply with the decisions and resolutions of the major Inter-American bodies for the protection of human rights? And on what legal arguments is such compliance based? The analysis of this matter involves the reception and implementation by national authorities of Inter-American decisions concerning the Uruguayan government liability for violations of the American Convention on Human Rights (ACHR). The report does not intend to answer the question of whether Uruguayan law adheres to the grounds or reasons of the Inter-American system of human rights protection, but it does address another specific question: Has the decision itself been met or neglected by the Uruguayan government? The analysis is carried out with a critical perspective on some requirements of the Commission regarding issues of criminal law, and the formal and material rights of individuals.*

KEY WORDS: *Judicial interpretation, execution, human rights, higher principles of law, justice.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. La relación entre Uruguay y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. III. Dictámenes del Sistema Interamericano sobre Uruguay. IV. La relación entre la obligación de cumplir con los dictámenes y las condenas del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos en el orden jurídico nacional. V. Derechos humanos e interpretación judicial. VI. Los controles de constitucionalidad y de convencionalidad: aplicación del Derecho como lucha de resistencia y límite a la política. VII. A modo de conclusión.*

I. Introducción

Esta contribución consta de dos secciones que no están directamente relacionadas entre sí, pero que son necesarias para explicar las decisiones que toma la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por medio de los órganos judiciales uruguayos. En la primera parte se explica la incorporación y recepción del Derecho internacional de derechos humanos al orden interno, y en la segunda se analizan los efectos de estas decisiones en el ordenamiento penal material y formal, en la praxis jurisprudencial y en los otros poderes del Estado.

Los conceptos de *decisión* y de *resolución* se consideran de forma amplia y guardan relación con todo aquello que ha sido ordenado o resuelto por la CIDH como reparación en un caso contencioso (la parte resolutoria de la sentencia), con lo aconsejado por la CIDH en una Opinión Consultiva y con lo recomenda-

do por la Comisión de Derechos Humanos (ComIDH) al término de un informe (artículos 50 y 51 de la CADH). Por cuestiones de tiempo y espacio el informe se concentra en las resoluciones firmes de la CIDH contra Uruguay, en particular en la sentencia del Caso Gelman. De esta manera, el objetivo final no pretende definir si existe una tendencia de cumplimiento o incumplimiento, sino determinar si Uruguay ha cumplido con la sentencia del caso Gelman.

II. La relación entre Uruguay y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos

Uruguay está sometido a la legalidad nacional e internacional por medio del principio de legalidad¹ pero, sobre todo, está sometido a principios democráticos y de justicia que deben ser considerados al momento de la interpretación y aplicación del derecho en ge-

¹ Véase Galain Palermo, Pablo, "Principle of legality (*nullum crimen sine lege*) in Uruguay", Sieber, Forster y Jarvers (eds.), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, vol. 2.1, Duncker & Humblot, Berlín, 2011, pp. 137 y ss.

neral.² La República Oriental del Uruguay tiene una larga historia democrática y se ha caracterizado por el respeto del principio del Estado de Derecho (*rule of law*); de ello, la temprana vocación de adherirse a casi todos los tratados y convenciones internacionales relativas a los deberes de protección de los derechos humanos.³ Así, el 11 de junio de 1969 ratificó e introdujo en el ordenamiento jurídico nacional (Ley 13.751) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (y su Protocolo Facultativo), y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴ En cuanto al Derecho penal internacional y la prohibición de cometer crímenes internacionales, Uruguay se adhirió al Estatuto de Roma el 19 de di-

ciembre de 2000 y lo ratificó el 28 de junio de 2002. La Ley 18.026 del 25 de septiembre de 2006 implementó en el orden jurídico nacional los crímenes internacionales competencia de la Corte Penal Internacional y las reglas de colaboración con la Corte.⁵

El Tratado Interamericano que dio nacimiento a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) tuvo lugar el 22 de noviembre de 1969; la CADH entró en vigor el 18 de julio de 1978 (artículo 74.2), y la CIDH entró en vigencia en 1979.⁶ Uruguay se adhirió a esta última y lo ratificó mediante la Ley 15.737 el 8 de marzo de 1985.⁷ A partir de la sanción de esta ley Uruguay aceptó la jurisdicción de la CIDH⁸ y al órgano político

² El principio general de derecho internacional en esta materia es el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que exige a los Estados partes en un tratado el cumplimiento de buena fe de las obligaciones asumidas (*pacta sunt servanda*).

³ Uruguay es miembro fundador de la Organización de Naciones Unidas (ONU, 26 de junio de 1945) y de la Organización de Estados Americanos (OEA, 5 de mayo de 1948), y fue el primer Estado en el mundo en aceptar sin reservas la jurisdicción obligatoria Corte Permanente de Justicia (CPJ) y de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En cuanto a la protección de los derechos humanos, se adhirió a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, 2 de mayo de 1948) y a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 10 de diciembre de 1948). La Ley 13.482 ratificó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG, 30 de junio de 1966); la Ley 13.751 implementó el Pacto Internacional y Protocolos adicionales sobre Derechos Humanos y Derechos Civiles y Políticos (PIDHDCP, 11 de julio de 1969). Uruguay ratificó la Convención de la Haya de 1907 y de 1954, las cuatro Convenciones de Ginebra (ratificadas en 1864, 1906, 1929 y 1949) y sus Protocolos adicionales (I, II de 1977 y III de 2005). La Ley 16.294 ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST, 11 de agosto de 1992); la Ley 15.798 ratificó la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CTOTPCID, 19 de marzo de 1996), y la Ley 17.914 (28 de octubre de 2005) ratificó el Protocolo de la Asamblea General ONU relativo a este crimen. Uruguay se adhirió a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) el 9 de diciembre de 1985, que entró a regir el 28 de febrero de 1987. La Ley 17.347 ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (CICGCLH, 13 de junio de 2001, publicada en el Diario Oficial el 19 de junio de 2001); mientras que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) fue ratificada en 1994. Véase Galain Palermo, Pablo, "Comparative legal classification and international ties in Uruguay", en Sieber, Jarvers y Silvermann (eds.), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, Duncker & Humblot, Berlín, en prensa.

⁴ Asamblea General de Naciones Unidas (16 de diciembre de 1966). Con el regreso de la democracia, entre otros, en diciembre de 1985 fue ratificada la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CTOTPCID); la Ley 16.279 implementó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a Abolir la Pena de Muerte, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989. La Ley 17.914 implementó el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2002.

⁵ Véase Galain Palermo, Pablo, "Uruguay", en Ambos, Malarino y Woischnick (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, pp. 403 y ss.

⁶ La CADH se registró en la ONU el 27 de agosto de 1979 con el núm. 17955.

⁷ La Ley 15.737 fue publicada en el Diario Oficial el 22 de marzo de 1985. El instrumento de ratificación de 26 de marzo de 1985 fue depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la OEA. Según el sitio web de la CIDH, Uruguay firmó el Tratado el 22 de noviembre de 1969, ratificó la adhesión el 26 de marzo de 1985, y depositó el Tratado el 19 de abril de 1985 RA, que es la fecha en la que se considera que aceptó la competencia de la CIDH y la ComIDH. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos3.htm>. Ésta fue la misma ley que amnistió a los presos políticos de la dictadura cívico-militar, una ley con una carga simbólica de real significancia en relación con la protección de los derechos humanos. A partir de este momento, en Uruguay se adquirió una visión de los derechos humanos relacionada con los presos políticos, pero alejada de los ciudadanos. Hace falta una visión amplia de los derechos humanos para situaciones cotidianas en las que el Estado democrático lesiona los derechos protegidos en la CADH. El mejor ejemplo es la sistemática violación de la CADH llevada a cabo por los jueces uruguayos en la aplicación de los derechos de la defensa durante los procesos penales por delitos comunes. En cuanto a la adhesión al sistema interamericano, Uruguay ratificó la CADH bajo condición de reciprocidad: "En el instrumento de ratificación de fecha 26 de marzo de 1985, depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la OEA, el gobierno de la República Oriental del Uruguay declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, bajo condición de reciprocidad, de acuerdo con lo establecido en sus artículos cuarenta y cinco, párrafo tres, y sesenta y dos, párrafo dos".

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la ComIDH.⁹ Así las cosas, Uruguay se sometió voluntariamente a la jurisdicción del sistema interamericano de protección de los derechos humanos a partir del 8 de marzo de 1985,¹⁰ cuyas resoluciones deben ser cumplidas.¹¹

El orden jerárquico nacional ubica a la Constitución en la cúspide de la pirámide jurídica, seguida en su orden por la ley y los decretos. En cuanto a los tratados internacionales, hasta hace muy poco tiempo habían sido jerarquizados por debajo de la Constitución y con el mismo rango que la ley; estaban, por ende, sometidos a la regla de la temporalidad (una ley posterior deroga una ley anterior).¹² En el ordenamiento jurídico uruguayo la Suprema Corte de Justicia (SCJ) es el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad de la ley, así como el control de

convencionalidad entre las leyes nacionales y el texto de la CADH.¹³ La jurisprudencia más reciente de la SCJ ha dado por culminada la disputa teórica en relación con el valor de los tratados internacionales (Sentencia SCJ 365/2009, caso Nidia Sabalsagaray) y ha dado congruencia al “ordenamiento” jurídico uruguayo, muchas veces sometido por políticas (jurídicas, criminales) dominadas por la oportunidad para brindar “respuestas” a problemas concretos que han traído como consecuencia un orden jurídico deslavadado que es aplicado sin uniformidad de criterios.¹⁴

En el ordenamiento jurídico uruguayo no existe ninguna norma que determine la forma de cumplimiento de las decisiones de los órganos supranacionales de contralor de los derechos humanos.¹⁵ La puerta de entrada de las decisiones relacionadas con los derechos inherentes a la personalidad humana la

⁸ Véase que la CIDH tiene potestades para determinar el alcance de su propia competencia (artículo 62.3 de la CADH), a la que Uruguay se ha sometido voluntariamente. Ahora bien, la interpretación de la CADH debe llevarse a cabo según su objeto y fin, y si bien no está sujeta a limitaciones que no hayan sido específicamente determinadas por los Estados de acuerdo con los términos del artículo 62 de la CADH, los jueces de la CIDH son intérpretes y no legisladores en la materia.

⁹ Reconocimiento de Competencia: En el instrumento de ratificación de fecha 26 de marzo de 1985, depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la OEA, el gobierno de la República Oriental del Uruguay declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *por tiempo indefinido* y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la *interpretación o aplicación* de esta Convención, *bajo condición de reciprocidad*, de acuerdo con lo establecido en sus artículos cuarenta y cinco, párrafo tres, y sesenta y dos, párrafo dos. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos3.htm>

¹⁰ Este “sometimiento” a la competencia del sistema interamericano abarca las recomendaciones de la ComIDH y las sentencias de la CIDH. Del mismo modo, se somete a la interpretación que hace la CIDH del texto de la CADH no sólo en los casos en los que Uruguay es parte denunciada, sino en todos los casos sometidos a la jurisdicción de la CIDH.

¹¹ Así opina la doctrina, véase Rizzo, Martín. “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”, *Estudios Jurídicos* 9, 2011, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, p. 75; Ochs Olazábal, Daniel, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman con Uruguay”, *La Ley Uruguay*, IV, 7, julio de 2011, p. 881; Blengio Valdés, Mariana, “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman contra Uruguay”, *Revista de Derecho Público*, 39, FCU, Montevideo, 2011, p. 146; y la jurisprudencia, por todos, SCJ, Sentencia 365/2009 (Caso Sabalsagaray).

¹² La mayoría de la doctrina uruguaya asume la pirámide kelseniana que ubica a la Constitución por encima de cualquier otro instrumento jurídico. Por todos, Martins, Daniel, “La supremacía de la Constitución y la ley de ordenamiento territorial”, Vázquez, María (coord.), *Estudios en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo, 2011, p. 519; Korzeniak, José, “La interpretación en la teoría pura del derecho de Kelsen”, *ibidem*, pp. 1049 y ss. La jurisprudencia, a partir de la Sentencia de la SCJ en el caso Sabalsagaray de 2009, ha comenzado a aceptar la validez suprallegal de los instrumentos de protección de los derechos humanos.

¹³ Según se desprende del análisis de la jurisprudencia de la CIDH a partir del caso Almonacid Arellano: “El ‘control de convencionalidad’ es definido entonces como una herramienta jurídica de aplicación obligatoria *ex officio* por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte”. Ibáñez Rivas, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos* 2012, p. 108. Disponible en: <http://www.revfono.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725>. La CIDH reitera estos parámetros en el Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 193, aunque agrega que en “las instancias democráticas” también debe primar un “control de convencionalidad”, cuya aplicación caracterizó como “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”. Caso Gelman, párr. 240.

¹⁴ Esta política criminal del “golpe y porrazo”, sin embargo, no explica la coexistencia en un mismo orden jurídico de un Código General del Proceso, que es un Código Procedimental Tipo o Modelo para toda Iberoamérica (CGP) y un Código del Proceso Penal (CPP) promulgado durante la dictadura (1980), que viola la CADH. Véase ComIDH. Informe No. 86/09 Caso 12.553 Fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>.

¹⁵ El cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos de protección es un problema que no tiene solución en el texto de la CADH y que depende de la buena disposición de cada Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Nótese que la primera sentencia de la CIDH (Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras), emitida el 21 de julio de 1989 fue cumplida el 10 de septiembre de 1996. Sobre el tema, Mondragón, Salvador, *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2007, pp. 51 y ss., y 59. Según la doctrina uruguaya las sentencias de la CIDH deben ser cumplidas en el orden interno por la Administra-

componen los artículos 72¹⁶ y 332 de la Constitución.¹⁷ La conclusión más relevante es que las decisiones interamericanas deben ser integradas al ordenamiento jurídico uruguayo como si se tratara de la integración de normas constitucionales, que el vacío legal no impedirá el cumplimiento de tales decisiones¹⁸ y que, por lo tanto, estas cuestiones tienen jerarquía supra legal.

El cumplimiento y la ejecución de las sentencias de la CIDH son materia del Derecho interno (artículo 68 de la CADH), y están a cargo de los órganos encargados del control de convencionalidad de la normativa nacional con el Derecho internacional.¹⁹

III. Dictámenes del sistema interamericano sobre Uruguay

Uruguay ha sido condenado en dos oportunidades por la CIDH. La primera condena tuvo lugar en 2011 por un crimen de lesa humanidad en el marco del Plan Cóndor (caso Gelman vs. Uruguay), y la segunda el 13 de octubre de 2011 por la falta de protección material de los justiciables en relación con el sistema jurídico

uruguayo (caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas).

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha servido para crear conciencia en Uruguay en relación con la debida protección de los derechos de todos los justiciables frente al Estado, así como para que se preste mayor atención a las víctimas de los delitos, sobre todo cuando el autor de los mismos es el Estado devenido en criminal (Caso Gelman) o cuando el Estado deja de ser garante en la protección y satisfacción de los intereses de los individuos que habitan su territorio (Caso Barbani Duarte y otros).²⁰ Junto con estas condenas hay que valorar la resolución 86/09 de la ComIDH (Caso Jorge, José y Dante Peirano Basso), que obliga a Uruguay a modificar su sistema procesal penal para ajustarlo a la CADH. Todas estas decisiones han sido fundamentales para que la SCJ planteara la adecuación de la justicia uruguayana a la nueva interpretación de los derechos humanos, para la reconsideración de las víctimas de los delitos y para que en Uruguay se considere necesario el respeto de los derechos humanos de las personas sometidas a la justicia penal.

ción que tiene que utilizar todos los medios disponibles para ejecutarlas, de modo de no incurrir en denegación de justicia. Véase Ruocco, Graciela, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de la Sentencia Anulatoria”, en Delpiazzo, Carlos (coord.), *Transformaciones actuales de Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 2010, p. 88.

¹⁶ Véase Cagnoni, José y Mariana Blengio, “Los derechos humanos en la Constitución”, en Blengio, Mariana, *Código de derechos humanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 31; Riso, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2011, pp. 32 y ss. Sin embargo, hay quienes aún aceptando que dicho artículo 72 es la puerta de entrada al sistema nacional, no admiten jerarquía constitucional a los tratados internacionales; véase Gros Espiell, Héctor, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el art. 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 155. Lo interesante es que este artículo fue incorporado en la Constitución de 1918 y desconocido o no aplicado durante décadas, a tal punto que a fines de los cincuenta adquirió importancia teórica y sólo en la primera década del siglo XXI tuvo importancia práctica. Esta norma responde a dos filosofías políticas antagónicas: el liberalismo personalista, y el republicanism. Según Sarlo, se trata de un tipo ideal cuya invocación retórica sin mayor justificación filosófica-política puede derivar en una arbitrariedad. Véase Sarlo, Óscar, “Derechos, deberes y garantías implícitos en la Constitución Uruguaya. Un análisis de filosofía política y epistemología del derecho”, *Estudios en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, *op. cit.*, p. 1099.

¹⁷ Artículo 332 de la CU: “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”. Según este artículo, las decisiones de los órganos interamericanos que reconozcan derechos a los individuos y/o que impongan deberes a las autoridades públicas tienen que ser aplicados como dispongan las leyes, o en su defecto, los principios generales del Derecho e incluso la doctrina.

¹⁸ Incluso ante un vacío legal la Constitución no establece preferencia entre las distintas formas de integración. Véase Korzeniak, José, “La interpretación en la teoría pura del derecho de Kelsen”, *op. cit.*, p. 1055.

¹⁹ La CIDH supervisará el cumplimiento por medio de las audiencias de supervisión del cumplimiento de sentencias, y en caso de no cumplimiento podrá denunciarlo ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en su informe anual (artículo 65). Para los incumplimientos estatales de las sentencias de la CIDH no hay un mecanismo de ejecución internacional ni se disponen las sanciones del caso, mientras que en el ámbito de la ComIDH se aplica el artículo 51 de la CADH. En realidad las consecuencias de un incumplimiento a una sentencia de la CIDH son políticas y tienen que ver con las relaciones internacionales y con la posición del Estado en el orden internacional. Lo que no resulta del todo claro es si estos controles de convencionalidad también incluyen las interpretaciones del texto de la CADH que realice la CIDH.

²⁰ Esta sentencia de condena es muy oportuna para obligar al Poder Judicial a llevar a cabo juicios de control de convencionalidad que devienen necesarios en un país que no se caracteriza por la eficiencia y la racionalidad en sus políticas legislativas.

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

Entre los aspectos fundamentales de la sentencia del Caso Gelman, la CIDH ordenó a Uruguay remover el obstáculo jurídico que significa la Ley 15.848 (del 22 de diciembre de 1986), conocida como Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley de Caducidad), para que fuera posible sin previa decisión política del Poder Ejecutivo la persecución penal de las violaciones contra los derechos humanos.²¹ En Sentencia de febrero de 2011 la CIDH determinó la nulidad de la Ley de Caducidad uruguaya por su contrariedad con la CADH, considerando que la misma no pudo surtir ningún efecto y ordenó al Estado uruguayo no sólo su remoción del orden jurídico, sino la eliminación de todos los obstáculos que impidan la investigación de los hechos y la condena de los autores de los delitos (párr. 254). Dicha sentencia fue todavía más allá en sus consideraciones y soslayó incluso la imputación penal que hubiera correspondido aplicar a los presuntos autores, es decir, la CIDH no sólo condenó al Estado uruguayo por la grave violación de los derechos de las víctimas, sino que sugirió incluso la imputación penal de los individuos que las cometieron.²² De esta manera la CIDH ingresa al ámbito jurídico penal y a juzgar conductas individuales, propone la condena de determinados sujetos y sugiere incluso la imputación respectiva. Así, la CIDH, para una conducta criminal que tuvo un comienzo de

ejecución en la década de 1970, propone la imputación del crimen de desaparición forzada de personas (incorporado en el ordenamiento jurídico uruguayo por la Ley 18.026 de 2006), sin resolver previamente la cuestión dogmática acerca de la naturaleza penal de este delito y sobre el posible impedimento de la prohibición de irretroactividad de la ley penal. Además, la CIDH exige la remoción de cualquier obstáculo legal que impida la persecución penal de los autores de crímenes internacionales o de graves violaciones a los derechos humanos cometidas décadas atrás.²³ Es decir, la CIDH predispone a la jurisdicción penal uruguayo a un conflicto interno con las disposiciones jurídicas nacionales que serán aplicadas según una interpretación “más flexible” o, incluso, “*prajudicio reo*” de los principios y garantías que tienen los justiciables, para cumplir con un objetivo punitivo que está legitimado por una obligación internacional del Estado de satisfacer los derechos de las víctimas. En este caso, un derecho de la víctima a que se castigue al delincuente.²⁴

Por lo general, las observaciones de la ComIDH²⁵ (y de otros organismos de derechos humanos de la órbita de ONU) contra Uruguay se han centrado en la Ley de Caducidad, que se considera un obstáculo para la investigación penal de graves violaciones de los derechos humanos.²⁶ En ese sentido, la sentencia del caso

²¹ Esta ley contraria a la Constitución desde su promulgación pretendió evitar un posible levantamiento de las fuerzas armadas contra el accionar de la justicia penal una vez recuperada la democracia. La ley tenía que cumplir con un objetivo político y así fue interpretado por la SCJ al resolver la solicitud de inconstitucionalidad en 1988, que en decisión dividida descartó que se tratara de una amnistía y que fuera contraria a la Constitución. Véase Fernández, Gonzalo (autor), Eser, Arnold y Sieber (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Teilband II*, Duncker & Humblot, Berlín, 2007, pp. 446 y ss.; Arnold, Simon y Woischnick (eds.), *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, UNAM, México, 2006, p. 264; Galain Palermo, Pablo, “La justicia de transición en Uruguay: un conflicto sin resolución”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, 2011, pp. 221-270. La ley también sobrevivió al pronunciamiento popular del Referéndum de 1989, coincidiendo en opinión la mayoría de integrantes de la SCJ con el pueblo uruguayo. Veinte años después (17 de octubre de 2009), la SCJ cambió de opinión y declaró la inconstitucional de los artículos 1, 3 y 4 de la ley (Caso Sabalsagaray). Una semana después, un Plebiscito volvió a refrendar la vigencia de la ley, rompiendo esta vez con el consenso entre la opinión judicial y la voluntad popular. El 25 de octubre de 2009 se sometió a consideración de la ciudadanía, mediante el mecanismo de “iniciativa popular”, un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declararía nula la Ley, propuesta que sólo alcanzó 47.7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada. Véase CIDH. Caso Gelman, párr. 149.

²² Véase Galain Palermo, Pablo, “Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, de próxima publicación.

²³ Más adelante haré referencia a estos y otros aspectos de esta sentencia de condena que no se conciden con el texto de la CADH en cuanto a las atribuciones de la CIDH y en cuanto a una posible lesión del artículo 9 de la CADH.

²⁴ Sobre el tema, en sentido negativo, Hassemer, Winfried y Reemtsma, Jan Philipp, *Verbrechensopfer-Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, München, 2002; Galain Palermo, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

²⁵ La ComIDH sostuvo que la Ley de Caducidad es violatoria del artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), así como de los artículos 11, 8.1 y 25.1 de la CADH. Informe núm. 29/92, Uruguay, OEA/Ser.L/V/II/82, Doc. 25 de 2 de octubre de 1992, párr. 54.

²⁶ El Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) se pronunció en diversas oportunidades sobre la incompatibilidad de la referida ley con el derecho internacional de los derechos humanos, tanto en observaciones generales al Estado uruguayo como en casos concretos presentados ante el órgano. El comité alienta al Estado parte a que promueva y facilite oportunidades para examinar la cuestión dentro del país, a fin de encontrar una solución que se ajuste plenamente a las obligaciones que incumben a Uruguay en virtud del

Gelman puede considerarse el punto culminante o el golpe de gracia contra este mecanismo de justicia de transición.

La segunda sentencia de condena provino del caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 13.10.2011, por violaciones contra el debido proceso en relación con la crisis bancaria y económica de 2002, principalmente por violación al derecho de las víctimas a ser oídas en el ámbito de protección material (artículo 8.1 de la CADH). En tal sentido, este derecho implica no sólo “un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales”, sino también que “ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido”. De esta manera, el Estado no cumple con sus obligaciones de un proceso ajustado a Derecho cuando brinda a los justiciables determinados procedimientos, sino sólo cuando ellos se ajustan a la finalidad para la que fueron creados. Algo así como que los procedimientos ofrecidos sean eficaces o sirvan para producir los resultados que se enuncian previamente como aptos para ser alcanzados mediante este procedimiento.²⁷

Así las cosas, el sistema interamericano exige a Uruguay determinados estándares en su normativa que requieren de controles permanentes y de la consiguiente adecuación al texto de la CADH para que no

haya violación de los derechos humanos. La sentencia del caso *Barbani* y la resolución de la ComIDH en el caso *Peirano Basso* de adaptación del proceso penal uruguayo al texto de la CADH son la muestra más evidente de que Uruguay debe cumplir con el control de convencionalidad de parte de su orden jurídico en relación con el texto de la CADH.²⁸

IV. La relación entre la obligación de cumplir con los dictámenes y las condenas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el orden jurídico nacional

Uruguay tiene una historia apegada al Estado de Derecho y al respeto de los derechos humanos, incluso como impulsor a nivel internacional de muchos de esos tratados. El mayor distanciamiento entre el Estado y el respeto de los derechos individuales se produce con la dictadura cívico-militar (1973-1985) que dejó como legado el sistema procesal penal vigente. Las graves violaciones cometidas durante este tiempo dieron lugar a reclamos de las víctimas, dictámenes de los organismos internacionales e incumplimientos (o cumplimientos parciales) por parte del Estado uruguayo de sus obligaciones relacionadas con el cuidado de los derechos humanos. El déficit que existe en Uruguay en relación con la protección de los derechos humanos es normativo (su principal ejemplo es el Código del Proceso Penal) y ejecutivo, si bien en este último aspecto los mayores o menores índices de cumplimiento o ejecución han variado con el tiempo

Pacto. Véanse observaciones del Comité de Derechos Humanos de fecha 19 de julio de 1994 sobre la comunicación 322/88 presentada por Hugo Rodríguez. Véase Cagnoni, José, y Blengio, Margarita, “Los derechos humanos en la Constitución”, en Blengio, Mariana, *Código de Derechos Humanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 32; reiterado en la observación final del Comité de Derechos Humanos de 8 de abril de 1998, *ibidem*, p. 15. La ley de caducidad ha dominado la discusión política y jurídica durante todo el proceso de justicia de transición uruguayo. En realidad ella no puede ser considerada una amnistía sino, como me he pronunciado, un mecanismo de justicia de transición. Véase Galain Palermo, Pablo, “La justicia de transición en Uruguay: un conflicto sin resolución”, *op. cit.*, p. 258; “Transitional Justice in Uruguay: Different Mechanisms Used by Uruguay as a Reaction against Crimes Committed in the Past”, International Crime & Punishment Film Festival, 23-30 de septiembre de 2011, Academic Papers, University of Istanbul, p. 146. Sobre el tema, Lessa, Francesca, y Fried, Gabriela, “Las múltiples máscaras de la impunidad: la Ley de Caducidad”, en Lessa, Francesca, y Fried, Gabriela (comps.), *Luchas contra la impunidad. Uruguay 1985-2011*, Trilce, Montevideo, 2011, pp. 31 y ss.; Skaar, Elin, “Impunidad versus responsabilidad jurídica: el rol de la Ley de Caducidad en Uruguay”, *ibidem*, pp. 135 y ss.

²⁷ Esta decisión puede ser de singular importancia en un país como Uruguay, enfermo legalmente de trámites burocráticos innecesarios y disposiciones normativas que no permiten o no son aptas para cumplir con los objetivos por los que fueron legitimadas con fuerza de ley.

²⁸ En particular, Uruguay ha sido condenado a remover disposiciones —como la Ley 17.613— que instauran procedimientos especiales administrativos que crean procedimientos administrativos que no sirven o no son adecuadas para cumplir con la finalidad para la que fueron creados. Se ha dicho que: “El análisis elaborado en este caso apunta a que la relación entre la naturaleza de los tribunales y el derecho a ser oído de los justiciables debe guardar coherencia y utilidad, pues ignorar el objetivo para el cual fue creado un órgano que determina derechos y obligaciones entorpece el ejercicio mismo del derecho a ser oído, consagrado en el artículo 8 de la Convención”. Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Católica del Perú/GIZ, Perú, 2012, p. 121.

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

y con las relaciones de poder.²⁹ Los acontecimientos históricos muestran que durante los primeros años del proceso de justicia de transición el Estado uruguayo se ocupó de la reparación de las víctimas, del funcionamiento de las instituciones del Estado de Derecho y de la pacificación social, sacrificando el conocimiento de la verdad³⁰ y el castigo de los culpables.³¹ El reclamo de las víctimas de “verdad y justicia” y la interpretación del concepto de justicia como “juicio y castigo a los culpables” fue rápidamente incluido en las demandas de respeto y prevención de los derechos humanos que deben ser satisfechas por el Derecho penal, dando lugar a una política de lucha contra una impunidad que parecía endémica.³² De esta manera,

se mezclaron en un mismo concepto o en una misma política criminal los derechos humanos, la lucha contra la impunidad y la satisfacción de las víctimas. Esta política criminal emparentada con la lucha por los derechos humanos, liderada internacionalmente por la CIDH en su jurisprudencia constante, fue negada por sucesivos gobiernos democráticos hasta 2005, cuando la jurisprudencia uruguayo vio habilitada su intervención por el Poder Ejecutivo en aplicación de la Ley de Caducidad.³³ La lucha por los derechos humanos y la lucha contra la impunidad han formado un frente común con fronteras muy difusas que ha derivado en masivos juicios penales apoyados en argumentos provenientes del Derecho internacional de los derechos

²⁹ A nivel internacional, Uruguay se retrasa en la presentación de informes ante los distintos comités de ONU, lo que impide un seguimiento de los órganos de supervisión que determine el estado de observancia de los diversos tratados de derechos humanos, la situación real de protección y las políticas públicas. Disponible en: http://www.ielsur.org/desarrollo/documentos/armonizacion_legislativa.pdf. En mi opinión el déficit es también normativo, especialmente en la materia penal y en la desprotección de las víctimas del delito, no sólo por un sistema penal basado casi en exclusiva en la privación de libertad del autor que impide formas de resolución del conflicto basadas en la reparación, sino por lo costoso que es acceder a la justicia civil (en tiempo y dinero).

³⁰ Al día de hoy, por ejemplo, se desconoce el paradero de personas desaparecidas forzosamente, pero también muy poco se conoce sobre quiénes fueron los financistas del régimen dictatorial uruguayo, y poco se ha discutido sobre la responsabilidad (moral o jurídica) que podrían tener aquellos que colaboraron o se beneficiaron con un régimen injusto que violaba los derechos humanos. Sobre el tema, Bohoslavsky, Juan Pablo, “Eslabón financiero en la justicia transicional uruguayo”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 21, 12, Montevideo, 2012, pp. 153 y ss.

³¹ Sobre el tema, Galain Palermo, Pablo, “La giustizia di transizione in Uruguay. Un conflitto senza soluzione”, trad. Mateira y Menghini, en Fornasari y Fronza (eds.), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Università degli Studi di Trento, 2011, pp. 201 y ss.

³² Reinstaurado el Estado de Derecho hasta el año 2005, en el que asumió por primera vez un gobierno de orientación de “izquierda”, Uruguay mantuvo una política de justicia de transición basada en la no investigación penal de las graves violaciones a los derechos humanos y la renuncia al castigo a los violadores de derechos humanos, tal como lo permitía el artículo 1 de la Ley de Caducidad, que dejaba en manos del Poder Ejecutivo cuestiones atinentes al Poder Judicial, como si aquel poder del Estado pudiera intervenir en los procesos penales con la lógica de una cuestión de prejudicialidad. A partir de 2005 la decisión política de tal cuestión de prejudicialidad fue proclive a permitir la investigación y condena de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos. Lo que aún no ha tenido lugar es una investigación científica sobre los niveles de independencia del poder judicial uruguayo durante todo el proceso de justicia de transición. Véase sobre el tema Skaar, Elin, *Judicial Independence and Human Rights in Latin America. Violations, Politics, and Prosecution*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2011, pp. 19 y ss.

³³ A partir de 2005 se ha dado una serie de circunstancias de mancomunidad entre la política (incluyendo la política de la CIDH en relación con la lucha contra la impunidad) y la justicia que significaron un duro golpe a los ex terroristas de Estado en cuanto a que debieron rendir cuentas a la justicia penal. Esta nueva relación de sintonía entre gobierno y justicia (recordemos que en 1988 la SCJ había considerado a la Ley de Caducidad acorde con la Constitución y luego en 2009 cambió radicalmente de opinión para declararla inconstitucional) muestra cómo ambos poderes del Estado han interactuado durante el proceso de justicia de transición uruguayo (respaldado en dos instancias por la soberanía popular). Esta afinidad entre la política (de derechos humanos) y la justicia nacional, sin embargo, hoy en día se ha puesto en severo cuestionamiento por notorias figuras políticas identificadas con el gobierno y con la “izquierda”, en tanto ella ha llevado a la condena penal de algunos militares y policías por delitos que fueron cometidos durante la dictadura cívico-militar, que no estarían debidamente probados. Disponible en: <http://www.elobservador.com.uy/noticia/230525/desde-la-izquierda-ponen-en-duda-fallos-judiciales-sobre-ddhh/> (consultado el 17 de agosto de 2012). Algunas condenas contra militares han sido revocadas por tribunales superiores por falta de pruebas y algunos procesamientos por prisión también vienen siendo cuestionados, incluso por el actual ministro de Defensa, el ex guerrillero tupamaro Eleuterio Fernández Huidobro, y por el ex integrante de la Comisión para la Paz, Gonzalo Fernández. El Tribunal de Apelaciones Penal de 4º Turno, mediante Sentencia Interlocutoria 211 de 31 de julio de 2012 revocó el procesamiento del ex dictador Gregorio Álvarez, que lo sometía a juicio como coautor de un homicidio muy especialmente agravado (artículo 312 del CP) por la muerte del militante tupamaro Roberto Luzardo, quien falleció por no tener atención médica en el Hospital Militar en 1973 antes del comienzo de la dictadura. Según el Juez de Primer Turno, Juan Fernández, el ex dictador habría dado una orden de no brindar atención médica al prisionero, orden de “dejar morir” que el juez fundamenta en la inexistencia de la ficha médica del paciente, conjeturando que la víctima pudiera haber estado involucrada en el asesinato del hermano del autor que fuera asesinado por un comando tupamaro. Sin embargo, el tribunal superior entendió que la imputación no fue suficientemente probada. Según denuncian los centros que agrupan a militares reiterados, el actual Presidente de la República, José Mujica, ex guerrillero tupamaro, habría sostenido a uno de los generales en prisión por graves delitos que tiene que aceptar los hechos de su procesamiento porque la “justicia se ha volcado hacia la izquierda”. Véase <http://www.elobservador.com.uy/noticia/231676/mujica-dijo-a-dalmao-que-la-justicia-esta-inclinada-hacia-la-izquierda/> (consultado el 3 de septiembre de 2012).

humanos.³⁴ De este modo, el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos ha estado fuertemente ligado a las vicisitudes de la política y ha tenido una estrecha relación con el Derecho penal.

A partir del reconocimiento de la jurisdicción del sistema interamericano, las constantes observaciones de los organismos de contralor de los derechos humanos no suscitaban mayor atención en los órganos de gobierno y en la sociedad uruguaya, creando un clima favorable al incumplimiento de las mismas.³⁵ Sin embargo, el inicio del primer juicio y la primera sentencia de condena contra Uruguay por la desaparición forzada de una persona de nacionalidad argentina en territorio uruguayo motivó una amplia discusión social en los medios de comunicación y una discusión política y jurídica al nivel de todos los poderes de Estado. La irrupción del sistema interamericano como un nuevo actor en el proceso de justicia de transición no pasó inadvertida. Es más, antes que la CIDH dictara sentencia la sociedad civil intentó, mediante un plebiscito, reformar la Constitución para dejar sin

efecto la Ley de Caducidad, porque de algún modo se intuía que aquella ley sería la razón fundamental de la probable condena. Una primera condena por violación de los derechos humanos era interpretada por el sentimiento republicano de la ciudadanía como una mácula terrible, similar a la marca perpetua en la frente de Caín.³⁶ Con esta señal indeleble en su prestigio internacional el Uruguay aceptó la interpretación de la CIDH sobre los derechos humanos en clave *lucha contra la impunidad* y se embarcó a toda vela con fuerte aprovechamiento del viento en popa que venía de la orilla opuesta del Río de la Plata.³⁷ Esta sentencia encontró la principal reacción del Poder Ejecutivo el 30 de junio de 2011 mediante la Resolución 322, con la que, por razones de legitimidad, el gobierno decretó que las violaciones a los derechos humanos no son prescriptibles. Este acto administrativo revocó todos los actos administrativos anteriores (emitidos por los anteriores gobiernos a partir de la sanción de la ley) que decidieron sobre diversos casos comprendidos en la Ley de Caducidad.³⁸ Esta medida permitió a cada juez penal decidir con criterios jurídicos la

³⁴ Véase Galain Palermo, Pablo, “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”, *International Criminal Law Review*, 10, 4, 2010, pp. 601-618.

³⁵ Véase <http://www.ohchr.org/SP/Countries/LACRegion/Pages/UYIndex.aspx>, y con mayor detalle http://www.kas.de/wf/doc/kas_20305-1522-1-30.pdf?100908184413

³⁶ Los efectos ya se produjeron con anterioridad al dictado de la sentencia en un enfrentamiento dialéctico entre el demandante (Juan Gelman) y los representantes del gobierno uruguayo que dieron a entender que “sólo se trataba de un reclamo de dinero” y que la víctima “sólo pretendía humillar a Uruguay”, en una especie de “guerra sucia jurídica entre correligionarios”. Este enfrentamiento entre Gelman (ex guerrillero del movimiento Montonero argentino y conocido militante de izquierda) y el gobierno uruguayo (presidido por un ex guerrillero Tupamaro y mayoría parlamentaria perteneciente al movimiento Tupamaro) podría ser un indicador de que más que ante un conflicto ideológico estamos frente a uno de naturaleza jurídica. Según declaró Gelman: “son cosas de guerra sucia que los que se oponen ahora a la aprobación del proyecto de ley sufrieron en carne propia”. Según Gelman, antes de recurrir a la ComIDH y luego a la CIDH intentó saber la verdad con cuatro gobiernos democráticos distintos. “Sanguinetti no habló de dinero ni de humillación. Dijo que yo lo hacía porque quería entorpecer la campaña electoral del Partido Colorado... Batlle consideró que efectivamente el caso estaba incluido en la Ley de Caducidad y en consecuencia no había que seguir averiguando... Vázquez no hizo nada para que la investigación continuara, a pesar de que el Poder Ejecutivo tenía esa facultad. La Ley de Caducidad en su artículo tercero facultó al Poder Ejecutivo a ordenar que una investigación continúe o se clausure... Yo golpeé las puertas de cuatro gobiernos uruguayos. Ahora el de (José) Mujica”. Disponible en: <http://www.larepublica.com.uy/politica/432992-en-uruguay-se-impide-la-verdad?nz=1>

³⁷ En una primera instancia la discusión se concentró en determinar el propio concepto de soberanía, para decidir si ella recaía en la voluntad popular manifestada directamente, o si la misma reside en los parlamentarios escogidos por el pueblo. Soberanía directa o indirecta eran las consignas en pugna. Por una parte, las víctimas y algunos miembros de la Administración de Justicia actuantes en la mayoría de las causas penales contra “ex terroristas de Estado” (en particular, la fiscal Mirta Guianze y la juez Mariana Motta) solicitaban y sostenían el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado uruguayo derivadas de determinados tratados y convenciones de los que Uruguay es parte y la averiguación de la verdad sobre el paradero de la persona desaparecida y, por otra parte, la oposición política y parte de los integrantes del gobierno defendían la vigencia de la Ley de Caducidad consecuencia del resultado de las dos consultas populares de 1989 y 2009 que así lo habían ratificado en ejercicio de democracia directa. Se argumentaba que esta decisión firme de la soberanía no podría ser modificada o desconocida por una ley emanada del Parlamento. La discusión entonces no abarcaba solamente el conflicto entre la aplicación del Derecho (internacional o nacional), sino también cuál de las formas de ejercicio de la democracia (directa o indirecta) debería tener supremacía. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-157463-2010-11-24.html>, (consultado el 25 de noviembre de 2010). Es interesante que en la audiencia ante la CIDH participó en calidad de testigo la fiscal penal Mirta Guianze, que llevó adelante los juicios penales contra la mayoría de terroristas de Estado. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-156963-2010-11-16.html>, (consultado el 25 de noviembre de 2010).

³⁸ De opinión contraria, Durán Martínez, Augusto, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del derecho administrativo. Especial referencia al caso Gelman contra Uruguay”, *Estudios Jurídicos* 9, op. cit., pp. 31 y ss.; Ochs, Daniel, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay”, *ibidem*, pp. 105 y s.

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

reapertura de más de 80 investigaciones, teniendo en consideración principios y garantías esenciales como la cosa juzgada (no fraudulenta) y el *ne bis in idem* al momento de decidir estas cuestiones. En ese sentido, se puede afirmar que este acto administrativo —que goza de legitimidad y tiene efectos retroactivos— estaría cumpliendo parcialmente con la exigencia de la CIDH de eliminar obstáculos hacia el pasado;³⁹ sin embargo, con esta sola medida no se da total cumplimiento a la condena que exige anular hacia el pasado la Ley de Caducidad y remover todos los obstáculos jurídicos que impidan una condena penal (incluyendo las garantías materiales y procesales que favorezcan al reo).

En el mismo orden de reacciones estatales el Parlamento dictó la Ley 18.596 (18 de septiembre de 2009) titulada: *Repáranse integralmente a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado en el periodo comprendido entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985*. En el capítulo 1 de la ley, denominado “Reconocimiento por parte del Estado”, se establece el público reconocimiento del accionar del terrorismo de Estado en Uruguay⁴⁰ y el consecuente derecho de las víctimas a la reparación.⁴¹ Esta ley guarda relación con lo mandatado por la CIDH en cuanto a la reparación de las víctimas mediante el reconocimiento público de las violaciones a los derechos humanos y

mediante concretas formas de reparación material de las víctimas (artículos 6 a 14).

En el mismo sentido, el 21 de marzo de 2012 el Estado uruguayo llevó a cabo un acto público de reconocimiento de la responsabilidad estatal por el terrorismo de Estado que actuó durante 1973-1985 en la propia Asamblea General.⁴² En el discurso del Presidente José Mujica, la remoción de obstáculos exigidos por la CIDH no se supeditó a una condena penal de los autores, sino al conocimiento de la verdad y el descubrimiento de los restos de la persona desaparecida.⁴³

La Secretaría de seguimiento de la Comisión para la Paz ha informado que:

“a) intervino directamente en la gestión administrativa tendente al pago de las indemnizaciones a María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y Macarena Gelman y sus abogados patrocinantes; b) procedió a la ampliación de las líneas de investigación tendentes a ubicar el paradero de los restos de María Claudia García Iruretagoyena, así como de los demás detenidos desaparecidos”.⁴⁴

Como parte del cumplimiento de la sentencia del caso Gelman el Estado uruguayo ha realizado diversos actos públicos de reconocimiento de las víctimas y de su responsabilidad en las graves violaciones a

³⁹ Véase Simon, Jan-Michael, y Galain Palermo, Pablo, “La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985)”, *Revista Penal*, de próxima publicación.

⁴⁰ Artículo 1° Reconócese el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho internacional humanitario, en el periodo comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985. Artículo 2° Se reconoce la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social, en el periodo comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional.

⁴¹ Artículo 3° Reconócese el derecho a la reparación integral a todas aquellas personas que, por acción u omisión del Estado, se encuentren comprendidas en las definiciones de los artículos 4° y 5° de la presente ley. Dicha reparación deberá efectivizarse —cuando correspondiere— con medidas adecuadas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

⁴² Este acto estuvo precedido de una importante discusión pública sobre la obligación de las instituciones de asumir responsabilidad y solicitar el perdón por sus actos, discusión que abarcó aspectos políticos como filosóficos relacionados con la posibilidad de que las instituciones pudieran solicitar o brindar el perdón. Finalmente se decidió simplemente asumir la responsabilidad y dictar leyes de reparación a las víctimas.

⁴³ “A tales efectos, hemos avanzado hacia el cumplimiento de la sentencia dispuesta, removiendo los obstáculos jurídicos que impedían la investigación y adoptando todas las medidas necesarias para favorecer e impulsar la misma, en tanto ella no cesará, hasta la ubicación definitiva de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman e individualización de los responsables de los hechos”. Disponible en: http://www.mec.gub.uy/innovaportal/v/14973/2/mecweb/palabras_del_presidente_mujica

⁴⁴ L 30 MEMORIA ANUAL. Disponible en: http://medios.presidencia.gub.uy/jm_portal/2012/mem_anual/presidencia/paz.pdf (consultado el 8 de diciembre de 2012).

⁴⁵ El Estado indicó que el “21 de mayo de 2009 el Intendente de Montevideo declaró ciudadanos visitantes ilustres de la ciudad de Montevideo a 11 jóvenes uruguayos y argentinos víctimas de las dictaduras de ambos países”, entre quienes se encuentra María Macarena Gelman. Precisó que este “reconocimiento honorífico del Gobierno de Montevideo procura fortalecer la memoria de la sociedad y contribuir en la reparación a su persona, a la de sus padres y a todas las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en el pasado reciente”. Además, el Estado resaltó que el Poder Ejecutivo declaró de interés nacional el proyecto del Memorial en Recordación de los Detenidos-Desaparecidos que se erigió en el Parque Vaz Ferreira en el Cerro de Montevideo. En cuanto a la placa conmemorativa en el SID, señaló que “el Poder Ejecutivo asume el compromiso de garantizar el acceso público al sector del SID en que estuvo detenida María Claudia y Macarena y colocar una placa recordatoria en dichas instalaciones”. Caso Gelman, párr. 264.

los derechos humanos sufridas.⁴⁵ Además, la Ley 18.446 (Publicada en el *Diario Oficial* el 27 de enero de 2009) creó la Institución Nacional de Derechos Humanos del Uruguay (INDDHH) dentro de la órbita del Poder Legislativo para “la defensa, promoción y protección, en toda su extensión, de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y el derecho internacional” (artículo 1). En una decisión con fuerte carácter simbólico se determinó que este instituto funcionará en el local donde operó el Servicio de Información de Defensa de la dictadura.

Estos actos concretos de reconocimiento y reparación obedecieron al cumplimiento de la Sentencia de condena de la CIDH contra Uruguay por el Caso Gelman. Sin embargo, todavía no se habían removido todos los obstáculos exigidos por la CIDH para el castigo penal porque la justicia debía interpretar cada una de las garantías materiales y procesales en cada caso concreto sometido a su jurisdicción, lo que parece ser el mayor desafío en la lucha contra la impunidad en un Estado de Derecho. Entre los principales obstáculos para el castigo penal se erigía el principio de prescripción para delitos comunes que, según la jurisprudencia uruguaya, hubieran prescrito

el 1º de noviembre de 2011. En ese orden de cosas, el Parlamento dictó la Ley 18.831 del 27 de octubre de 2011, que declaró que los delitos cometidos durante la dictadura cívico-militar suspendían los plazos de prescripción (artículo 2) en tanto fueran considerados de lesa humanidad (artículo 3).⁴⁶ Mediante esta ley se daba un paso adelante, aunque no definitivo, en el cumplimiento de la sentencia de la CIDH.

La sentencia obliga a texto expreso en el párrafo 144: “b. adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesaria para que, de acuerdo con sus procesos constitucionales y las disposiciones de la Convención Americana, quede sin efecto la ley 15.848 o Ley de Caducidad”. La Ley 18.831 pretendió cumplir con dicha exigencia, pero la defensa penal de presuntos ex terroristas de Estado presentó un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2 y 3 de la ley, que debe ser resuelto en los primeros meses de 2013.⁴⁷

En el marco de la *lucha por los derechos humanos y contra la impunidad* la justicia uruguaya recurrió a las normas de *ius cogens* para la interpretación de garantías procesales⁴⁸ y para exigir responsabilidad penal a los individuos.⁴⁹ La jurisprudencia uruguaya de primera instancia ha argumentado recurriendo a sen-

⁴⁶ Esta norma, de algún modo, parece un contrasentido en tanto la característica de los crímenes de lesa humanidad es su imprescriptibilidad, esto es, la posibilidad de perseguirlos y castigarlos sin un límite de tiempo.

⁴⁷ Machado Bardaracco, “Tranquilino, Un delito de homicidio, Excepción de Inconstitucionalidad. —Arts. 1, 2 y 3, Ley N° 18.831— (I.U.E. N° 2/42822/2008)”.

⁴⁸ En reciente sentencia interlocutoria del juez Fernández Lechini, que determinó el procesamiento con prisión del ex sub comisario de Policía Juan Zabala Quinteros, se sostiene el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la CIDH. La sentencia por la que se da inicio formal al proceso penal contra el ahora imputado Zabala no acepta la naturaleza de crímenes de lesa humanidad para la tortura y ejecución extrajudicial de la víctima, pero al mismo tiempo sostiene que el plazo de prescripción no ha vencido según disponen normas internacionales de protección de los derechos humanos siguiendo a la jurisprudencia constante de la CIDH. Textualmente dice: “El despacho cree que estas conductas no han prescrito, por lo dicho *supra*. Cree que la jurisprudencia de la Corte Interamericana DDHH ha devenido obligatoria. Lo cual es distinto que decir que tal jurisprudencia sea conveniente o no, convencional o no”. “Castro Ures, Julio, Denuncia”, IUE 87-289/1985, Procesamiento N. 402/2012 contra el ex sub comisario de Policía Juan Zabala Quinteros como cómplice por un delito de homicidio muy especialmente agravado, JLP 1. Turno.

⁴⁹ La confusión, por un lado, entre derechos humanos, lucha contra la impunidad y Derecho penal y, por otro lado, entre política de gobierno y política criminal, se pone de manifiesto en muchos juicios penales concentrados en la figura de algunos funcionarios de la Administración de Justicia. Véase Guianze, Mirta, “La Ley de Caducidad, las luchas por la Justicia y por la jurisdicción universal de los derechos humanos en Uruguay”, Lessa, Francesca, y Fried, Gabriela (comps.), *Luchas contra la impunidad*, op. cit., pp. 189 y ss., en particular, p. 191. Parte de la lucha contra la impunidad incluyó desacreditar a los abogados defensores de los ex terroristas de Estado: “En la actualidad uno de los catedráticos de Derecho penal, Miguel Langón, se dedica a defender a militares y a civiles indagados o procesados por delitos de lesa humanidad. Como consecuencia, publicó el libro *Defensas penales: el caso del Escuadrón de la Muerte*, donde recoge precisamente las tesis contrarias a las que nosotros sustentamos”. *Ibidem*, p. 192. Parecería que a esta lucha tienen que plegarse todos los ciudadanos uruguayos para no ser relacionados de algún modo con los ex terroristas de Estado. Véase que la ex fiscal Guianze hace hincapié con sentido negativo en la defensa de “militares o civiles indagados o procesados”, es decir, justiciables amparados por el principio de inocencia. Se debe reconocer, sin embargo, el trabajo denodado de los miembros de la Administración de Justicia para la obtención de pruebas incriminatorias en un sistema judicial que no había tenido experiencia previa en el tratamiento del fenómeno del terrorismo de Estado con todas las dificultades probatorias que ello conlleva. Además, en Uruguay jueces y fiscales no cuentan con el apoyo de grupos de trabajo o asesores, sino que realizan su labor prácticamente solos, y, peor aún, los funcionarios públicos se ven en algunas situaciones sometidos al control político: traslados, degradaciones, venias parlamentarias, etc., que dificultan la tarea con independencia técnica absoluta, como denuncia con razón Guianze. *Ibidem*, p. 193. La confusión entre derechos humanos y política lleva a lecturas sesgadas de la historia o a reescrituras de la historia según intereses políticos. Guianze, por ejemplo, habla de un pacto secreto o implícito entre militares y políticos en el que la historia dice que participaron representantes del Frente Amplio y estuvieron ausentes representantes del Partido Nacional o “blanco” (aspectos que Guianze ignora en su texto), pero luego asevera liberando de toda responsabilidad política al Frente Amplio: “Todo esto generó un clima de miedo,

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

tencias de la CIDH que no han involucrado al Uruguay y a informes de la ComIDH (29/92), adhiriendo a la opinión dominante del órgano interamericano.⁵⁰ La segunda instancia, sin embargo, permanece afiliada a una defensa estricta de determinados principios del Derecho penal liberal y se ha negado a aplicar tipos penales que no estaban vigentes antes del comienzo de ejecución de los delitos.⁵¹ Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de la Sentencia de condena del Caso Gelman, suponiendo que la CIDH se apoya en una norma de *ius cogens* superior a cualquier norma nacional para exigir la remoción de la Ley de Caducidad con efectos hacia el pasado, existen algunas dificultades jurídicas para llevar a cabo en Uruguay una declaración de nulidad de una norma interna. *El ordenamiento jurídico uruguayo desconoce a los tres Poderes del estado la posibilidad de declarar la nulidad de una ley*. A lo sumo, el Poder Judicial (SCJ) tiene la potestad de la declaración de inconstitucionalidad con efectos exclusivos para el caso concreto en el que ésta se plantee. Una solución posible sería recurrir al artículo

239.1 de la CU⁵² y dejar en manos de la SCJ la decisión del caso con carácter general, pues ella tiene competencia para asuntos relacionados con la aplicación de tratados internacionales.⁵³ En el ordenamiento nacional existe la posibilidad de derogar la ley con efectos *ex nunc* (hacia el futuro), pero ello contradice la exigencia de la CIDH de que la anulación de la ley tenga efectos *ex tunc* (hacia el pasado), como si ella nunca hubiera existido ni hubiera tenido efectos jurídicos, ni provocado ningún estado.⁵⁴ En líneas generales se puede decir que Uruguay no ha incumplido con la sentencia de condena en el caso Gelman, pues no sólo ha derogado los actos administrativos que impidieron investigaciones penales en la aplicación de la Ley de Caducidad con efectos *ex tunc*, sino también ha reparado material y simbólicamente a las víctimas directas y a las víctimas indirectas.⁵⁵ Pero, además, ha intentado una modificación en su Constitución por medio del Plebiscito de 2009 que pretendía anular la Ley de Caducidad,⁵⁶ aunque no haya sido aprobado por el pueblo uruguayo en ejercicio de soberanía di-

recién habíamos salido de la dictadura, y los principales líderes blancos y colorados argumentaron la conveniencia de restaurar la paz como valor primordial, antes que la justicia, la memoria y la verdad histórica”. *Ibidem*, pp. 201 y s. La lucha contra la impunidad se ha tomado como una bandera de un partido político en particular (Frente Amplio), error en el que también parece caer Guianze (con el agravante que fue la representante del Ministerio Público que más causas penales llevó adelante), lo cual ha impedido que el tema estrictamente jurídico fuera considerado con independencia de banderías políticas. De esta forma, se produjeron profundas divisiones en el seno social que impidieron un análisis despolitizado y desapasionado de la responsabilidad individual de algunos ex terroristas de Estado. Esta politización también ha colaborado a que los derechos humanos no hayan sido considerados seriamente o en su justa medida desde aspectos jurídicos.

⁵⁰ Véase Guianze, Mirta, “La Ley de Caducidad, las luchas por la justicia y por la jurisdicción universal de los derechos humanos”, *op. cit.*, pp. 195 y ss.

⁵¹ Véase Galain Palermo, Pablo, “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”, *op. cit.*, pp. 610 y ss.; “Uruguay”, Ambos (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, 2009, pp. 139 y ss.; Guianze, Mirta, “La Ley de Caducidad, las luchas por la justicia y por la jurisdicción universal de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 196. También se percibe que los jueces uruguayos comienzan a considerar sentencias de otros órganos judiciales colegiados de países vecinos (Argentina), y de otros más de la región (Guatemala, Colombia, México). Incluso se observa que algunas sentencias consideran las opiniones del Grupo Latinoamericano sobre Derecho penal internacional.

⁵² Artículo 239. “A la Suprema Corte de Justicia corresponde: 1°) Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo; en las Cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el Derecho Internacional”.

⁵³ Véase Pastori Fillol, Alejandro, “Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman c/ Uruguay”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2011, año núm. 1, pp. 191 y s.

⁵⁴ Esto se condice con la exigencia de la CIDH de no reconocer aquellos “obstáculos jurídicos” que impidan el ejercicio del Derecho penal contra autores de graves violaciones de los derechos humanos. El Uruguay podría solicitar a la CIDH un pedido de aclaración de la sentencia de condena para que la CIDH se expida sobre el tema de la desconsideración de las garantías materiales y formales del Derecho penal contenidas en el texto de la CADH cuando se trata de determinados delitos o de determinados autores.

⁵⁵ La doctrina considera que el Uruguay ha comenzado a responder por su responsabilidad frente al incumplimiento (antes frecuente) de los compromisos adquiridos en el ámbito internacional (pero que guardan relación con los ciudadanos que viven en el país). Véase Delpiazzo, Carlos, “Panorama actual de las responsabilidades estatales”, en Delpiazzo, Carlos (coord.), *Transformaciones actuales de Derecho administrativo*, FCU, Montevideo, 2010, p. 13.

⁵⁶ Según Pastori Fillol: “... desde un punto de vista exclusivamente jurídico, creemos que el Uruguay debería demostrar que incluso intentó reformar su Constitución, de forma tal de que no se le pueda oponer la disposición del artículo 2 de la CADH”. Pastori Fillol, Alejandro, “Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman c/ Uruguay”, *op. cit.*, p. 194.

⁵⁷ Véase que la CIDH a partir del Caso Gelman ha ampliado ahora la competencia del “control de convencionalidad” a todos los órganos públicos de un Estado. Como dice Ibáñez Rivas: “En consecuencia, la Corte no sólo estableció que debe prevalecer un ‘control de



recta.⁵⁷ Por todas estas razones, se puede interpretar que Uruguay no ha incumplido con la sentencia de la CIDH en aquellos aspectos en los que puede cumplir con la misma según las posibilidades que otorga su ordenamiento jurídico y sin violar su Constitución o el propio texto de la CADH.

En cuanto a la legislación, hasta el momento las decisiones de la ComIDH no han surtido ningún efecto concreto al interno del sistema jurídico nacional. La ComIDH en el Caso Peirano⁵⁸ ha observado a Uruguay por su procedimiento penal que atenta contra la CADH y lo ha conminado a una profunda reforma que lo adecue a los principios del debido proceso (principio de tutela judicial efectiva, plazo razonable, etc.).⁵⁹ En el marco de este conflicto, el artículo 21 de la Ley 17.897 (14 de julio de 2005), conocida como Ley de Humanización del Sistema Penitenciario, creó una comisión de reforma del sistema procesal penal.⁶⁰ El proyecto de reforma fue entregado hace tiempo al Parlamento, que no lo ha considerado como prioridad en esta legislatura. Dicho incumplimiento, lamentablemente, no dará lugar a un nuevo contencioso ante la CIDH contra Uruguay porque el acuerdo entre éste y la ComIDH ha sido publicado.

Como se advierte, la condena de la CIDH obliga a un replanteamiento serio del sistema normativo y judicial en relación con la protección de los derechos humanos. La discusión de doctrina que queda pendiente es si la CIDH puede obligar a los Estados a cum-

plir con exigencias no pactadas por ellos en el texto de la CADH, y si cualquier interpretación de la CIDH debe ser cumplida y ejecutada en los Estados nacionales que forman parte del sistema interamericano de protección de los derechos y que han reconocido sin reservas su competencia. La pregunta que permanece abierta y que la jurisprudencia de la SCJ de Uruguay tendrá que resolver es: ¿la exigencia de la CIDH de eliminar todos los obstáculos legales al ejercicio del Derecho penal no atenta contra la Constitución, la CADH y los principios superiores de Derecho?

V. Derechos humanos e interpretación judicial

A partir de la década de los ochenta la defensa de los derechos humanos forma parte de la agenda internacional en el continente americano, junto con políticas de democratización.⁶¹ La jurisprudencia constante de la CIDH ha cumplido un papel importante en la puesta en marcha de estas directivas internacionales de democratización de los Estados del continente que no puede ser pasado por alto. La CIDH se ha plegado a la consideración conjunta de la protección de los derechos humanos con las políticas de *good governance* para los países en vías de desarrollo;⁶² y en este sentido, la tarea de la CIDH ha sido de gran valía.

Una vez que las primeras denuncias pasaron por el filtro político de la ComIDH, la CIDH ha debido resolver sobre la responsabilidad de Estados de hecho

convencionalidad' de la propia decisión de las mayorías en contextos democráticos, sino que enfatizó la idea según la cual dicho control supera la actuación del Poder Judicial, comprometiendo de manera expresa y categórica a 'cualquier autoridad pública'. Por tanto, ya que los hechos del caso concreto incluían procesos de referéndum y plebiscito, la jurisprudencia de la Corte deja en evidencia que el 'control de convencionalidad' compromete a las autoridades de los diferentes poderes del Estado y no sólo a las del Poder Judicial o a todas aquellas vinculadas a la administración de justicia". Véase Ibáñez Rivas, Juana María, "Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *op. cit.*, p. 111.

⁵⁷ Caso 12.553 de 2009.

⁵⁸ En curiosa defensa del Estado uruguayo el comisionado venezolano Freddy Gutiérrez justificó la duración de la prisión preventiva en el caso concreto y sostuvo que el Derecho interno tiene supremacía frente al Derecho internacional de los derechos humanos. Sobre el tema, Castex, Francisco, "El plazo razonable de la duración de la prisión preventiva desde la óptica de la CIDH. El caso 'Peirano'", en Pastor, Daniel (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, AdHoc, Buenos Aires, 2009, pp. 149 y ss.

⁵⁹ Sobre el proyecto de reforma, véase Preza, Dardo, *El proceso penal uruguayo*, 3ª ed., FCU, Montevideo, 2009, pp. 7 y ss.

⁶⁰ En los últimos años un sector de la doctrina asume como un hecho que los derechos humanos no sólo guardan relación con las vicisitudes políticas, sino que han adquirido la condición de "religión". Esta "religión" tiene estrecha relación con el desarrollo político y el diseño institucional del Estado y los procesos de democratización que deberían ceñirse a parámetros económicos provenientes de directivas de la banca internacional y comunidades epistémicas cerradas, integradas por egresados de universidades norteamericanas. Véase por todos, Shapiro, Martin, "Courts in Authoritarian Regimes", en Ginsburg, Tom, y Moustafa, Tamir (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 327. Por mi parte no estoy seguro que este fenómeno se pueda hacer extensivo a la CIDH, al menos en lo que guarda relación al aspecto financiero. Sobre los límites y los peligros del activismo en derechos humanos, véase Orozco, Iván, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Temis, Bogotá, 2005, pp. 321 y ss.

⁶¹ Sobre el tema, Costas Douzinas, "Are wars ever just? The invasions of Iraq and Afghanistan raise complex questions about the moral and legal use of force". Disponible en: <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/libertycentral/2009/apr/21/universalism-humanitarianism>

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

o de frágiles democracias en las que actuaron aparatos organizados de poder al margen de la legalidad. La CIDH tuvo que decidir casos relativos a gravísimas violaciones de los derechos humanos cometidas por Estados paralelos al Estado de Derecho, y a asociaciones para delinquir que utilizaban las estructuras estatales a fin de cometer delitos y garantizar la impunidad de sus integrantes. Desde la primera sentencia de condena la CIDH se tuvo que hacer fuerte para que los Estados nacionales cumplieran voluntariamente con lo sentenciado y “se tomaran en serio a los derechos humanos”. Ésa fue la lucha política iniciada por la CIDH, que la obligó a cumplir con un fuerte activismo judicial y que poco a poco la condujo a cruzar los límites de su competencia originaria.⁶³ En líneas generales, hasta la irrupción de las primeras sentencias de condena las reacciones de los Estados oscilaban entre la no investigación penal y/o el ocultamiento de los hechos y la protección de los autores. La CIDH, de este modo, entró en combate contra una determinada política de Estado en defensa de los derechos siempre vulnerados de las víctimas, que como contrapartida fue dejando flancos abiertos desde el punto de vista

jurídico.⁶⁴ Esa lucha de fuerzas contra la política de los Estados pronto abarcó no sólo la responsabilidad estatal, sino también la de los autores individuales de los crímenes internacionales y de las más graves violaciones contra los derechos humanos,⁶⁵ a quienes se irradió de muchas de las garantías contenidas en la propia CADH.⁶⁶ En ese momento, la mejor intención política de la CIDH traspasó una frontera infranqueable de las garantías individuales protegidas por la CADH, aquellas que protegen al individuo contra el poder punitivo del Estado.⁶⁷ La CIDH asumió un concepto propio de la proclama “Nunca Más”, basado en el Derecho penal como medio de cumplir con las demandas de verdad y castigo de colectivos de víctimas y de asociaciones políticas, sociales y sindicales que pendían sobre los Estados como una deuda moral que debía ser saneada de manera ejemplar. En ese contexto sólo aparece como válida la culpa penal incluso para la lucha por la memoria permanente y el reproche histórico (negando todo valor a las otras formas de culpa identificadas por Jaspers). Según la CIDH, el mensaje preventivo de “Nunca más” requiere de la fuerza simbólica del Derecho penal.⁶⁸ El Derecho penal co-

⁶³ Von Bogdandy se refirió a la CIDH como un “tribunal audaz” porque exige a los Estados modificaciones normativas internas y se trata de una institución no consolidada. Ambos y Böhm asumen que en los hechos se ha convertido en una cuarta instancia o instancia de supervisión, como si la CADH fuera una especie de Constitución de los Estados americanos; y con ello, excede “los parámetros de una interpretación admisible tal como está prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. Véase Ambos, Kai y Böhm, María Laura, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2011, pp. 45 y s.

⁶⁴ Hay quien califica a la CIDH de antiliberal y punitiva. Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y anacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, pp. 26-61.

⁶⁵ Aunque muchas veces la CIDH haya confundido o considerado a ambos tipos de responsabilidad como sinónimos. Véase voto concurrente de Antonio Cançado Trindade en el Caso Barrios Altos vs. Perú, en el que se expresa que “la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados y la responsabilidad penal individual de agentes perpetradores de violaciones de graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario son dos caras de la misma medalla en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia”. Véase Aponte, Alejandro, “El sistema interamericano de derechos humanos y el Derecho internacional humanitario: una relación problemática”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. I, op. cit., pp. 167 y s.

⁶⁶ Téngase en cuenta que la jurisprudencia constante de la CIDH no sólo prohíbe las amnistías y cualquier otro obstáculo jurídico que impida la persecución penal (como sostiene en el caso Gelman vs. Uruguay, parág. 254), sino que también se podría interpretar que prohíbe los indultos cuando exige como derecho de acceso a la justicia y de conocimiento y acceso a la verdad el cumplimiento efectivo de la sentencia (como sostiene en el caso Masacre La Rochela vs. Colombia, parág. 193).

⁶⁷ Para ver en detalle esta situación, Malarino, Ezequiel, *ibidem*, pp. 45 y ss.; Pastor, Daniel, “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. II, op. cit., pp. 481 y ss.; Guzmán Dalbora, José Luis, “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ibidem*, pp. 171 y ss. Con una visión positiva de este fenómeno, Parenti, Pablo, “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ibidem*, pp. 211 y ss.

⁶⁸ Críticamente, Fabricius, Dirk, “Uruguay just dessert. Obligación de punir porque ellos simplemente se lo merecen?”, trad. Pablo Galain Palermo y Ester Cascales, en Galain Palermo, Pablo (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, en proceso de publicación. Fabricius basa su crítica en la teoría de la pena y la psicología, cuando se trata de resolver con el Derecho penal y la imputación de la culpabilidad individual los crímenes de un régimen injusto.

menzó a ser *interpretado* como una necesidad para explicar los conflictos más graves, y como un medio para averiguar la verdad y reparar a las víctimas.⁶⁹ En este lugar no puedo extenderme en cuanto a la simplificación que resulta de explicarlo todo por medio del Derecho penal, criminalizando a los que mayor responsabilidad tuvieron en la comisión de los crímenes y liberando de culpa (judicial, política y filosófica) al resto de ciudadanos, con independencia de su mayor o menor participación en la comisión de delitos y de la cuota parte de colaboración con el régimen injusto (por ejemplo, financiándolo). La CIDH adoptó una visión positiva y reparadora del castigo con una política criminal pregonera de un poder punitivo absoluto en relación con determinados delitos,⁷⁰ construyendo una teoría de la pena basada en la retribución absoluta, como si la pena fuera un derecho de la víctima a ser satisfecho por el Estado.⁷¹ Y este concepto de necesidad absoluta de castigo (este merecimiento moral de pena) construido por la CIDH apareja la disminución de las garantías del imputado y la obligación del Estado de “remover todos los obstáculos” para lograr el fin punitivo que permita satisfacer la sed de venganza contra aquellos que, valiéndose de las estructuras

del Estado, han cometido las más graves atrocidades contra sus congéneres por ser considerados enemigos políticos.⁷² La aplicación constante de una política de lucha contra la impunidad de los peores criminales, que sugiere una disminución de las garantías materiales y formales propias del sistema penal, se justifica al ser incluida dentro de una política de lucha contra el mal. Sin embargo, ella tiene un efecto *boomerang* que conduce a la deslegitimación de la jurisprudencia punitiva de la CIDH porque dicha política criminal tiene que ser llevada a cabo por el Estado de Derecho y según las reglas del debido proceso.⁷³ Ferrajoli es contundente en cuanto a que

el grado de legitimidad de la jurisdicción y de su independencia dependen del grado de efectividad de las garantías predisuestas para su ejercicio: en el caso de la jurisdicción penal por (el grado de) las garantías de taxatividad, de la materialidad y de la lesividad de las figuras del delito, de la carga acusatoria de la prueba, del principio de contradicción y de los derechos de la defensa; por el contrario, la reducción o inefectividad de las garantías se resuelve siempre en una reducción de la legitimidad del Poder Judicial.⁷⁴

⁶⁹ Sobre esta posibilidad me pronuncié de forma crítica en Galain Palermo, Pablo, “Relaciones entre el ‘derecho a la verdad’ y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema Interamericano...*, t. II, *op. cit.*, pp. 273 y ss. Sin embargo, las víctimas exigen una verdad que todavía no ha podido ser obtenida mediante el Derecho penal. Como sostuvo una víctima de la dictadura argentina: “No me significa mucho que vayan presos, porque lo que yo quisiera es que dijeran la verdad. Que dejen así de delinquir y de torturar. Me sigue doliendo todo lo que me hicieron a mí. Arañando el alma como siempre, no me significa mucho el castigo que les puedan dar”. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/197926-59632-2012-07-05.html>, 05.07.2012. En relación con el conocimiento de lo sucedido y sobre la interacción entre Derecho penal y comisión de la verdad, véase Galain Palermo, Pablo, y Garreaud, Álvaro, “Truth Commissions and the Reconstruction of the Past in the Post-Dictatorial Southern Cone: Concerning the Limitations for Understanding Evil”, en Ambos *et al.* (ed.), *Eichmann in Jerusalem -50 Years After. An Interdisciplinary Approach*, Duncker & Humblot, Berlín, 2012, pp. 181 y ss. También crítico, Nanzer, Alberto, “La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo”, en Pastor, Daniel (dir.), *El sistema penal, op. cit.*, pp. 371 y ss.

⁷⁰ Véase Pastor, Daniel, “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, *op. cit.*, p. 503.

⁷¹ Alicia Gil se refiere a un estatuto jurídico de la víctima que se opone y neutraliza a los derechos del imputado, mientras que Pastor denuncia una transición del *in dubio pro reo* al *in dubio pro victima*. Véase Gil, Alicia, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema Interamericano*, t. II, *op. cit.*, p. 332; Pastor, Daniel, “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, *op. cit.*, p. 503.

⁷² Habermas se refiere al espíritu de venganza que domina la reacción contra los peores crímenes cometidos por quienes ya no ostentan el poder, y a los límites que el Derecho tiene que poner al uso de los medios de coerción del aparato estatal (democrático). Véase Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, trad. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2001, p. 62.

⁷³ Queda claro que si bien no podemos renunciar a la tarea de hacer justicia contra los peores enemigos de la humanidad, tampoco podemos en la tarea abandonar las garantías del Estado de Derecho, aunque ellas en algunas circunstancias puedan ser entendidas como meros obstáculos en la tarea de hacer justicia. Véase García Pascual, Cristina, “¿Puede el mal absoluto ser sometido a la justicia?”, en Souza Mendes y Pereira Coutinho (eds.), *Eichmann em Jerusalém – 50 anos depois*, Lisboa, 2012, p. 318. En relación con otros mecanismos complementarios a la justicia penal en la tarea de hacer justicia, en el mismo volumen, Galain Palermo, Pablo, “Como reager contra os crimes do passado? Justiça de transição e elaboração do passado no Uruguai”, trad. Jorge Olivera e Carmo, pp. 239 y ss. “Responder al terrorismo con terrorismo de Estado sólo contribuye a sustituir un terrorismo por otro. El ciclo de violencia no se rompe con más violencia imperial”. Véase Grosfoguel, Ramón, “Colonialidad global y terrorismo antiterrorista”, *Nueva Sociedad* 177, enero-febrero de 2002, p. 133. Disponible en: http://www.nuso.org/upload/articulos/3033_1.pdfj

⁷⁴ Véase Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de la legitimidad de la jurisdicción*, trad. Miguel Carbonell, Inacipe, México, 2010, p. 46.

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

La persecución de los peores delitos y los peores criminales no autoriza la disminución de las garantías individuales frente al poder punitivo del aparato estatal, y ello debe de ser respetado también por la jurisprudencia de la CIDH porque si bien ella está encargada de la interpretación de la CADH, debe cumplir esa función sometida al Derecho y a sus principios.⁷⁵

La jurisprudencia de la CIDH asume un punto de vista iusnaturalista, a partir del cual legítima —constantemente— sus decisiones más allá del texto de la CADH, recurriendo a determinados principios superiores del Derecho y dejando de lado a otros que no son funcionales para su política criminal de lucha contra el mal y contra la impunidad. En este lugar no puedo participar en el debate acerca de la existencia de principios superiores de Derecho que deben ser respetados por la jurisprudencia a nivel local e internacional (porque rigen tanto en un Estado democrático de Derecho como en las relaciones internacionales entre Estados), así como tampoco puedo participar en el complejo debate entre positivistas y iusnaturalistas. En esta oportunidad me limito a asumir que

hay principios superiores que deben ser respetados y considerados por la jurisprudencia, que son aquellos que se derivan políticamente del “Estado de Derecho”, que se apoyan en el principio de *rule of law* y que cumplen un papel primordial en la promoción y la protección de los derechos humanos.⁷⁶ De modo que, si bien no puedo participar en la discusión de su definición jurídica, admito su función política en un régimen de Derecho. Según la ONU, el principio *rule of law* o *Estado de Derecho (Rechtsstaat)* contiene los estándares internacionales de protección de los derechos humanos y exige a un Estado el respeto absoluto del principio de legalidad, igualdad ante la ley, separación de poderes, seguridad jurídica, transparencia legal en sentido material y procesal, y prohibición de la arbitrariedad en la aplicación del Derecho.⁷⁷ Del principio *Estado de Derecho* se pueden derivar (desde un punto de vista político y desde una perspectiva macro) otros principios, como el debido proceso,⁷⁸ la seguridad jurídica⁷⁹ y la igualdad ante la ley,⁸⁰ así como (desde una perspectiva individual) el principio de dignidad humana.⁸¹ Estos principios

⁷⁵ En la sentencia Frontini (183/1973, de 27.12, Frontini y otros vs. Ministerio de Finanzas) del Tribunal Constitucional Italiano se argumentó que la cesión de soberanía de los Estados nacionales a órganos supranacionales tiene límites derivados de los principios del *Estado de Derecho* que garantizan las libertades esenciales de los ciudadanos y que están reconocidos en los textos internacionales. Esta sentencia dijo que los órganos comunitarios no pueden “violiar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de las personas humanas”. De modo que los órganos jurisdiccionales nacionales no transfieren a los órganos supranacionales competencia en materia de protección de los derechos fundamentales de las personas. El Tribunal Constitucional alemán hizo lo propio colocando al Derecho constitucional como barrera infranqueable a la jurisdicción supranacional cuando se amenazan derechos fundamentales de las personas. Véase Ruiz Miguel, Carlos, “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Ruiz Miguel (coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 30 y ss.

⁷⁶ Véase Asamblea General de Naciones Unidas, RES/50/181 del 22 de diciembre de 1995.

⁷⁷ Security Council, S/2004/616, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General, 23 de agosto de 2004. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>

⁷⁸ Hoy en día se habla incluso de una revolución del debido proceso, considerado un principio fundamental del Derecho constitucional contenido en la enmienda quinta y en la catorce del sistema constitucional norteamericano. En realidad, sin importar exactamente qué es lo que este principio significa, se trata de un término técnico legislativo que surge de las entrañas de la tradición constitucional. Este principio está relacionado con otro súperprincipio que dice: “ninguna organización o institución de ninguna clase debería tener la potestad de perjudicar intereses vitales (‘vida, libertad... propiedad’) sin otorgar determinados derechos procesales” (traducción libre). Friedman, Lawrence, *Total Justice*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 1985, pp. 80 y s.

⁷⁹ La teoría del Estado a partir de Hobbes se basa en el concepto de *securitas* del que emana el concepto de Estado de Derecho. La certeza y la seguridad jurídica son bienes adquiridos de la experiencia jurídica moderna, que en definitiva “debe concretarse en una certeza conferida al individuo, que es el verdadero destinatario final, en sentido filosófico, de la norma”. Véase López de Oñate, Flavio, *La certeza del Derecho*, trad. Sentis Melendo y Ayerra, EJE, Buenos Aires, 1953, pp. 73 y s., 135.

⁸⁰ Todos reconocidos en la CADH (artículos 9, 24 y 25). Véase Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Uruguay (CCPR A/53/40, 1998). La igualdad ante la ley, reconocida en la enmienda catorce de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, está fuertemente ligada al principio del debido proceso, pero a diferencia de éste, que se modifica según los cambios sociales, aquél se mantiene inalterado por más de un siglo. Véase Friedman, Lawrence, *Total Justice*, op. cit., p. 80.

⁸¹ El principio de dignidad humana: “exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legítima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico”. Sentencia Corte Constitucional de Colombia, C-521/98. En la doctrina alemana el principio de dignidad humana (*Menschenwürdeprinzip*) contenido en la Constitución (artículo 1.1. GG) es un principio moral universal que obliga al Estado a su protección y respeto. Véase Tiedemann, Paul, *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, 3ª ed. revisada, Wissenschaft Verlag, Postdam, 2012; Neumann, Volker, “Menschenwürde und Existenzminimum”, *NVwZ*, 1995, pp. 426 y ss. La doctrina penal alemana consiste, por ejemplo, en que la prohibición de aplicar la ley penal en forma retroactiva o el

(desde un punto de vista jurídico y desde una perspectiva positivista) están contenidos en tratados internacionales como, por ejemplo, la CADH, y en la Constitución uruguaya, de manera que no pueden ser desconocidos por la jurisprudencia.⁸² Las fuentes de interpretación del Derecho internacional coexisten con las fuentes nacionales, y ambas se someten a principios superiores de Derecho para definir el objetivo de protección integral de los derechos y libertades de las personas.⁸³ Según todas estas fuentes, los individuos tienen un derecho inalienable e irrestricto a ser protegidos del ejercicio estatal del *ius puniendi* reconocido por todos los tratados internacionales que protegen los derechos humanos y por las normas del orden nacional. El debido proceso es un derecho fundamental que no puede sufrir merma en un Estado de Derecho.⁸⁴ Los derechos humanos relacionados con el debido proceso, por un lado, exigen el derecho de las víctimas de acceso a la justicia, del conocimiento de la verdad y de la reparación del daño y, por otro, exigen la protección individual frente al ejercicio político del Derecho penal.⁸⁵ Los derechos humanos no sólo tienen que ser protegidos por el Derecho penal sino también del Derecho penal.⁸⁶ Ahora bien, si en el marco de la política criminal de lucha contra el mal y contra la impunidad, fundada en principios superiores de justicia, se pregona un “Derecho penal transicional” con características propias y distintas al Derecho penal⁸⁷ para que éste pueda superar la barrera del principio de legalidad y de proporcionalidad, debería de estar delimitado material y formalmente

de forma clara y previa. Es decir, se tiene que saber, previamente a su aplicación, para qué tipo de delitos existe una merma de los derechos y garantías de los autores; sobre todo, cuando se trata de delitos cometidos muchos años atrás, para superar la barrera del principio de irretroactividad, se tiene que conocer a partir de qué momento este Derecho estuvo vigente. De esta forma, los justiciables sabrían de antemano que en caso de cometer determinados crímenes no sólo serán castigados con una pena, sino que también deberán soportar una disminución en sus garantías a la hora de la investigación. Este nuevo Derecho penal (transicional) tendrá que explicar en qué medida principios como la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal o el *nemo tenetur* que favorecen al autor frente al poder punitivo (ahora) pierden vigencia o se reformulan para reaccionar punitivamente y beneficiar a la víctima en sus derechos. De la jurisprudencia de la CIDH se pueden inferir algunos elementos fácticos y/o funcionariales que parecen ser decisivos para legitimar esta política criminal que permite una disminución de las garantías procesales en los casos en los que el autor forme parte de un aparato organizado de poder que actúa fuera de la legalidad, o cuando persiga determinadas políticas de Estado para cometer graves crímenes contra los derechos humanos o cuando se valga de las estructuras del Estado de forma sistemática para llevar adelante ataques masivos contra las víctimas. La tarea dogmática requiere entonces definir las características materiales y formales propias del Derecho penal transicional para

principio de *nemo tenetur* se relacionan con el principio de culpabilidad y tienen fuente de inspiración en la dignidad humana. Véase por todos Kelker, Brigitte, “Grundfragen eines Zusammenhangs zwischen Menschenwürde und Strafrecht”, en Paeffgen *et al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011, pp. 1678 y s.

⁸² En la doctrina uruguaya se entiende que la defensa de la seguridad jurídica es fundamental para entender el concepto de derechos humanos; véase Marabotto, Jorge, “Derechos humanos y crisis: ¿Crisis de los derechos humanos?”, *Derechos Humanos en situaciones de crisis en Uruguay*, Konrad Adenauer/Asociación de Magistrados del Uruguay, Montevideo, 2002, p. 31. En relación con el concepto de derechos y los principios penales, Cairolí, Milton, *Derechos humanos en situaciones de crisis en el Uruguay*, *op. cit.*, pp. 14 y ss. Véase también IELSUR, Estudio sobre armonización legislativa conforme a los Tratados de Derechos Humanos Ratificados por Uruguay, *op. cit.*, pp. 77 y s.

⁸³ *Ibidem*, p. 103.

⁸⁴ Véase Fernández, Gonzalo, *Derecho penal y derechos humanos*, IELSUR/Trilce, Montevideo, 1988, pp. 25 y ss., 31 y s. En Uruguay hay quien sostiene que el ejercicio del *ius puniendi* es una potestad del Estado que no se deriva de ningún derecho del hombre. Véase Durán Martínez, Augusto, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 41.

⁸⁵ El Estado de Derecho impide que el Derecho penal sea utilizado como mera herramienta política contra una determinada franja de autores, pues “el poder penal del Estado pierde su legitimidad, cuando deja de operar “en clave de Derechos Humanos” para la protección del ciudadano común, así como para la tutela del ciudadano delincuente”. Véase Fernández, Gonzalo, “Derechos humanos y legislación penal”, *El concepto de derechos humanos. Un estudio interdisciplinario*, Cuadernos Facultad de Derecho, Montevideo, 1986, p. 59.

⁸⁶ Véase Prittitz, Cornelius, “Schutz der Menschenwürde durch das Strafrecht oder vor dem Strafrecht?“, en Prittitz y Manoledakis (eds.), *Strafrecht und Menschenwürde*, Nomos, 1998, pp. 19 y ss.

⁸⁷ Véase Bell, Christine, “The ‘New law’ of Transitional Justice”, en Ambos, Kai, Judith Large y Marieke Wierda (eds.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Springer, Berlín, 2009, pp. 105 y ss.

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

establecer cuándo (en qué casos) y en qué proporción algunos principios —como por ejemplo el principio *favor rei*— ceden o disminuyen su poder de garantía, de modo que se pueda diferenciar entre este sistema penal de transición y el sistema penal.

En cuanto a la cuestión penal desde un punto de vista positivo, es muy difícil sostener que del texto de la CADH se pueda llevar a cabo una interpretación *favor victima y/o in dubio pro victima* que se pueda oponer de modo neutralizador a una interpretación *favor rei y/o in dubio pro reo*. Una interpretación basada en la prudencia indica que se requiere de una ponderación que debería llevarse a cabo frente a cada caso concreto.⁸⁸ En todo caso, si se trata de ponderar ambos principios, mientras no exista aceptación respecto del alcance de este nuevo “Derecho penal transicional”, la máxima aplicable estaría dada por la siguiente fórmula que puede servir como hipótesis por ser verificada en futuros trabajos: *cuando se juzga por la CIDH la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de los derechos humanos es preponderante el principio favor victima y/o in dubio pro victima, y cuando se juzga la responsabilidad de una persona por la comisión de un delito por la justicia penal es preponderante el favor rei y/o in dubio pro reo*. Los principios derivados del Estado de Derecho, el *rule of law* y la dignidad humana parecen apoyar una hipótesis como esta.

Este trabajo no aboga por el incumplimiento de las sentencias de la CIDH ni desconoce su indispensable función protectora de los derechos humanos, sino que

pone en entredicho aquellas interpretaciones de la CIDH que se refieren a la responsabilidad penal de los individuos que puedan ser contrarias a los principios contenidos o derivados del texto de la CADH.⁸⁹ Ejemplo de ello es el párrafo 254 de la Sentencia del caso Gelman, que se refiere al debilitamiento de las garantías individuales frente al Derecho penal. Si consideramos que no hay acuerdo sobre el contenido material y formal de un “Derecho penal transicional” que establezca criterios determinados para la punición de las más graves violaciones de los derechos humanos, la interpretación judicial debe respetar los principios de inocencia y de igualdad ante la ley (artículo 8.2 de la CADH), incluso cuando se trate de “terroristas de Estado”.⁹⁰ La doctrina del “estándar máximo” —que exige aplicar el “mayor nivel de protección” de los derechos humanos— y el principio de igualdad⁹¹ no se contradicen ni con la lógica del Derecho penal internacional nacido con los juicios de Núremberg (basado en la persecución selectiva del “enemigo vencido”, normativizada en definitiva a partir del Estatuto de Roma),⁹² ni con la política criminal internacional de lucha contra la impunidad que no sólo justifica la persecución por medio del principio de justicia universal,⁹³ sino que cuando carece de todo límite puede llegar a enmascarar la tradicional teoría del *hostis humanis generis*.⁹⁴ Esta lógica, aceptada por la comunidad internacional para luchar contra determinadas formas de criminalidad a partir del Estatuto de Roma, encuentra límites en determinadas reglas y garantías

⁸⁸ En relación a la necesidad de prudencia en el ámbito judicial, véase Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalisation*, Springer, The Netherlands, 2007, pp. 150 y ss.

⁸⁹ Como también surge del artículo 53 del Convenio Europeo Derechos Humanos, los Estados se someten al obligado cumplimiento de las sentencias internacionales según los medios de ejecución nacionales para ejecutarlas. Lo que estas sentencias no pueden es “derogar una ley, o anular un acto administrativo, o revocar una sentencia judicial contrarias al Convenio”, porque ello ya cae en la competencia de los órganos nacionales respectivos. Véase López Barja, Jacobo, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Akal/Lure, Madrid, 1991, p. 13.

⁹⁰ Las distinciones entre amigos-enemigos, ciudadanos-enemigos, personas buenas-personas malas, escapan al Estado de Derecho y lesionan el principio de dignidad humana. Véase Ambos, Kai, “Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díaz (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2006, p. 153.

⁹¹ Para el principio de igualdad en sentido amplio y en particular el principio de igualdad ante la ley, véase Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 175 y ss., 181 y ss.

⁹² Sobre el tema, en profundidad, Jescheck, Hans-Heinrich, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1953, pp. 3, 9, 16, 196 y s., 415. También, Pastor, Daniel, “Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale”, trad. Fronza, Donini/Papa (a cura di), *Diritto Penale del Nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 204 y ss.

⁹³ Véase Ambos, Kai, “Derecho Penal del Enemigo”, *op. cit.*, p. 129. Este autor pone en evidencia que el enemigo interno está totalmente desprotegido porque no tiene límites ni está sujeto a la protección de la ley, como sucedió con las víctimas de la desaparición forzada por parte del terrorismo de Estado. También Demetrio, Eduardo, “Feindstrafrecht und Rechtstheorie”, en Karsai Blumenberg *et al.* (eds.), *Freiheit – Sicherheit – (Straf)Recht* Beiträge eines Humboldt-Kollegs, Universitätsverlag Osnabrück, 2011, pp. 59 y ss.

⁹⁴ Véase Zaffaroni, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal*, Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 28. El “hostis populi Romani” declarado por Cicerón al descubrir y castigar la conspiración de Sergius Catalina para derrocar su régimen no significaba otra cosa que “convertirlo en objeto de venganza pública”. Adomeit, Klaus, *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa. Teoría del método. Politología jurídica*, trad. Enrique Bacigalupo, Civitas, Madrid, 1984, p. 186.



procesales que deben respetarse cuando se somete a un individuo al ejercicio del *ius puniendi* estatal o de la comunidad de estados.

La jurisdicción de la CIDH se activa cuando el Estado no ha respetado (por acción u omisión) los derechos (humanos) de las víctimas. La CIDH tiene competencia para comprobar la violación de la CADH y responsabilizar al Estado, exigiendo la reparación adecuada. El problema es cuando la reparación adecuada es contraria al texto de la CADH y se exige que el Estado intervenga por medio del Derecho penal para dictar una condena penal de determinados autores, habiendo primero procedido a la “remoción de todos los obstáculos jurídicos” a la punición. Un Estado de Derecho no puede disminuir las garantías individuales para favorecer o facilitar castigos porque ello contradice a la esencia misma de esta forma de gobierno que vuelve a la justicia funcional de la política. Una reparación como ésta puede en algún caso concreto lesionar determinados derechos contenidos en el texto de la CADH y de la Constitución nacional, cuando esos “obstáculos” son garantías y principios fundamentales del sistema penal.⁹⁵ Esta posibilidad sugiere que dicha exigencia sea sometida a un juicio de conveniencia por parte del órgano encargado de la ejecución. Nótese que en el Derecho penal internacional (incluso con posterioridad a la creación de un tribunal permanente) la competencia para juzgar los crímenes más graves corresponde a los Estados nacionales.⁹⁶ El principio de subsidiaridad (artículo 17 del ER) confirma que la jurisdicción internacional sólo puede ser activada cuando el Estado no puede o no quiere llevar a cabo una investigación penal.⁹⁷ Pero el Estatuto de Roma no exige que los juicios penales deban disminuir las garantías individuales, sino

que ellos se lleven a cabo. Los obstáculos procesales tienen que ver con formas de amnistía que impidan la investigación y el posible castigo de determinados delitos.⁹⁸ De modo que si Uruguay, a partir de 2005, ha iniciado investigaciones penales contra los crímenes cometidos durante la dictadura, a pesar de la vigencia de la Ley de Caducidad, significa que ha dado cumplimiento de manera satisfactoria a la exigencia internacional de punibilidad que rige a partir del ER a propósito de los crímenes que acarrearán las más graves violaciones a los derechos humanos. Uruguay ha actuado con la obligación de investigar (y castigar) y ha cumplido con la prohibición de amnistiar estos crímenes. La obligación de “remoción” de la ley por parte de la CIDH puede ser considerada exagerada mientras no impida el inicio de una investigación penal. La obligación de punir que funcionaliza el Derecho penal al castigo parece también exagerada y contraria a las posiciones doctrinales dominantes, pues las investigaciones penales tienen como punto de partida el principio de inocencia y se llevan a cabo para castigar o sobreseer a individuos en un caso concreto. La remoción de la Ley de Caducidad no es esencial mientras su interpretación no impida que las denuncias penales sean consideradas por la justicia penal y que, según criterios jurídicos, tengan lugar procesos penales.

En el marco de la exigencia de “remoción de todos los obstáculos jurídicos” que impidan el castigo penal, los mayores inconvenientes derivados de la interpretación de la CADH se producen con las sentencias nacionales pasadas en autoridad de cosa juzgada, que la CIDH exige no tener en cuenta, con independencia de una comprobación efectiva de la falsedad de la cosa juzgada.⁹⁹ La cosa juzgada guar-

⁹⁵ El principio de *tutela judicial efectiva* y el principio *pro homine* no pueden ser interpretados sólo en beneficio de la víctima, sino que también amparan al autor. Así lo pone de manifiesto la Sentencia 211 de 31 de julio de 2012 del Tribunal de Apelaciones de 4º Turno en la causa “Álvarez Armellino, Gregorio Conrado. Coautor de un delito de Homicidio muy especialmente agravado. I.U.E.: 87-10103/2002”, que sostiene una defensa de los principios y garantías rectores del proceso penal: “En tan acotado marco legal y de principios, la personalidad o aberración de los actos que puedan vincular a una persona con determinada causa, no habilitan al juez en Estado de Derecho a apartarse del principio rector. En el caso, más allá de la arbitrariedad o aberración con que haya actuado el imputado en su vida personal o pública, el tribunal competente no queda eximido por ese fundamento, de prescindir de las garantías del debido proceso legal en toda su extensión, en particular en la valoración de la prueba” (p. 9).

⁹⁶ Esta potestad es, además, exclusiva cuando las violaciones a los derechos humanos no cumplen con determinados elementos de contexto, como ser parte de ataques sistemáticos o masivos (políticas de Estado).

⁹⁷ Sobre el tema, Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalisation*, op. cit., p. 264.

⁹⁸ Véase Torelly, Marcelo, *Justiça e Estado Constitucional de Direito*, Forum, Belo Horizonte, 2012, pp. 87 y ss.

⁹⁹ La Sentencia de Almonacid Arellano vs. Chile es paradigmática sobre la cuestión de la cosa juzgada. En ese aspecto, Radbruch sostiene que la seguridad jurídica y la cosa juzgada pueden caer cuando son producto de una grave injusticia por vicios o errores en la aplicación del Derecho que la hacen inadecuada a Derecho. En esos casos la nulidad proviene de la propia seguridad jurídica que despoja a la sentencia de fuerza obligatoria. Véase Radbruch, Gustav, *Filosofía do Direito*, vol. II, trad. Cabral de Moncada, Coimbra, 1961, p. 122 y s.

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

da relación con la seguridad jurídica¹⁰⁰ y con la prohibición de *ne bis in idem*, también recogido por las Cartas Internacionales de protección de los derechos humanos y en el Estatuto de Roma. La ley penal no puede ser aplicada de forma retroactiva, éste es un principio consagrado en la CADH (artículo 9) y en el ordenamiento jurídico uruguayo, la tipicidad debe de ser previa, y si está contenida en una norma internacional la prohibición debe de estar formulada con claridad, independientemente de que fuera escrita o consuetudinaria.¹⁰¹ Además, la prohibición de retroactividad surge del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que también contiene su reverso, esto es, la retroactividad de las normas favorables al reo.¹⁰² Otro gran inconveniente se produce con el principio de *nemo tenetur se ipsum accusare* cuando en la lucha contra la impunidad y contra el crimen de lesa humanidad de la desaparición forzada de personas se exige al autor que colabore con la investigación penal para que se descubra la verdad.¹⁰³ Todas y cualquiera de estas disminuciones de las garantías procesales en perjuicio del indagado y en favor del afán punitivo no pueden ser toleradas por el Estado de Derecho,¹⁰⁴

aunque se trate de un mandato de la CIDH, porque no se condice con un Derecho penal de ciudadanos sino que parecería estar más cercano de un Derecho penal y procesal penal contra enemigos.¹⁰⁵ El denominado *primer principio de justicia* exige la igual aplicación del principio del Estado de Derecho a todos los ciudadanos, evitando cualquier aplicación arbitraria de la ley.¹⁰⁶ La validez normativa de los derechos humanos depende, a nivel individual, del cumplimiento de las obligaciones recíprocas de no lesión por parte de los ciudadanos;¹⁰⁷ así como, a nivel estatal, depende de que el Estado cumpla con las obligaciones derivadas de los principios del Estado de Derecho, igualdad y responsabilidad, y respete y vele por los derechos humanos de todos los ciudadanos por igual.¹⁰⁸ Según esta lógica, el Estado está obligado a la mayor protección de los derechos humanos tanto para brindar protección y reparación a las víctimas como para someter a los autores a la justicia penal.¹⁰⁹ Asimismo, la protección de los derechos humanos, a nivel individual, exige renunciar a una “justicia de vencedores” entre los miembros de la sociedad que se encuentran en ejercicio del poder, y a nivel estatal, aplicar los principios democráticos del Estado de

¹⁰⁰ Sobre el valor de la cosas juzgada para la seguridad jurídica, Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 2010, p. 41.

¹⁰¹ Como dice Werle: “este principio exige la determinación de las normas del Derecho penal internacional, aunque de una manera menos estricta que la exigida en el Derecho continental europeo; también prohíbe una punición con efecto retroactivo y una punibilidad basada en la analogía”. Véase Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional*, trad. Díaz Pita et al., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 86 y s.

¹⁰² También está consagrado en los artículos 22 a 24 del Estatuto de Roma.

¹⁰³ Véase Galain Palermo, Pablo, “El tipo penal de la desaparición forzada de personas como un acto aislado: consideraciones críticas”, en Muñoz Conde, Francisco, et al. (dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al prof. dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 419-448.

¹⁰⁴ En relación con los individuos, Derecho penal (nacional e internacional) y derechos humanos “son dos caras de una misma moneda: cada persona natural es destinataria de derechos (humanos) y deberes (acciones u omisiones calificadas penalmente) internacionales”. Véase Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional*, op. cit., p. 98.

¹⁰⁵ Muñoz Conde, Francisco, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 29 y s.; Hornle, Tatjana, “Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs ‘Feindstrafrecht’”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 80 y ss.; Prittowitz, Cornelius, “Diritto penale del nemico”, en Massimo Domini y Michele Papa (dirs.), *Diritto Penale del nemico*, op. cit., pp. 139 y ss.

¹⁰⁶ Véase por todos Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalisation*, op. cit., pp. 37, 260.

¹⁰⁷ Véase Corradetti, Claudio, *Relativism and Human Rights. A Theory of Pluralistic Universalism*, Springer, 2009, p. 136.

¹⁰⁸ Véase Hélène, Ruiz Fabri, “Human Rights and State Sovereignty: Have the Boundaries been Significantly Redrawn?”, en Alston, Phillip, y Macdonald, Euan (eds.), *Human Rights, Intervention, and the use of Force*, Oxford University Press, 2008, p. 34. La doctrina más actual destaca la importancia de las políticas estatales en el respeto de los principios y estándares (*soft law*) de protección de los derechos humanos antes que cualquier tipo de sanción jurisdiccional (nacional o internacional) basadas en el *hard law*. Véase Forsythe, David, *Human Rights in International Relations*, Cambridge University Press, 2012, pp. 14 y ss.

¹⁰⁹ El principio de justicia exige que la misma justicia se lleve a cabo contra los autores que han sido vencidos y contra los autores poderosos que aun no han sido vencidos. Véase Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalisation*, op. cit., p. 265. Como dice: “la justicia se tiene que imponer en todo lugar, durante todo el tiempo, para las víctimas y los autores y, por todo eso, a través del sistema legal general” (traducción libre). *Ibidem*, p. 267.

¹¹⁰ Ello, porque una paz duradera no puede estar basada en criterios de sumisión, que entre otras cosas pueda derivar en una justicia arbitraria y poner a la paz en una situación de fragilidad que dependa de la relación de fuerzas. Höffe opone a la máxima: *si vis pacem, para bellum* (si deseas la paz, prepárate para la guerra) aquella otra: *si vis pacem, para iustitiam* (si deseas la paz, proporciona justicia y la regla del Estado de Derecho), en tanto *opus iustitiae pax* (“la paz es fruto de la justicia”). Véase Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalisation*, op. cit., p. 267.

Derecho.¹¹⁰ Téngase en cuenta que uno de los objetivos de la justicia de transición es el mantenimiento de la paz social duradera, que no puede depender de la interrelación de fuerzas en ejercicio del poder.¹¹¹ Esta lógica no puede ser desconocida para aplicar excepciones a la justicia (o aceptar que se debiliten sus principios),¹¹² legitimadas en derechos de las víctimas al castigo (absoluto), a la verdad (por medio del procedimiento penal) o a la reparación (por medio del cumplimiento efectivo de una pena), porque ello significaría reconocer que los derechos humanos pueden ser funcionales a la política.

VI. Los controles de constitucionalidad y de convencionalidad: aplicación del Derecho como lucha de resistencia y límite a la política

La función de la CIDH también puede ser analizada desde el punto de vista positivista, sin que ello signifique adoptar esta posición teórica. La teoría del Derecho contemporáneo se ha asumido como una indagación sobre la praxis judicial concentrada en dos preguntas básicas: ¿cómo deben ser los ordenamientos jurídicos?, y ¿cómo deben aplicar los jueces el Derecho?¹¹³ Aunque ambas preguntas están relacionadas entre sí y se influyen correlativamente, aquí nos interesa el segundo aspecto controvertido, el que se vincula con la forma de interpretación del Derecho abstracto al caso concreto y las fronteras entre la política y la justicia (lo político y lo jurídico) en tiempos de activismo judicial.¹¹⁴ Esa frontera, en todo caso, viene dada por la materia en la que el juez se desenvuelve y por la

finalidad de la rama jurídica en la que dirime el conflicto. Según las teorías constructivistas, cuánta mayor coherencia y legitimidad se reconozca al sistema jurídico, mayor debería de ser la neutralidad judicial; de modo que frente a un sistema armónico y completo la función judicial se limita a seguir las técnicas de interpretación allí estipuladas.¹¹⁵ La CIDH, sin embargo, parece adoptar la posición de las teorías críticas que exigen un compromiso subjetivo cuasi político del juez que dirime conflictos entre intereses enfrentados. En mi opinión, sin desconocer que la CIDH tiene que lidiar con “casos difíciles” y con “Estados reticentes”, generalmente se encarga de dirimir conflictos relacionados con derechos insatisfechos de víctimas individuales o grupos de víctimas en relación con las obligaciones de protección de los Estados que están previamente descritas en la CADH y que ya han pasado por el filtro político de la ComIDH. En ese sentido, el Derecho escrito como sistema armónico (la CADH) debería ser considerado según sus disposiciones y su espíritu, pero no puede quedar como rehén de la ideología de sus aplicadores y de las cambiantes circunstancias políticas (de las que se encarga la ComIDH). La CADH debe ser interpretada según principios propios de la justicia y con la prudencia que un intérprete último tiene que adoptar para sentar criterios duraderos.¹¹⁶ Lo dicho no significa aceptar que la interpretación del Derecho obedece a reglas de la lógica pura, sino que hay circunstancias sociales y de la realidad que limitan la discrecionalidad del intérprete.¹¹⁷ Existen estándares jurídicos que deben ser respetados al interpretar y ejecutar el Derecho, incluso

¹¹⁰ Véase Elster, Jon, “Justice, truth, peace”, en Bergsmo, Morten, y Kalmanovitz, Pablo (eds.), *Law in Peace Negotiations*, International Peace Research Institute, Oslo, 2009, pp. 21 y s., 26 y ss.

¹¹¹ Höffe, Otfried, *op. cit.*, p. 266.

¹¹² “De una parte, ¿los sistemas jurídicos son internamente coherentes o incoherentes? Y de otra, ¿los jueces son aplicadores neutrales de normas jurídicas o creadores de derecho inspirados por razones políticas y morales?”. Véase Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, en Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre, Bogotá, 1999, p. 19.

¹¹³ A favor de controlar la creación del Derecho por parte de los jueces y de mantener estándares claros de interpretación, véase Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalisation*, *op. cit.*, pp. 260 y s.

¹¹⁴ El Estado de Derecho se sostiene por medio de la sanción e implementación de normas de una manera no arbitraria y armónica, como dice Norrie: “esto depende de un sistema de normas que no se contradigan a sí mismas, que sean consistentes y coherentes”. Esto requiere que los jueces reconozcan y obedezcan las reglas existentes a través de un sistema de estándares preestablecidos. Véase Norrie, Alan, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, 2ª ed., Butterworths, Beccles/Londres, 2001, p. 8 (traducción libre).

¹¹⁵ Véase Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, pp. 150 y ss., 162. En opinión de Kantorowicz la interpretación literal incluso en caso de lagunas tiene límites objetivos impuestos por el propio texto. Según este autor no hay forma de distinción posible entre actos legales o ilegales de un juez, o entre decisiones justificables o injustificables (pues todos son “reales”) si no se recurre a criterios jurídicos (que son una cosa distinta a los comportamientos reales). Kantorowicz, Hermann, “Some Rationalism about Realism”, *Yale Law Journal*, vol. 43 (1934), pp. 1240 y ss.

¹¹⁶ En relación con la teoría del “realismo jurídico” y sus críticas en cuanto a la certeza del Derecho como valor jurídico fundamental, véase Tarello, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 8 y ss.

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

por las últimas instancias judiciales.¹¹⁸ En resumidas cuentas, el juez tiene una prohibición de “cambiar las leyes” mediante su interpretación.¹¹⁹ Es evidente que en todo grupo social que se sujeta a normas de conducta no se requiere que todos los miembros se identifiquen con los comportamientos regulados, sino que exista una base fidedigna o de confianza, de modo que ellos puedan ser predecibles.¹²⁰

De todas formas, e independientemente de la disputa teórica, en cualquier sistema (nacional o supranacional) regido por el principio *Estado de Derecho* los derechos humanos son el límite a las interpretaciones de los textos normativos en perjuicio de los derechos humanos allí contenidos.¹²¹ La CIDH (como la Corte Penal Internacional) se encuentra legitimada y limitada a la vez por los derechos humanos.¹²² La CIDH actúa como intérprete de la CADH por concesión de los Estados, que le encomiendan velar por la protección de los derechos sometiéndose a su criterio, que previamente

ha sido limitado por el texto pactado.¹²³ El legislador es el Estado y la CIDH sólo el intérprete a quien le está vedado la creación de nuevo Derecho. La CIDH sólo es “la boca que pronuncia las palabras de la ley” (para decirlo en palabras de Montesquieu), si bien ella tiene la potestad de argumentar (para decirlo en palabras de Alexy) e integrar mediante la interpretación con ciertos límites provenientes del espíritu de la ley cuando decide el caso concreto.¹²⁴ Las interpretaciones de la ley luego deben ser ejecutadas en un “mundo concreto”, rodeado de sus propias circunstancias y con características propias.¹²⁵ Aunque la doctrina no consiste en contestar sobre cuál es el método de interpretación correcto, lo cierto es que el problema tampoco puede ser resuelto por la jurisprudencia.¹²⁶ Esto no significa negar la potestad integradora del juez, sino sujetarla a estándares de prudencia que no renuncien a la justicia como espíritu de la ley.¹²⁷ En realidad, se trata de encontrar la solución más adecuada para resolver un

¹¹⁸ Hart, Herbert, *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 124 y ss., 141 y ss. Según Hart, la ley o la Constitución no pueden ser aquello que los jueces (arbitrariamente) decidan que son, pues aun los jueces superiores que no están sometidos a ninguna otra instancia revisora están sometidos a reglas jurídicas. *Ibidem*, p. 145. Los jueces aplican y se someten a estos estándares, pero no son sus creadores. En sus palabras: “The adherence of the judge is required to maintain the standards, but the judge does not make them”. *Ibidem*, p. 146.

¹¹⁹ Véase Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, op. cit., pp. 96 y s.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 147. Aunque las normas de la moral (los sistemas morales) cambian según la cultura, la legalidad es un subgrupo que permanece constante. Véase Posner, Eric, “Transitional Prudence: A Comment on David Dyzenhaus, ‘Leviathan as a Theory of Transitional Justice’”, en Willian, Melissa, et al. (eds.), *Transitional Justice*, Nueva York University Press, Nueva York/Londres, 2012, p. 222. De todas formas, este autor sugiere que la justicia (en particular, la de transición) no se mueva por pasiones ni por ideologías, sino que sea producto de la prudencia. *Ibidem*, p. 231.

¹²¹ La idea de Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) se fundamenta y legitima en el reconocimiento de los derechos esenciales de los seres humanos, lo que implica la exclusión de cualquier ejercicio arbitrario del poder y el respeto de las garantías contenidas en la Constitución, incluyendo a las cortes de justicia. Véase Del Vecchio, Giorgio, “On the Functions and Aims of the State”, *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Council, Indianápolis, 1962, p. 143. El principal deber del Estado es la protección de los derechos naturales de sus ciudadanos. *Ibidem*, p. 147.

¹²² Véase Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional*, op. cit., p. 101. Como dice: “también el acusado de un crimen de derecho internacional tiene derecho a un proceso penal justo, que se corresponda con los principios y estándares de los derechos humanos”. *Ibidem*, p. 102.

¹²³ Ello no implica desconocer la naturaleza creativa de la interpretación de la ley, que debe someterse a las reglas de lo razonable o sensato (*reasonable rules*), pero que no pueden interpretarse siguiendo meras reglas de la lógica. Las reglas implican tener en cuenta la realidad social en la que operan la interpretación y los valores, fines y otras condiciones sociales en juego al momento de la sentencia. Recaséns-Siches, Luis, “The logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law)”, *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, op. cit., p. 194.

¹²⁴ Curiosamente, los jueces de la CIDH actúan de igual manera que los jueces del sistema *common law* (descubriendo la ley), cuando casi todos los Estados sometidos a su jurisdicción pertenecen al sistema continental o *civil law* y se someten a sus reglas de interpretación y aplicación. Sobre la función de interpretación jurídica apegada a textos, véase Guastini, Ricardo, *Della fonti alle norme*, 2ª ed, Giappilechi, Torino, 1992, pp. 33 y ss. Sobre la interpretación según la denominada “lógica de lo humano”, véase Recaséns-Siches, Luis, “The logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law)”, op. cit., pp. 213 y ss.

¹²⁵ Y ese mundo concreto es limitado, pues ofrece algunas posibilidades pero carece de otras. *Ibidem*, p. 214. La lógica de lo razonable está limitada por las circunstancias concretas de aplicación y por las condiciones sociales (incluso históricas) que rodean a esas reglas legales. *Ibidem*, pp. 215 y s., 217.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 218. La doctrina y la jurisprudencia, por ejemplo, se afilian a las reglas de la “sana crítica” que sólo pueden ser enunciadas como “reglas del entendimiento humano y de la experiencia”, que tampoco sirven para explicar las reglas de la interpretación.

¹²⁷ Incluso cuando se parte de una concepción de la justicia basada en el daño inferido a la víctima y en su reparación como forma de hacer justicia. Reyes Mate, Manuel, *Tratado de la injusticia*, Anthropos, Barcelona, 2011, pp. 261, 270. Así como si se parte de la injusticia cometida a la víctima como elemento esencial de la justicia y no como el frío enunciado de principios abstractos. Véase Ruiz Castor, Bartolomé, “Justiça anamnética e alteridade ferida, por uma justiça das vítimas”, en Assy et al. (coords.), *Direitos Humanos. Justiça, verdade e memória*, Lumen Iuris, Río de Janeiro, 2012, pp. 49 y ss.

conflicto en particular, un caso concreto rodeado de determinadas circunstancias sociales y con concretos valores en juego, según reglas de la experiencia, la razón y el entendimiento humano.¹²⁸ Esto también se aplica para la denominada *justicia de transición*, pues sus consecuencias repercuten en un momento histórico y social determinado. Si bien las condiciones sociales cambian, la base de la interpretación es el texto concreto para ser interpretado y ejecutado.¹²⁹ Con su jurisprudencia constante, la CIDH obliga a los Estados a ejecutar resoluciones que no sólo surgen del texto y espíritu de la CADH, sino de sus interpretaciones extensivas o evolutivas (“creadoras” y “ampliadoras”) de derechos y obligaciones. En ocasiones, al interpretar la CADH, la CIDH supera los límites impuestos por el tratado internacional mediante teorías de la interpretación que la convierten en legislador,¹³⁰ y luego exige que esto sea cumplido de buena fe por los Estados (apelando al derecho que regula el cumplimiento de los Tratados, que en puridad de conceptos son acuerdos sometidos a la reciprocidad entre Estados). El problema se agrava cuando la teoría extensiva o evolutiva que utiliza la CIDH se refiere al Derecho penal y deviene en analogía *in malam partem*, que luego debe ser ejecutada por las autoridades nacionales con el riesgo de contradecir el ordenamiento jurídico.¹³¹ La CIDH, de esta forma, no sólo realiza una función legislativa que le está prohibida, sino que la misma no superaría el *control de constitucionalidad* en el orden nacional.

Al momento de interpretar la CADH para aplicar a un caso concreto, el sistema interamericano debería evitar problemas lógicos o sistémicos que deriven en la denominada “inconsistencia” de una resolución.¹³² De este modo, por ejemplo, habría que armonizar las interpretaciones de la ComIDH con las de la CIDH, de tal manera que las resoluciones de una no contradigan las de la otra. No es congruente desde un punto de vista sistémico que la ComIDH determine que el sistema penal uruguayo es contrario a la CADH y que en la primera sentencia de condena contra el Uruguay la CIDH exija la aplicación de ese mismo sistema penal y además que aquel se aplique disminuyendo aún más las garantías procesales. El sistema interamericano requiere de mayor congruencia interpretativa (desde un punto de vista jurídico) al momento de emitir sus resoluciones para que éstas no se vuelvan contradictorias.

En lo que a este trabajo importa, la CIDH es el órgano de interpretación de la CADH, y la SCJ de Uruguay es el órgano de aplicación o ejecución,¹³³ que son dos tareas que si bien están relacionadas son totalmente diferentes.¹³⁴ La tarea de interpretación no tiene asignada los valores de veracidad¹³⁵ y mucho menos puede incorporar un significado propio a la norma, a cuyo texto se sujeta.¹³⁶ Aquello que ha sido interpretado por la CIDH debe ser aplicado por la SCJ, encargada de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en lo que refiere al ordenamiento jurídico uruguayo.¹³⁷ En ese sentido, quedan algunas preguntas sin

¹²⁸ La interpretación sigue una lógica de lo razonable que se debe ajustar al texto interpretado, pues ella no puede deducir de aquellas situaciones no previstas o que no se puedan derivar propiamente de la regla analizada. Véase Recaséns -Siches, Luis, “The logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law)”, *op. cit.*, p. 221.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 219.

¹³⁰ Según Guastini, “En derecho, la interpretación es típicamente una reformulación de los textos normativos de las fuentes”, el intérprete está sujeto a la norma y no puede “producir la norma” mediante la interpretación. “Una cosa es decidir cuál es el significado de una disposición; otra, construir una ‘disposición’ (apócrifa) inexistente”. Véase Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Gascón, Mariana, y Carbonell, Miguel, UNAM, México, 1999, pp. 5 y ss., 69.

¹³¹ Acerca de las diferencias entre interpretación evolutiva o extensiva y analógica, *ibidem*, pp. 70 y ss.

¹³² Sobre el tema, Ross, Alf, *Direito e Justiça*, 2ª ed., trad. Edson Bini, Edipro, Brasil, 2007, pp. 158 y ss.

¹³³ Según reconoce la SCJ en la sentencia del caso Sabalsagaray de 2009, ella es el órgano máximo de contralor incluso para las decisiones populares producto del ejercicio de democracia directa (Plebiscito, Referendum, artículos 4 y 82 de la CU). Galain Palermo, Pablo, “Übergangsgsjustiz und Vergangenheitbewältigung in Uruguay”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, de próxima publicación.

¹³⁴ “La interpretación tiene como objeto no ya normas, como se sostiene, sino más bien textos normativos, mientras que la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto (entendidas como el contenido de sentido de los textos normativos). Por tanto, la aplicación no coincide con la interpretación por la buena razón de que la presupone o la incluye como una parte constitutiva... el término “aplicación”, especialmente si se refiere a órganos jurisdiccionales, designa un conjunto de operaciones que incluyen, junto a la interpretación propiamente dicha, ya sea la calificación de un supuesto de hecho concreto (Tizio ha cometido tal delito), ya sea la decisión de una específica controversia (Tizio debe de ser castigado con tal pena)”. Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 13.

¹³⁶ Ross, Alf, *Direito e Justiça*, *op. cit.*, pp. 135 y ss.

¹³⁷ Véase Ayala, Carlos, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 5, 1, Universidad de Talca, 2007, p. 131; Ruiz Miguel, Carlos, “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

responder: ¿Debe el Uruguay aplicar o ejecutar las sentencias de condena de la CIDH cuando una parte de las mismas no superaría el *control de constitucionalidad* y/o de *convencionalidad* en el orden interno? ¿Cuál es el límite entre un cumplimiento total o parcial y un incumplimiento que amerite la responsabilidad internacional?

¿Pueden erigirse principios superiores del Derecho en un límite a la interpretación judicial que responde a una orientación política de lucha contra la impunidad?¹³⁸ Esta pregunta no puede ser respondida aquí. La existencia de “un conjunto de normas imperativas cuya violación lleva a la nulidad de la disposición que las contradice (normas de *ius cogens*)”, cuyo objetivo es la protección de los derechos humanos,¹³⁹ no tiene por qué tener como correlato que se las utilice en una lucha política contra la impunidad de un modo excluyente en relación con los derechos humanos que protegen al individuo frente al Estado o la comunidad de Estados.¹⁴⁰ La CIDH acompaña el desarrollo del Derecho internacional, que deja de ser un sistema de cooperación para convertirse en uno de defensa de determinados intereses, a los que los Estados parte se tienen que plegar.¹⁴¹ Así, la CIDH se erige en

el órgano con preeminencia sobre los órganos nacionales (parlamentarios o judiciales), sometidos a sus designios.¹⁴² La exigencia del control de convencionalidad al que se deben someter las normas internas en relación con su contradicción con las internacionales permite a la CIDH dictaminar la remoción de cualquier norma que pueda contradecir una norma imperativa de *ius cogens*. En la sentencia Gelman la CIDH reiteró el criterio formulado en Barrios Altos para las amnistías,¹⁴³ en cuanto a que la Ley de Caducidad no sólo carece de efectos jurídicos, sino que debe ser removida del orden jurídico nacional, porque no supera el control de convencionalidad y su no remoción supone responsabilidad internacional a Uruguay (hasta que no sea removida). La CIDH luego rechaza cualquier justificación basada en criterios de democracia que no legitiman los obstáculos a la persecución penal de determinados crímenes. De esta manera, una ley de amnistía¹⁴⁴ o un mecanismo de justicia de transición (que es en esencia la Ley de Caducidad) aprobado por un Parlamento democrático y una ratificación (mejor dicho, dos ratificaciones) popular en ejercicio de democracia directa no tienen ningún valor jurídico y generan responsabilidad internacional del Estado cuan-

¹³⁸ Una posible respuesta a estas interrogantes proviene de Malarino, quien cuestiona y rechaza la obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias de la CIDH, que sólo constituyen una orientación a seguir por parte de los aplicadores nacionales del texto de la CADH. Malarino, Ezequiel, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano*, t. II, *op. cit.*, pp. 428 y ss.

¹³⁹ Un sector de la antropología es muy crítico con el concepto de derechos humanos construido por el Derecho internacional según una cosmología universalista cristiano-céntrica o eurocéntrica proveniente de la “colonización” de América. Este concepto de derechos humanos es excluyente porque desconoce otras visiones del orden mundial y de la dignidad del hombre y asume la exclusión de esas otras cosmologías del objeto de protección. Grosfoguel, Ramón, “Los derechos humanos y el antisemitismo después de Gaza”, *Universitas Umanistica*, 68, Bogotá, 2009, pp. 157-177. La sociología se refiere a un nuevo paradigma que pregona la coexistencia y una legalidad incluyente que está fundada en la conciencia del sufrimiento humano para construir un Derecho prudente y no indolente. Véase Mignolo, Walter, “Splendors and Miseries of Science: Coloniality, Geopolitics of Knowledge, and Epistemic Pluriversity”, en Boaventura Santos (ed.), *Cognitive Justice in a Global World*, Lexiton Books, Londres, 2007, y Rojas, Gustavo, “Comentario. Raíces Latinas: El imperialismo y la formación del Derecho Moderno”, en Fitzpatrick, Peter, *El derecho como resistencia*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁴⁰ Véase Fitzpatrick, Peter, “La infamia del derecho”, trad. Rojas Páez, en Fitzpatrick, Peter (coord.), *El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo, legalismo*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010 pp. 177 y s.; De las Casas, Bartolomé, *De Regia Potestate*, Guiseppe Tosi (dir.), Laterza, Bari, 2007; Zolo, Danilo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 2001, pp. 53 y ss., 59.

¹⁴¹ Van Zyl nos recuerda que las políticas relacionadas con la justicia de transición pudieron ser llevadas a la práctica gracias al soporte monetario brindado por instituciones supranacionales como inversiones utilizadas por los “peacebuilding” en situaciones posconflicto. Van Zyl Paul, “Promoting transitional justice in post-conflict societies”, en Félix Reátegui (ed.), *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, Brasilia/Nueva York, 2011, pp. 45 y s.

¹⁴² Véase Pastori Fillol, Alejandro, “Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso Gelman c/ Uruguay”, *op. cit.*, p. 184.

¹⁴³ Cfr. Caso Gelman, párr. 232; Caso Barrios Altos. Fondo, *supra*, nota 288, párr. 44; Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 175, y Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), *supra*, nota 16, párr. 174.

¹⁴⁴ “Adicionalmente, al aplicar la Ley de Caducidad (que por sus efectos constituye una ley de amnistía) impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, se incumple la obligación de adecuar el derecho interno del Estado, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana”. Caso Gelman, párr. 240.

do se oponen a la política criminal de lucha contra la impunidad.¹⁴⁵ Esta lucha de política (criminal), según la CIDH, es necesaria para la defensa de los derechos humanos (norma de *ius cogens*) y para la reparación de las víctimas.¹⁴⁶ Con buen criterio la CIDH extiende el *control de convencionalidad* al ejercicio de la democracia directa, en tanto no se puede decidir con principios de democracia ni razones de mayoría cuestiones atinentes a los derechos humanos.¹⁴⁷ De esta forma, no hay duda de que los derechos de cualquier minoría estarán protegidos y contenidos dentro del concepto de derechos humanos, y frente a cualquier violación de los mismos el Estado está obligado a investigar y, en su caso, sancionar a los responsables.¹⁴⁸ La CIDH, entonces, exige respeto de todas las garantías de seguridad para las víctimas, los testigos y los operadores de la justicia, pero omite referirse a las garantías materiales y formales de los presuntos autores.¹⁴⁹ Entre las garantías exigidas, la CIDH omite mencionar aquellas que protegen al indagado en su devenir procesal como imputado y condenado;¹⁵⁰ omisión de la que parece haber sido consciente en tanto la CIDH luego exige la remoción expresa de aquellas garantías básicas de todo justiciable: “En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga,

como *prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad*, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”.¹⁵¹ Esta disminución de garantías en relación con los justiciables para favorecer o facilitar el poder punitivo estatal implica desconocer las bases liberales sobre las que se construyó el sistema penal moderno a partir de la obra de Beccaria. Esta política sólo puede ser vista de manera crítica, y tiene que ser limitada al momento de aplicarse la justicia en una *sociedad justa (gerechte Gesellschaft)* en la que rige el concepto de dignidad humana.¹⁵² En este espacio no puedo ahondar más sobre este aspecto y únicamente me resta decir que el cumplimiento de esta obligación de punir disminuyendo las garantías del debido proceso puede significar que Uruguay no sólo viole la Constitución sino también la CADH.¹⁵³

El problema central consiste en determinar si la CIDH puede interpretar la CADH con desconocimiento de la doctrina del estándar máximo de protección¹⁵⁴ o, incluso, en perjuicio de los derechos allí contenidos y exigir la restricción de las garantías procesales del justiciable para cumplir con una política de lucha con-

¹⁴⁵ Está fuera de discusión que, como sostiene la CIDH en el caso Gelman, las mayorías deben asegurar a las minorías el respeto de sus derechos, y en ese sentido debería quedar claro que esta tarea no puede estar sujeta a los acontecimientos políticos (llámese justicia de los vencedores, o depender de una política de gobierno determinada). Por el contrario, estos derechos deben estar protegidos de un modo permanente y objetivo en todo tiempo y en todo lugar. En sentido similar, Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 205; también Rincón, Tatiana, “Democracia y derechos humanos: la sentencia de la CIDH en el Caso Gelman vs. Uruguay”, en Galain Palermo, Pablo (ed.), *Justicia de transición*, *op. cit.*, de próxima publicación.

¹⁴⁶ Caso Gelman, párr. 238.

¹⁴⁷ *Ibidem*, párr. 239. Argumentos que ya habían sido utilizados en el orden interno por la SCJ en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, Sentencia 365 de 2009.

¹⁴⁸ Caso Gelman, párr. 252.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 255.

¹⁵⁰ Sin embargo, la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 25 de junio de 1993 sostuvo: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

¹⁵¹ Caso Gelman, párr. 254. El subrayado es mío.

¹⁵² Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1992, p. 504.

¹⁵³ Véase Dworking, Ronald, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 184. La CIDH no es una última instancia en relación con el sistema judicial uruguayo, cuyo lugar es ocupado por la SCJ. Gros Espiel, Héctor, “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Derechos Humanos*, cap. XXI, Cultural Cuzco, 1991, pp. 431 y ss. Según Rizzo: “El juez competente se enfrentará a un caso concreto, con las particularidades que cada caso tiene, y advertirá: a) por un lado, que debe cumplir la sentencia internacional que dice que ciertas situaciones no pueden impedir la responsabilidad, y b) por otra parte, normas de derecho interno (e incluso en algún caso el propio artículo 8.4 de la Convención) que establecen limitaciones a la responsabilidad penal... el juez deberá cumplir con la sentencia, pero tendrá también sobre la mesa los derechos humanos de los presuntos violadores de derechos humanos y todo lo que surja del caso particular. Y es sobre estos parámetros que en cada caso se deberá buscar la mejor solución y la que resulte conforme a derecho”. Rizzo, Martín, “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”, *op. cit.*, p. 94.

¹⁵⁴ Sentencia caso Hauer, Liselotte Hauer vs. Land Rheinland Pfalz, Tribunal Europeo de Justicia, 13 de diciembre de 1979, C-44/79. Ruiz Miguel, Carlos, “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 33. Véase Kaufmann, Arthur, “Demokratie — Rechtsstaat — Menschewürde: Zur Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs”, en Kaufmann, Arthur, *Über Gerechtigkeit*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1993, p. 475. En la doctrina uruguayo, por todos, Rizzo, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 138.

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

tra la impunidad¹⁵⁵ o un derecho de satisfacción de la víctima por medio del castigo penal.¹⁵⁶ Según la lógica que ha seguido este trabajo, hay que responder que la SCJ debe ejecutar la sentencia de la CIDH aplicando un criterio de razonabilidad que, por un lado, se oponga a cualquier interpretación arbitraria o analógica del texto de la CADH¹⁵⁷ y, por otro, permita la reparación de las víctimas sin merma de la protección de los derechos humanos contenidos en la CADH.¹⁵⁸

VII. A modo de conclusión

Uruguay está obligado a cumplir con los dictámenes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y a proteger los derechos humanos según el estándar máximo en la materia. Además, está obligado a realizar controles de convencionalidad y de constitucionalidad relacionados con el texto de la CADH.

Las sentencias de la CIDH han influido, principalmente, en la jurisprudencia penal uruguaya de primera instancia, pero no han encontrado eco en las instancias judiciales superiores. Al momento de escribir este informe ellas no han tenido influencia en la normativa jurídico-penal o constitucional, en particular; se mantiene el incumplimiento del Estado uruguayo en relación con la reforma del proceso penal.¹⁵⁹

Según la ComIDH Uruguay tiene un proceso penal contrario al espíritu de la CADH, de manera que su utilización debería ser respaldada sólo cuando sea estrictamente necesario y en aplicación de todas las garantías procesales posibles.¹⁶⁰ Con base en esto, el recurso al Derecho penal en Uruguay debe quedar circunscrito a los casos estrictamente necesarios, y cuando ello ocurra deben respetarse todas las garantías y principios básicos del Estado de Derecho (como el debido proceso, la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la dignidad humana).

El Estado uruguayo está obligado por la CADH a reparar a las víctimas por cualquier mecanismo que no signifique una lesión contra los derechos humanos de los autores. Los autores de los crímenes internacionales y de las más graves violaciones de los derechos humanos que se valieron de las estructuras del Estado para cometerlos e inmunizarse de todo castigo, como sucedió con Raskolnikow, el personaje de Dostoievski,¹⁶¹ tienen su destino moralmente atado a la culpa por el crimen cometido; pero un Estado de Derecho, por el contrario, tiene su destino ligado a la protección absoluta de los derechos humanos, a los que debe proteger incluso de las interpretaciones del Derecho.¹⁶² Los responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos

¹⁵⁵ Crítico, Silva Sanchez, Jesús, "Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho*, núm. 1, ULACIT, Costa Rica, julio de 2011, p. 52. Como dice Silva: "En efecto, la imposición y ejecución de una pena desconectada de tales razones y justificada por necesidades de la víctima no sería sino venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad". *Ibidem*, p. 53.

¹⁵⁶ Gomes Canotilho, José, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 469.

¹⁵⁷ Como la propia CIDH ha sostenido en la opinión consultiva OC-14/94 de 16.12.1994: "si el Estado ha contraído la obligación de adoptar determinadas medidas, con mayor razón está obligado a no adoptar aquellas que contradigan el objeto y el fin del tratado (en el caso, la Convención Americana)". Gialdino, Rolando, "Judicialidad de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales", *Derechos Humanos en situaciones de crisis*, *op. cit.*, p. 140. Hay quien sostiene que Uruguay no puede actuar contra el texto de la Constitución y de la propia CADH desconociendo garantías básicas de los justiciables. Véase Pastori Fillol, Alejandro, "Reflexiones sobre los problemas jurídicos", *op. cit.*, p. 190. Según este autor, no se trata de desconocer la jurisdicción de la CIDH sino ese fallo en particular. De similar opinión, Ochs, Daniel, "El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay", *Estudios Jurídicos 9*, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

¹⁵⁸ Véase también Risso, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 134 y ss. El principio de "prohibición de retroceso social" o el de "prohibición de evolución reaccionaria" pueden oponerse por parte del Estado cuando la CIDH lo obliga al desconocimiento de las garantías en el proceso penal para permitir la investigación y condena de los autores de crímenes internacionales y/o graves violaciones de los derechos humanos.

¹⁵⁹ Véase ComIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>

¹⁶⁰ De la misma opinión, exigiendo un ligamen entre Derecho penal como *ultima ratio*, finalidad de la pena y dignidad humana, Kelker, Brigitte, "Grundfragen eines Zusammenhangs zwischen Menschenwürde und Strafrecht", *op. cit.*, p. 1690.

¹⁶¹ Sobre el tema, Gerigk, Horst-Jürgen, "Verbrechen und Strafe-Eine Einführung in Dostojewskijs ersten großen Roman", Oehmichen y Von Engelhardt (eds.), *Schuld und Sühne, Verbrechen und Strafe*, Schmidt/Römhild, Lübeck, 2005, pp. 42 y ss.

¹⁶² A diferencia de Raskolnikow, los ex terroristas de Estado no han acudido voluntariamente al sistema penal para "expiar su culpa" sino que se han protegido con el silencio o la mentira del reproche y de la pena. En un sistema de Derecho la lucha contra la impunidad no los puede obligar a colaborar con la verdad procesal ni los puede despojar de otras garantías fundamentales, ellos no pueden ser obligados a ofrecernos la prueba de la condena, pero sí pueden contarnos su versión de los hechos y contribuir con el conocimiento de la verdad histórica o fáctica. También pueden pedir perdón a las víctimas y colaborar con la elaboración del pasado y la reconciliación de la sociedad

deben ser sometidos a la justicia penal del Estado de Derecho (basada en el *rule of law*), no a una justicia penal de vencedores que responda a la interrelación de fuerzas políticas.

Este trabajo aboga por una interpretación y un ejercicio prudente del Derecho. Si consideramos que los estándares utilizados para la interpretación y ejecución de la ley provienen de la voluntad de quien ejerce el poder, el gran tema es cómo limitamos el ejercicio del poder y la instrumentalización del Derecho. Frente a cuestiones de tanto valor y trascendencia social como son las sentencias de la CIDH, sobre todo cuando deciden sobre temas relacionados con la justicia de transición, hay que exigir a los jueces una actuación sumamente cautelosa. Los exabruptos y arbitrariedades relacionados con la aplicación del Derecho y el activismo político sólo pueden ser controlados por una jurisprudencia que epistemológicamente se funde en la prudencia (*iurisprudentia*) al momento de interpretar y ejecutar los textos legales. Esto no significa negar la potestad integradora que tiene el juez, sino sujetarla a estándares de prudencia que no renuncien a la justicia como el espíritu de la ley.¹⁶³ En realidad se trata de que la interpretación judicial no reproduzca sino que contenga la espiral de violencia inmanente al ejercicio del poder.

Bibliografía

- Adomeit, Klaus, *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa. Teoría del método. Politología jurídica*, trad. Enrique Bacigalupo, Civitas, Madrid, 1984.
- Ambos, Kai, “Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díaz (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2006.

- y Böhm, María Laura, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2011.
- Arnold, Simon y Woischnick (eds.), *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, UNAM, México, 2006.
- Ayala, Carlos, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 5, 1, Universidad de Talca, 2007.
- Blengio Valdés, Mariana, “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman contra Uruguay”, *Revista de Derecho Público*, 39, FCU, Montevideo, 2011.
- Bohoslavsky, Juan Pablo, “Eslabón financiero en la justicia transicional uruguaya”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 21, 12, Montevideo, 2012.
- Cagnoni, José y Mariana Blengio, “Los derechos humanos en la Constitución”, en Blengio, Mariana, *Código de derechos humanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010.
- Corradetti, Claudio, *Relativism and Human Rights. A Theory of Pluralistic Universalism*, Springer, 2009.
- Costas Douzinas, “Are wars ever just? The invasions of Iraq and Afghanistan raise complex questions about the moral and legal use of force”, consultado en <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/libertycentral/2009/apr/21/universalism-humanitarianism>.
- Del Vecchio, Giorgio, “On the Functions and Aims of the State”, *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Council, Indianápolis, 1962.

todavía enfrentada. La reparación de las víctimas, legitimada por el descubrimiento de la verdad, difícilmente se puede lograr por medio del Derecho penal. Otros mecanismos deberían ser exigidos por la propia CIDH para reparar a las víctimas y permitir el conocimiento de la verdad. Véase sobre estos aspectos, Vest, Hans, *Gerechtigkeit für Humanistatsverbrechen?*, op. cit., pp. 28 y ss.; Eser, Arnold y Kreicker (eds.), “Strafrecht in Reaktion auf Systemunecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse”, *Juscrim*, 2001; Werle, Gerhard, “Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?”, en Muñoz Conde y Vormbaum (eds.), “Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit”, Humboldt-Kolleg/Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 7-9 de febrero de 2008, De Gruyter, 2010, pp. 16 y ss.

¹⁶³ Y ello no significa adoptar una posición iusnaturalista ni una negación de la justicia restaurativa o de que la justicia se mida según el daño causado a la víctima, pues se puede adoptar esta concepción filosófica de lo justo (basada en la proporcionalidad entre la injusticia sufrida por la víctima y la reparación de la misma) y exigir prudencia al momento de ejercer la reacción estatal contra el autor. Con una perspectiva filosófica, Reyes Mate, Manuel, *Tratado de la injusticia*, op. cit.; desde un punto de vista penal, Galain Palermo, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

- Demetrio, Eduardo, “Feindstrafrecht und Rechts-theorie”, en Karsai Blumenberg *et al.* (eds.), *Freiheit – Sicherheit – (Straf)Recht* Beiträge eines Humboldt-Kollegs, Universitätsverlag Osnabrück, 2011.
- De las Casas, Bartolomé, *De Regia Potestate*, Giuseppe Tosi (dir.), Laterza, Bari, 2007.
- De Saavedra, Ángel, *Un castellano leal* (romance tercero), consultado en <http://www.camagueycuba.org/cienpoesias/75.html>.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977.
- Elster, Jon, “Justice, truth, peace”, en Bergsmo, Morten, y Kalmanovitz, Pablo (eds.), *Law in Peace Negotiations*, International Peace Research Institute, Oslo, 2009.
- Fernández, Gonzalo, “Derechos humanos y legislación penal”, *El concepto de derechos humanos. Un estudio interdisciplinario*, Cuadernos Facultad de Derecho, Montevideo, 1986.
- en Eser, Arnold y Sieber (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Teilband II*, Duncker & Humblot, Berlín, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de la legitimidad de la jurisdicción*, trad. Miguel Carbonell, Inacipe, México, 2010.
- Fitzpatrick, Peter, “La infamia del derecho”, trad. Rojas Páez, en Fitzpatrick, Peter (coord.), *El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo, legalismo*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010.
- Forsythe, David, *Human Rights in International Relations*, Cambridge University Press, 2012.
- Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Galain Palermo, Pablo, “Principle of legality (*nullum crimen sine lege*) in Uruguay”, Sieber, Forster y Jarvers (eds.), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, vol. 2.1, Duncker & Humblot, Berlín, 2011.
- , “Uruguay”, en Ambos, Malarino y Woischnick (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006.
- , “La justicia de transición en Uruguay: un conflicto sin resolución”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, 2011.
- , “Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, de próxima publicación.
- , *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- , “La giustizia di transizione in Uruguay. Un conflitto senza soluzione”, trad. Mateira y Menghini, en Fornasari y Fronza (eds.), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell’America Latina*, Università degli Studi di Trento, 2011.
- “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”, *International Criminal Law Review*, 10, 4, 2010.
- y Simon, Jan-Michael, “La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985)”, *Revista Penal*, de próxima publicación.
- y Garreaud, Álvaro, “Truth Commissions and the Reconstruction of the Past in the Post-Dictatorial Southern Cone: Concerning the Limitations for Understanding Evil”, en Ambos *et al.*, (ed.), *Eichmann in Jerusalem 50 Years After. An Interdisciplinary Approach*, Duncker & Humblot, Berlín, 2012.
- , “El tipo penal de la desaparición forzada de personas como un acto aislado: consideraciones críticas”, en Muñoz Conde, Francisco, *et al.* (dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al prof. dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Gerigk, Horst-Jürgen, “Verbrechen und Strafe-Eine Einführung in Dostojewskijs ersten großen Roman”, Oehmichen y Von Engelhardt (eds.), *Schuld und Sühne, Verbrechen und Strafe*, Schmidt/Römhild, Lübeck, 2005.
- Grosfoguel, Ramón, “Colonialidad global y terrorismo antiterrorista”, *Nueva Sociedad* 177, enero-febrero de 2002, consultado en http://www.nuso.org/upload/articulos/3033_1.pdfj.
- , “Los derechos humanos y el antisemitismo después de Gaza”, *Universitas Umanistica*, 68, Bogotá, 2009.
- Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Gascón, Mariana, y Carbonell, Miguel, UNAM, México, 1999.
- Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, trad. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2001.
- , *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1992.

- Hart, Herbert, *The Concept of Law*, 2a. ed., Clarendon Press, Oxford, 1994.
- Hassemer, Winfried y Reemtsma, Jan Philipp, *Verbrechensopfer-Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, Múnich, 2002.
- Hélène, Ruiz Fabri, “Human Rights and State Sovereignty: Have the Boundaries been Significantly Redrawn?”, en Alston, Phillip, y Macdonald, Euan (eds.), *Human Rights, Intervention, and the use of Force*, Oxford University Press, 2008.
- , “Human Rights and State Sovereignty: Have the Boundaries been Significantly Redrawn?”, en Alston, Phillip, y Macdonald, Euan (eds.), *Human Rights, Intervention, and the use of Force*, Oxford University Press, 2008.
- Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalization*, Springer, The Netherlands, 2007.
- Hornle, Tatjana, “Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs ‘Feindstrafrecht’”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2006.
- Ibáñez Rivas, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, consultado en <http://www.revfono.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725>.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1953.
- Kantorowicz, Hermann, “Some Rationalism about Realism”, *Yale Law Journal*, vol. 43 (1934).
- Kelker, Brigitte, “Grundfragen eines Zusammenhangs zwischen Menschenwürde und Strafrecht”, en Paeffgen *et al.*, (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín.
- Lessa, Francesca y Fried, Gabriela, “Las múltiples máscaras de la impunidad: la Ley de Caducidad”, en Lessa, Francesca, y Fried, Gabriela (comps.), *Luchas contra la impunidad. Uruguay 1985-2011*, Trilce, Montevideo, 2011.
- López Barja, Jacobo, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Akal/Iure, Madrid, 1991.
- López de Oñate, Flavio, *La certeza del Derecho*, trad. Sentís Melendo y Ayerra, EJE, Buenos Aires, 1953.
- Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y sancionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010.
- Mondragón, Salvador, *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, Mexico, 2007.
- Norrie, Alan, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, 2a. ed., Butterworths, Beccles/Londres, 2001.
- Ochs Olazábal, Daniel, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay”, *La Ley Uruguay*, IV, 7, julio de 2011.
- Orozco, Iván, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Temis, Bogotá, 2005.
- Pastor, Daniel, “Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale”, trad. Fronza, Donini/Papa (a cura di), *Diritto Penale del Nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milán, 2007.
- Pastori Fillol, Alejandro, “Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman c/ Uruguay”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 1, 2011.
- Posner, Eric, “Transitional Prudence: A Comment on David Dyzenhaus, ‘Leviathan as a Theory of Transitional Justice’”, en Willian, Melissa, *et al.* (eds.), *Transitional Justice*, Nueva York University Press, Nueva York/Londres, 2012.
- Preza, Dardo, *El proceso penal uruguayo*, 3ª ed., FCU, Montevideo, 2009.
- Prittwitz, Cornelius, “Schutz der Menschenwürde durch das Strafrecht oder vor dem Strafrecht?“, en Prittwitz y Manoledakis (eds.), *Strafrecht und Menschenwürde*, Nomos, 1998.
- Risso, Martin, “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”, *Estudios Jurídicos* 9, 2011, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2011.
- , *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2011.
- Mignolo, Walter, “Splendors and Miseries of Science: Coloniality, Geopolitics of Knowledge, and

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

- Epistemic Plureversality“, en Boaventura Santos (ed.), *Cognitive Justice in a Global World*, Lexiton Books, Londres, 2007.
- Ruiz Miguel, Carlos, “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Ruiz Miguel (coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- Radbruch, Gustav, *Filosofía do Direito*, vol. II, trad. Cabral de Moncada, Coimbra, 1961.
- Reyes Mate, Manuel, *Tratado de la injusticia*, Anthropos, Barcelona, 2011.
- Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, en Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre, Bogotá, 1999.
- Ross, Alf, *Direito e Justiça*, 2ª ed., trad. Edson Bini, Edipro, Brasil, 2007.
- Ruiz Castor, Bartolomé, “Justiça anamnética e alteridade ferida, por uma justiça das vítimas”, en Assy et al. (coords.), *Direitos Humanos. Justiça, verdade e memória*, Lumen Iuris, Río de Janeiro, 2012.
- Ruocco, Graciela, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de la Sentencia Anulatoria“, en Delpiazzo, Carlos (coord.), *Transformaciones actuales de Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 2010.
- Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Católica del Perú/GIZ, Perú, 2012.
- Shapiro, Martin, “Courts in Authoritarian Regimes”, en Ginsburg, Tom, y Moustafa, Tamir (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Silva Sanchez, Jesús, “Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho*, núm. 1, ULACIT, Costa Rica, julio de 2011.
- Skaar, Elin, *Judicial Independence and Human Rights in Latin America. Violations, Politics, and Prosecution*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2011.
- Tiedemann, Paul, *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, 3a. ed. revisada, Wissenschaft Verlag, Postdam, 2012.
- Torelly, Marcelo, *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*, Forum, Belo Horizonte, 2012.
- Van Zyl Paul, “Promoting transitional justice in post-conflict societies“, en Félix Reátegui (ed.), *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, Brasilia/Nueva York.
- Vázquez, María (coord.), “La supremacía de la Constitución y la ley de ordenamiento territorial”, *Estudios en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo.
- Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional*, trad. Díaz Pita et al., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal*, Ibáñez, Bogotá, 2006.
- Zolo, Danilo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 2001.



Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal

Pilar Gómez Pavón
Miguel Bustos Rubio

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: *El principio de legalidad ha generado auténticos ríos de tinta a lo largo de la historia de la dogmática penal. En la actualidad, sectores autorizados apuntan a una verdadera situación de crisis respecto del mencionado principio, que habría perdido gran parte de su esencia quedando en mero papel mojado. En el presente trabajo los autores abordan la exégesis del principio de legalidad desde una perspectiva práctica, identificada en la actividad interpretativa que corresponde a jueces y tribunales y, en concreto, en el criterio gramatical de interpretación de la norma como límite máximo a dicha actividad. Desde un fundamento esencialmente político del principio de legalidad penal, en este artículo se analizan cuestiones tales como la posibilidad de interpretación analógica, las aportaciones de las definiciones legales (cada vez más utilizadas por el legislador) o las denominadas “interpretaciones literales” en Derecho penal. Todo ello sin perder de vista la imbricación que ostenta el tema con el Derecho constitucional.*

PALABRAS CLAVE: *Principio de legalidad, interpretación gramatical, analogía, criterios interpretativos, garantías penales.*

ABSTRACT: *The rule of law has given rise to rivers of ink throughout the history of criminal dogma. Currently, authorized sectors refer to a crisis in this principle, which allegedly lost much of its essence and resulting in mere dead letter. This paper deals with the exegesis of the rule of law from a practical perspective, identified in the interpretative activity which is the responsibility of judges and courts and, particularly, in the guidelines of grammatical interpretation of the standard as a top limit of such activity. From an essentially political basis of the rule of law principle, the author examines issues such as the possibility of analogical interpretation, the contributions of legal definitions (increasingly used by policy makers), or the so-called “literal interpretations” in criminal law, without ignoring the interdependence between this issue and constitutional law.*

KEY WORDS: *Rule of law principle, grammatical interpretation, analogy, interpretative guidelines, criminal guarantees*

SUMARIO: *1. Introducción y metodología: Derecho penal y Constitución. 2. Notas sobre el principio de legalidad penal. Especial atención a la prohibición de interpretaciones extensivas que superan la letra de la ley. 3. Prohibición de interpretación analógica: ¿en todo caso, o sólo in malam partem? 4. Los criterios de interpretación de la norma. 5. Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma: su fundamento. 6. Dos observaciones concomitantes a la actividad interpretativa: las definiciones legales y el tenor literal de la norma.*

1. Introducción y metodología: Derecho penal y Constitución

En el presente trabajo abordamos un estudio de temática atemporal que no pasa desapercibido para el penalista: el estudio del principio de legalidad, mediante una aproximación a su contenido limitador del *ius puniendi* del Estado. A cualquiera que se dedique al estudio del Derecho penal no se le oculta que en el espacio del que disponemos no es posible abordar en su totalidad el análisis del principio de legalidad, ni de los numerosos problemas que puede suscitar su aplicación en la práctica, así como del reflejo que tiene en los distintos ordenamientos positivos. Por ello vamos a limitarnos a estudiar su relación con la interpretación de la norma penal, analizando el significado del criterio gramatical como método interpretativo y límite a la aplicación de la ley. Estudio que, entendemos, reviste en los momentos actuales nueva relevancia: la necesaria protección de ciertos intereses jurídicos, así como las circunstancias sociales tanto en orden al mantenimiento de la seguridad como las relativas al funcionamiento de instituciones y órganos públicos, hacen que alcance una nueva y mayor relevancia el estudio y análisis de la relación entre el principio de legalidad y la interpretación —necesaria— de la norma penal.

En lo que sigue en este trabajo analizaremos ambas cuestiones, desde el punto de vista legal dogmático y, por supuesto, constitucional. Cuando, como ocurre en el ordenamiento español, el principio de legalidad se recoge en el texto constitucional como un auténtico Derecho fundamental, no puede obviarse el estudio de la doctrina constitucional sobre esta materia, máxime cuando por el Tribunal Constitucional español se ha establecido como lo que podría ya denominarse un “cuerpo de doctrina” en relación con el susodicho principio.

Resulta indiscutible que la Constitución de un Estado, en tanto norma suprema, es aquella que establece las bases constitucionales del Derecho público y del privado. Pero quizá sea en el Derecho penal donde la vinculación con el Derecho constitucional se hace más patente, en la medida en que los valores de libertad personal y seguridad que garantiza constituyen su propia esencia. El texto constitucional, y en con-

secuencia el Derecho constitucional, proporciona en gran medida los fundamentos que legitiman al ordenamiento punitivo, hasta el punto que para un importante sector de la doctrina española todos los bienes jurídicos dignos de protección penal se encuentran contemplados en la Constitución, aún de forma no expresa.¹

Pero además, y fundamentalmente, la Constitución marca un límite al empleo del Derecho penal, así como a las técnicas de tipificación. Recordemos que el respeto a la dignidad de la persona es uno de los fines supremos señalados en la Constitución. En esa medida, el poder punitivo no puede ser ejercido de manera arbitraria, sino que debe ajustarse a los valores superiores, principios constitucionales y Derechos fundamentales que la Constitución reconoce. De otro lado, el Derecho constitucional limita al Derecho penal por medio de la interpretación y argumentación constitucionales. De ahí que se pueda señalar que las categorías jurídicas de la dogmática penal pueden ser, en unos casos, objeto de interpretación, y, en otros, de definición de su contenido por parte del Tribunal Constitucional por medio de los distintos métodos de interpretación. Así viene sucediendo en el ordenamiento jurídico español, por cuanto que, si bien es cierto que el juez está sometido a la ley (principio de legalidad), es verdad también que lo está, ante todo, a la Constitución (principio de constitucionalidad), es decir, realiza una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto en la medida en que debe considerar, junto con las razones de la ley, sobre todo, las razones de la Constitución.

Por todo ello, como decimos, cuando el penalista se aproxima al estudio de un Derecho recogido en la Constitución de su Estado, como el denominado *principio de legalidad*, no puede obviar el sentido constitucional de dicho Derecho, lo que obliga a examinar la jurisprudencia mantenida respecto del mismo por el órgano al que se le hubiera atribuido competencia para dictarla. En el caso español, y por mandato expreso de la propia Constitución, dicha competencia corresponde al Tribunal Constitucional. Resulta no sólo comprensible, sino sobre todo necesario que en el análisis que a continuación se presenta, sobre el principio de legalidad y los límites a la interpretación de la norma penal, se acuda a la consulta de dicha ju-

¹ Sobre la teoría constitucional del bien jurídico, *vid.* por todos Álvarez García, F. J., “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, 1991, pp. 20 y ss.

risprudencia y al contenido constitucional del citado principio.²

2. Notas sobre el principio de legalidad penal. Especial atención a la prohibición de interpretaciones extensivas que superan la letra de la ley

El principio de legalidad,³ en su actual formulación de que “no hay delito sin ley previa que lo establezca, y no hay más pena que la prevista en la ley para cada delito”, supone la primacía de la ley como fuente creadora de delitos y penas, y se encuentra recogido, al menos a nivel formal, en prácticamente todos los ordenamientos.⁴ Al igual que los textos internacionales, la Constitución española recoge el principio de legalidad en el artículo 25.1 al señalar que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como una infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.⁵ En el citado precepto se recogen de forma expresa las dos primeras garantías del principio de legalidad: por un lado, que para que una determinada conducta sea considerada como delito debe calificarse previamente como tal en la ley (garantía criminal) y, por otro, la sanción impuesta si éste se llega a cometer debe también estar prevista en una

disposición de rango legal con carácter previo a su comisión, sin que sea posible aplicar una diferente (garantía penal).⁶

Se trata de un principio del ordenamiento jurídico-penal que, junto con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos (u ofensividad, lesividad), y de culpabilidad, se asocia al nacimiento del Derecho penal moderno en la segunda mitad del siglo XVIII, aunque su tradición va más allá y ya pueden encontrarse referencias al mismo en el Código de Hammurabi, la Ley de las Doce Tablas o las Partidas, entre otros documentos.⁷ Así, por ejemplo, ya en el año 533, el Digesto de Justiniano señalaba: *poena non irrogatur, nisi quae quoque lege vel quo alio iuri specialiter huic delicto imposita est*, en lo que se configura como una auténtica prohibición de establecer más penas de las impuestas para cada delito por una ley. También aparece en la Carta Magna del rey inglés Juan sin Tierra.⁸ Pero, en realidad, el principio de legalidad, en su entendimiento actual, significa el triunfo de la ideología liberal en el continente europeo a partir de la Revolución francesa frente al Antiguo Régimen.⁹ Posiblemente su vigencia y entendimiento actual arranque en el libro del Marqués de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, sobre el que más adelante volveremos.

Feuerbach acuñó el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* para describir el principio de lega-

² Vid. en este sentido, Boix Reig, J., “El principio de legalidad en la Constitución”, en VV. AA., *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pp. 73 y ss. Del mismo autor, “De nuevo sobre el principio de legalidad (perspectiva constitucional)”, *Revista General de Derecho*, núm. 512, 1987, pp. 2289 y ss.

³ Vid. ampliamente Huerta Tocildo, S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993, pp. 81 y ss.

⁴ Gómez Pavón, P., “Cuestiones actuales del Derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. extra. 1, 2000, p. 427.

⁵ Artículo 25.1 de la Constitución española: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento”.

⁶ Como es sobradamente conocido, del principio de legalidad derivan también otras dos garantías: la jurisdiccional y la de ejecución. La primera de ellas quizá encuentre reflejo en el artículo 24 de la Constitución española, donde se recogen los denominados *derechos fundamentales procesales*. Reza el artículo 24 lo siguiente: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

⁷ Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español, parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 194-196. Ampliamente, *cfr.*, De Vicente Martínez, R., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 16 y ss.

⁸ Vid. Ruiz Robledo, A., *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 39. En concreto, sobre la evolución de este principio en la historia constitucional española, *cfr.* ampliamente *op. cit.*, pp. 67 y ss.

⁹ De Toledo, Octavio, y Ubieto, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 316. En el mismo sentido, Mir Puig, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011, p. 71 y Ochoa Figueroa, A., “Ilícito penal e ilícito administrativo en el ámbito del medioambiente. Especial consideración de la tutela del agua”, tesis inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2013, pp. 110 y ss.

Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal

lidad. Más allá de las formalidades que pueda traer consigo dicho postulado, en realidad el mismo implica el respeto por una serie de garantías¹⁰ que se traducen en las correspondientes prohibiciones para el legislador y, en lo que a los efectos de este trabajo interesa, para el intérprete de la norma, y que ya hemos adelantado.

Pensamos que no es éste el lugar más idóneo para extendernos en el análisis de las garantías y exigencias de una efectiva vigencia del principio de legalidad, tarea que excedería con creces los límites de este trabajo.¹¹ El objeto de estas líneas es, como dijimos en la introducción, el estudio de la relación del principio de legalidad con la necesaria interpretación de la nor-

ma penal (una vez que se ha superado aquella vieja y a nuestro juicio imposible aspiración de la falta de necesidad interpretativa de la norma, que ya no puede plantearse siquiera como meta).

La importancia de lo que aquí se diga viene dada por la creciente extensión del ámbito del Derecho penal, ya no sólo por la inclusión de nuevas figuras, muchas veces de cuestionable fundamentación y de dudosa justificación democrática, sino también por la utilización de formas y empleo de técnicas interpretativas que posibilitan la aplicación de la norma penal más allá de lo que permite su sentido gramatical.

A los efectos de nuestro trabajo conviene centrar la atención en uno de los límites (o garantías) derivados

¹⁰ Como hemos expuesto (nota de pie núm. 6), además de la garantía criminal y penal que aquí estudiamos, también se habla de garantía jurisdiccional y de ejecución derivadas del principio de legalidad. Con la primera (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*) se exige que el delito y la imposición de la pena correspondiente se lleve a cabo por medio de sentencia judicial según el procedimiento legalmente establecido. Con la segunda se requiere que la ejecución de la pena tras sentencia se ajuste a una ley que la regule. *Vid.* Mir Puig, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, op. cit., pp. 72 y 73; De Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal*, op. cit., pp. 32 y ss., y Ochoa Figueroa, *Ilícito penal e ilícito administrativo*, op. cit., pp. 121 y 122.

¹¹ Con todo, a modo de resumen, podemos enumerar las principales garantías y prohibiciones que dimanan de este principio (a algunas de las cuales ya nos hemos referido *supra*). En primer lugar, el principio aporta una *garantía criminal*, pues no podrá ser castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración. Solo la ley (en principio, ley orgánica) será fuente creadora de Derecho penal (*lex scripta*), con exclusión de otras fuentes como, por ejemplo, la costumbre o los principios generales del Derecho. Precisamente, una garantía formal de los derechos fundamentales es que la legislación que regule dicha materia debe estar reservada a una ley orgánica y no a una simple ley ordinaria (sobre ello, *vid.* ampliamente Gómez Pavón, *Cuestiones actuales del Derecho penal*, op. cit., pp. 439 y ss., y Mir Puig, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, op. cit., p. 72. *Cfr.* también el trabajo de Arroyo Zapatero, L., "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, mayo-agosto de 1983, pp. 9 y ss.). En segundo lugar, una *garantía penal*, pues no podrá ser castigado ningún delito con pena que no se encuentre prevista como tal por ley anterior a su perpetración. De este modo se cierra toda posibilidad de imposición de penas arbitrarias, aún subsistiendo la posibilidad de que el juez determine la pena aplicable dentro de límites mínimos y máximos previamente establecidos por la ley (*vid.* Mir Puig, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, op. cit., p. 72, y De Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal*, op. cit., p. 33). En tercer lugar, una *prohibición de retroactividad* de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos, o exigencia de *lex praevia* (*vid.* ampliamente Lascurain Sánchez, J.A., *Sobre la irretroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000, Madrid Conesa, F., *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Universidad de Valencia, 1982, y Ruiz Robledo, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, op. cit., pp. 111 y ss.). Si bien actualmente resulta plenamente aceptable la retroactividad *in bonus*, no existe, sin embargo, acuerdo al momento de establecer el porqué de dicha admisibilidad. En algunos casos se alude a un argumento *a contrario*: si la Constitución (en el caso español, el artículo 9.3) prohíbe la retroactividad de normas *desfavorables* o *restrictivas*, entonces *a sensu contrario* ha de resultar admisible la aplicación retroactiva de una norma penal cuando de la misma se deriven efectos más *beneficiosos* para el reo (*vid.* ampliamente, sobre la discusión de la razón de ser y las disputas entre la jurisprudencia del tribunal Supremo español y el Tribunal Constitucional, Ruiz Robledo, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, op. cit., pp. 194 y ss.). Si se entiende, como nosotros hacemos, que el principio de legalidad contiene un fundamento garantista para el ciudadano, resulta del todo coherente que éste pueda conocer si los hechos constituyen delito en el momento de su comisión (seguridad jurídica). De ahí que, en principio, no exista problema en aplicar retroactivamente la norma si de dicha aplicación se derivan efectos más favorables para el reo; entendido el principio de legalidad, como decimos, como *garantía* (*vid.* ampliamente Mir Puig, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, op. cit., p. 73, y Huerta Tocildo, S., "Principio de legalidad y normas sancionadoras" en VV.AA., *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 31 y ss.). En cuarto lugar, una *prohibición de indeterminación*, pues la ley penal debe ser lo suficientemente precisa al momento de configurar el delito y la pena (ampliamente, *vid.* Ruiz Robledo, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, op. cit., pp. 205 y ss.). De ello dimana la exigencia de taxatividad y determinación de las normas (*lex certa*), y, *prima facie*, se excluye la previsión de normas penales en blanco, salvo que superen el test de constitucionalidad para su admisión; en el caso español: que la ley contenga el núcleo esencial de la prohibición; que el reenvío normativo a otra ley esté justificado por la complejidad del bien jurídico que pretende protegerse; que dicho reenvío sea expreso (v. gr., Sentencias del Tribunal Constitucional español 122/1987 y 127/1990 (*vid.* ampliamente Gómez Pavón, *Cuestiones actuales del Derecho penal*, op. cit., pp. 464 y ss.; Huerta Tocildo, *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, op. cit., pp. 21 y ss., y Ochoa Figueroa, *Ilícito penal e ilícito administrativo*, op. cit., pp. 131 y ss. Sobre el concepto de "reserva de ley" en materia penal y los reenvíos normativos, *cfr.* Mestre Delgado, E., "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 509 y ss. *Vid.* también Bacigalupo, E., "Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco", *Actualidad Penal*, núm. 23, 1994, pp. 449-455; Doval País, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, y Gerpe Landín, M., "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991, pp. 685 y ss.).

del principio de legalidad: la prohibición de interpretación extensiva que supere la letra de la ley, esto es, que discurra fuera de los cauces del significado gramatical de la norma (*lex stricta*). Esta exigencia se presenta como límite al derecho a castigar del Estado. La proscripción de analogía en Derecho penal implica la imposibilidad de estimar un comportamiento como delito (o un castigo como pena) cuando no habiendo sido recogidos como tal por una ley anterior, sin embargo, ésta prevé como delito o pena supuestos semejantes o análogos. No es tanto una inexistencia de previsión legal del supuesto como una existencia de supuestos no expresamente incluidos en la letra de la ley.¹² Esta limitación, por tanto, obliga al intérprete a constreñir su actuación al sentido gramatical de las palabras que conforman el tipo penal, siendo este sentido el límite último a su actividad interpretativa, que deviene en una auténtica interdicción de interpretaciones extensivas o analógicas que vayan más allá de la letra de la ley.

Por un sector de la doctrina se ha diferenciado entre una interpretación *extensiva* y una interpretación *analógica*. En este sentido, se dice, la interpretación extensiva consiste en la aplicación de la ley a un hecho que no está claramente comprendido en su tenor literal, pero sí, de alguna forma, en el espíritu de la norma, de manera tal que se termine optando por uno de los sentidos gramaticales posibles de la letra de la ley, el más amplio o extensivo. Por su parte, la interpretación analógica supone una aplicación de la ley a hechos que no están comprendidos en la letra de aquélla ni en su voluntad, excediendo de la gramaticalidad del precepto, pero resultando semejantes o muy cercanos a los que se encuentran establecidos en una norma.¹³ No se trata, pues, de una ampliación de la letra de la ley, posible en los términos gramaticales de la misma para hacerla coincidir con la *ratio legis*, sino más bien de una pura extensión de aquélla a hechos que en manera alguna contempla, por más que dichos hechos sean similares a los englobados en otra norma.¹⁴

La frontera entre una y otra, siempre de difícil delimitación, viene marcada por el tenor de la norma: podrá aplicarse extensivamente aquélla (al igual que hacerlo restrictivamente) siempre que la interpretación no exceda del sentido gramatical de la ley, esto es, siempre que dicha interpretación, aún extensiva, quepa inferirse del significado que le corresponde a las palabras que conforman el tipo. Dicha interpretación, extensiva o restrictiva, pero que se mueve dentro del sentido gramatical, quedará limitada en todo caso por los principios que gobiernan dicha interpretación, esto es, por los distintos métodos interpretativos en coherencia con la finalidad y el fundamento característico de la norma particular.¹⁵ Como ha expresado De Vicente Martínez,

el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones y todos los conceptos que emplea admiten, en mayor o menor medida, varios significados y es el juez quien siempre tiene que elegir entre las diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza, según determinadas reglas, es lo que se denomina interpretación. Pero, puesto que los textos legales pueden entenderse en un sentido más amplio o más restringido cabría afirmar que los tipos legales tendrían un contenido mínimo y un contenido máximo, dando lugar a diversas clases de interpretaciones y entre ellas a la interpretación extensiva que sería la que diera al texto legal el contenido máximo de casos.¹⁶

Distinta es la *analogía* en la que el precepto se extiende más allá de la letra de la ley a un supuesto de hecho que, por muy semejante que resulte al contemplado en la norma, no ha quedado establecido como tal en el significado gramatical del precepto. La interpretación de la norma que aun resultando extensiva respeta el significado gramatical de las premisas que constituyen el precepto objeto de interpretación estará permitida. No así la analogía en tanto supone la aplicación de la norma penal a supuestos *no comprendidos* en la letra de la ley, aún próximos a aquélla.¹⁷

¹² De Toledo y Ubieto, Octavio, *Sobre el concepto del Derecho penal*, op. cit., p. 322. Vid. también sobre este particular Bacigalupo, E., “La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho Penal”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, pp. 11 y ss., y Jiménez de Asúa, L., “El principio ‘nullum crimen sine lege’ y la cuestión de la analogía”, *Revista de Derecho Público*, núm. 50, 1936, pp. 3 y ss.

¹³ Cuello Contreras, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., p. 230.

¹⁴ Huerta Tocildo, *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, op. cit., p. 46.

¹⁵ Álvarez García, F.J., *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 225.

¹⁶ De Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal*, op. cit., p. 60.

¹⁷ Mir Puig, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, op. cit., p. 75.

Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal

Obviamente, la cuestión de la gramaticalidad de las palabras no puede desatender las restantes garantías del principio de legalidad, y en particular la *prohibición de indeterminación (lex certa)* y el mandato de taxatividad en la configuración de la norma penal, mandato dirigido en esencia al legislador en la configuración de los tipos penales y sus penas, y que, además, se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de *tipicidad* del hecho.¹⁸ Resulta obvio que la prohibición de interpretación analógica de la norma, que supere el sentido gramatical de las palabras, se encuentra especialmente imbricada con la exigencia de determinación de la misma ley, pues como ha señalado entre nosotros Cuello Contreras, “la prohibición de indeterminación no puede ser plenamente satisfecha por ningún legislador y, además, no es deseable un exceso de taxatividad, incompatible con la justicia individual a que debe aspirar el Derecho penal”, por lo que siempre se hará necesaria la interpretación.¹⁹ Claridad y taxatividad, por tanto, son *conditio sine qua non* de seguridad jurídica.²⁰ Sólo acabando con el *ius incertum* pueden resultar sancionables las conductas declaradas como punibles.

La garantía de la ley penal implica que deban determinarse con precisión y certeza los presupuestos de una determinada conducta y sus consecuencias.²¹ Se trata en último término de una ponderación entre la exigencia de determinación del texto de la norma y la posibilidad de interpretación de la misma, sin que pueda obviarse que la exigencia dimanante de este extremo es de *determinación* del precepto legal, no de *determinabilidad* por medio de una actividad interpretativa exhortada a jueces y tribunales, a pesar de que dicha actividad resulte ineludible.²²

Las normas penales no pueden resultar inteligibles para todo el mundo por igual. Ésta es una pretensión

ciertamente ingenua que se ha pretendido en repetidas ocasiones a lo largo de la historia, en que se consideró que las normas debían ser pocas y sencillas para su fácil cognoscibilidad y posterior entendimiento por parte de todos. Pero, como decimos, ello resulta una pretensión vana: con normas de dicha naturaleza no puede hacerse frente a la actual complejidad de los grupos humanos y sociedades, en un escenario de proliferación de nuevos riesgos a escala internacional. El lenguaje de las normas no puede ser “sencillo”, sino que por fuerza ha de resultar complejo y especializado (piénsese, por ejemplo, en el sector de los delitos socioeconómicos, en que es necesario recurrir a técnicas de tipificación como las normas penales en blanco, los elementos normativos, o, en general, a reenvíos normativos a otros cuerpos legales especializados para poder tipificar una determinada conducta lesiva o peligrosa para un bien jurídico).²³ Es más, exigir al legislador penal una concreción máxima del contenido de las normas incurriría en un doble riesgo: el de infrainclusión de la ley penal (*underinclusiveness*) y el de suprainclusión de la norma (*overinclusiveness*)²⁴ con los consecuentes peligros que de ello pueden derivarse.²⁵

Lo anterior conlleva, a su vez, el empleo por parte del legislador de determinados conceptos jurídicos en gran medida indeterminados, abiertos (*open ended clauses*), con la pretensión de que la norma pueda dar cabida a diversos modos de comportamiento atentatorios contra dichos bienes jurídicos.²⁶ De hecho, hay práctica unanimidad en la doctrina al momento de asumir que el peligro que actualmente amenaza de forma más directa el principio de legalidad se identifica con el empleo de cláusulas generales.²⁷

Al hilo de la última cuestión señalada, algún autor ha considerado la posibilidad de superar el principio de legalidad, dado un conjunto de indicadores y cir-

¹⁸ *Ibidem*, p. 74.

¹⁹ Cuello Contreras, *El Derecho penal español, parte general, op. cit.*, p. 206.

²⁰ Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 49.

²¹ Ruiz Robledo, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva, op. cit.*, p. 205.

²² Álvarez García, *Sobre el principio de legalidad, op. cit.*, p. 33.

²³ *Cfr.* García Arán, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios penales y criminológicos*, t. XVI, 1992-1993, pp. 65 y ss.

²⁴ Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 34 y ss.

²⁵ Para Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., “Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho penal”, en Montiel, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 208: “cuanto más se encauce y limite en la ley penal la labor judicial de aplicación del Derecho, tanto más se corre el riesgo de su obsolescencia”.

²⁶ Laporta San Miguel, F.J., “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, en Díaz, E., y Colomer, J.L., *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002, pp. 112 y 113.

²⁷ *Vid.*, por todos, De Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal, op. cit.*, p. 47.



cunstances que pondrían en tela de juicio el contenido de dicho principio, convirtiéndolo en una auténtica utopía. Entre dichos indicadores se resaltan, por ejemplo, el empleo por parte del legislador de conceptos y expresiones que hacen imposible la subsunción directa del caso a la ley, la investigación sociológica tendente a acreditar que los jueces se guían por prejuicios e intereses en la resolución de los casos, al margen de los contenidos legales, la doctrina del método jurídico que tiende más a la creación del Derecho que a la simple ejecución de la ley, o el frecuente uso por parte del legislador de técnicas bajo sospecha como las ya aludidas leyes penales en blanco.²⁸ Se habla así de una auténtica *crisis del principio de legalidad penal*, derivada tanto de una pérdida de importancia de la ley como única fuente creadora de delitos como de una expansión de los límites del Derecho penal mediante el establecimiento de enunciados normativos que se alejan de los mandatos implícitos en dicho principio.

Como ha señalado Sarabayrouse “la realidad jurídica actual nos demuestra día a día la proliferación de tipos penales redactados con fórmulas ininteligibles e interpretaciones de las leyes alejadas de aquel ideal ilustrado que pretendía vincular al juez a la ley como una consecuencia natural de la división de poderes”.²⁹ La situación actual se caracteriza por la dispersión de las fuentes normativas, la pérdida de soberanía estatal y el surgimiento de nuevos sujetos en la creación y aplicación del Derecho, de manera que viene a ponerse en duda la soberanía del Parlamento como único productor de normas, apareciendo una necesidad de mejora del producto legislativo. A ello hay que sumar el constante establecimiento de leyes simbólicas, o normas con forma aparente de ley, que no apuntan a ser efectivas en la práctica, sino tan sólo, a lo sumo, se dirigen a reafirmar ciertos valores. Incrementa esta sensación de “crisis” del principio de legalidad la llamada “contaminación legislativa”, esto es, el

crecimiento sin control de ciertos elementos como el decreto, el reglamento o la ordenanza.³⁰

Resulta obvio, por tanto, que la complejidad actual del sistema jurídico hace sumamente difícil el establecimiento de normas completamente cerradas y tasadas: hay materias concretas que sólo admitirán la casuística y las cláusulas más o menos generales. Dichas cláusulas se caracterizan por tres aspectos fundamentales: su indeterminación, su marcada generalización y su gran vaguedad (fenómeno que no resulta novedoso sino que puede ya constatarse en Alemania desde la Primera Guerra Mundial).³¹ Desde esta consideración, es imposible que al juez nunca se le planteen problemas de interpretación: el legislador puede —y debe— en un esfuerzo codificador reducir la frecuencia de indeterminación de las normas, o su significación vaga. Los términos utilizados por las leyes siempre dan lugar a una “zona gris” o “zona de caos” que reclamará la intervención del intérprete (piénsese, por ejemplo, en la *notoria importancia* a la que se refiere el delito de tráfico de drogas en España, artículo 369 del CP). Dicha vaguedad se intensifica con el empleo de términos valorativos (v. gr., actos *obscenos*). Por lo demás, el legislador no puede prever, al menos de modo exacto, las combinaciones futuras de ciertas circunstancias y cambios sociales.³²

Dado lo anterior, es absolutamente necesario dar cabida a los métodos de interpretación de las normas, con objeto de que el intérprete pueda dar solución al caso concreto que se le presenta, subsumiendo (o no) el hecho en la premisa normativa que le viene dada por ley. Ahora bien, siendo posible (y necesaria) dicha interpretación, lo que no podrá nunca el intérprete es hacer extensible el significado de la norma penal a supuestos de hecho que no se encuentren contemplados en aquélla, pasando por encima de la gramaticalidad de las palabras. El tenor del precepto es, sin duda, el límite máximo a aquella actividad interpretativa.

²⁸ Vid. en este sentido las ideas de Schreiber desarrolladas por Cuello Contreras, *El Derecho penal español, parte general, op. cit.*, p. 220. Cfr. también Álvarez García, *Sobre el principio de legalidad, op. cit.*, pp. 119 y ss.

²⁹ Vid. ampliamente Sarabayrouse, E., “La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración”, en Montiel, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 31 y ss.

³⁰ Vid. ampliamente Sarabayrouse, en Montiel (ed.), *La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo, op. cit.*, pp. 34 y ss. Para este autor, un posible remedio a esta situación pasa por integrar el principio *in dubio pro reo* al ámbito propio de la interpretación de la norma (*op. cit.*, pp. 50 y ss.). Este principio sería “el fundamento de la exigencia de certeza de la ley penal, que actúa en caso de que se incumpla ese mandato y que permite, además, resolver a favor del individuo la disputa entre interpretaciones concurrentes” (p. 51).

³¹ Sarabayrouse, en Montiel (ed.), *La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo, op. cit.*, p. 43.

³² Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal, op. cit.*, pp. 30 y ss.

Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal

En este sentido, como ha señalado Álvarez García, no se pretende “seguir manteniendo a los jueces como meras ‘bocas que pronuncian las palabras de la ley’, pues no cabe duda que su función ha trascendido la mera subsunción y ha asumido, cada vez más, tareas ‘creadoras’. Ello, no obstante, el Principio de Legalidad sigue constituyendo su límite ‘creativo’ y la garantía de las libertades de los ciudadanos”.³³

Hoy puede afirmarse que la actividad del legislador se encuentra reglada de una forma menos estricta que la del juzgador, pues aquél se encuentra en una situación diferente (algunos dirían superior) a la de este último a la hora de apreciar la realidad social y configurar los tipos penales. Es el legislador quien tiene mayor margen de valoración en el momento de establecer qué debe ser objeto de protección penal, estando el juez limitado por la ley; éste, a lo sumo, sólo podría acudir al principio de insignificancia para decidir que el hecho no es subsumible en un determinado tipo penal, sin que pueda introducir juicios de valor sobre la conveniencia o no de tipificar determinados hechos.³⁴ Por lo demás, el legislador no está limitado a una concreta actividad imparcial o incorruptible, como lo está el juez: puede incluso derogar las normas que considere innecesarias en virtud de la política criminal que considere más adecuada.³⁵ Es el intérprete, por tanto, quien encuentra mayores límites a su actuación a la hora de aplicar el Derecho penal; los límites del legislador vienen dados por los principios que limitan el *ius puniendi*, que derivan directamente del texto constitucional. Y entre los límites a la interpretación resulta esencial, como venimos adelantando, el criterio hermenéutico gramatical.

3. Prohibición de interpretación analógica: ¿en todo caso, o sólo *in malam partem*?

Como hemos apuntado, una de las consecuencias dimanantes del principio de legalidad penal es la prohibición de interpretaciones extensivas que superen el significado de la letra de la ley, lo que conlleva una auténtica interdicción de la analogía en Derecho penal. Este extremo cobra una significación sumamente relevante a los efectos de nuestro trabajo, toda vez que empleando una interpretación analógica el intérprete se aparta del sentido gramatical de las palabras que componen el tipo penal, conculcando con ello el principio de legalidad. Sin embargo, si bien hay unanimidad doctrinal en cuanto a la existencia de esta prohibición, dicho acuerdo no se constata cuando se trata de establecer el alcance de la misma.

Algún autor ha considerado que del principio de legalidad penal se deriva la prohibición de toda analogía extragramatical, tanto cuando la misma resulte desfavorable al reo como cuando los efectos de dicha interpretación devengan favorables para aquél. Según esta interpretación, quedarían proscritas tanto la analogía *in bonam partem* como *in malam partem*, esto es, la analogía *in totum*.³⁶

No compartimos esta opinión. Como expondremos más adelante en este trabajo, la fundamentación que sostiene el principio de legalidad se identifica con una *garantía* de seguridad jurídica y certeza para el ciudadano (para que éste conozca las conductas constitutivas de delito y sus penas, y en consecuencia pueda adecuar su conducta), así como una garantía de participación del ciudadano en la configuración de la norma a través de los representantes de la voluntad

³³ Álvarez García, *Sobre el principio de legalidad*, op. cit., p. 175.

³⁴ Prueba de ello es el artículo 4 del Código Penal español: “1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. 2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo. 4. Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria”.

³⁵ Sarabayrouse, en Montiel (ed.), *La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo*, op. cit., pp. 37 y 38.

³⁶ *Vid.*, por todos, Madrid Conesa, F., *La legalidad del delito*, Colección de Estudios Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Valencia, 1983, pp. 71 y ss., y Córdoba Roda, J., “Comentario al artículo 2”, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Ariel, Barcelona, 1972, p. 59.



general.³⁷ Y si el fin primordial del principio de legalidad es un fin garantista, ¿por qué entonces debe quedar prohibida la analogía que resulta favorable al reo, cuando en empleo de dicha interpretación no existe un peligro para su libertad, sino, más bien, un favor para la misma?³⁸

La prohibición de la analogía en Derecho penal se presenta vinculada, estrictamente, a la vigencia del principio de legalidad en cuanto a garantía o límite del Derecho a castigar del Estado (*ius puniendi*). No puede perderse de vista esta idea, pues sólo teniendo en cuenta la misma se puede dotar de contenido y alcance a esta interdicción: la prohibición de la interpretación analógica, al presentarse como un límite del Derecho por sancionar, no converge en un límite al Derecho de no castigar. Como señaló Octavio de Toledo y Ubieto, examinado este postulado como un límite al *ius puniendi* el mismo “no supone, puesto que implica la prohibición de excederse —por razón de analogía— en el castigar, la prohibición de *no castigar o castigar* menos por razón de analogía. Es un límite al exceso (límite por arriba), no al defecto (límite por abajo)”. De ahí que mientras la prohibición de analogía *in malam partem* resulte prohibida, no ocurra lo mismo con la denominada analogía *in bonam partem*, que no genera problemas de admisibilidad según nuestro entendimiento.³⁹

Sin embargo, debemos matizar. En el caso español, la ley penal prohíbe la analogía con la única excepción de las circunstancias atenuantes: así, el artículo 21.7, después de enumerar las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, contempla como atenuante “cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”. Esta previsión es lógica si tenemos en cuenta que una norma no puede *dejar de aplicarse* por analogía; al contrario, lo que puede hacerse es apreciar alguna circunstancia que tenga la misma fundamentación que la recogida

expresamente en la norma, por lo que su aplicación siempre sería de carácter positivo (*pro reo*), lo que sólo ocurre en el caso de las atenuantes. En el resto de supuestos se trataría siempre de una aplicación contraria al reo (prohibida).⁴⁰

4. Los criterios de interpretación de la norma

Como aventuramos en el apartado anterior, la ley penal no es una mera fórmula que resulta mecánicamente aplicable al supuesto de hecho, sino que, por el contrario, necesita ser interpretada antes de resultar aplicable al caso. Modernamente se reconocen tres teorías sobre la interpretación de las normas:

Por un lado, una *teoría formalista*, que entiende que la actividad interpretativa es de carácter cognoscitivo, y consiste llanamente en descubrir el significado de las normas, o la intención del legislador en su establecimiento. Las palabras poseen un significado propio y el legislador ostenta una voluntad unívoca, con lo que siempre existe una interpretación “verdadera”. El juez carece así de amplios márgenes de decisión, su actuación únicamente debe ir dirigida a descubrir el significado objetivo de las palabras o la voluntad del legislador en el establecimiento de una norma: “todo está en la ley y nada hay que tener en cuenta fuera de ella”.⁴¹

Por otro lado, una *teoría escéptica*, que considera que los sistemas jurídicos no son en modo alguno completos ni consistentes, por lo que el papel del juez (del intérprete) cobra una significación mayor, resultando éstos auténticos legisladores. Las normas sólo son elementos que coadyuvan a predecir lo que hará un juez ante un caso determinado, pero antes de la interpretación realizada por éste el texto normativo carece de valor alguno.⁴²

Por último, se defiende una *teoría intermedia*, que reconoce la existencia de una textura abierta en

³⁷ Ampliamente, *infra*. Vid. Mir Puig, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, op. cit., p. 72.

³⁸ En estos términos, Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, op. cit., p. 72.

³⁹ De Toledo y Ubieto, Octavio, *Sobre el concepto del Derecho penal*, op. cit., p. 322. En idéntico sentido, *cfr.* Mir Puig, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, op. cit., pp. 76 y 77; Huerta Tocildo, *El derecho fundamental a la legalidad penal*, op. cit., pp. 105 y 106; Luzón Peña, D. M., *Lecciones de Derecho penal, parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 34; De Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal*, op. cit., pp. 60 y 61, y Ochoa Figueroa, *Ilícito penal e ilícito administrativo*, op. cit., p. 129, entre otros.

⁴⁰ Se discute en la doctrina sobre la posibilidad de extender analógicamente, *in bona partem*, las eximentes. Sobre este debate, sin embargo, no podemos elaborar en este momento una exposición al detalle, que nos alejaría del objeto directo pretendido inicialmente.

⁴¹ Sarraibrouse, en Montiel (ed.), *La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo*, op. cit., pp. 46 y ss.

⁴² *Ibidem*, p. 48.

Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal

el lenguaje normativo, en la que coexisten supuestos normativos de aplicación clara, pero también, normas de significación dudosa.⁴³

Más allá de la teoría por la que se opte, debemos reconocer en la práctica la existencia de diversos métodos hermenéuticos a la hora de averiguar el significado y alcance de una disposición normativa. Entre los distintos cánones de interpretación pueden destacarse los siguientes:⁴⁴ En primer lugar, y ello es esencial a los efectos de nuestra discusión, el *criterio gramatical*, orientado a averiguar el significado de las palabras que constituyen la norma penal. A diferencia de lo que pueda ocurrir en otros sectores del ordenamiento, en Derecho penal este criterio cobra una relevancia agudizada, dadas las exigencias del principio de legalidad que adelantamos anteriormente, y la garantía de tipicidad. Sobre esta idea, su significado y fundamento, volveremos *infra*.

En segundo lugar, el *criterio lógico-sistemático*, que pretende descubrir el sentido de la ley mediante una valoración del contexto en que la norma se encuentre enmarcada. Esta interpretación tiene su propio ámbito de operatividad en la denominada parte especial del Código Penal, en donde las figuras delictivas se encuentran sistemáticamente agrupadas por títulos, capítulos y secciones.

En tercer lugar, el *criterio histórico*, que pretende indagar en la voluntad legislativa al momento de promulgarse la norma, en contraste con la voluntad del legislador y la voluntad de la propia ley. Hoy día éste es un criterio de difícil precisión (aunque no imposible), debido a la complejidad del proceso configurador de normas.

En cuarto lugar, el *criterio teleológico*, que tiende a interpretar la norma según su fundamentación, dirigiéndola a alcanzar los fines para los que se promulgó. Se trata de un método sumamente útil en Derecho, pues con el empleo del mismo la norma puede

adaptarse a los diferentes cambios sociales experimentados desde su promulgación y hasta la actualidad.

Por último, existen otros mecanismos o instrumentos, ya no *métodos*, que coadyuvan a dotar de contenido a una norma determinada: así, por ejemplo, la jurisprudencia o el precedente puede auxiliar a configurar el significado de una determinada disposición, sobre todo en el momento de aplicar aquella a un determinado supuesto de similares características que ya fue juzgado con anterioridad. También la herramienta del Derecho comparado es útil para conseguir cierta armonización en la aplicación de la norma, máxime en unas circunstancias en las que los países tienden a la agrupación en la escala internacional (véase, por ejemplo, el caso de la Unión Europea).⁴⁵

Prima facie, no puede afirmarse un orden de prelación en la aplicación de los distintos cánones hermenéuticos analizados. Es más, lo normal es que el intérprete tenga en cuenta dichos criterios en una visión de conjunto, combinando unos con otros para sostener su argumentación.⁴⁶ Al no contar con una regla que establezca en qué situación debe adoptarse uno u otro canon hermenéutico, algún autor ha considerado que, en línea de principio, la elección del concreto método interpretativo puede tener un cierto contenido arbitrario o, al menos, discrecional.⁴⁷

No obstante, tal y como ha defendido un autorizado sector de la doctrina, resulta innegable que el punto de partida en dicho proceso interpretativo lo constituye el criterio de interpretación gramatical, pues por más que el método lingüístico raramente aspire a ser empleado en solitario, ello no obsta para que el mismo se erija en barrera infranqueable de los restantes criterios o métodos interpretativos, que en ningún caso podrán conducir a resultados opuestos a lo expresado gramaticalmente en la norma, ni ir más allá

⁴³ *Ibidem*, pp. 48 y ss.

⁴⁴ *Vid.* Cuello Contreras, *El Derecho penal español, parte general, op. cit.*, pp. 224 y ss.

⁴⁵ Ejemplo paradigmático de ello puede resultar el caso del delito de acoso laboral en España, injusto que, a pesar de no traer causa de transposición alguna de Directiva o Comunicación por parte de la Unión Europea, se ha considerado que es fruto de un complejo y dilatado proceso de advertencia por parte de estas instituciones comunitarias de cara a los Estados Miembros para regular en sus ordenamientos los distintos comportamientos de acoso moral en el lugar de trabajo, delito ya existente en la mayoría de los Estados partes. Sobre ello, ampliamente, *vid.* Bustos Rubio, M., "El acoso laboral en el Código Penal español. Influencias del Derecho comunitario", en Roperro Carrasco, J. (dir.), Álvarez Pozo, M. P., y Zamorano Moreno, P. (coords.), *Actas de las XIII jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid*, URJC, Madrid, 2013, pp. 40-63.

⁴⁶ Resulta interesante el trabajo de Álvarez García, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001, pp. 2 y ss., quien defiende que no ante cualquier tipo de norma resultará aplicable idéntica metodología interpretativa, dependiendo del método de las peculiaridades estructurales de cada una de ellas.

⁴⁷ Sarrabayrouse, en Montiel (ed.), *La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo, op. cit.*, p. 52.

de los términos que la configuran.⁴⁸ De esta manera, el paso primero en aras a dotar de significado, alcance y contenido a la norma penal, consiste en atender al significado lingüístico o gramatical de las palabras, averiguando el significado de los vocablos o frases con las que se expresan las prohibiciones o mandatos de actuación. Desde el punto de vista constitucional, además, la importancia de este sistema de indagación del sentido literal de la norma radica en “su función de valladar o límite máximo de toda interpretación constitucionalmente legítima, ya que en ningún caso podrá otorgarse tal calificativo a la que exceda del mismo”.⁴⁹ Por lo tanto, además de constituir el punto de arranque, el criterio gramatical supone el límite máximo en que puede moverse la interpretación en sede penal.

En suma, el gramatical, así entendido, es el criterio que dibuja los contornos máximos de interpretación en Derecho penal: todo lo que vaya más allá del significado correspondiente a las palabras que construyen la premisa objeto de interpretación constituirá una interpretación prohibida por conculcarse el principio de legalidad (a salvo, como dijimos, de interpretaciones *pro reo* permitidas por la ley, admisibles desde la fundamentación garantista que explica este principio y sobre la que volvemos más adelante en profundidad).

5. Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma: su fundamento

El principio de legalidad proporciona la determinación legal y la garantía en la aplicación y mantenimiento del sistema, imponiendo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, e impidiendo la sanción de comportamientos que no se encuentren expresamente contemplados en la norma. La vulneración de este auténtico Derecho fundamental puede producirse no sólo cuando el órgano judicial en su resolución debidamente motivada extiende la aplicación del tipo sancionador a un supuesto de hecho manifiestamente ajeno al sentido de los elementos que integran aquél, sino también cuando, prescindiendo de toda motivación y por una decisión meramente vo-

luntaria, se priva a la sanción del sustento que le exige este principio.

El derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial al significado textual del enunciado que transmite la proposición normativa; en caso contrario, nos encontraremos ante una ruptura de la sujeción a la ley por los órganos del Poder Judicial. No cabe olvidar que el principio de legalidad penal es una garantía del Estado democrático de Derecho, que preserva el derecho de los ciudadanos a conocer la ley y poder adecuar y organizar su comportamiento de acuerdo con este conocimiento, al tiempo que garantiza que la ley penal es fruto de la voluntad general, expresada en el órgano legislativo. Sobre esta idea, sin embargo, volveremos más adelante.

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español 137/1997, de 21 de junio, ya estableció que la garantía de tipicidad impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, lo que no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de *determinación* que ha de preservar el legislador con unas leyes que resulten concretas, precisas, claras e inteligibles, tal y como adelantamos *supra* en este estudio.

El principio de legalidad se configura como un Derecho fundamental de las personas, como límite de la competencia esencial de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial. El referido principio impone (por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática) no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino también la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla.

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español 137/1997, de 21 de julio, siguiendo jurisprudencia del mismo Tribunal mantiene la interdicción de una interpretación analógica y extensiva *in malam partem*, no limitándose el principio de legalidad a la exigencia de tipificación de los delitos y penas en una *lex* previa, escrita, cierta y estricta. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de

⁴⁸ Vid. por todos Cuello Contreras, *El Derecho penal español, parte general, op. cit.*, pp. 226 y 227. En concreto, defiende esta interpretación Huerta Tocildo, *Principio de legalidad y normas sancionadoras, op. cit.*, p. 46.

⁴⁹ Huerta Tocildo, *op. cit.*, p. 45.

Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal

los ciudadanos a la seguridad (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 62/1982, fundamento jurídico 7°), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y el artículo 117.1 de la Constitución española, especialmente cuando éste declara que los jueces y magistrados están “sometidos únicamente al imperio de la Ley” (Sentencias del Tribunal Constitucional Español 133/1987, fundamento jurídico 4°; 150/1989, fundamento jurídico 5°; y 111/1993, fundamento jurídico 6°). Así, el principio de legalidad en el ámbito sancionador es un principio inherente al Estado de Derecho, que la propia Constitución configura como contenido de un derecho fundamental de las personas, y lo recuerda como límite en la definición del estatuto y de la competencia esencial de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial.

Como afirmaba la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 75/1984, Fundamento Jurídico 5°, en exclusiva referencia al Derecho penal,

el derecho [...] de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente [...] que es garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera [...] la aplicación analógica *in peius* de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y son objetivamente perseguibles.

O, en palabras de la Sentencia del mismo Tribunal 133/1997, “el principio de legalidad [...] significa un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador” (Fundamento Jurídico 4°). Por tanto, de no respetarse la letra de la norma se derivaría una interpretación coyuntural, extensiva de la ley, olvidando los principios que deben regir en la interpretación penal, que con apoyo en el método gramatical debe circunscribirse a la constata-

ción de la concurrencia de los elementos típicos, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva, razonando de acuerdo con criterios jurídicos dicha concurrencia.

Según se desprende de esta jurisprudencia, el principio de legalidad queda fundamentado en dos ideas principales. Por un lado, constituye una *garantía del ciudadano*, de *seguridad* del mismo, que necesita conocer qué comportamientos pueden constituir delitos y qué consecuencias jurídicas les puede acarrear tal actuación (idea íntimamente ligada a las finalidades preventivo-generales perseguidas por la pena). Por otro lado, el principio de legalidad supone el respeto por la *participación del ciudadano* en la elaboración del catálogo de conductas delictivas y sus penas en un Estado de Derecho, a través de sus representantes, por lo que la ley queda constituida así como expresión de la voluntad general (frente al anterior poder divino o del rey absoluto).⁵⁰ En adelante desarrollaremos con mayor profundidad tales postulados conectando la exposición con el objetivo central de este trabajo: limitar la interpretación de la norma penal mediante el criterio gramatical, como premisa necesaria para lograr la vigencia e intangibilidad del principio de legalidad penal.

Como puede colegirse de la lectura de esta jurisprudencia, no toda interpretación y consiguiente aplicación incorrecta de la norma penal supone una vulneración del principio de legalidad. Para establecer cuándo se puede afirmar esa vulneración es preciso, en primer lugar, atender a una de las funciones o contenidos del principio de legalidad, como es proporcionar seguridad jurídica a los ciudadanos, en este caso ante las resoluciones judiciales. El fundamento de esta reserva de ley que exige el principio de legalidad queda así circunscrito al significado garantista que supone para el ciudadano, garantía necesaria dada la incidencia de las penas sobre el bien primario de la libertad personal.⁵¹ El respeto de dicha libertad y de la capacidad de decisión de las personas (principio de agencia) exige que los ciudadanos puedan organizar sus vidas libremente, para lo que se hace necesario que puedan prever las consecuencias jurídicas de sus acciones u omisiones (en este caso, consecuencias jurídico-penales).⁵² Sólo cuando la resolución carezca

⁵⁰ De Toledo y Ubieta, Octavio, *Sobre el concepto del Derecho penal*, op. cit., pp. 316-317, y Mir Puig, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, op. cit., p. 72.

⁵¹ Álvarez García, *Sobre el principio de legalidad*, op. cit., p. 9.

⁵² Ortiz de Urbina Gimeno, I., “¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal”, en Montiel, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 174.



de razonabilidad hasta el punto de resultar imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento vigente, podrá afirmarse la vulneración del principio de legalidad (así: Sentencia del Tribunal Constitucional Español 137/97, de 21 de julio, Fundamento Jurídico 7º, y Sentencia del mismo Tribunal 13/2003, de 28 de enero).

En último término se trata de valorar si la subsunción que realiza el intérprete cumple con criterios de razonabilidad en la interpretación y aplicación legal, de establecer y valorar si concurren los elementos típicos del delito de que se trate. En el fondo cuando se habla, como es habitual, de que el Derecho penal constituye un problema de prueba, se está diciendo que es un problema de prueba pero no de cualquier aspecto o hechos, sino de los elementos de la tipicidad, pues lo que hay que probar es su concurrencia y control, tanto de legalidad ordinaria como constitucional, esto es, si la norma penal se ha aplicado correctamente y de manera acorde con el principio de legalidad. Se trata de comprobar si la interpretación realizada, además de adoptar alguno de los métodos de interpretación válidos en Derecho, responde a los criterios axiológicos que inspiran el Ordenamiento jurídico, y es respetuosa no sólo con la seguridad jurídica, sino con la competencia del órgano legislativo, por cuanto una interpretación extensiva supone en último término una invasión de las competencias legislativas por el tribunal⁵³ (sobre esto último volveremos más adelante).

En este sentido, resultará contraria al principio de legalidad aquella resolución que no permita que el ciudadano pueda prever y adecuar su comportamiento a la norma, pues la interpretación realizada por el órgano judicial resulta contraria a cualquier criterio de razonabilidad. El respeto de esa certeza jurídica permite al individuo anticipar cuáles serán las consecuencias penales de sus acciones y omisiones, tras consultar (o tener la posibilidad de hacerlo) los textos jurídicos relevantes.⁵⁴ De esta manera, de entre las

funciones que se señalan al principio de legalidad en el orden penal se destaca aquella que lo señala como un límite al *ius puniendi*, tanto en la fase legislativa como en su aplicación por los tribunales; límite que, además, permite la finalidad de prevención general, al posibilitar el conocimiento por parte del ciudadano de los casos y elementos que hacen que el comportamiento o hecho realizado pueda ser calificado como delito, de tal forma que permita a aquél adecuar la actuación concreta a ese conocimiento, posibilitando con ello la vigencia y mantenimiento del sistema.

La previsibilidad en la aplicación de la norma no queda garantizada, sin más, con la satisfacción de la exigencia de precisión y certeza en la configuración de un precepto legal: como dijimos, se hace necesaria la *interpretación*.⁵⁵ Por ello, cuando la interpretación y aplicación de un determinado precepto penal escape a cualquiera que pueda considerarse razonable, y la convierta en imprevisible, podrá afirmarse la vulneración del principio de legalidad, porque no permite cumplir con la finalidad preventivo-general.⁵⁶ Como subraya Huerta Tocildo, resulta imprescindible que las normas penales puedan cumplir una función motivadora en contra de la realización del delito, y mal se puede evitar aquello que no se tiene posibilidad de conocer; de ahí esta exigencia de certeza.⁵⁷ Esta idea conecta, además, con el postulado dimanante del principio de legalidad que ya aventuramos, consistente en que la ley sea *cierta*, pues sólo con la satisfacción de esta exigencia el ciudadano libre sabe qué está prohibido y qué está permitido, lo que permite adecuar su conducta a tal conocimiento; es decir: resulta previsible la reacción estatal frente a hechos determinados, lo que satisface la exigencia de seguridad jurídica.⁵⁸ Es más, este aspecto garantizador del ciudadano (o mejor, de la libertad individual del ciudadano), que algunos han considerado incluso como “instrumento protector del delincuente”, no constituye sólo una herramienta para la consecución de los fines propios del Derecho penal (y, en concreto, de la función preventivo-general ya apuntada), sino que su significado va más allá siendo una condición imprescindible

⁵³ Vid. ejemplos en la jurisprudencia en Álvarez García, *Sobre el principio de legalidad*, op. cit., p. 203.

⁵⁴ Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal*, op. cit., p. 43.

⁵⁵ Vid. Ortiz de Urbina Gimeno, I., en Montiel (ed.), *¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal*, op. cit., pp.177 y 178.

⁵⁶ Vid. Gómez Pavón, *Cuestiones actuales del Derecho penal*, op. cit., p. 430.

⁵⁷ Huerta Tocildo, *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, op. cit., p. 39.

⁵⁸ Gómez Pavón, *Cuestiones actuales del Derecho penal*, op. cit., p. 432.

Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal

para la salvaguarda de la libertad de la persona: sólo conociendo de la forma más precisa posible aquello no permitido, podrá la persona optar libremente por una determinada forma de conducta, sin que pueda ver restringido su actuar más allá de lo expresamente previsto por la ley penal.⁵⁹ De esto modo, se hace necesario un alto grado de determinación de la conducta típica, de tal manera que el ciudadano medio conozca lo que es (o no) objeto de prohibición (o mandato, en el caso de los delitos omisivos).⁶⁰

Esto último supone optar por un entendimiento del Derecho penal como instrumento protector de la libertad, en vez de configurarlo como un ordenamiento meramente represivo. Mediante la provisión de hechos caracterizados como punibles el Estado se compromete a no ir más allá de lo contemplado en la ley (en la letra de la ley), de forma tal que, exceptuando lo previsto como delito, la persona pueda actuar libremente.⁶¹

Aun cuando la interpretación penal debe partir del significado gramatical del texto, puesto que el legislador solo puede expresar el mandato normativo a través del lenguaje, es preciso buscar un criterio añadido para diferenciar la infracción de una resolución dentro del ámbito de decisión legítima judicial. Criterio que no puede quedar en la interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad, ya contemplados en el derecho a la tutela judicial efectiva (en España: artículo 24, 1, de la Constitución) del que el principio de legalidad, en este extremo, es una manifestación “que por su trascendencia aparece constitucionalmente diferenciada” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 137/1997), y que hace que incluso no adoleciendo la resolución de los defectos acabados de decir, pueda resultar imprevisible para el ciudadano no permitiéndole programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente, rompiendo con el monopolio legislativo en el ámbito penal.

La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas hacen que desde el principio de legalidad deba atenderse tanto al tenor de la norma como a su

razonabilidad, que se debe analizar desde las pautas axiológicas que informan el texto constitucional, y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica (en este sentido, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 159/1986 y 59/1990). Como concluye este Tribunal,

no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsumición de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante o axiológica, una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 138/2004, de 13 de septiembre, distinguiendo entre la infracción del deber de motivación del derecho a la tutela judicial efectiva y la del principio de legalidad, señala que es posible que la propia motivación revele un entendimiento de la norma contraria a este último precepto, al constituir una analogía *in malam partem* o analógica del precepto penal, aunque también una insuficiencia de motivación puede permitir una interpretación conforme al principio de legalidad, y

habrá supuestos, finalmente, en los que sin una explicación suficiente no sea posible conocer el entendimiento judicial o administrativo del precepto en cuestión y su adecuación constitucional desde la perspectiva del artículo 25.1 (principio de legalidad), supuestos en los que la motivación no permite conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión [...]. De ahí que quepa apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamenta-

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 435 y 436.

⁶⁰ Huerta Tocildo, *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, op. cit., pp. 39 y 40.

⁶¹ Sobre la imbricación de este postulado con el principio *neminem laedere* (o prohibición de dañar a terceros) como base del Derecho penal, y su distinción en el caso de los delitos activos y omisivos, *vid.* Bustos Rubio, M., “Limitación de mandato en los delitos de omisión propia: una reivindicación desde las ideas de derecho penal mínimo e inexigibilidad”, en VV. AA., *Sistema penal y política criminal. Nuevos desafíos frente a la delincuencia del siglo XXI*, Ara Editores, Lima, 2014.

ción revele que se ha producido dicha extensión [...]; es decir, que existirá una vulneración del principio de legalidad, no sólo cuando el órgano judicial en su resolución debidamente motivada extiende la aplicación del tipo sancionador a un supuesto de hecho manifestamente ajeno al sentido de los elementos que integran aquél, sino también cuando, prescindiendo de toda motivación y por una decisión meramente voluntarista, se priva a la sanción del sustento que le exige el principio de legalidad (en igual sentido la Sentencia del mismo Tribunal 151/1997, de 29 de septiembre).

La idea de racionalidad se extiende tanto a la consideración de los hechos que se contemplan como a la de las premisas sobre las que deba basarse la argumentación del intérprete (véase el juez); esto es, los hechos deben resultar verificables empíricamente, quedando acreditados con razonable fiabilidad. Este principio de racionalidad cognoscitiva obliga a excluir como métodos de interpretación los procedimientos que puedan ser contrarios a esa racionalidad. En suma, la interpretación de acuerdo con el método gramatical debe estar siempre por la racionalidad, de tal manera que cuando la premisa normativa por aplicarse (un determinado delito) resulte de evidente e indiscutible aplicación atendido el significado de las palabras que configuran la norma, deberá ser directamente aplicada. Cuando se dé el caso de que la premisa no resulte de tan clara aplicación al supuesto de hecho, entonces el intérprete podrá manejar el resto de mecanismos interpretativos, a los que ya hicimos referencia *supra*, para dotar de sentido a la norma y, en su caso, hacer ésta aplicable al caso particular; pero esto último siempre sin pasar por encima de la letra de la ley.⁶² Con todo no puede olvidarse que en la mayoría de los casos el método gramatical actuará como límite, sin poder colmar él solo la tarea interpretativa.

Atribuir un significado a los símbolos que constituyen los enunciados de la norma penal implica ejecutar una práctica que pasa siempre por aplicar el conjunto de reglas vigentes en el universo de hablantes. Cuando la interpretación de aquéllos pugne cla-

ramente con dichas reglas del universo de hablantes, entonces dicha interpretación dejará de ser racional.⁶³

La idea de *previsibilidad* de la interpretación realizada y, por ende, de la intervención estatal y la confianza del ciudadano en el sistema, es susceptible de explicar la mayoría de consecuencias que trae consigo el principio de legalidad: conocer qué es delito y qué no lo es, así como, en el primer caso, la pena que corresponde a su comisión; establecer leyes determinadas y precisas, prohibiéndose la interpretación extensiva contra reo; y prohibición de aplicación retroactiva de la norma sancionadora. En este sentido el principio de legalidad ya no es sólo una garantía del ciudadano frente al Estado, ni del poder legislativo frente al judicial, sino que constituye una auténtica limitación del poder legislativo frente a sí mismo.⁶⁴

Más allá de este primer fundamento del principio de legalidad, apoyado en la idea de previsibilidad, que conduce a sostener el criterio gramatical como límite último a la interpretación de la norma, pensamos que existe otra razón de peso que coadyuva a sostener esta limitación.

Aun cuando en las resoluciones del Tribunal Constitucional español no se diga en muchos casos de forma expresa, o bien se incida principalmente en el efecto preventivo general del principio de legalidad, en cuanto permite al ciudadano organizar su comportamiento de forma que no incurra en la comisión de hechos delictivos,⁶⁵ proporcionando al tiempo seguridad jurídica (como analizamos), no puede obviarse otra de las funciones o fundamentos del principio de legalidad, derivada directamente del Estado de Derecho y de la división de poderes, de tal forma que se garantice que la ley penal debe emanar siempre del órgano representativo de la voluntad general, de manera que responda a esa voluntad, con independencia de otros criterios sobre la corrección de la misma. Realmente una interpretación extensiva por analogía *in malam partem* supone la invasión del ámbito legislativo, puesto que se está considerando delito o falta aquello no previsto como tal en la ley. Todo ello, con independencia de la quiebra que además supone del necesario conocimiento de la ley y sus efectos

⁶² Vid. Laporta San Miguel, en Díaz y Colomer, *Imperio de la ley y seguridad jurídica*, op. cit., pp. 118 y 119.

⁶³ *Ibidem*, p. 120.

⁶⁴ Cuello Contreras, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., p. 202.

⁶⁵ Sin embargo, sobre las críticas al fundamento del principio de legalidad apoyado en consideraciones de carácter preventivo, vid. ampliamente Ortiz de Urbina Gimeno, en Montiel (ed.), *¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal*, op. cit., pp. 175 y ss.

Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal

preventivos generales y la seguridad jurídica. Tiene razón por tanto Mir Puig cuando afirma que “el principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de *seguridad jurídica*, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la *garantía política* de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo”.⁶⁶

El fundamento político del principio de legalidad no supone novedad alguna respecto de lo que ya expusiera Beccaria en su famosa obra *De los delitos y de las penas*, por cuya destacada importancia reproducimos:

sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente [...] en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto [...]. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre.⁶⁷

Por tanto, sólo los representantes de la ciudadanía están legitimados a valorar, y eventualmente oponerse, a la configuración de los ilícitos penales, con todos los instrumentos democráticos que tienen a su disposición.⁶⁸

Este entendimiento del principio de legalidad resulta esencial, pensamos, a los efectos de nuestra discusión, pues la necesidad de respeto por la gramaticalidad de la norma en Derecho penal encuentra explicación también en el hecho de que en un Estado de Derecho la norma emana siempre del órgano re-

presentativo de la voluntad ciudadana. De pasarse por encima del significado de dicha norma, el juez, o en general el intérprete, estará invadiendo ese ámbito, y por tanto estará resultando contrario al mismo Estado de Derecho. Más allá del límite gramatical del texto, el intérprete ya no se limita a dar sentido a la norma (esto es, a interpretarla), sino que excede del terreno de la hermenéutica adentrándose en el de la creación del Derecho; esto es: se pasa de la *interpretación* a la *invención* o *creación* del Derecho.⁶⁹ Sólo cuando el principio de legalidad deja de garantizar exclusivamente el sometimiento del juez a la ley, para constituirse en la salvaguarda del interés de los ciudadanos, podemos hablar de una verdadera vigencia del principio de legalidad.⁷⁰ Es consustancial al principio de legalidad su entendimiento como garantía de todos frente al poder que, a su vez, se encuentra también delimitado por la ley, que emana de la voluntad general (y que, precisamente por ello, se corresponde con las exigencias del Derecho natural y la razón).⁷¹ De este fundamento que podríamos denominar *político* del principio de legalidad, se deriva una auténtica función garantista del mismo, incluso en los regímenes totalitarios, pues si bien en estos últimos no puede predicarse una completa vigencia del principio en tanto no garantiza que la ley emane de la voluntad general, no obstante sigue constituyendo un límite al poder estatal, en mayor o menor medida, ya que, cuanto menos, el injusto permanece reconocible.⁷² En definitiva, como ha señalado Madrid Conesa “el principio *nullum crimen sine lege* cumple, pues, una función garantista de la libertad individual mediante la protección del individuo frente a la arbitrariedad estatal a través de la realización de la certeza del Derecho”,⁷³ por lo que, añadimos nosotros, superando el intérprete la letra de la norma penal, y haciendo que aquella interpretación resulte irracional, como dijimos, se conculca el poder legislativo en un Estado de Derecho.

Cuando el intérprete supera la letra de la ley y el significado de las palabras, pasa a ser partícipe del

⁶⁶ Mir Puig, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, op. cit., p. 72.

⁶⁷ Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 18 y 20.

⁶⁸ Álvarez García, *Sobre el principio de legalidad*, op. cit., p. 9.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 218.

⁷⁰ Gómez Pavón, *Cuestiones actuales del Derecho penal*, op. cit., p. 427.

⁷¹ En contra sin embargo, Silva Sánchez, para quien el origen del principio de legalidad se identifica en el “refuerzo de una política criminal preventivo-general, a la que aportaría el requisito de la certeza del castigo, con la consiguiente mayor efectividad de la norma correspondiente”. Vid. Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 252.

⁷² Gómez Pavón, *Cuestiones actuales del Derecho penal*, op. cit., p. 429, y Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, op. cit., pp. 36 y 37.

⁷³ Madrid Conesa, op. cit., p. 36.



poder, controlando su propio ejercicio. Así entendido, el principio de legalidad no sólo garantiza el derecho a no ser condenado por un hecho no previsto como delito en la ley, ni a pena diferente a la señalada por la norma, sino que también legitima el ejercicio del poder del Estado. Va más allá y se convierte en un pilar básico de un Estado de Derecho, pues la ley pasa a considerarse un producto de la representación ciudadana, garantizándose con ello, además, el derecho de participación, pues la ley responderá a la voluntad de la mayoría, con respeto de las minorías.⁷⁴ Sólo con este entendimiento se produce una legitimación democrática de la norma penal, esto es, aquella que establece delitos y les asigna penas.⁷⁵ Y de este modo, ante supuestos de aplicación de una norma prevista para un caso diferente, aun similar, se atenta contra la voluntad de la mayoría que, ya en sede legislativa, no consideró el hecho como delictivo. Como decimos, con esta práctica se invade un terreno que corresponde en exclusiva al legislador, órgano de representación ciudadana, vulnerándose los principios que sustentan el Estado de Derecho.⁷⁶

Son dos, por tanto, los aspectos que dotan de contenido, alcance y significado al principio de legalidad en sede penal y que, en consecuencia, obligan a respetar el primero de los mecanismos interpretativos de la norma: el gramatical. Por un lado, una fundamentación de carácter *jurídica o técnica*, en que el principio de legalidad supone una garantía de seguridad jurídica, permitiendo el conocimiento de las conductas prohibidas y permitidas, así como las penas que pueden imponerse tras su comisión, y las condiciones para su imposición y posterior ejecución. Por otro lado, una fundamentación de carácter *político*, que da soporte al principio de legalidad desde la idea de respeto por la representación de la voluntad general en un Estado de Derecho, como único instrumento para decidir

qué es lo que está prohibido o permitido, y, por tanto, para la configuración estricta de las normas penales. La interpretación de la norma, en consecuencia, habrá de tener muy en cuenta tales postulados, que conducen a poner en primera línea el método interpretativo gramatical que atiende al sentido propio de las palabras. De ahí que pueda afirmarse, sin género de dudas, que el criterio de interpretación gramatical cobra una significación especial (y reforzada) en el ámbito del Derecho penal. Ello no obsta, claro está, para que el intérprete utilice otros métodos interpretativos (señalados ya *supra*) a la hora de dotar de contenido a los elementos de la norma penal (del *tipo* penal, en definitiva), siempre que el límite máximo se establezca, como decimos, en la letra de la ley: el juez posee cierto margen de interpretación que, inevitablemente, conlleva siempre una determinada innovación del ordenamiento jurídico.⁷⁷

Para ser justos, sin embargo, y ponderando la necesidad de respeto por la gramaticalidad de la norma con las restantes posibilidades de interpretación de las mismas, debe matizarse que, a pesar de que la ley resulte una expresión de la voluntad popular, ésta no tiene por qué implicar necesariamente una *racionalidad* de la misma. El Derecho en general, y el Derecho penal en particular, se conciben como fenómenos sociales cambiantes, que representan en todo caso una manifestación de la voluntad general, pero no tanto la cristalización de una razón de la norma que resulte siempre y en todo caso abstracta y de aplicación atemporal. Con el creciente desarrollo de las sociedades globalizadas y el surgimiento de nuevos riesgos sociales,⁷⁸ los Códigos se muestran incapaces, en muchos casos, de hacer frente a problemas hasta ahora impensables: la propia vocación de permanencia y exhaustividad de aquéllos propicia su envejecimiento, produciéndose de este modo un “desplazamiento de la

⁷⁴ Álvarez García, *Sobre el principio de legalidad*, op. cit., pp. 19 y ss., considera que en gran medida este postulado no puede dejar de resultar “ingenuo”, sobre todo en lo que se refiere al caso de las minorías, pues “por más que esa teórica posibilidad exista, la práctica parlamentaria, el ‘trabajo parlamentario’, lo viene impidiendo y las mayorías imponen su criterio sin, en muchos casos, valoración, motivación y justificación alguna [...] y, por supuesto, en muchas ocasiones sin consultar, siquiera, con las minorías”.

⁷⁵ Gómez Pavón, *Cuestiones actuales del Derecho penal*, op. cit., p. 430.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 431.

⁷⁷ Ruiz Robledo, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, op. cit., pp. 244 y ss.

⁷⁸ Bustos Rubio, M., “¿Hacia dónde camina el Derecho penal? Reflexión sobre la anunciada reforma”, *Diario Jurídico*, octubre de 2012, pp. 1 y 2, donde ya expusimos que “el Derecho penal tiene que incorporar modificaciones que afronten los nuevos riesgos sociales; se trata de Derecho, una ciencia viva y cambiante [...]. El Código Penal tiene que afrontar los nuevos comportamientos delictivos, las prácticas ilícitas derivadas de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, o la dificultad para atribuir responsabilidad penal a determinadas personas (por ejemplo, cuando el delito se comete en el seno de una organización criminal jerarquizada)”. *Vid.* ampliamente sobre esta cuestión Díez Ripollés, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005.

Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal

ley” en favor de la interpretación.⁷⁹ A ello se le suma el implacable proceso de multiplicación de leyes, frecuencia en sus modificaciones, regulaciones sectoriales e, incluso, la invasión por parte del Derecho penal de ciertos sectores del ordenamiento demasiado técnicos o especializados. Y tampoco puede olvidarse que la exigencia de certeza, determinación y taxatividad que deriva del principio de legalidad no puede extenderse a su sentido más absoluto, pues toda vez que las leyes tienen como finalidad la solución de conflictos sociales no es posible conseguir dicha finalidad con una determinación de la norma que resulte absoluta (sobre todo ello, nos remitimos a lo ya dicho *supra*).⁸⁰

Sin embargo, tal y como aventuramos más arriba en este trabajo, no puede obviarse que en cualquier ordenamiento jurídico el criterio gramatical constituye el primero de los métodos interpretativos del Derecho, criterio que en el ordenamiento penal adquiere una mayor significación y destacada importancia, que si bien no puede suponer la proscripción de interpretaciones diferentes, constituye un auténtico límite a la actividad interpretativa de jueces, tribunales y doctrina. Cuando nos aproximamos al estudio de una norma penal con la pretensión de dotarla de contenido debemos atender siempre, y como límite, a los significados posibles del término en cuestión (del concreto elemento del tipo penal), pues en otro caso (1) quebraría la función del principio de legalidad como criterio para determinar comportamientos de los ciudadanos, y (2) se invadirían las competencias del legislador, representante de la voluntad general, en un Estado de Derecho, como hemos analizado. El criterio gramatical, íntimamente conectado con el principio de legalidad, persigue, así entendido, la eliminación de todo atisbo de arbitrariedad en la interpretación y consecuente aplicación del *ius puniendi*, pues garantiza el estricto sometimiento del intérprete (el juez) a la ley, vedando todo margen de arbitrio o injustificada discrecionalidad en su aplicación (Sentencia del Tribunal Constitucional español 133/1987).⁸¹

Estas ideas implican, como consecuencia última, una prohibición de ampliar el ámbito de lo prohibido

más allá de lo que permite el sentido de las palabras que constituyen el texto legal. Pero ello no significa —ni puede significar— negar toda posibilidad de interpretación, tal y como pretendieron antaño ciertos revolucionarios franceses, ya no sólo debido a lo cambiante de las circunstancias y necesidades de la sociedad de las que antes hablamos, sino también porque la propia evolución del Estado de Derecho implica el control judicial de la legalidad de las normas.⁸² El Derecho (también el penal) no es un instrumento completamente dado al juez para la resolución de los conflictos sociales: encuadra múltiples articulaciones tras procesos de concretización de la norma al supuesto particular, por lo que la hermenéutica jurídica no puede resultar en modo alguno desdeñable.⁸³

Es evidente que negar la posibilidad de interpretar la ley resulta contrario al propio Estado de Derecho (sobre todo en un Estado constitucional) y a las propias necesidades efectivas de tutela penal. Pero, al mismo tiempo, incumplir el principio de legalidad constituye una violación de dicho modelo de Estado, al invadirse un terreno que le es ajeno al intérprete: el legislativo. En consecuencia: interpretación de la norma, sí; trasgresión de la letra de la ley, no. Lo que no deja de suponer un juicio de adecuación y ponderación que, en su caso, debe ser puesto en marcha por los órganos de control (*v. gr.* el Tribunal Constitucional) a la hora de comprobar si el principio de legalidad penal ha quedado conculcado.

6. Dos observaciones concomitantes a la actividad interpretativa: las definiciones legales y el tenor literal de la norma

Hemos considerado conveniente recoger un último apartado, a modo de cierre, en el que plasmamos dos observaciones que pueden surgir en relación con la interpretación gramatical de la norma penal. Por un lado, nos referiremos a la relevancia de las definiciones legales en la interpretación normativa por parte del juez; por otro, haremos algunas consideraciones sobre el tenor *literal* de la norma como límite a la

⁷⁹ Gómez Pavón, *Cuestiones actuales del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 437. Como pusimos de manifiesto en este trabajo, algunos autores, como Kantorowicz, han llegado a afirmar que los jueces, “desde luego, tienen más madurez que la mayoría de los miembros de los partidos que hacen las veces del legislador”, lo que avalaría, para este sector, la mayor garantía de las sentencias frente al texto de la ley.

⁸⁰ Gómez Pavón, *Cuestiones actuales del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 445 y 446.

⁸¹ Naranjo de la Cruz, R., “Derechos fundamentales”, en VV. AA., *Manual de Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 552.

⁸² Gómez Pavón, *Cuestiones actuales del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 447.

⁸³ Álvarez García, *Sobre el principio de legalidad*, *op. cit.*, p. 175, parafraseando a Zaccaria.

actividad interpretativa, propuesto por algún sector de la doctrina.

Para analizar someramente la primera de las cuestiones que nos proponemos, partiremos del caso español, en cuyo Código Penal podemos encontrar multitud de definiciones legales a las que se recurre con profusión. Sin pretender elaborar en este momento un catálogo *numerus clausus*, sino tan sólo poner de manifiesto algunos de estos ejemplos, encontramos en este Código las siguientes definiciones legales: tentativa (artículo 16,1),⁸⁴ conspiración (artículo 17,1),⁸⁵ proposición (artículo 17,2),⁸⁶ provocación (artículo 18,1),⁸⁷ apología (artículo 18,1),⁸⁸ alevosía (artículo 22,1^a),⁸⁹ reincidencia (artículo 22, 8^a),⁹⁰ parentesco (artículo 23),⁹¹ autoridad y funcionario (artículo 24),⁹² documento (artículo 26),⁹³ autores (artículo 28)⁹⁴ o cómplices (artículo 29).⁹⁵ También en la denominada “parte especial” podemos hallar ciertas definiciones: así, por ejemplo, “tratamiento médico” (artículo 147,1), “habitualidad” (artículo 173,3), “llaves falsas” (artículo 239), “casa habitada” (artículo 241,2), “sociedad” (artículo 297), o “grupo criminal” (artículo 570 ter, 1), entre otros.⁹⁶

El Derecho penal ha tendido en los últimos años a generalizar el uso de estas definiciones legales convirtiéndose en una nueva técnica legislativa: el legislador recurre a dichas definiciones para acotar el ámbito de aplicación de un determinado precepto. Este modo de proceder se ha venido a denominar *interpretación auténtica*, y se ha concebido como un verdadero límite a la interpretación de la norma por parte del intérprete. De este modo, se dice, si el legislador ofrece el significado de un término o institución jurídica, el intérprete ya no tendrá que dotar de contenido a estos últimos, pues la ley indica qué significado deben tener.⁹⁷ Debemos preguntarnos, sin embargo, si el recurso al establecimiento de definiciones normativas coadyuva realmente a limitar la actividad interpretativa del aplicador jurídico, y si es una técnica legislativa adecuada.

Como ha señalado Sánchez-Ostiz Gutiérrez, “entendemos por definición una proposición que declara algo desconocido o aclara algo confuso mediante elementos conocidos que se ordenan según el esquema *genus proximun y differentia specifica*”.⁹⁸ Estas

⁸⁴ “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

⁸⁵ “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”.

⁸⁶ “La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo”.

⁸⁷ “La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”.

⁸⁸ “Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”.

⁸⁹ “Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

⁹⁰ “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”.

⁹¹ “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

⁹² “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

⁹³ “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.

⁹⁴ “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

⁹⁵ “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

⁹⁶ *Vid.* Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en Montiel (ed.), *Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho penal*, op. cit., p. 209 (nota al pie núm. 7).

⁹⁷ *Vid.* ampliamente Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en Montiel (ed.), op. cit., pp. 207 y ss.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 210.

Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal

definiciones legales suelen ser de carácter nominal, en tanto dan significado a un término por medio de ciertos signos. No obstante, hay casos en los que más que definiciones el Código nos ofrece descripciones que *delimitan* un determinado concepto, dotando al término de un significado que puede coincidir con el sentido común o con el sentido técnico dado por otro sector del ordenamiento, o no.⁹⁹ Delimitar ese significado no implica siempre y en todo caso restringir su ámbito de aplicación, sino que en ocasiones dicho proceder tiende, precisamente, a ampliarlo. Por ello, las definiciones establecidas en el Código de manera expresa no siempre cumplen una función garantista que refuerce el mandato de taxatividad dirigido al legislador, pues con dicha técnica pueden revertirse dichos efectos convirtiéndose en una poderosa arma para ampliar el ámbito de aplicación de una determinada norma a merced de las circunstancias del caso.¹⁰⁰ Dicho lo anterior, es momento de preguntarse si, a pesar de que las definiciones no reporten en todo caso una *mayor taxatividad y certeza*, son susceptibles de limitar el *ius puniendi* en el momento de interpretación y aplicación judicial de la ley.

Compartiendo lo expuesto por Sánchez-Ostiz Gutiérrez, pensamos que el establecimiento de definiciones normativas no constituye un auxilio interpretativo que limite la intervención del juez en el momento de dotar de significado a un determinado elemento típico. Aunque a primera vista una definición normativa coadyuve a guiar la labor interpretativa y, consecuentemente, a facilitar la subsunción de un hecho en un determinado precepto legal, como hemos visto, dichas definiciones pueden no sólo restringir sino ampliar el contenido de una norma, por lo que el margen de interpretación y aplicación devendrán más amplios; el recurso a estas definiciones no es condición absoluta para lograr una mayor uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley.¹⁰¹ Es más, incluso en la más estricta de las definiciones la interpretación exigirá siempre pasar de lo abstracto-general a lo concreto-particular, por lo que se abre una duda acerca de la idoneidad del recurso a las definiciones legales como

mecanismo limitador de la interpretación judicial. En definitiva: las definiciones legales forman parte de la ley misma, por lo que también convergen en objeto de interpretación por parte del juez.¹⁰² Por ello, más que un auxilio interpretativo, dichas definiciones, en ocasiones, pueden requerir una mayor actividad interpretativa.

En otro orden de ideas, y ya en relación con la segunda de las cuestiones señaladas al comienzo de este epígrafe, algunos autores han identificado el límite a la interpretación de la norma penal en el tenor *literal* del precepto. En esta dirección ha señalado Klatt que toda aplicación de una norma jurídica es siempre, o bien una interpretación, o bien un perfeccionamiento del Derecho; en su opinión, el límite entre ambos viene dado por el *tenor literal* del precepto, de manera que se hablará de *interpretación* cuando se lleve a cabo una aplicación de la norma implícita dentro de su tenor literal, y se hablará de *perfeccionamiento* del Derecho cuando dicha aplicación supere el tenor literal de la norma (*Rechtsfortbildung*).¹⁰³ Para este autor, sin embargo, es preferible referirse al *límite semántico* de la norma a la hora de poner coto a la actividad interpretativa, y no tanto al *tenor literal* del precepto, conclusión a la que llega mediante la elaboración de tres objeciones a esta última expresión: (1) frente al significado conceptual resulta hoy prioritario el significado proposicional, pues el significado de cada una de las palabras o términos que componen una norma penal deriva del conjunto de la oración, y no a la inversa; (2) el término *tenor literal* conduce a error, pues no se trata de una interpretación al hilo de la fonética del precepto, sino de la semántica de la norma; y (3), en puridad no puede hablarse de un límite interpretativo apoyado en la *literalidad* de una norma, pues la superación de dicho límite mediante el perfeccionamiento del Derecho es hoy una actividad interpretativa ampliamente admitida por la doctrina.¹⁰⁴

Al menos en parte, tiene razón el autor: los límites semánticos de un precepto no son un mero juego de abalorios jurídicos, sino que constituyen la base irre-

⁹⁹ *Ibidem*, p. 212.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 215.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 216.

¹⁰² *Ibid.*, p. 222.

¹⁰³ Klatt, M., "El límite del tenor literal", en Montiel, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decaencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 225.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 226.

nunciable de la labor interpretativa, y el límite mismo a esa interpretación.¹⁰⁵ Esta idea es la que, en esencia, hemos puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo. Sin embargo, creemos que es preferible hablar de límite *gramatical* en la interpretación de la norma: la referencia al tenor *literal* constituye un acotamiento mayor de la labor interpretativa, pues la norma objeto de interpretación no tiene por qué entenderse siempre en su sentido literal, sino en cualquiera de los posibles sentidos gramaticales que se desprendan de aquélla. El límite, claro está, se encuentra en la letra de la ley, pero esa letra no tiene por qué ser traducida literalmente: mientras su entendimiento se comprenda en cualquiera de los sentidos gramaticales que se puedan atribuir a la norma, dicha interpretación estará dentro del círculo dibujado por el principio de legalidad penal y, por tanto, será respetuoso con éste. Por este motivo pensamos que al autor le asiste parcialmente la razón: una interpretación gramatical de la norma penal, aún no ceñida al tenor *literal* del precepto que se trate, seguirá siendo *interpretación* y no *perfeccionamiento* ni *creación* del Derecho, pues seguirá estando comprendida entre los posibles significados atribuidos a la misma.

Bibliografía

- Álvarez García, F. J., “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, 1991.
- , *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- , *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001.
- Arroyo Zapatero, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, mayo-agosto de 1983.
- Bacigalupo, E., “Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco”, *Actualidad Penal*, núm. 23, 1994.
- Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, Tecnos, Madrid, 2008.
- Boix Reig, J., “El principio de legalidad en la Constitución”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983.
- , “De nuevo sobre el principio de legalidad (perspectiva constitucional)”, *Revista General de Derecho*, núm. 512, 1987.
- Bustos Rubio, M., “Limitación de mandato en los delitos de omisión propia: una reivindicación desde las ideas de derecho penal mínimo e inexigibilidad”, en *Sistema penal y política criminal. Nuevos desafíos frente a la delincuencia del siglo XXI*, Ara Editores, Lima, 2014.
- Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T. S., *Derecho penal parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Córdoba Roda, J., “Comentario al artículo 2”, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Ariel, Barcelona, 1972.
- Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español, parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002.
- De Toledo, Octavio, y Ubieto, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, Sección de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- De Vicente Martínez, R., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Díez Ripollés, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005.
- Doval Pais, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.
- García Arán, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios penales y criminológicos*, t. XVI, 1992-1993.
- Gerpe Landín, M., “Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991.
- Gómez Pavón, P., “Cuestiones actuales del Derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. extra. 1, 2000.
- Huerta Tocildo, S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho*

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 227.

Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal

- Constitucional*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993.
- Jiménez de Asúa, L., “El principio ‘nullum crimen sine lege’ y la cuestión de la analogía”, *Revista de Derecho Público*, núm. 50, 1936.
- Klatt, M., “El límite del tenor literal”, en Montiel, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Madrid Conesa, F., *La legalidad del delito*, Colección de Estudios Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Valencia, 1983.
- Ortiz de Urbina Gimeno, I., “¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal”, en Montiel, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Ruiz Robledo, A., *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., “Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho penal”, en Montiel, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Sarrabayrouse, E., “La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración”, en Montiel, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, en el ámbito familiar. Especial referencia al derecho de corrección

Pilar Mirat Hernández

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El ordenamiento jurídico establece mandatos o prohibiciones, pues su misión principal es la salvaguarda de bienes o intereses imprescindibles para el logro de una convivencia pacífica en la sociedad; ahora bien, quien quebranta un interés protegido por el Derecho para salvar otro de mayor importancia no puede actuar antijurídicamente. La unidad del ordenamiento jurídico está presente y es determinante para apreciar la existencia de una acción antijurídica: es impensable que por una parte una ley nos obligue a realizar algo, y por otra sea punible según el Derecho penal la realización de lo obligado.

En determinadas situaciones el hecho de velar por la salud y la vida de un ascendiente o cónyuge y por la educación de los hijos puede hacer necesario tomar medidas que en principio son típicas. Sería incongruente que por un lado el Código Penal castigara con una pena el abandono del padre o de la madre, y por otro que cuando su salud requiere de un internamiento sin su consentimiento fuera constitutivo de un delito contra la libertad, o que el Código Civil obligue a educar a los hijos, y si se les castiga con no salir de su habitación fuera la conducta constitutiva, asimismo, de un delito de detención ilegal y se le pudiera imponer una pena de prisión de cuatro a seis años. Si la medida es necesaria, proporcional y adecuada al caso concreto, estaremos ante una conducta justificada.

PALABRAS CLAVE: Causas de justificación, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, interés preponderante, derecho de corrección.

ABSTRACT: The law system establishes legal mandates or prohibitions, as its primary mission is to safeguard property or interests essential for the achievement of a peaceful coexistence in society interests. Also, he who violates an interest protected by law in order to save a more important one cannot act unlawfully. The unity of the legal system is present and is crucial in determining the existence of an illegal action: it is unthinkable that a certain law requires us to do something, and at the same time criminal law would deem punishable that same prescribed action.

Under certain circumstances the act of protecting the health and life of a family member or partner, and the education of children, may require someone to undertake actions which are typical in principle. It would be illogical that the Penal Code punished a case of abandonment by the father or the mother, and simultaneously a case of hospitalization without consent would be considered an offense against freedom, or that the Civil Code would force someone to raise his children, or if parents were punished with 4 to 6 years of imprisonment for illegal detention when they forbid children to leave their room. If the measure is necessary, proportionate and appropriate to the specific case, it would be a justified action.

KEY WORDS: Causes of justification, state of necessity, exercise of a right, fulfillment of a duty, overriding interest, right to correct.

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. 2. Estado de necesidad. 3. Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho: el ejercicio de la patria potestad y el derecho de corrección. Bibliografía.

1. Consideraciones generales

Las causas de justificación suponen la concurrencia de una serie de circunstancias, por las que conductas que son subsumibles en la descripción de los tipos penales suponen un ataque o una puesta en peligro de bienes jurídicos; sin embargo, la conducta está permitida, en ese caso concreto y como excepción, porque no existe un desvalor total del hecho. Aunque los bienes que han sido lesionados o puestos en peligro son valiosos para el Derecho penal, como muestra el hecho de que la conducta está descrita en un tipo, en determinadas circunstancias el ordenamiento jurídico considera que, pese a ser una conducta que merece un reproche penal, no se produce un disvalor total del hecho. Se dan las condiciones formales del tipo, pero no hay desaprobación jurídica de la conducta.

Para Roxin¹ la estructuración de las causas de justificación sólo es posible mediante un enfoque pluralista, que no se puede llevar a cabo por medio de una sistematización cerrada y definitiva, “sino sólo perfilando la antijuridicidad material mediante la elaboración de los principios ordenadores sociales en los que se basa. Estos principios ordenadores se presentan en número y combinación diferentes en las diversas causas de justificación”. Abundan los principios que fundamentan las causas de justificación del hecho, pero por los constantes cambios de la vida social “no es posible ni un *numerus clausus* de los principios reguladores decisivos, ni una sistematización cerrada y concluyente de las causas de justificación. Mientras que las clases de delitos descritas en los tipos representan una cierta estática, a través de las causas de justificación, penetra la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito”.²

Las teorías pluralistas: parte de la doctrina, entre la cual destaca la teoría formulada por Mezger,³ fun-

damenta las causas de justificación en dos principios: para este autor,

la lesión de intereses representa el contenido de todo injusto y por ello son dos los momentos determinantes en la admisión de una causa de justificación de la conducta... o desaparece por determinado motivo el interés que en otro caso sería lesionado por el injusto (“principio de ausencia de interés”), o surge frente a dicho interés otro de más valor que transforma en conducta conforme al Derecho lo que en otro caso hubiera constituido un injusto (“principio de interés preponderante”).

La ausencia de interés se produce cuando el ofendido consiente en la lesión del bien jurídico por determinado motivo, en cuyo caso desaparece la lesión. Para este autor, el consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión del injusto con arreglo al principio de ausencia de interés, pues “supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico”.⁴ “En cambio, el principio de interés preponderante se produce cuando frente al interés lesionado por la realización típica aparece, en el caso concreto, un interés de más valor, que desplaza al primero”.⁵

Sobre la base del interés preponderante, encuentra Mezger tres fundamentos de exclusión del injusto: primero, las acciones realizadas en virtud de “deberes preponderantes” en las que se incluyen los deberes oficiales y públicos, los profesionales, las autorizaciones legítimas emanadas de la autoridad competente, los deberes de educación, como el derecho/deber de educar a los hijos, etc. Segundo, “las acciones realizadas en virtud de una especial justificación”. En este apartado incluye la legítima defensa, el estado de necesidad, el derecho de detención en los casos de fla-

¹ Roxin, C., *Derecho penal. Parte General*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Luzón Peña, D.M., Civitas, Madrid, 1997, p. 575.

² Roxin, C., *op. cit.*, p. 572.

³ Mezger, E., “Tratado de Derecho penal”, trad. J.A. Rodríguez Muñoz, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1946, p. 393.

⁴ *Ibidem*, p. 398.

⁵ *Ibidem*, pp. 394 y ss.

grante delito, etc. El tercer fundamento sería un “principio general de valuación de los bienes jurídicos, en el que se incluye el estado de necesidad, refiriéndose a éste como una cláusula general de justificación. En la valuación de bienes jurídicos encuentra este autor el principio general que permite la formulación de causas de justificación supralegales.⁶

Las teorías monistas intentan encontrar un fundamento único a todas las causas de justificación. Varias se han formulado en la historia de la dogmática penal, pero es en el “principio de ponderación de intereses” donde los autores han encontrado con más frecuencia el fundamento de la justificación, aunque matizando su significado.

Creemos, junto con Carbonell Mateu,⁷ que el fundamento de las causas de justificación es en el fondo una manifestación del principio de “conflicto de intereses”, o de “ponderación de intereses”, para resolver conflictos sociales.

Respecto de la concurrencia del consentimiento del titular del bien jurídico, Mezger⁸ fundamentaba la exclusión del injusto por “la ausencia de interés” por parte del sujeto activo en la protección del bien jurídico. Para Noll⁹ no es cierto que cuando se otorgue el consentimiento nos encontremos ante un caso de ausencia de interés, sino que el consentimiento es un valor más que hay que ponderar en el conflicto de intereses; es decir, lo que se valora sería el conflicto de intereses entre la libertad personal, y otro bien jurídico que pertenece a una misma persona. Si el sujeto pasivo tiene un poder absoluto de disposición sobre el bien jurídico, el consentimiento producirá la atipicidad de la conducta. En el caso de que no tenga la disponibilidad absoluta, la conducta está totalmente amparada por una causa de justificación, o se aminora la pena en el caso de que no haya suficientes elementos de justificación, porque nos encontramos ante una menor cantidad de injusto que conlleva una menor cantidad de pena.

Carbonell Mateu,¹⁰ siguiendo a Noll respecto de la concurrencia del consentimiento del titular del bien

jurídico, opina que no hay un verdadero conflicto de intereses, porque todos ellos pertenecen al sujeto que toma la decisión, en cuyo caso la conducta es atípica, y si lo hay es porque el agente debe escoger entre intereses pertenecientes a un sujeto que no tiene el dominio absoluto sobre ellos (porque no está presente para decidir, o porque la disposición sólo le pertenece en parte), o porque tiene que hacerlo entre intereses que pertenecen a distintos sujetos. En todos estos casos, la autonomía de la voluntad es un valor más que entra en el juego de la ponderación.

Como resumen, podemos afirmar, siguiendo a los citados autores, y con los que coincidimos, que las causas de justificación se pueden fundamentar, en todos los casos, en un conflicto de intereses. Creemos que la ausencia de interés no se da como fundamento de la justificación, porque el consentimiento del titular del bien jurídico, o el principio de autodeterminación del individuo, es un interés más en el conflicto que es objeto de ponderación. En las causas de justificación, quien realiza una conducta que, después de ponderar intereses, se considera justa, está ejerciendo un legítimo derecho, y por tanto amparado por una causa de justificación, siempre que el consentimiento no excluya el tipo, porque el titular del bien jurídico en cuestión tiene la plena disposición sobre el mismo, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los delitos contra la libertad.

Existe siempre un conflicto de intereses, y no creemos que se dé en ningún caso la ausencia de interés, sino que la autodeterminación del individuo es un interés más que entra en consideración a la hora de realizar la ponderación. El único elemento que puede provocar la conversión de un hecho típico en un hecho justificado es “la presencia de un bien o de un interés que, a los ojos del ordenamiento jurídico, haya de prevalecer sobre el lesionado o puesto en peligro. De este modo la justificación ha de apoyarse en un principio único, a saber, el del bien o interés preponderante”.¹¹

⁶ *Ibidem*, p. 396. Siguen estas teorías en España: Rodríguez Muñoz en las notas a la trad. del *Tratado de Derecho penal* de Mezger, *op. cit.*, pp. 395 y ss.; Del Rosal, J., *Tratado de Derecho Penal*, t. I, 2ª ed. revisada y actualizada por Cobo del Rosal, M., Madrid, 1972, p. 843; Rodríguez Devesa, J.Mª., y Serrano Gómez, A., *Derecho penal español. Parte General*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 503.

⁷ Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982, p. 50.

⁸ Mezger, E., *Tratado de Derecho penal, op. cit.*, p. 394.

⁹ Noll, P., “Tatbestand und Rechtswidrigkeit Dei Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung”, *ZStW*, 1965; Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal, op. cit.*, pp. 54 y ss.

¹⁰ Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal, op. cit.*, pp. 57 y ss.

¹¹ *Ibidem*, pp. 65 y ss.; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 468. En el mismo sentido, Mir Puig: “La razón material de la justificación puede verse en una situación de conflicto, que se produce en el momento de la conducta, entre el valor propio del bien jurídico atacado y otros intereses que el derecho considera prevalentes, o al menos equivalentes”. *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., PPU, Barcelona, 2008 p. 424.

Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

El ordenamiento jurídico no sólo nos prohíbe u ordena que actuemos de determinada manera, sino que no vulneremos intereses por él protegidos. Pero quien quebranta un interés protegido por el Derecho para salvaguardar otro de mayor importancia no puede actuar antijurídicamente. La unidad del ordenamiento jurídico está presente y es determinante para apreciar la existencia de una acción antijurídica: es impenable que por una parte una ley vigente nos obligue a realizar algo, y por otra que sea punible según el derecho penal. Si ocurriera esto, no se preservaría la unidad del ordenamiento jurídico y además llevaría aparejada una enorme inseguridad jurídica. Esto supone que para decidir si una conducta es antijurídica, hay que preguntarse, en principio, si está permitida o era obligada con arreglo a otras normas jurídicas no penales. Por consiguiente, para formular el juicio sobre la antijuridicidad hay que tener en cuenta la totalidad del Derecho público y privado. “No hay una antijuridicidad específicamente penal. El fundamento de la antijuridicidad en nuestro ordenamiento jurídico, es de carácter general”.¹²

Los deberes y derechos pueden provenir del derecho público o del privado, no siendo suficiente un simple deber moral. Pueden derivarse tanto de un precepto legal como de otras disposiciones de rango inferior, como decretos leyes, órdenes ministeriales, disposiciones dictadas por las autoridades administrativas, convenios o tratados internacionales suscritos por España, e incluso, en algunos casos, deberes y derechos procedentes del derecho consuetudinario.¹³

No se puede considerar contrario al principio de legalidad el que en materia de justificación no se exija reserva de ley orgánica, porque en este caso no se trata de la creación de delitos, penas, causas de agravación o medidas de seguridad, sino que nos estamos moviendo en el campo de la negación de un elemento del delito.

Para Mir Puig¹⁴ la función de *ultima ratio* del Derecho penal dentro del conjunto unitario del ordena-

miento jurídico es, “junto a la unidad del mismo, el fundamento de considerar normas extrapenales, fuente de la exclusión de la antijuridicidad”. Si el Derecho penal se opusiera al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un Derecho, impuesto o reconocido por otra rama del ordenamiento, fuera jurídico, no cumpliría con su función de *ultima ratio*.

Dentro del conjunto del ordenamiento jurídico, corresponde al derecho penal la función de prevenir, prohibiendo y castigando, los hechos más lesivos de la vida social. Contradiría su función, pues, que prohibiera y castigara hechos obligados o permitidos expresamente por otro sector del mismo orden jurídico (es decir, hechos que se consideran positivos por el mismo derecho), pero es, en cambio, perfectamente adecuado a su función de “ultima ratio” que los hechos no prohibidos por la ley penal puedan hallarse prohibidos por normas no penales.¹⁵

Para que un derecho o un deber extrapenales justifique un hecho que se castiga por la ley penal con carácter general, en el ordenamiento jurídico se debe mantener la exigencia del deber o la existencia del Derecho, y de esta forma el hecho estará permitido y no podrá considerarse antijurídico. Determinados intereses entran en un momento en colisión con los penalmente protegidos, y el legislador opta en ese caso por permitir la conducta, por lo que esta es típica, pero no antijurídica. El conflicto se resuelve a favor de la ley no penal, es decir, a favor del deber o del Derecho reconocido por otra rama del ordenamiento. El ataque al bien jurídico no desaparece, pero la conducta que con carácter general está desaprobada, en ese caso concreto se permite, por la existencia de un interés que se considera más importante.

Si el derecho o el deber están realmente protegidos por el ordenamiento jurídico, es porque se otorga a su titular la posibilidad de ejercerlos, y si su derecho

¹² Rodríguez Devesa, J.M^a, *Derecho penal español*, 6^a ed., Dykinson, Madrid, 1977.

¹³ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, vol. II, 5^a ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 179 y ss. Opinan en el mismo sentido de que el deber o el Derecho deben ser de carácter jurídico: Landecho Velasco, C., y MolinaBlázquez, C., *Derecho penal español. Parte General*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 287 y ss.; Rodríguez Devesa, J.M^a, *Derecho penal español, op. cit.*, p. 437. Carbonell Mateu, por el contrario, no considera que el Derecho consuetudinario sea fuente de justificación, entendiendo que en materia de justificación “rige una reserva relativa de ley, que permite la existencia de una cláusula general de justificación que combine el respeto al principio de legalidad con la necesaria apertura a la totalidad del Derecho positivo como fuente de justificación” (Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal, op. cit.*, pp. 116 y ss.). Otros autores como Muñoz Conde admiten entre las fuentes de justificación de la conducta “razones políticas sociales o jurídicas que así lo aconsejan”. Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 89.

¹⁴ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 481.

¹⁵ *Ibidem*, p. 482.

o deber entran en conflicto por encajar la conducta en una actuación delictiva, nos encontramos ante un conflicto de intereses cuya ponderación tendrá que resolverse, y comprobar si estamos o no ante una conducta justificada.

Como conclusión, las autorizaciones o los derechos que reconoce el Derecho público y el privado excluyen la antijuridicidad de la conducta con carácter general. Sería una contradicción para la seguridad jurídica que lo que nos permite u ordena una rama del ordenamiento jurídico fuera antijurídico para otro sector del mismo. Además, sería contradictorio con el principio de subsidiaridad y de *ultima ratio* del Derecho penal, como último recurso de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho fuera a pesar de ello castigada penalmente.¹⁶

Ahora bien, el ejercicio de deberes o de derechos reconocidos en otras ramas del ordenamiento está sometido a ciertos límites. Aunque exista un derecho de actuar, no podrá quedar la conducta justificada si se sobrepasan los límites y se quebranta un interés más grave, es decir, si realizada la ponderación de los intereses en juego se quebranta un interés mayor que el que se trata de salvar. No será una conducta justificada la del padre que para educar a su hijo, en el ejercicio de la patria potestad que la ley le reconoce, lo somete a malos tratos. El ejercicio de un deber con abuso de derecho no puede estar justificado.

La proporcionalidad en el ejercicio del derecho y el interés quebrantado será el límite para considerar una acción típica, justificada o no. Determinar los límites del ejercicio del derecho no se puede solucionar de un modo general, sino que será necesario analizar cada caso en particular y realizar una ponderación de los intereses en conflicto. “El abuso comienza precisamente allí donde el interés lesionado o puesto en peligro por el ejercicio del derecho es superior al que proporciona”.¹⁷ En el caso de los derechos-deberes, como es el caso del ejercicio de la patria potestad, en el que se incluye el derecho-deber de educar de los padres sobre los hijos, del que nos ocuparemos con detalle más adelante, desde el momento que se

utilice el derecho otorgado en dirección opuesta a la debida, o se dé un abuso en su ejercicio, el acto será antijurídico, como así lo reconoce el artículo 7.2 del Código Civil.¹⁸

Los usos sociales tendrán en este caso también su función de límite entre lo jurídico y lo antijurídico, ya que conductas orientadas a corregir o educar que en tiempos pasados eran consideradas normales en el ejercicio de la patria potestad, hoy son consideradas claramente como un abuso en el ejercicio del derecho-deber, y por tanto el padre que actuara sobrepasando los límites sociales según el principio de ponderación de intereses estará actuando de forma típica y antijurídica. Desde el momento que un derecho o un deber se ejerce de forma arbitraria, el ejercicio del mismo deja de ser legítimo.

2. Estado de necesidad

Una de las causas de justificación que de forma específica nos encontramos en el derecho de familia es el estado de necesidad, junto al cumplimiento de un deber. Conductas que son en principio constitutivas de detenciones ilegales, coacciones amenazas, etc., pueden estar justificadas por un estado de necesidad.

Se regula en el artículo 20, circunstancia 5ª, del Código Penal, y se define como “un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa, ni al ejercicio de un deber”.¹⁹

Tanto el estado de necesidad como la legítima defensa suponen una situación de peligro que sólo puede resolverse mediante un hecho típico. Y mientras en la legítima defensa se permite reaccionar frente a una persona que agrede de forma antijurídica, en el estado de necesidad se permite lesionar intereses de un sujeto que no realiza ninguna agresión ilegítima. En el primero de los casos, las personas que se enfrentan se encuentran en distinta posición ante el Derecho: el agresor infringe el ordenamiento, mientras que el defensor se halla en una situación legítima. En la se-

¹⁶ Roxin, C., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 570.

¹⁷ Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes, op. cit.*, pp. 145 y ss.

¹⁸ Artículo 7 del Código Civil, “1º Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2º La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”.

¹⁹ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 451.

Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

gunda causa de justificación, el que causa el mal en estado de necesidad y el que lo soporta se hallan en la misma posición frente al Derecho. En la legítima defensa, es justa toda acción necesaria para repeler la agresión; por el contrario, en el estado de necesidad sólo será apreciado como causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trate de evitar.

Ello se debe a que,

ante el injusto agresor, el defensor, amparado por el Derecho, puede reaccionar en principio con todos los medios que sean necesarios para evitar que el injusto triunfe sobre el Derecho. En cambio, el conflicto entre dos personas que se encuentran en la misma situación ante el Derecho, que es lo que se produce en el estado de necesidad, sólo puede solucionarse a favor de una de ellas, si no causa en el otro un mal mayor que el que le amenaza: a igualdad de legitimidad en las situaciones de los sujetos, lo que decide el conflicto es la importancia de los intereses en juego.²⁰

Para que pueda hablarse de un estado de necesidad, “es preciso que el mal que se causa no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial”.²¹

La opinión dominante en la doctrina actual²² fundamenta esta eximente en la teoría de la diferenciación. Consideran que la circunstancia 5ª del artículo 20 del Código Penal regula conjuntamente dos grupos de casos de estado de necesidad: como causa de justificación y como causa de exculpación. El primer caso se da cuando el estado de necesidad surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, y el segundo caso cuando los bienes jurídicos en colisión son de igual valor. Cuando el mal causado sea menor del que se trataba de evitar es una causa de justificación, basada en el interés preponderante. Por el contrario, el estado de necesidad, en caso de conflicto entre intereses iguales, sería una simple causa de inculpatibilidad que tendría su fundamento

en la no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma.²³

De la opinión dominante, respecto de la concepción dualista de la eximente, discrepa Gimbernat Ordeig,²⁴ entre otros. Para este autor, el estado de necesidad, tanto en los supuestos de conflictos de bienes iguales como de conflictos entre bienes desiguales, se trata de una causa de exclusión de la antijuridicidad.

La razón por la cual el legislador renuncia a castigar, frente a todos y de manera general, la lesión de un bien jurídico (por ejemplo, integridad física, o libertad) para salvar otro de igual entidad reside —prescindiendo de casos extremos, como el de la tabla de Carneades, en que están en conflicto dos vidas— en que, a pesar de que sería posible, ese comportamiento no se quiere combatir con la pena, al contrario de lo que sucede en la exclusión de responsabilidad por ininputabilidad o por error invencible de prohibición, donde —por razones de inmotivabilidad del agente— la pena es ineficaz para luchar contra conductas cuya comisión se quería evitar.

Asimismo, añade que, con la antijuridicidad, el Derecho decide qué quiere prohibir frente a todos de forma general, mientras que en la culpabilidad renuncia a la pena en un caso concreto por su falta de eficacia intimidante frente a ciertos grupos de personas. En el estado de necesidad, estamos ante acciones que el Derecho no quiere prohibir con carácter general, pero que podía hacerlo porque los sujetos a los que se dirige la prohibición o el mandato sí serían motivables por la eficacia inhibitoria de la pena. No es éste el caso de los inimputables, en los que la pena no despliega una eficacia intimidante. Con esos grupos de personas, el derecho no castiga porque no quiere, sino porque no puede.

Para Gimbernat Ordeig²⁵ las restantes causas de justificación, legítima defensa, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, implican una valoración positiva

²⁰ *Ibidem*, p. 453.

²¹ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1998, p. 14; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 466; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, *op. cit.*, p. 102.

²² Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 394; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, vol. III, *op. cit.*, p. 26; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, *op. cit.*, p. 100, entre otros.

²³ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, vol. III, *op. cit.*, p. 26; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 394; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, *op. cit.*, p. 100.

²⁴ Gimbernat Ordeig, E., *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, UCM, Madrid, 1979, p. 62; y prólogo a Cuerda Riezu, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 13 y ss.

²⁵ Gimbernat Ordeig, E., *Prólogo a Cuerda Riezu, A., op. cit.*, pp. 21 y ss.

de las conductas amparadas en ellas, mientras que en el caso del estado de necesidad entre bienes iguales no se lleva a cabo una valoración positiva de las conductas. Éstas son lícitas, conforme a Derecho, pero no están valoradas positivamente por el ordenamiento jurídico. En el estado de necesidad de bienes desiguales se da la valoración positiva cuando el mal causado es menor que el que se trataba de evitar.

En el estado de necesidad, cuando los bienes en conflicto son iguales, la impunidad se refiere a acciones realizadas por cualquier persona que si es motivable por la pena, por lo que a Gimbernat Ordeig le parece obvio “que no puede fundamentarse su impunidad en la ausencia de culpabilidad —tanto si ésta se entiende como motivabilidad o como reprochabilidad— sino que habrá que desplazar el problema... a la antijuridicidad, donde de lo que se trata es precisamente de la exención de responsabilidad de personas motivables”.²⁶

Mir Puig²⁷ difiere también de la opinión dominante, aunque admite un estado de necesidad justificante y un estado de necesidad exculpante. Afirma que hay que “desistir del empeño de cobijar en el artículo 2º.5º tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante, y a continuación limitar el alcance de aquel precepto al estado de necesidad justificante, entendido en un sentido más restringido que el usual en nuestro país. El estado de necesidad exculpante debe entenderse comprendido por la eximente de miedo insuperable (artículo 20.6º del Código Penal) y, en lo que resultara insuficiente, por una eximente analógica”.²⁸

Para la apreciación de la eximente será necesario, en primer lugar, que exista un estado de necesidad en el que actúe el sujeto, pero la ley no define dicho estado de necesidad. En principio, para apreciar dicho estado, “es necesario que exista un conflicto entre bienes e intereses y que la salvación de unos dependa del sacrificio de los otros”.²⁹ Los autores coinciden en que para que pueda hablarse de un estado de necesidad,

es preciso que la producción del mal sea inminente,³⁰ requisito que también exige la jurisprudencia.³¹ No es precisa la inminencia del mal cuando con el transcurso del tiempo no se pueda aportar solución alguna al conflicto, como ocurre por ejemplo en el caso del aborto terapéutico, en el que la continuación del embarazo ponga en grave peligro la vida de la madre.

El peligro debe ser real y objetivo, y además es necesario que el mal sea grave; su comprobación estará a cargo del juez *ex ante*, quien debe enjuiciar la situación de acuerdo con comportamiento del hombre medio. El error puede fundamentar un estado de necesidad putativo, que dará lugar a una causa de exculpación en caso de ser invencible.

El mal que amenaza puede ser propio o ajeno, apareciendo en el segundo de los casos el llamado auxilio necesario, en el que se lesiona un bien jurídico ajeno, para solucionar el estado de necesidad en que se encuentra otra persona.

Es preciso, además, que no haya un modo menos lesivo de evitar el mal que amenaza. El Tribunal Supremo designa con la expresión “carácter absoluto” la exigencia de que la lesión o infracción realizadas sean la vía menos lesiva para evitar el mal.³²

En el estado de necesidad, puede exigirse mayor frialdad al sujeto que en la legítima defensa, porque en ocasiones el peligro se prolonga en el tiempo, sin que se produzca una necesidad evidente de respuesta inmediata, como sucede en caso de agresión, donde por el efecto sorpresa cabe la legítima defensa.

El segundo requisito es “que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”. El mal causado tiene, por tanto, que ser inferior al que se trata de evitar. Es una expresión del principio de proporcionalidad, como límite del estado de necesidad. Se trata de realizar una ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto, y que no resulte lesionado el más importante. Ahora bien, la ley no se refiere a “bienes”, sino a “males” a la hora de realizar la comparación, por lo que habrá que tener en cuenta no sólo el valor del bien

²⁶ *Idem*. De la misma opinión de mantener la naturaleza unitaria de esta causa de justificación, Cuerda Riezu, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 288 y ss.; Luzón Peña, D., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 243 y ss.; Silva Sánchez, J.Mª, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, p. 664.

²⁷ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 459.

²⁸ *Ibidem*, pp. 459 y ss.

²⁹ Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 395.

³⁰ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 13; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 461.

³¹ Sentencia Tribunal Supremo (en adelante, STS) del 22 de abril de 1983 (RJ 1983, 2300), y STS del 28 de marzo de 1996 (1996, 2195).

³² STS del 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5472), STS del 25 de abril de 1994 (RJ 1985, 3431), STS del 16 de junio de 1995 (RJ 1995, 4576), STS del 28 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2195), STS del 14 de octubre de 1996 (1996, 7574), entre otras.

Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

lesionado, sino también la forma en que se lesiona y la intensidad de la protección otorgada a cada uno de los bienes, porque la ponderación no será fácil de realizar si los bienes son heterogéneos. “De todos modos, en ningún caso la ponderación puede consistir en una operación matemática”.³³

La justificación quedará excluida si la utilización de un bien jurídico para salvar otro se vincula al valor constitucional de la dignidad de la persona, según el cual no se puede instrumentalizar al individuo por otra persona, sacrificando derechos fundamentales. No se puede justificar un ataque grave a bienes personalísimos, como la libertad ni siquiera para evitar la comisión de un delito que sea más grave.³⁴ No puede justificarse la violación de la libertad de una persona inocente cuando es amenazada de muerte si no realiza lo que se le exige. Si una persona está amenazada de muerte por no violar un bien jurídico, y lleva a cabo la violación, su conducta no estará amparada por el estado de necesidad, aunque sea el único medio de evitar la amenaza.

No pueden considerarse lícitas conductas que suponen un grave atentado a la dignidad de la persona. No se puede usar la dignidad del hombre ni siquiera para evitar un mal, por lo que el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trata de evitar, siempre que la conducta no implique una grave infracción al respeto y dignidad de la persona, que no debe considerarse como un simple interés más en juego, y que hará ilícita la conducta.

El tercer requisito que exige la causa de justificación es “que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto”. Por lo tanto, la apreciación de la eximente quedará excluida cuando el sujeto crea la situación de conflicto entre dos bienes, de forma que la salvación de uno exige el sacrificio del otro. Se refiere a la provocación intencionada del estado de necesidad, por lo que no es suficiente con que a propósito se haya cometido un hecho que origina posteriormente el estado de necesidad. La intención se refiere al propio estado de necesidad

que se ha creado de manera directa u ocasional, pero quedan excluidos de este supuesto los casos en que la situación de necesidad ha sido creada por una imprudencia anterior del sujeto que crea con posterioridad esta situación, y que en este caso sí estaría amparado por la eximente.

No es necesario que el sujeto actúe con dolo directo al crear la situación de necesidad, pues basta con que considerara que era una consecuencia que iría necesariamente unida a la consecución del fin, o que fuera previsible la posibilidad de la provocación de la situación y contara con ella. La apreciación de la eximente es compatible con la provocación, por imprudencia, de la situación de necesidad.

Ahora bien, la opinión de la doctrina³⁵ es que aunque el estado de necesidad esté justificado, porque la situación de necesidad en sentido estricto no ha sido provocada con intención, con ello no desaparece la imprudencia anterior, quedando subsistentes las posibles responsabilidades a título de culpa. Por ejemplo, si un marido, conociendo el desequilibrio mental de su esposa que está en tratamiento psiquiátrico ambulatorio, actúa de forma imprudente desoyendo los consejos del médico que la trata, y provoca un agravamiento en su estado mental que hace necesario su internamiento en un hospital contra su voluntad, la privación de libertad estará justificada por el estado de necesidad, pero no las lesiones psíquicas que se han agravado, de las que responderá a título de imprudencia.

Si la situación se hubiera producido por una actuación dolosa del marido que, por ejemplo, no le proporciona las medicinas necesarias, buscando a propósito que la salud mental de su esposa se agrave, para poder ingresarla, no estaría amparado por el estado de necesidad y sería responsable de un delito de lesiones en concurso con una detención ilegal, porque la situación de necesidad ha sido provocada de manera dolosa.

Por último, el necesitado no debe tener por su oficio o cargo necesidad de sacrificarse. Se refiere este requisito a que determinadas profesiones conllevan un

³³ Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal...*, op. cit., p. 59; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 464; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 396.

³⁴ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 35; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 396; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 471; Rodríguez Devesa, J.M^a, y Serrano Gómez, A., *Derecho penal español*, op. cit., p. 579.

³⁵ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 79; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 397; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, op. cit., p. 103.



deber especial de soportar ciertos riesgos. Tiene que tratarse de un deber jurídico.³⁶ El deber jurídico de sacrificio tendrá sus límites en el alcance que le confieren las normas jurídicas que lo establecen. En estos supuestos de personas que por su oficio o cargo tienen la obligación de sacrificarse, existe un interés social preponderante, que es lo que obliga al sacrificio.³⁷

3. Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho: el ejercicio de la patria potestad y el derecho de corrección

En el número 7 del artículo 20 del Código Penal se exime de responsabilidad criminal al que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo.

Para una opinión doctrinal, es la causa de justificación más clara, y hasta cierto punto es una declaración superflua, que tendría valor justificante aunque no se mencionara de forma expresa en la relación de eximentes, porque no cabe mayor justificación que la de cumplir un deber o ejercer legítimamente un derecho oficio o cargo.³⁸

Para Cobo del Rosal y Vives Antón el número 7 del artículo 20 expresa

un principio tan evidente que parece obvio declararlo, quien obra conforme a derecho, no se comporta antijurídicamente. Su generalidad es notoria: hace referencia a todo Derecho público y privado y manifiesta la unidad del ordena jurídico, entre cuyas diversas partes no puede haber contradicción. Se trata de una cláusula general de justificación, en virtud de la cual, las causas de justificación no forman en nuestro ordenamiento jurídico un sistema cerrado sino abierto.³⁹

La función del Derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico sería una contradicción si el cumplimiento de un deber impuesto por una determinada rama del ordenamiento jurídico se considerase prohibido por el Derecho penal. A través de esta eximente se pone de relieve la unidad del ordenamiento jurídico, entre cuyas diversas ramas no puede haber contradicción. El fundamento es, pues, la unidad del ordenamiento.⁴⁰

Mir Puig sostiene que la sola idea de la unidad del ordenamiento jurídico no puede imponer que lo lícito en un sector del Derecho lo sea también en todo el resto del ordenamiento, como se demuestra que no todo lo lícito para el Derecho penal lo debe ser para las demás ramas del Derecho. “Si lo lícito de un sector no penal del derecho no puede al mismo tiempo castigarse por el Derecho penal es por algo más que la unidad del ordenamiento jurídico: es por la función de *ultima ratio* del derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico”.⁴¹

Para que un deber o un Derecho no penales puedan justificar un hecho castigado con carácter general por la ley penal debe existir con previamente el derecho o la exigencia del deber en otra rama del ordenamiento. La expresión *legítimo* a que se refiere el precepto no significa que éste sea legal, sino jurídico, porque pueden crear derechos o regular profesiones u oficios con eficacia justificante fuentes distintas a la ley, aunque siempre estarán subordinadas y sometidas a ellas.⁴² Ahora bien, debe tratarse de un deber jurídico, no siendo suficiente un deber moral.⁴³ Quien obra en cumplimiento de un deber jurídico lleva a cabo una conducta lícita, condición necesaria para, por un lado, preservar la unidad del ordenamiento como fuente de las causas de justificación y, por otro, dotar al ciuda-

³⁶ Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 52; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 398; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, op. cit., p. 104, no exige un deber jurídico, siendo para este autor suficiente con un deber social. “Los límites de la exigencia de sacrificio deben coincidir con los límites legales o sociales del ejercicio de su profesión.”

³⁷ Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 398.

³⁸ *Ibidem*, p. 363; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, op. cit., p. 109.

³⁹ Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 363. De la misma opinión, Carbonell Mateu, J.C., “La justificación penal...”, op. cit., p. 111; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 56.

⁴⁰ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, op. cit., p. 56; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 363; Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal*, op. cit., p. 111; Landecho Velasco, C., y Molina Blázquez, C., *Derecho penal español*, op. cit., p. 296.

⁴¹ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 481.

⁴² Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 363.

⁴³ Esta opinión es unánime en la doctrina y la jurisprudencia: Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal*, op. cit., p. 111; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, op. cit., p. 55; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 363; Landecho Velasco, C., y Molina Blázquez, C., *Derecho penal español*, op. cit., p. 296, y, por todas, STS del 13 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2669).

Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

dano de seguridad jurídica. El que ejerce un derecho reconocido por otra rama del ordenamiento no puede realizar una conducta antijurídica penalmente.

El fundamento de esta causa de justificación se encuentra, como en todas las eximentes, en el interés preponderante, aunque de entrar en colisión dos deberes del mismo rango la conducta será jurídica si se cumple con cualquiera de ellos. La ponderación de los deberes jurídicos se llevará a cabo mediante una ponderación de los intereses en conflicto, y se deberá cumplir con el deber o ejercer el derecho que resulte más importante en la comparación.

El cumplimiento del deber o el ejercicio del derecho deben realizarse dentro de los límites legales, y con la finalidad que prevé la norma de que se trate, porque de lo contrario la conducta no será abarcada por la eximente, pues se trataría de casos de “exceso” y el ejercicio de esta forma sería ilegítimo.⁴⁴ Cualquier tipo de realización del propio derecho, ejercitado fuera de los cauces legales, es antijurídico y no puede dar lugar a ningún tipo de causa de justificación, salvo que se den los presupuestos de la legítima defensa o del estado de necesidad.

Para saber si una persona actúa dentro de sus competencias es necesario tener presente el contenido de la regulación jurídica que rige dicha actuación. La cuestión es trascendente, porque no siempre la regulación jurídica extrapenal que sirve de base a la eximente es suficientemente clara, como ocurre en el derecho-deber de educar a los hijos y pupilos de padres y tutores, dejando amplio espacio a la discrecionalidad, teniendo que valorar el juez en cada caso los presupuestos objetivos, o los límites jurídicos de la actuación. El interés del menor, y la moderación

de la medida correccional al educar serán los criterios de ponderación para ver si la conducta del padre o tutor está o no justificada. Siempre estarán presentes los principios generales de las causas de justificación, de ponderación de los intereses en conflicto y de proporcionalidad de los medios empleados, y como ya hemos puesto de manifiesto, el exceso en el ejercicio del derecho o en el cumplimiento del deber dará lugar a que no pueda apreciarse la eximente.

Los supuestos comprendidos en esta causa de justificación son numerosos, porque el cumplimiento de cualquier deber jurídico o el ejercicio legítimo de cualquier derecho, recogidos en cualquier sector del ordenamiento, pueden dar lugar a su aplicación.

Quien realiza una acción típica en cumplimiento de un deber que viene impuesto por otra norma, o ejerce legítimamente un derecho, actúa en principio jurídicamente. Ahora bien, en ciertos supuestos, aunque el interés salvado sea preponderante, la conducta será delito si se atenta gravemente contra la dignidad humana: el médico que alimenta por la fuerza a un recluso en huelga de hambre puede cometer un delito de coacciones, si el interno ha manifestado su negativa clara y acepta ser alimentado, aunque el profesional alegue que obró en cumplimiento de un deber.⁴⁵ La misma polémica suscita el hecho de administrar transfusiones de sangre de forma coactiva a personas que se niegan a ello por sus convicciones religiosas.

Muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar la vida es un menor, y son sus padres quienes niegan el consentimiento debido a sus convicciones religiosas. Respecto de este problema, es muy importante la Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de junio de 1997 (RJ

⁴⁴ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, op. cit., p. 55; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 363; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, op. cit., p. 109; Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho penal español*, op. cit., p. 438.

⁴⁵ La intervención médica en el ámbito penitenciario se plantea de forma crítica, al declararse en huelga de hambre reclusos pertenecientes al GRAPO, que protestaban por su dispersión en diversas cárceles españolas. Las situaciones de los reclusos en huelga de hambre pueden ser de carácter muy diverso, y no se puede dar una solución con carácter general, pero el caso concreto de los GRAPO despertó una viva polémica en la doctrina. Parte de ella opina que alimentar forzosamente a una persona en huelga de hambre constituye un delito de coacciones, y puede existir un concurso de delitos contra la integridad moral. De esta opinión, Bueno Arús, F., “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 220-223, p. 12; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, op. cit., p. 61; Gómez Pavón, P., *Tratamientos médicos. Su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 150 y ss.; Díez Ripollés, J.L., “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, p. 603. De opinión contraria, Luzón Peña, que admite en todos los casos en que la huelga de hambre ponga en peligro la vida, la aplicación de la eximente de estado de necesidad tiene para este autor la naturaleza de causa de justificación. Luzón Peña, D., “Estado de necesidad e intervención médica en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesión: algunas tesis”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 238, 1987, pp. 55 y 56. En el mismo sentido, Gimbernat Ordeig, E., *Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (Legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)*, op. cit., pp. 69 y ss. Asimismo, García Valdés, C., *Régimen penitenciario de España*, Instituto de Criminología/Universidad de Madrid, 1975, p. 197, admite la aplicación de la eximente, siempre que exista un grave peligro para la vida, o un grave riesgo para la salud.

1997, 4987), porque se manifiesta respecto de este problema, tanto cuando el enfermo es un menor de edad como cuando es mayor, y si debe o no tener relevancia la negativa a otorgar el consentimiento. En esta sentencia el tribunal deja claro que, en la ponderación entre los derechos en conflicto entre la vida y la libertad religiosa, si la vida que corre peligro es la de un menor, no debe tenerse en cuenta la falta de consentimiento de los padres, porque pone en peligro intereses ajenos (en este caso la vida del menor, interés que exige una protección especial).⁴⁶ La sentencia condenó a los padres por un homicidio doloso por omisión, ya que el menor falleció por no administrarle la necesaria transfusión, con la atenuante de arrebato u obcecación muy cualificada.

La existencia de un deber jurídico, la necesidad y la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, junto con el consentimiento del paciente, serán los requisitos para apreciar la eximente de cumplimiento de un deber en este terreno, teniendo siempre presente que, en ningún caso, el cumplimiento del deber puede lesionar la dignidad de la persona.

El Código Civil, en el último inciso del artículo 154, y en el 268, otorga a padres y tutores la obligación de educar a los hijos y pupilos, por lo cual nos encontramos con un precepto que puede fundamentar una causa de justificación en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber.⁴⁷

Este derecho o deber de los padres de educar a los hijos en el ejercicio de la patria potestad plantea un debate en la doctrina, respecto de cuál sea su funda-

mento y cuáles los límites de su ejercicio. Gran parte de las opiniones se refieren al problema que plantea el uso de la violencia en el ejercicio de este derecho, pero también se plantea el mismo problema al analizar si los padres pueden o no privar de libertad a su hijo menor o coaccionarlo o amenazarlo, hechos en los que no concurre la violencia pero sí la intimidación y en qué casos los hechos estarán justificados, o, por el contrario, comete un delito de detención ilegal, amenazas o de coacciones.

El Código Civil atribuye a los padres con carácter indisponible la patria potestad sobre los hijos menores, teniendo la obligación legal de alimentarlos, protegerlos y educarlos. Para el cumplimiento de estos deberes, es necesario, en ocasiones, la adopción de ciertas medidas que lesionan bienes jurídicos del menor y que estarán justificadas siempre que se lleven a cabo de forma razonable, moderada y en su beneficio. Lejos quedan los tiempos históricos en que los hijos estaban sujetos al padre de familia, que ejercía su poder absoluto sobre ellos, teniendo un verdadero poder de disposición sobre el casamiento, educación y vida de los mismos, a los que podía vender como esclavos, e incluso acabar con su vida. En tiempos de los visigodos, la patria potestad aparecía configurada como un *officium* en beneficio del hijo, pero se reconocía de forma expresa el derecho de castigarlos, derecho que permanece en Las Partidas⁴⁸ y en el Código Civil hasta la importante reforma, llevada a cabo por Ley 11/1981, del 11 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio,

⁴⁶ STS del 27 de junio de 1997 (RJ 1997, 4987). En ella se condena a los padres de un menor que no otorgaron su consentimiento para que se le transfundiera sangre, necesaria para salvar su vida. Según esta sentencia: “La ponderación (entre los intereses en conflicto) varía sustancialmente si la vida que corre peligro por la negativa u oposición a la necesaria transfusión sanguínea es la de un menor. El adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección. Muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar la vida o evitar un daño irreparable es un menor”. En esta sentencia se condena a los padres del menor por un homicidio doloso por omisión, con la atenuante de arrebato u obcecación, como muy cualificada.

⁴⁷ Art. 154 del Código Civil: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad.”

Artículo 268 del Código Civil: “Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica. Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela, podrán recabar el auxilio de la autoridad”.

Artículo 269 del Código Civil: “El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: 1º a procurarles alimentos. 2º a educar al menor y procurarle una formación integral...”

⁴⁸ Las Partidas dedican una ley a explicar el significado de la potestad del padre. Partidas 4, 17, 3. No es como el poder que tiene el señor sobre el esclavo, ni como la jurisdicción del rey o de los jueces, ni como la autoridad del obispo sobre sus clérigos o del abad sobre sus monjes..., es “ligamiento de reverencia, e de castigamiento que debe aver el padre sobre su fijo”. Lacruz Berdejo, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, vol. IV: *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 217.

Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

que sustituyó a la institución anterior de corte autoritario, por una patria potestad compartida por los padres y centrada en el respeto a la personalidad del menor, acorde con las exigencias constitucionales desde el punto de vista del principio de igualdad.⁴⁹

Tras esta reforma, Código Civil no hace ya mención a la facultad de “corregir y castigar moderadamente” que se incorporaba en el artículo 154.2, antes de la reforma de 1981, sino que se refería solamente a “corregir”, siempre que se haga razonable y moderadamente, cometándose, en caso de abuso, un delito contra el menor.

Con la reforma de 1981, el legislador se propuso tres objetivos: estructurar la patria potestad como función dual del padre y de la madre; erigir en principio básico el respeto a la personalidad del hijo; y acentuar la intervención y vigilancia del juez en consideración del interés del hijo. Esto conduce a dar preponderancia a la personalidad del menor sobre la autoridad paterna, y a poner límites al sistema correctivo.⁵⁰ Sólo en beneficio del menor y de forma moderada serán lícitas las medidas que lesionen determinados bienes protegidos penalmente, teniendo presentes las exigencias constitucionales respecto del conjunto de derechos y libertades que la misma proclama.

Los artículos 154 y 268 del Código Civil fueron modificados nuevamente por Ley 54/2007, del 28 de diciembre, y como consecuencia de esta modificación desaparece expresamente de su redacción el derecho de corrección de padres y tutores, justificando la supresión en los requerimientos realizados por el Comité de los Derechos del Niño, ya que podía no estar de acuerdo con el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. El Código Civil ya no recoge de forma expresa el de-

recho de corrección de los padres y tutores, pero sí el deber de educarlos, y corregirlos, el cual se encuentra incluido en el ejercicio de la patria potestad.

El derecho de corrección es un deber que compete a los padres, por lo que puede ser incluido en el cumplimiento del deber. Sólo viendo en la corrección el cumplimiento de un deber en beneficio del corregido, se comprende claramente la naturaleza y límites de este derecho.⁵¹

Para Polaino Navarrete se trata de un derecho-deber, ya que implica unas exigencias al titular del mismo porque “tales atribuciones jurídicas se ofrecen como supuestos de derechos cualificados por la exigencia de la correlativa observancia de una obligatoriedad legal”,⁵² y la mayoría de la doctrina trata la corrección de los hijos dentro de la eximente del ejercicio de un derecho que se establece en beneficio del corrigiendo, para el cumplimiento de las finalidades educativas.⁵³

Por su parte, la jurisprudencia ha insistido en el carácter de *oficium* que tiene la patria potestad en beneficio del hijo, afirmando que “En el régimen de la patria potestad la titularidad del padre, más que como verdadero derecho, debe configurarse como función, o si se quiere como deber”.⁵⁴

No creemos que tras la reforma del Código Civil el derecho de corrección haya desaparecido, sino que permanece vigente dentro del ejercicio de la patria potestad y no tiene carácter de derecho subjetivo, sino más bien es una potestad que el Derecho atribuye a los padres con carácter indisponible como medio para el desempeño de unos fines legalmente determinados: alimentar proteger y educar a los hijos.⁵⁵ El Derecho subjetivo, aunque existen diversas definiciones sobre el concepto, consiste en la “prerrogativa concedida

⁴⁹ Prats Canut, J.M., “Comentario al artículo 163 del Código Penal”, en Quintero Olivares, G., y Morales Prats, F. (dirs.), *Comentarios a la Parte Especial de Derecho penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 183.

⁵⁰ Lacruz Berdejo, J.L., et al., *Elementos de Derecho civil*, vol. IV: *Derecho de familia*, op. cit., p. 222.

⁵¹ Antón Oneca, J., *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986, p. 284.

⁵² Polaino Navarrete, M., *El delito de detención ilegal*, Aranzadi, Pamplona, 1982. p. 162. En el mismo sentido, Landecho Velasco, C., y Molina Blázquez, C., *Derecho penal español*, op. cit., p. 299: “En el caso presente se da una mezcla de las dos partes de la eximente del artículo 20.7º, ya que los padres tienen el deber de educar a sus hijos no emancipados, pero el modo de ejercitar dicho deber queda en su potestad y por ello constituye un derecho”.

⁵³ Rodríguez Devesa, J.Mª., *Derecho penal español*, op. cit., p. 440. En el mismo sentido, Bustos Ramírez, J., *Derecho penal. Parte General*, actualizada por Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1994, p. 348; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 74; Mir Puig, S., *Derecho penal*, op. cit., p. 491; Octavio de Toledo y Ubieto, E., y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 252.

⁵⁴ Sentencia Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Córdoba, 9 de marzo de 2004 (ARP 2004, 126721); SAP de Madrid, 29 de marzo de 2007 (ARP 2007, 272045); SAP de Madrid, 26 de septiembre de 2007 (ARP 2007, 353748).

⁵⁵ Lacruz Berdejo, J.L., et al., *Elementos de Derecho civil*, vol. IV: *Derecho de familia*, op. cit., p. 215; Prats Canut, J.M., “Comentario del artículo 163 del Código penal”, op. cit., pp. 183 y 184.

a una persona, por el derecho objetivo, de disponer como dueño de un bien, que se reconoce que le pertenece, bien como suyo, bien como debido”, y “todo Derecho subjetivo supone un bien o un valor ligado al sujeto persona por un lazo de pertenencia, consagrado por otra parte por el Derecho objetivo, de suerte que esa persona puede decir que ese bien o valor es suyo”.⁵⁶

A la vista de esta definición, entendemos que la obligación de educar a los hijos, comprendida en el ejercicio de la patria potestad, no puede entenderse como un Derecho subjetivo, porque el titular de este tipo de derechos los ejerce en su provecho y su ejercicio es libre, mientras que el ejercicio de la patria potestad se otorga a los padres para que cumplan con unos deberes que les impone la ley —cuidar, alimentar y educar a sus hijos—. Cuando concurre un deber es obligatorio cumplirlo, y no hacerlo puede llegar a ser delictivo, mientras que los derechos pueden ejercerse o no, y por lo tanto son una facultad.⁵⁷

El problema se plantea al intentar delimitar este derecho y decidir qué conductas van a estar justificadas y cuáles, por el contrario, serán constitutivas de delito. La doctrina civilista critica la redacción del Código Civil porque suele emplear términos valorativos, creando así gran inseguridad jurídica, tanto en los deberes que conlleva el ejercicio de la patria potestad como en el deber de educar a los hijos. Términos como “en beneficio de los hijos”, “de acuerdo con su personalidad”, “corregir razonable y moderadamente” son constantes en esta institución, que hacen que sean de “difícil apreciación y reducción a medidas jurídicas concretas y objetivas”.⁵⁸

El empleo de estos términos valorativos en el Código Civil es precisamente lo que origina el pro-

blema de delimitar qué es razonable y moderado, y qué sobrepasa estos límites, constituyendo, por tanto, un abuso en el ejercicio del derecho de corrección. El empleo de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas que dejan amplio espacio a la discrecionalidad concede al arbitrio judicial la decisión de valorar los límites jurídicos de la actuación en cada caso. “Los factores culturales”,⁵⁹ “el medio social”⁶⁰ o “las concepciones ético sociales vigentes en la sociedad”,⁶¹ o valorar si se ha creado o no un riesgo jurídicamente desaprobado son los criterios a los que remite la doctrina penalista, para determinar si el castigo del hijo por sus padres está justificado, o si, por el contrario, es un abuso del derecho y por tanto constituye un delito.

En efecto, el momento histórico y la sociedad concreta serán decisivas para interpretar los límites de la corrección en la educación, porque medidas que hoy son inaceptables en nuestra sociedad se consideran perfectas en otros países o en otros momentos históricos.

La doctrina no mantiene una opinión unánime, por ejemplo, sobre si la privación de libertad de un menor por sus padres, en el ejercicio del derecho de corrección, puede estar o no justificada.⁶² Muñoz Conde⁶³ opina que “la pedagogía moderna considera perjudicial el ejercicio de la violencia como medio de corrección y mucho más si llega hasta el punto de constituir un hecho típico delictivo. Los principios de proporcionalidad y necesidad de la violencia que algunos invocan aquí están de más, porque en ningún caso debe admitirse como corrección la violencia. Tampoco la privación de libertad debe ser usada en la educación...”

⁵⁶ Dabín, J., *El Derecho subjetivo*, trad. J. Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 100 y ss.

⁵⁷ Quintero Olivares, G., *Derecho penal. Parte General*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 1999, p. 489.

⁵⁸ Lacruz Berdejo pone de manifiesto este problema: “acaso el principal defecto de la reforma consista en el peligro —oportunidad, al menos— de inseguridad jurídica a que puede dar lugar su afán de flexibilidad y de respeto a la personalidad del hijo: expresiones y conceptos como ‘de acuerdo con su personalidad’, ‘procurarles una formación integral’, ‘si los hijos tuvieren suficiente juicio’ (artículos 154 y 156 del Código Civil), validez de los actos realizados ‘conforme al uso social y a las circunstancias’, ‘en interés del hijo’ (artículo 156), ‘apartar al menor de un peligro’ (artículo 158)”. *Elementos de Derecho civil*. vol. IV: *Derecho de familia*, op. cit., p. 222. Creemos que este autor tiene razón al poner de manifiesto la cantidad de términos valorativos que se han empleado al regular la patria potestad en el Código Civil, pero no podemos en estar de acuerdo en la crítica sobre “el afán de flexibilidad y de respeto a la personalidad del hijo” del legislador, que nos parece muy loable.

⁵⁹ Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 366.

⁶⁰ Mir Puig, S., *Derecho penal*, op. cit., p. 491.

⁶¹ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, op. cit., p. 74.

⁶² La mayoría de la doctrina, al hablar de los límites de este derecho, se refiere al uso de la violencia física, y por tanto contempla las lesiones que pueden ser causadas al menor. Admite un resultado lesivo constitutivo de una falta, pero en ningún caso lo admite si los hechos son constitutivos de delito. Octavio de Toledo y Ubieto, E., y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 252.

⁶³ Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, op. cit., p. 111.

Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

Prats Canut⁶⁴ sostiene que no puede operarse para evaluar cualquier conducta en el derecho de corrección, con criterios mecanicistas, ya que “el ejercicio de cualquier acto legítimo, fundado en una fuente legal, no opera automáticamente como justificación, y necesariamente debe ponderarse el conflicto con criterios materiales”. En cuanto a la privación de libertad del menor en virtud del derecho de corrección, este autor opina que estamos ante atentados particularmente graves a un derecho fundamental, como la libertad, “que pocas veces se podrá ver cohonestado por el llamado derecho de corrección”.

Para Cobo del Rosal y Vives Antón⁶⁵ los límites de este derecho deben trazarse sobre la base de factores culturales, pero destacando que los límites son cada vez más restringidos y teniendo en cuenta las declaraciones constitucionales, que representan la concreción de un orden objetivo de valores que inciden sobre la corrección, impidiendo tratos inhumanos y degradantes, pero admitiendo la corrección moderada.

La doctrina⁶⁶ es unánime, al opinar que ningún acto del que se deriven para el menor lesiones graves, es decir, la violencia física constitutiva de infracción penal no debe admitirse en la eximente, y en ningún caso la violencia habitual sobre los hijos puede ser aceptada. El artículo 153⁶⁷ del Código Penal castiga como delito el ejercicio habitual de la violencia física sobre los hijos sujetos a la patria potestad, con independencia de los resultados de lesiones. Es más, el parentesco funciona en estos casos como una agravante, puesto que son delitos contra las personas, por lo que las conductas en que se produzcan lesiones a menores se verán agravadas y en ningún caso serán justificadas.

Ahora bien, en nuestra opinión, un castigo de no salir una tarde o una leve bofetada pueden justificarse en virtud del derecho de corrección.⁶⁸ No podemos estar de acuerdo con los autores que consideran que ningún tipo delictivo puede estar justificado, en ningún caso por este derecho.⁶⁹ Bustos Ramírez⁷⁰ no admite que ninguna conducta típica pueda justificarse por el derecho de corrección, porque no hay un derecho sobre los bienes jurídicos de otra persona, sobre todo los personalísimos, por lo que “el ejercicio de este derecho sólo puede implicar, a lo más, determinadas faltas contra la persona, que estén dentro de los riesgos que implica el ejercicio de tal derecho o su efectividad”.

Pues bien, opinamos que aunque ha desaparecido del Código Civil el derecho de corrección de forma expresa, el derecho de corregir a los hijos sigue vigente al amparo del ejercicio de la patria potestad: castigar a un niño a no salir de su habitación durante una tarde es privarlo de la libertad de abandono y, por tanto, constituye una conducta típica de detención ilegal. En este delito no existe la conducta constitutiva de falta, luego debemos reconocer que se ha realizado una detención típica que menoscaba la libertad del menor, que es precisamente lo que protege el tipo del artículo 165, agravando la pena por tratarse de un menor, pero la privación de libertad puede estar justificada en virtud del fin perseguido, que es la educación del menor;⁷¹ por ejemplo, castigar a un niño de 12 años a no salir una tarde porque debe estudiar para un examen que hará al día siguiente, creemos que es una conducta moderada, razonable y en beneficio del menor, y que busca la formación integral del mismo.

⁶⁴ Prats Canut, J.M., “Comentario del artículo 163 del Código penal”, *op. cit.*, p. 184.

⁶⁵ Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 366 y ss.

⁶⁶ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 74; Mir Puig, S., *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 74; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 366 y ss.; Mir Puig, S., *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 490; Octavio de Toledo y Ubieta, E., y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 252; Bustos Ramírez, J., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 348; Rodríguez Devesa, J.M^a., *Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 440.

⁶⁷ Artículo 153 del Código Penal: “El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halla ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”.

⁶⁸ Cerezo Mir, J., *Curso de derecho penal*, *op. cit.*, p. 74; Mir Puig, S., *Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 491 y ss.; Quintero Olivares, G., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 489.

⁶⁹ Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, *op. cit.*, p. 111; Octavio de Toledo y Ubieta, E., y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, *op. cit.*, p. 252. Estos autores realizan esta afirmación, pero se refieren al delito de lesiones, sin hacer en ningún caso referencia a otras conductas típicas. Bustos Ramírez, J., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 348.

⁷⁰ Bustos Ramírez, J., *idem*.

⁷¹ Otros autores excluyen la tipicidad de la conducta fundamentando su postura en la tolerancia social y en la insignificancia de la lesión al bien jurídico. En este sentido, Díaz y García Conlledo, M., “La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico penales de la reforma del art. 154 del Código Civil”, *Revista Penal*, julio de 2010.

Estamos totalmente de acuerdo con Roxin en que sería pedagógicamente deseable poder renunciar a todo tipo de castigos, “pero sería desconocer la realidad de la vida suponer que en las condiciones sociales y psicológicas actualmente existentes”⁷² todos los padres iban a poder arreglárselas prescindiendo completamente de este tipo de castigos.

Es cierto que la voluntad del legislador en la reforma del Código Civil de 1981, y en la de 2007, fue excluir del ejercicio legítimo de la patria potestad los malos tratos; pero, desde nuestro punto de vista, no admitir en ningún caso la realización de una conducta típica como medio de educar al hijo nos conduciría a resultados inadmisibles: una leve bofetada a un hijo menor, aun siendo necesaria, sería una acción anti-jurídica, al igual que si el menor es castigado a no abandonar su habitación una tarde, acciones frente a las que cabría legítima defensa propia o de terceros. El límite del derecho de corrección “no ha de buscarse tanto en la gravedad material del resultado lesivo, que puede ser aleatorio, sino en la moderación de la conducta correctiva”.⁷³

Valga como ejemplo el caso de la madre que da una bofetada a su hijo en el cuarto de baño, con la mala suerte de que el niño se pega en el labio con el lavabo, comenzando a sangrar; son hechos probados en la Sentencia del Juzgado de lo Penal, núm. 3, de Jaén 506/2008, del 26 de noviembre (JP 2009, 34972).⁷⁴ En este caso, se impuso a la madre una pena de prisión de 45 días y una pena de alejamiento del menor de un año y 45 días, al aplicársele el artículo 153 del Código Penal, pena de imposición obligatoria y de la que se le eximió el cumplimiento por la vía del indulto. Resulta paradójico que, por un lado, el legislador obligue a la imposición de una pena de prisión y, por otro, aleje a la madre del menor y luego la exima de pena por medio del indulto para evitar las evidentes consecuencias negativas que se habrían derivado del cumplimiento de la pena, pues la acusada tenía otro hijo menor, además de la víctima, y la única solución habría sido alejar al sujeto pasivo del hogar familiar, lo cual, en consideración de la Sala, no sería proporcionado ni necesaria la pena para la educación

ni para la protección del menor.⁷⁵ La conducta descrita en los hechos probados, a nuestro juicio, debería haberse considerado como una imprudencia impune, o un hecho justificado en virtud de la finalidad correctiva de la medida.

Los padres que impiden abandonar la habitación una tarde a un menor bajo su tutela o patria potestad realizan una detención típica porque encierran a un menor privándolo de libertad; pero siempre que la medida sea proporcional, moderada y en beneficio del menor, es adecuada al fin de la educación y, por lo tanto, estará justificada. No creemos que la voluntad del legislador sea imponer una pena de ocho años y medio a nueve años de prisión al padre que por educar a su hijo, y en su beneficio, lo castigue una tarde. Sería en este caso de aplicación el tipo agravado de detención ilegal del artículo 165, por ser la víctima un menor, con la agravante de parentesco. La conducta, como no puede ser de otra manera, es típica pero está justificada.

Los artículos 154 y 268, en su redacción actual, reconocen el derecho de padres y tutores a educar a sus hijos y pupilos, pero no expresan claramente qué hacer en el supuesto de un hijo que en un momento dado tiene una discusión con sus padres y se niega a hacer lo que es oportuno para su educación. El Código Civil sólo se refiere a que los padres y tutores “podrán recabar el auxilio de la autoridad”, pero sería absurdo y fuera de toda realidad entender que el legislador está pensando en esta medida como única solución y que hay que recabar dicho auxilio cuando el menor, un niño de seis años, por ejemplo, no quiere estudiar, se niega a lavarse los dientes o no quiere irse a la cama.

Dicho esto, es necesario aclarar que no toda conducta que constituya una falta de lesiones o de cualquier otro delito debe estar justificada. Para ello es imprescindible que concurren los elementos objetivos y subjetivos que exige la eximente. Los elementos objetivos se recogen en el artículo 154 del Código Civil respecto de los padres, y en el 268 respecto de los tutores, y están constituidos por la exigencia de que la medida correctiva sea razonable y moderada. Requisitos del ejercicio de este deber de corrección son la necesidad y la proporcionalidad, en busca de la fina-

⁷² Roxin, C., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 752.

⁷³ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 491.

⁷⁴ La acusada riñó a su hijo por no hacer los deberes del colegio y el niño le tiró una zapatilla y se encerró en el servicio. Cuando la madre consiguió abrir la puerta, agarró al niño y le dio un golpe que hizo que se diera con la nariz contra el lavabo y sangrara de forma accidental. Se condenó a la madre a 45 días de prisión y a una pena de alejamiento del menor de un año y 45 días.

⁷⁵ En este sentido, Díaz y García Conlledo, M., “La corrección de los padres a los hijos...”, op. cit., p. 111.

Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

lidad educativa y el bien del menor,⁷⁶ y siempre de acuerdo con su personalidad.

La edad del hijo debe tenerse en cuenta para determinar si la medida educativa es, o no moderada, puesto que no es lo mismo ejercitar este derecho cuando se trate de un menor de, por ejemplo, ocho años, que cuando el hijo tenga 17.

El otro parámetro para determinar la moderación y la proporcionalidad vendrá determinada por las concepciones ético-sociales realmente vigentes, presididas por la interpretación constitucional de los derechos. Una medida correctiva será moderada y razonable cuando sea necesaria y adecuada al fin correccional, conforme al sistema social y cultural, teniendo presentes la edad del menor, su capacidad de discernimiento y su madurez.

Por otra parte, debe concurrir un elemento subjetivo en esta causa de justificación: que la finalidad de la lesión del bien jurídico sea únicamente la educación del menor y se realice en su beneficio. Por lo tanto, las medidas de corrección se usarán siempre en interés del hijo o del sometido a tutela; cualquier acto contra éstos que no se realice con la finalidad educarlos y por su interés no podrá quedar amparado por la eximente. El *animus corrigendi* es un elemento subjetivo necesario de la causa de justificación de obrar en el ejercicio del derecho-deber de corrección.⁷⁷

Para concluir, una leve bofetada, la privación de libertad o una coacción o amenaza leve estarán justificadas si las medidas son objetivamente adecuadas, en cuanto a que sean moderada y razonables y si se realizan con la única finalidad de corregir al menor. Ningún acto contra los hijos que no pueda ser justificado en nombre de esta finalidad resultará válido. Un acto de privación de libertad de larga duración será constitutivo de delito, porque no es moderado ni proporcional ni pedagógicamente adecuado,⁷⁸ así como tampoco uno de corta duración si se realizara de modo denigrante o humillante.

El “derecho de corrección” ha desaparecido como tal de los artículos 154 y 268 del Código civil, pero

creemos que sigue vigente el deber de educar a los hijos, comprendido en la patria potestad, que en muchas ocasiones sin el derecho a corregirlos sería una quimera, como también sería impensable recabar a diario el auxilio de la autoridad. Ahora bien, los malos tratos a un hijo no estaban permitidos antes, cuando el derecho de corrección se recogía de forma expresa como derecho de los padres y tutores, ni están permitidos ahora. Pero esto no quiere decir que cualquier castigo a un menor constituya delito: entre el derecho de corregir a un hijo con la finalidad de educarlo, aunque sea necesario en ciertos momentos acudir a un castigo y el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, lesiones graves o una detención ilegal, coacciones, amenazas etc., hay un término medio.

En todos los casos, las medidas correctivas implícitas en el derecho de corrección estarán justificadas, siempre que sean en beneficio del menor,⁷⁹ y no se apreciará la eximente completa ni incompleta cuando no exista necesidad de corregir. En ningún caso los malos tratos físicos o morales estarán amparados por la eximente, y además el Código Penal agrava las conductas lesivas cuando el sujeto pasivo es un menor. La Constitución reconoce los derechos para todos, y no por ser menor de edad esos derechos son de menor valor, pero criminalizar en exceso las relaciones entre padres e hijos, lejos de favorecer la educación de éstos, desde nuestro punto de vista, las perjudica.

Bibliografía

- Antón Oneca, J., *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986.
- Bacigalupo Zapater, E., *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998.
- Bueno Arús, F., “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 220-223, 1978.
- Bustos Ramírez, J., *Derecho penal. Parte General*, actualizada por Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1994.

⁷⁶ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal, op. cit.*, p. 74; Mir Puig, S., *Derecho penal, op. cit.*, p. 491; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 366; Quintero Olivares, G., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 489.

⁷⁷ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal, op. cit.*, p. 74; Mir Puig, S., *Derecho penal, op. cit.*, p. 490; Quintero Olivares, G., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 489.

⁷⁸ Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal, op. cit.*, p. 75; Quintero Olivares, G., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 489.

⁷⁹ No podemos estar de acuerdo con la STS del 13 de diciembre de 1996, en la que un padre encierra a su mujer y a sus hijos, y el Tribunal le condena por un delito de detención ilegal respecto de la esposa, pero le absuelve respecto de la detención cometida en las personas de los menores porque son sus hijos. Si la medida es totalmente arbitraria y no en beneficio de los menores, la conducta es típica y antijurídica.

- Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982.
- Carbonell Mateu, J.C., y González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. II, Tecnos, Madrid, 1997.
- , *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. III, Tecnos, Madrid, 2005.
- Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cuerda Riezu, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Dabin, J., *El derecho subjetivo*, trad. J. Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- Díaz y García Conlledo, M., “La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico penales de la reforma del art. 154 del Código Civil”, *Revista Penal*, julio de 2010.
- Díez Ripollés, J.L., “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986.
- García Valdés, C., *Régimen penitenciario de España*, Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, 1975.
- Gimbernat Ordeig, E., Prólogo a Cuerda Riezu, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984.
- , “Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, *Justificación y exculpación en derecho penal*, UCM-Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1995.
- , Prólogo al Código Penal, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- Gómez Pavón, P., *Tratamientos médicos. Su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1997.
- Lacruz Berdejo, J.L., et al., *Elementos de Derecho civil*, vol. IV: *Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1989.
- Landecho Velasco, C.Mª, y Molina Blázquez, C., *Derecho penal español. Parte General*, Tecnos, Madrid, 1996.
- , *Derecho penal español. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2000.
- Luzón Peña, D., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978.
- , “Estado de necesidad e intervención médica en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesión: algunas tesis”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 238, 1987.
- Mezger, E., *Tratado de Derecho penal*, trad. J.A. Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.
- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008.
- Mirat Hernández, P., *Detenciones ilegales (Artículo 163 del Código Penal)*, Edersa, Madrid, 2001.
- Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Noll, P., “Tatbestand und Rechtswidrigkeit Dei Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung”, *ZStW*, 1965.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E., y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1986.
- Parra Lucán, Mª. A., “La incapacitación (artículos 199 a 214)”, en Rams Albesa J. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. II, Bosch, Barcelona, 2000.
- Polaino Navarrete, M., *El delito de detención ilegal*, Aranzadi, Pamplona, 1982.
- Prats Canut, J.M., “Comentario al artículo 163 del Código Penal”, en Quintero Olivares, G., y Morales Prats, F. (dirs.), *Comentarios a la Parte Especial de Derecho penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- Quintero Olivares, G., *Curso de Derecho penal. Parte General*, SPQR Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1996.
- , *Derecho penal. Parte General*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- Rodríguez Devesa, J. Mª, *Derecho penal español. Parte General*, 6ª ed., Gráficas Carasa, Madrid, 1977.
- Rodríguez Devesa, J.Mª, y Serrano Gómez, A., *Derecho penal español. Parte General*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- Rosal, J. del, *Tratado de Derecho penal*, t. I, 2ª ed. revisada y actualizada por Cobo del Rosal, M., Madrid, 1972.
- Roxin, C., *Derecho penal. Parte General*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Luzón Peña, D.M., Civitas, Madrid, 1997.
- Serrano Gómez, A. y Serrano Maillo, A., *Derecho penal. Parte Especial*, 15ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- Silva Sánchez, J.M., “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982.

La situación actual de la justicia penal en Italia*

Enzo Musco

Universidad de Roma

RESUMEN: *El proceso penal en Italia se encuentra en una profunda crisis, ya que no existe un proceso en condiciones de igualdad entre las partes, y su duración es irracional. La crisis se extiende a la legislación penal, a su aplicación jurisdiccional y a la ejecución de la pena.*

PALABRAS CLAVE: *Italia, Proceso penal, Ley penal, Ejecución de la pena.*

ABSTRACT: *The criminal process in Italy is in a deep crisis, since there is a process under conditions of equality between the parties, and its duration is irrational. The crisis extends to criminal law, its jurisdictional application and the execution of the penalty.*

KEY WORDS: *Italy, Criminal process, Criminal law, Execution of the penalty.*

1. La situación espiritual de la justicia penal italiana es —en mi opinión— un fiel reflejo de la crisis que sufre el Estado, como es admitido con tranquilidad por las instituciones políticas y culturales más calificadas de nuestro país.

La incapacidad de hacer justicia en Italia se puede constatar fácilmente examinando los ámbitos en los que ésta se lleva a cabo, los cuales son: *a)* el proceso y su funcionamiento; *b)* la legislación penal y su perfil interpretativo de naturaleza judicial, y *c)* la condición en que se encuentra la ejecución penal, es decir, la situación de las prisiones.

Me permito explicar brevemente las respectivas situaciones.

La filosofía de fondo que inspiró el Código Procesal italiano, en vigor desde 1989, es doble: *a)* es

la de un proceso que sigue el modelo acusatorio, como el modelo anglosajón donde la formación de la prueba se lleva a cabo en audiencia pública mediante la controversia de las partes en condiciones de igualdad, *b)* es la de reservar para la audiencia pública (en otras palabras, para el proceso ordinario) solamente algunos procesos, favoreciendo, a través de la provisión de modelos alternativos (como, por ejemplo, el juicio rápido o la llamada conformidad), soluciones diversas y anticipadas, en una lógica de “intercambio” entre el Estado y el imputado, donde, ante evidentes elementos de economía procesal derivada de la adopción de medidas alternativas por parte del imputado, el Estado recompensa al mismo con beneficios (con una reducción de la pena muy relevante o importante).

* Traducción de María Mora y Susana Barón, Universidad de Huelva.

La situación actual de la justicia penal en Italia

2. Hoy en día, la opinión unánime de estos objetivos no se ha alcanzado.

La patología estructural y genética que afecta al proceso se registra desde una fase temprana: la de las investigaciones preliminares, caracterizada por un exagerado poder del fiscal, que es el *dominus* exclusivo de las investigaciones, pues las dirige y las gobierna.

El efecto resultante consiste en poner al defensor, en esa fase, en la condición de quien no puede hacer otra cosa, en muchos casos, que “mendigar” pidiendo noticias al fiscal para obtener algún elemento que le permita defenderse.

La elección legislativa de un secreto absoluto en la investigación ha constituido uno de los rasgos característicos de la nueva filosofía del proceso, diseñada por el legislador de 1989, hasta el punto de conducir al propio legislador a predecir verdaderas y propias normas paradójicas, precisamente en nombre de una investigación secreta que a menudo se configura como mera y estéril opción de principio.

Ni el exagerado poder del Ministerio Público en la fase preliminar de investigación ni el secretismo absoluto de esta fase encuentran remedio en la norma (artículo 358 del CPP) que obliga al fiscal a buscar también elementos a favor del investigado. La norma es ciertamente justa, pero de muy difícil (y rara) aplicación, como la praxis ha demostrado.

En general, la misma no es nada más que la confirmación de una elección fundamental: la que atribuye al fiscal todo el poder en esta fase, incluidas las competencias (típicamente defensivas) de buscar elementos a favor del investigado.

Por otra parte, la elección legislativa de excluir del todo a la defensa en esta fase de diligencia preliminar se justifica hoy incluso menos que cuando no estaba justificada —en el momento de aprobación del vigente Código Procesal—: desde el año 2000, de hecho, ha sido introducida una disciplina articulada en materia de investigación por parte de la defensa que todavía en muchos casos es inútil.

El desarrollo de investigación a cargo de la parte de la defensa presupone en efecto el conocimiento (al menos) de una hipótesis acusatoria concreta, la cual, en lugar de ser como ya se dijo, es conocida por la defensa sólo por una “gentil concesión” del fiscal o después de la adopción por parte del Juez de la investigación preliminar de medidas restrictivas (las medidas cautelares).

No se puede considerar que la propia normativa en materia de diligencia de investigación de la defensa parece negar la filosofía que había inspirado el (nuevo) Código Procesal Penal: aquella de un proceso en condiciones de igualdad entre las partes.

Pero los poderes atribuidos a la defensa, que se propone llevar a cabo investigaciones particulares son totalmente distintos (por defecto) de los reconocidos al Fiscal.

Basta con considerar, a tal efecto, que la defensa no tiene a su disposición la propia Policía Judicial; no puede forzar a los testigos a comparecer en su propio procedimiento para ser oídos; ni para los testigos que comparezcan hay consecuencia prevista si no intentan responder a las preguntas que se les están planteando (más bien, la facultad de no responder está expresamente reconocida en la ley).

Pues bien, esta opción constituye la negociación ontológica de un proceso que ve realmente al fiscal y al defensor del imputado en condiciones de igualdad. Representa, más bien, la elección de un legislador procesal penal sumamente inmaduro que busca pautas de los demás modelos (como del acusatorio), sin que se pueda después señalar una consecuencia congruente.

Precisamente para eliminar estos defectos, en 1999, con el artículo 2 de la Constitución, se reformó el artículo 111 de la misma, introduciendo el principio del llamado *proceso justo*, según el cual: *a)* el proceso y la formación de la prueba se llevan a cabo mediante la contradicción de las partes; *b)* las partes están en condiciones de igualdad entre ellas; *c)* la persona acusada debe ser informada de la naturaleza y los motivos de que se le acusa en el tiempo más breve posible; *d)* la persona acusada tiene derecho a interrogar a personas que hacen declaraciones en su contra y nadie puede ser condenado por hechos que no han sido demostrados por la acusación. Pero, sobre todo, se introdujo otro principio fundamental, el de la *razonable duración del proceso* (artículo 111, párrafo 2º, de la Constitución italiana).

Se trata de principios fundamentales, presentes en la Convención Europea de los Derechos Humanos, que seguramente era justo introducir a nivel constitucional.

La absurda duración del proceso penal constituye, en efecto, el problema más grave. El proceso penal italiano es un camino extremadamente largo, y se puede decir que —en contraste con lo que dicta la

Constitución— la ley procesal hoy, paradójicamente, contribuye a garantizar la irrazonable durabilidad del proceso.

Enumerar las causas de la excesiva duración de la fase de instrucción resulta complicado, pues se requeriría de un profundo análisis no incompatible con la economía de la presente intervención, pero se pueden indicar a continuación algunas de las más importantes: *a)* al término de la fase de instrucción previa el fiscal no tiene plazo para acordar (el ejercicio de la acción penal o la solicitud de sobreseimiento). Esto significa que, a pesar de que con la instrucción se puede llegar a una conclusión, el archivo continúa en las dependencias del Ministerio Público sin que éste pueda adoptar, en un tiempo razonable, una solución: se ha mantenido prácticamente sin aplicación, también porque son las mismas partes quienes dudan en activarlo, por el temor de eventuales repercusiones que podrían minar la defensa de su posición y que la solicitud pudiera ser rechazada; *b)* la disciplina en materia de notificaciones de los actos del proceso penal es ya obsoleta y constituye una de las más frecuentes causas de ralentización de los procesos; *c)* la *udienza preliminare*. Después de las investigaciones, es una fase del proceso que ha demostrado su ineficacia para cumplir la función atribuida por el legislador: de filtrar las denuncias condenadas al fracaso. En la gran mayoría de casos, de hecho, el juez de instrucción pone el caso a disposición del tribunal para el inicio del juicio porque tiene la obligación de aclarar en la sentencia que no hay lugar para proceder, ni debe motivar la notificación de la prueba, que es, por tanto, una decisión más rápida que la primera; *d)* los modelos alternativos al juicio ordinario (aplicación de la pena solicitada, juicio abreviado, procedimiento de notificación penal de condena) han fallado notoriamente en su función deflacionista. Ante una situación alternativa, ofrecida por los modelos especiales y, particularmente, los mecanismos preliminares previstos por el legislador para incentivar la elección son en muchos de los casos menos atractivos que los “paracaídas” constituidos precisamente para la prescripción del delito, que, eligiendo un modelo alternativo, ciertamente no se abrirá; *e)* la previsión de un fiscal solo e imposibilitado para relacionarse de manera dialéctica y constructiva con el defensor del imputado por el límite que les impone la confidencialidad de la investigación (y así volvemos al problema tratado en la apertura) es tal que impide, en muchos

casos, un intercambio productivo entre las dos partes, que podría a menudo consentir una definición del procedimiento con el archivo, como demuestra la alta tasa de absoluciones sucesivas al aplazamiento del juicio.

3. Éstas son algunas de las más evidentes disfunciones del proceso, que contribuyen a convertirlo en un instrumento insuficiente para hacer justicia en tiempo razonable.

A pesar de las numerosas condenas impuestas al Estado italiano por el Tribunal Europeo con motivo del largo tiempo con el que se definen las causas, la situación sigue siendo muy grave. Principalmente, hace que el precio sea la víctima del delito.

Hoy, en Italia, es raro que la víctima sea capaz de obtener en un tiempo razonable la satisfacción de sus pretensiones a través del proceso penal. Y esto vale también para una enredada praxis jurisprudencial (que se está convirtiendo en una mala praxis real): aquella por la que el juez penal, cuando condena al imputado a resarcir el daño a la parte civil, delega la relativa cuantificación al juez civil; de modo que la víctima, después de años de proceso (penal), se ve obligada a tomar otra causa (ante el juez civil) para obtener la cuantificación del daño que le debe ser resarcido. Además, lo debe hacer en una sede jurisdiccional (la civil), que en cuanto a la duración irrazonable del proceso vive una condición todavía peor que la penal.

En conclusión: el peor de los males del proceso penal italiano es su irrazonable duración. En muchos o en demasiados casos el mismo proceso resulta inútil porque no cumple con su auténtica función.

Una duración irrazonable del proceso, por lo tanto, no está al servicio de la justicia sino de la maduración del plazo de prescripción de los delitos.

La prescripción de los delitos es hoy en Italia un fenómeno tan extendido que con buenas razones puede ser calificado como una forma de amnistía enmascarada.

El dato quizás más embarazoso al evaluar las razones determinantes de la extinción de los delitos por prescripción es el que se refiere al tiempo en el que los procedimientos penales trascurren en la fase de instrucción previa, una vez expirados los términos para realizar dichas investigaciones (porque, como se ha dicho, en muchos casos el Ministerio Público espera para decidir). Que sea el mismo fis-

La situación actual de la justicia penal en Italia

cal quien contribuya de manera incisiva en la duración irrazonable del proceso es paradójico: se trata, en efecto, del órgano del cual se esperaría la mayor celeridad.

4. Y ahora llegamos a la legislación penal y sus relaciones con la actividad interpretativa.

En el ámbito de las relaciones entre los poderes legislativo y judicial, desde hace tiempo se hace énfasis en el creciente activismo judicial, que condujo

tanto a una primacía tendencial de la jurisprudencia penal [...] como a la asunción por parte del Poder Judicial del papel (de actor) de la política criminal; en colaboración con el poder político-legislativo pero, no pocas veces, también en contraposición a éste.

En esta perspectiva, no faltan hipótesis de las llamadas “creaciones jurisprudenciales de delitos” que se enmarcan en la expansión del llamado “poder normativo jurisprudencial”, fruto del conocimiento adquirido por la jurisprudencia, “de la propia función constructiva con respecto al contenido del derecho y, por lo tanto, de las normas que resultan de la interpretación de las disposiciones”: esencialmente, del propio papel de “coproductor del derecho”, en formas diversas y concurrentes.

Un peso siempre significativo ha terminado por asumir también la llamada “interpretación constitucional orientada” en el Derecho penal, en el que “el nivel de autonomía del tenor literal de la norma ordinaria puede resultar todavía mayor”. En tal esquema interpretativo, se puede comprender incluso —la peculiar hipótesis de *sentencias de inadmisibilidad por falta de interpretación adecuada*— la combinación de dos *factores de distorsión* de la fisiología de las relaciones entre poder legislativo y poder judicial (conectados con el papel del tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios), a través del cual se puede alcanzar la legitimación por medios hermenéuticos potencialmente disonantes respecto de los límites textuales delineados por el legislador.

En resumen, los pasos de la doctrina constitucional consisten en:

- a) la posibilidad de extrapolar de una o más pronuncias del Tribunal Constitucional un principio constitucional, como si eso fuese directamente asequible a la Constitución, y, por tanto, dotado del mismo valor;
- b) la atribución a los jueces ordinarios de competen-

cia para recabar *por sí solos* tales principios, de las sentencias constitucionales, sin esperar un pronunciamiento del tribunal que los haga explícitos o los reafirme; c) la consecuente manipulación —directa y sin la interposición del Tribunal Constitucional— por parte del juez ordinario de los textos legislativos, con el fin de cumplir con los principios constitucionales enunciados.

Es evidente que, de tal manera, por un lado nos acercamos a una especie de sindicato de constitucionalidad difusa, muy distante del modelo prefigurado por la Constitución, y por otro, se activa un verdadero y propio corto circuito institucional entre jueces, tribunal y legislador, aunque con un fuerte impedimento para que los jueces ordinarios planteen cuestiones de legitimidad constitucional por el temor de que sean inadmisibles.

4.1. Por este camino se llega al pleno reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del Derecho, y también del Derecho penal. Se trata de un reconocimiento formal del papel que, en el ámbito de la actividad fundamental interpretativa, el poder judicial tendría de hecho ya asumido.

Es evidente que este punto clarifica las disputas, que nunca han desaparecido, en referencia a los límites de la actividad hermenéutica del juez. Puede que baste con recordar los términos esenciales de la cuestión, que ve opuestos, los extremos, un criterio lingüístico, un canon *lógico-sistemático* y un enfoque *teleológico*.

El *primero*, fundado sobre una interpretación literal, se connota por la máxima valoración en clave garantista del papel fundamental de la *littera legis*. Como se sabe, los criterios interpretativos están en conexión con los principios de taxatividad y determinación de la materia.

El canon *lógico-sistemático* tiende a buscar el sentido de la disposición incriminatoria reconstruyendo las conexiones conceptuales entre ésta y las otras normas del sistema penal; como se ha dicho, “cada norma, cada ley es una pieza de un mosaico complejo, en el cual el sentido de cada pieza está conectado al de otras: contribuye a la composición del conjunto, y es definido (también) por el diseño del conjunto”, de manera que, en retrospectiva, la interpretación de cada norma surge también como una “reintegración del conjunto, esto es, del significado que cada fragmento normativo viene a asumir con relación al con-



junto”, y “la interpretación de la ley es siempre una interpretación sistemática”.

Por último, el *criterio teleológico*, que focaliza la atención sobre la función político-criminal del tipo legal: en particular, la actividad hermenéutica, que representa el imprescindible punto de partida, encontrando su momento decisivo en los *finés de la ley*, implicando una verificación judicial de conformidad con la interpretación propuesta con el mismo tipo penal.

En esencia, la actividad interpretativa del juez supera los límites de un mero descubrimiento del significado preexistente al enunciado normativo, asumiendo el contorno de una verdadera y propia creación del significado, a la luz de los fines de la tutela perseguidos por el tipo penal.

En tal perspectiva, la actividad interpretativa se convertiría en ilegítima sólo donde termina, para dar lugar a un proceso analógico *irrazonable*, es decir, en el caso de que, superando los límites del tipo penal, abarque su interior y también comportamientos bien distintos contenidos de desvalor.

El principio de legalidad, de acuerdo con esta lectura del espacio interpretativo del juez, se diluye inevitablemente en contornos “híbridos”, en los cuales el significado de las locuciones normativas es detectado por la sinérgica cooperación entre legislador y juez, con particular atención en las exigencias de razonable previsibilidad, por parte del ciudadano, de las consecuencias penales con las propias acciones. Está claro que plantear dudas sobre la oportunidad/necesidad de poner límite a la interpretación implica una (involuntaria) contribución a la inercia del legislador, además de la desidia frecuente en la formulación del tipo.

4.2. Ahora, para evitar que de este paso se llegue a una forma enmascarada de democracia judicial, el remedio adecuado para la mala gestión del poder legislativo no es la función impropia del poder judicial, sino “la eliminación de la mala gestión”.

En lo fundamental, parece que en esta óptica basta con eliminar la posibilidad de hallar una posible solución cambiando su impresión, a una más desalentadora, de manera que el acto interpretativo, por encima de creativo, sea a menudo fruto de un procedimiento aleatorio, que mal se concilia con los valores de quien debería ser portador del sistema penal.

La aleatoriedad e incluso la arbitrariedad de las operaciones hermenéuticas se anidan en la interpretación extensiva, “desde siempre en el banquillo de

los acusados de la ciencia penal”, ya sea para minar sutilmente el valor del principio de estricta legalidad sobre el plano de la concreción de la prohibición penal, o para mostrar su escasa compatibilidad con los principios de fragmentariedad y subsidiariedad.

Se debería, en otros términos, *constitucionalizar la prohibición de interpretación extensiva* sobre el modelo del Código Penal francés de 1994 (artículos 111-114), del Código Penal español de 1995 (artículo 4) y, sobre todo, del proyecto de ley constitucional puesto en marcha por la Comisión Bicameral para la Reforma de la Parte Segunda de la Constitución, que el artículo 129.3 prevea que “las normas penales no pueden ser interpretadas de modo (...) extensivo”.

El propósito de la propuesta es la “recuperación de los valores de libertad individual en un marco de reequilibrio de los poderes del Estado sobre el valor de la legalidad”, llegando en el fondo “a profanar tanto el dogma de la omnipotencia de la interpretación en materia penal, que está detrás de la ilimitada libertad del intérprete [...], sea el mito de la integridad de la tutela penal postulada con sutil insistencia”.

Más allá de un indudable valor *de advertencia*, son evidentes las ventajas que la propuesta presenta, sea por el papel de una fuerte “sensibilización cultural” que podría desarrollarse; sea por el fortalecimiento, aunque indirecto, del “control del Tribunal Constitucional sobre el respeto, por parte del legislador, del principio de taxatividad”; sea, finalmente, por la posibilidad de la “directa censura del vicio en la Corte Suprema (ex artículo 606, letra b, del CPP) por inobservancia o errónea aplicación de las normas jurídicas de las cuales se debe tener en cuenta la aplicación de la ley penal”.

5. Vamos al tercer factor de crisis de la justicia penal italiana, que es la lamentable situación de la ejecución penal (es decir, la situación de las cárceles).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha dictado una sentencia de las “que hacen época” a nuestro país, hablando abiertamente de “tratamiento inhumano y degradante” en las cárceles italianas.

La condena de un Estado ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos por haber aplicado a los seres humanos —culpables de haber cometido un delito— tratamientos inhumanos y degradantes es un síntoma inequívoco de absoluta irresponsabilidad política. Un tratamiento inhumano y degradante

La situación actual de la justicia penal en Italia

—como el infligido en las cárceles italianas— es tal cuando no sólo se priva de la dignidad al ser humano, sino cuando se pone en peligro su propia salud física (enfermedades, contagios, infecciones) y psíquica (los casos de suicidio son una de las consecuencias más tristes y degradantes de la humanidad).

La sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos se funda en la evidencia de que los derechos de los presos se violan sistemáticamente en las cárceles italianas. En particular, ha sido estigmatizado un hecho específico: el de que los presos se ven obligados a vivir en espacios muy reducidos; en los casos examinados por el tribunal supranacional, los detenidos eran encerrados en habitaciones de nueve metros, donde convivían con otras personas, sin agua caliente ni, en algunos casos, iluminación.

Sin embargo, el Tribunal ha preferido centrarse en el antiguo problema de la superpoblación carcelaria.

El Tribunal de Estrasburgo invita a Italia a remediar “inmediatamente” la superpoblación carcelaria previendo, asimismo, penas alternativas a la prisión. Los jueces piden también a nuestro país que adopte, en el plazo de un año, un sistema de recurso interno que ceda el paso a los presos para hacer frente a los tribunales italianos a fin de que denuncien las propias condiciones de vida en las prisiones y obtengan así una indemnización por la violación de sus derechos.

Más aún, el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre ha recomendado al gobierno italiano la adopción de todas las medidas apropiadas en sede de revisión de la legislación y en la práctica en materia de superpoblación carcelaria con el fin de aplicar los siguientes principios de derecho:

1. La privación de libertad debe ser considerada como un último recurso.
2. La prisión debe ser considerada una medida excepcional, desde el momento en que no es, en general, difícil ofrecer una solución al problema de la superpoblación.
3. Los Estados miembros deberán tener en cuenta la posibilidad de penalizar algunos delitos o reclasificarlos, de manera que no requieran pena en prisión.
4. Para elaborar una estrategia congruente contra el incremento de la población carcelaria habrá que hacer continuamente un análisis detallado de los principales factores que contribuyen a estos fenómenos. Tal análisis deberá comprender, entre otros, el tipo de de-

lito que puede comportar largas penas de prisión, así como la prioridad de la lucha contra la criminalidad.

Pero volvamos al ámbito italiano. En las prisiones son recluidas 67 437 personas, cuando la capacidad regular es de 45 281 reos. Estas cifras colocan a nuestro país como el líder europeo en superpoblación carcelaria, lo cual equivale a 140% (datos estadísticos recogidos por el Departamento de Administración Penitenciaria).

Italia es también el segundo país de Europa en número de detenidos imputados, pero todavía no declarados culpables en vía definitiva. En nuestro país, de hecho, las personas internas a la espera de juicio son 44% del total de los detenidos.

Las leyes que han llevado a esta situación son la llamada Bossi-Fini, en materia de inmigración, sobre todo después de la modificación aportada por la Ley 94/2009; Fini-Giovanardi n. 49/2006, normativa para la lucha contra el tráfico de estupefacientes, y la ley Cirielli 251/2005, que incrementa las sanciones penales y hace más difícil el acceso a los beneficios para los reincidentes. En este último caso se hallan las detenciones relacionadas con la microcriminalidad, en la cual la reincidencia es un factor peculiar.

Una contribución significativa a la superpoblación viene también de diferentes enfoques culturales y políticos de carácter conservador. Piénsese, por ejemplo, en la ecuación: seguridad social igual a tolerancia cero, individualizando la prisión como una solución a los problemas, sin buscar instrumentos diversos para resolver los problemas sociales.

La situación de la ejecución penal era conocida incluso a nivel de la opinión pública: incluso el presidente de la República había sido invitado a ejercer finalmente las propias prerrogativas para dar una respuesta contextual, concreta e inmediata, ya sea a la crisis de la justicia italiana o a su más dramático punto de recaída: las prisiones.

En la petición al jefe del Estado, numerosas personalidades de la cultura y de la política habían subrayado que son ya más de una las condenas a Italia por la violación establecida en el artículo 3 del CEDU, según el perfil de condiciones inhumanas y degradantes a las que se han visto obligados algunos reclusos. Y habían hecho hincapié en que todo esto se traduce en una violación de la Constitución italiana. Habían escrito que el reformado artículo 117.1 impone al legislador nacional el respeto “a las limitaciones derivadas [...]

de las obligaciones internacionales” y también de los pactos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional asume la normativa del CEDU en la interpretación que asume el Tribunal de Estrasburgo, según el parámetro judicial en el sindicato de constitucionalidad de la legislación nacional. Las condenas de Estrasburgo son —según la conclusión de los estudiosos del mundo de la cultura y de la política—, por lo tanto, la muestra de que se violó la Constitución.

Es necesario también restaurar la legalidad constitucional por una razón ulterior, como es el anómalo aumento de suicidios de internos en las prisiones italianas. En la petición al presidente de la República se afronta también esta temática:

se habla mucho de suicidios, en este periodo, acreditándose un forzado y no demostrado nexo de causalidad con la actual crisis financiera, reduciendo así las razones de contabilidad económica a una elección de la genealogía seguramente muy compleja y profunda. No existe, en cambio, duda alguna, ni estadística ni científica, sobre el siguiente dato de la realidad: la prisión se revela hoy como un lugar donde se arriesga la vida y a menudo se pierde.

La probada correlación entre la superpoblación en prisión, la severidad del régimen de prisión y la frecuencia de las muertes por suicidio detrás de las rejas han alcanzado cifras tan alarmantes que, con el fin de prevenirlas, el Departamento de la administración penitenciaria ha dictado una circular especial (24 de abril de 2010), seguida de otra de un espectro más amplio (24 de noviembre de 2011, “modo de ejecución de la pena”).

El propio Comité Nacional de Bioética cree necesario ocuparse del tema elaborando su propio dictamen (*El suicidio en prisión. Orientación bioética*). Desde luego, esto no es suficiente. Con fecha de 22

de abril del año en curso, son ya 20 los detenidos que se quitan la vida: uno cada cinco días. Pero estos internos que se suicidan no aparecen en las primeras planas de los diarios, ni en las menciones de los noticieros de las principales empresas televisivas.

Si tal es la situación en Italia, parece claro que esta abierta violación de la legalidad constitucional debe combatirse con medidas deflacionistas, capaces de crear las condiciones para iniciar la adecuada reforma. Estos instrumentos están previstos en nuestra Constitución, y se llaman *amnistía e indulto*.

Todavía, en las últimas décadas, la clase política ha mostrado reticencia a aplicarlos. Es verdad que la última amnistía se remonta a 1992; en cuanto al indulto, en cambio, se canceló después de su concesión como una medida criminal por parte de la misma clase política que lo había aprobado.

La “gravedad de la disfunción” que aflige a la justicia italiana y repercute en la situación en que se encuentran las prisiones ha impulsado al líder del Partido Radical, Marco Pannella, a iniciar una huelga de hambre por un tiempo muy largo, para llamar la atención de las instituciones sobre dos cuestiones: 1) La necesidad de una amnistía como primer paso para afrontar la crisis de la justicia y la emergencia de la superpoblación en las prisiones, y 2) El silencio de la información y la ausencia de debates sobre esta cuestión que toca la conciencia de los ciudadanos y requiere importantes decisiones políticas y graves opciones legislativas.

Sin embargo, a pesar de este intento que tiene el rostro de la desesperación, la crisis de la justicia y la situación inhumana de las prisiones —ciertamente incompatibles con las características del Estado de Derecho— están por desgracia destinadas a permanecer sin una rápida y eficaz solución, aunque ésta sea claramente sugerida por el Consejo de Europa y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



Dimensiones de la asistencia legal. Una propuesta de política pública para el Distrito Federal



María Solange Maqueo Ramírez

Profesora investigadora asociada del Centro de Investigación y Docencia Económicas

Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales, que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, alejándolo de la ignorancia, la rapiña y el hurto.

Sentimientos de la Nación

RESUMEN: *La asistencia legal se ha aplicado a personas en situación económica desfavorable, con el fin de poner a su alcance el litigio y la ayuda profesional de abogados, sobre todo para asuntos relativos al Derecho penal. Sin embargo, este contexto se ha expandido a otros ámbitos para favorecer a otros usuarios y para incluir más disciplinas, de modo que se garantice el acceso a la justicia y por ende el debido proceso legal. Este artículo aborda el tema de la asistencia legal siguiendo su trayectoria y sus implicaciones políticas en el Estado de bienestar. Se analiza el régimen normativo de la asistencia legal en el Distrito Federal en el contexto de la Constitución y en comparación con los estándares internacionales, a fin de redefinir la defensoría de oficio y la asesoría jurídica en el Distrito Federal.*

PALABRAS CLAVE: *Asistencia legal, Estado de bienestar, Estado social de Derecho, igualdad ante la ley, acceso a la justicia*

ABSTRACT: *Legal assistance has been applied to people in an adverse economic situation, in order to put at their disposal the professional help of lawyers, especially in matters related to criminal law and litigation. However, this context has expanded to other areas to help other users and to include more disciplines, so as to ensure access to justice and therefore due legal process. This paper addresses the issue of legal assistance, and it traces its trajectory and its political implications in the welfare State. The regulatory regime of legal assistance in Mexico City is analyzed in the context of the Constitution and in comparison with international standards, in order to redefine public defense and legal counseling in Mexico City.*

KEYWORDS: *Legal assistance, welfare state, social state of law, equality before the law, access to justice.*

SUMARIO: *Introducción. 1. La asistencia legal en el contexto internacional. 2. La asistencia legal en el contexto nacional. Conclusiones. Bibliografía.*

Introducción

La asistencia legal ha estado vinculada, desde sus orígenes, a un ámbito personal de aplicación específico, consistente en aquellas personas que se encuentran en una situación económica desfavorable. De ahí que esta institución haya recibido denominaciones tales como “beneficio de pobreza” y “justicia de pobres”, entre otros. Su principal objetivo, aun desde una perspectiva propia del Estado social de Derecho, se relaciona con la remoción de los obstáculos económicos que supone el elevado costo de la litigación y, de manera más específica, respecto de los honorarios de los abogados.

De igual forma, por lo que se refiere al ámbito material de aplicación, el origen y evolución de la asistencia legal se ha desarrollado sobre todo en el ámbito del Derecho penal, lo cual se explica si consideramos que precisamente en este campo surge de manera más imperiosa y sensible la necesidad de procurar asistencia jurídica a quien más lo necesita. En ello va a determinar la inocencia o culpabilidad de una persona con la posibilidad de ser privado de su libertad.

Sin embargo, en las últimas décadas, el ámbito de protección de la asistencia legal ha ido expandiendo sus contornos, a efectos de incorporar tanto a otras disciplinas distintas al orden penal como a otros posibles usuarios que, al margen de su situación económica, se encuentren en una posición de vulnerabilidad. De tal manera que su prestación ya no puede entenderse desde la lógica exclusiva de la defensa pública de los imputados por la comisión de un delito, ni sólo en razón de la escasez de recursos monetarios.

Esta transformación de la asistencia legal se manifiesta en el propio cambio de la finalidad que persigue. De tratarse de una institución altruista con un sentido

de caridad hacia los pobres, pasa a constituirse en una herramienta indispensable para garantizar el acceso a la justicia y, con ello, el debido proceso legal. Desde los años setenta, con el llamado Movimiento para el Acceso a la Justicia, capitaneado por Cappelletti (1981: 2 y ss.), la prestación gratuita de servicios jurídicos se incorpora en el contexto del desarrollo e implementación del Estado social de Derecho. De tal manera que, además de instaurarse como un derecho de contenido prestacional a cargo del Estado, se concibe como una herramienta fundamental del Derecho a la tutela judicial efectiva para dar cumplimiento a cualquiera de los derechos consagrados en un sistema jurídico.

Cabe advertir que, como señalan Fix-Fierro y López Ayllón (2001: 113), el acceso a la justicia pierde cierto impulso como movimiento de política pública, “principalmente a causa de la crítica al Estado de bienestar y su consiguiente decadencia como proyecto político”. No obstante, la relevancia que se le concede como herramienta para dotar de efectividad a cualquier sistema jurisdiccional permanece vigente.¹ La gratuidad de los servicios jurídicos es vista como un claro mecanismo de realización del principio de igualdad. Se trata de fomentar ya no el sentido dicitimonómico de igualdad formal (esto es, la igualdad ante la ley), sino un sentido de igualdad material que equipare la posición de los particulares ante los tribunales, con total independencia de sus características personales. En palabras de Cappelletti (1993: 90 y 91), éste es precisamente el criterio que diferencia el tradicional Estado de Derecho del moderno Estado *social de Derecho*.

De ahí que el impulso del acceso a la justicia a través de la prestación gratuita de los servicios jurídicos logra constituirse en un elemento fundamental

¹ Sobre la continuidad del acceso a la justicia como baluarte de cualquier sistema jurisdiccional, cabe mencionar que en 1999 se llevó a cabo un proyecto de investigación titulado “Apoyo al Fortalecimiento del Acceso a la Justicia en América Latina”, encabezado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con el objetivo de identificar las experiencias y prácticas sobre el acceso a la justicia en algunos países de América Latina para incluir este tema en la promoción de la reforma judicial latinoamericana. Sobre el particular, véase Thompson, *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.

para salvaguardar el derecho de todas las personas para acceder a verdaderos “procesos garantistas” que permitan la efectividad de la justicia en atención a los hechos y al derecho, y no a las diferencias particulares de cada individuo. Como apunta Ferrajoli (2008: 84), si bien referidos al proceso penal pero extensivos a otros órdenes jurisdiccionales, la igualdad y el garantismo “son valores no sólo conectados entre sí, sino en gran parte equivalentes, en el sentido de que se implican mutuamente”.

En este contexto, donde prima el carácter instrumental de la asistencia legal para garantizar el efectivo acceso a la justicia, cabe preguntarse cuál ha sido el sentido adoptado por el sistema jurídico en México y, concretamente, en el régimen aplicable en el Distrito Federal. Lo anterior, con el propósito de establecer algunos parámetros de política pública que conformen el desarrollo legislativo de esta institución.

Una primera cuestión por resolver consiste en determinar si efectivamente hay un desprendimiento de la concepción original de la asistencia jurídica respecto de la insuficiencia de recursos para litigar y de su ámbito de aplicación en materia penal. Para ello no sólo haremos uso del derecho comparado, con fines meramente expositivos, sino que además nos adentraremos a los estándares internacionales que contempla el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En segundo lugar, procederemos al análisis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en particular de los artículos 17 y 20. Esto nos permitirá, por una parte, determinar cuál es el contenido mínimo del derecho a la asistencia legal y, por otra, verificar si el mismo se ajusta a los estándares internacionales antes comentados. No sin advertir que estos preceptos están relacionados con el artículo 1º constitucional, donde se establece el rango constitucional tanto de los tratados internacionales con un contenido de derechos humanos como de su interpretación jurisprudencial por parte de los organismos internacionales competentes.

Por último, nos ocupamos de la asistencia legal en el Distrito Federal con el objeto de contrastar su régimen normativo a la luz de los estándares internacionales y del contenido de nuestra Norma Fundamental. Todo lo cual nos llevará a puntualizar algunos aspectos que destacan la necesidad de redefinir los alcances y el destino de la defensoría de oficio y asesoría jurídica en el Distrito Federal.

1. La asistencia legal en el contexto internacional

1.1. Divergencia de enfoques

¿El acceso a la justicia y su vertiente referida a la gratuidad de los servicios legales debe relacionarse necesariamente con la imposibilidad de las personas de escasos recursos para acceder a los sistemas jurisdiccionales? Al respecto, podríamos decir que existen tres principales posturas para determinar el ámbito personal y material de validez de la prestación de los servicios jurídicos gratuitos:

a) Aquellos sistemas que los vinculan con una situación específica de vulnerabilidad, como lo es su capacidad económica o una condición social determinada;

b) los que tienden a la universalización de la prestación de los servicios jurídicos gratuitos sin distinción alguna sobre la condición socioeconómica de los usuarios, y

c) aquellos que establecen un sistema que podríamos llamar ecléctico, en el que se establecen requisitos diferenciados para cada orden jurisdiccional. En esta última postura se observan algunos criterios de elegibilidad sujetos a la capacidad económica de los usuarios sólo en determinadas materias, mientras que en otras posturas, sobre todo tratándose del ámbito penal, basta con la mera solicitud para gozar gratuitamente de los servicios de defensa y asesoría jurídica.

En el primer supuesto, cabe mencionar algunos países integrantes de la Unión Europea, como Francia²,

² De conformidad con la Ley núm. 91-647 del 10 de julio de 1991, relativa a *l'aide juridique*, podrán constituirse en beneficiarios de la justicia gratuita, sea total o parcial, aquellos que demuestren recibir mensualmente recursos menores a los establecidos como límites máximos por la propia Ley. La declaración relativa a los recursos disponibles no se exigirá cuando se trata de personas beneficiarias del llamado Fondo Nacional de Solidaridad (*Fonds National de Solidarité*) o de la Renta Mínima de Inserción (*Revenu Minimum d'Insertion*), ni para quien pretenda hacer valer un derecho en materia de pensiones militares de invalidez y víctimas de guerra (artículo 4). Asimismo, los solicitantes de asistencia jurídica quedarán exentos de cumplir con ese límite, de manera excepcional, si dicha solicitud es considerada especialmente digna de interés a la luz del objeto del litigio o el coste previsible del juicio (artículo 6º). La versión consolidada de la Ley puede consultarse en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006077779&dateTexte=20130828> [Página bisitada el 18 de septiembre de 2013].

Dimensiones de la asistencia legal. Una propuesta de política pública para el Distrito Federal

Italia³ y España⁴, cuyo régimen interno establece de manera taxativa los criterios de elegibilidad para constituirse en beneficiario de la justicia gratuita, así como los mecanismos para evaluar el cumplimiento de dichos criterios (Canales y Loiseau, 2004). Cabe decir que los países mencionados adoptan un modelo prestacional que distingue entre los sujetos encargados de la provisión de la asistencia jurídica gratuita y aquellos órganos que se ocupan de su financiamiento. Mientras que la provisión descansa fundamentalmente en abogados organizados a través de mecanismos de colegiación (dentro del llamado modelo *Judicare*), el financiamiento corresponde al Estado.

En consonancia con lo anterior, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (adoptada en el año 2000 y vinculante para los Estados miembros a partir del 2009), establece en su artículo 47, tercer párrafo, que “[s]e prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”. De tal forma que la citada Carta sólo comprende el derecho a una asistencia jurídica gratuita cuando los posibles usuarios logren demostrar una insuficiencia

de recursos para litigar. No obstante, a pesar de que el alcance personal de los servicios jurídicos gratuitos tiene un marcado carácter residual, el ámbito de aplicación material de los mismos presenta una dimensión muy amplia. Prácticamente, esta prestación abarca los diversos órdenes jurisdiccionales (cuando la asistencia sea necesaria para garantizar el acceso a la justicia), rompiendo, de esta manera, la vieja tradición de destinarla con exclusividad para asuntos del orden penal.

A pesar de que esta primera postura (que garantiza la gratuidad de los servicios jurídicos a quien acredita insuficiencia de recursos para litigar) tiene una amplia recepción en aquellos países europeos que adoptan el modelo *Judicare*, también se hace extensiva a algunos Estados americanos que adoptan un modelo basado en el sistema anglosajón del *Salaried Staff Attorney*. Éste es el caso de Costa Rica, en donde la Defensa Pública provee de un defensor público “a todo imputado o prevenido que solicite sus servicios”, pero si se demuestra que el solicitante tiene solvencia económica, “deberá designar un abogado particular o pagar al Poder Judicial los servicios del defensor público, según la fijación que hará el juzgador”.⁵ En otras pala-

³ El artículo 24 de la Constitución de la República Italiana, promulgada en 1948, establece en su segundo párrafo que la defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento. De acuerdo con esto, en Italia se establece el llamado *patrocinio a spese dello Stato*, equivalente a la asistencia jurídica gratuita, para la defensa del ciudadano sin recursos económicos. Su regulación está comprendida en el Decreto del Presidente de la República de 30 de mayo de 2002, núm. 115 (G.U. núm. 139/2002), por el que se aprueba el Texto Único en materia de gastos judiciales. Si bien comprende el derecho a los servicios legales en materia civil, administrativa y penal, su prestación se encuentra dirigida a aquellas personas carentes de recursos suficientes para cubrir los costos de un litigio, incluidos los honorarios de los abogados particulares. El texto actualizado de la *Costituzione della Repubblica Italiana* puede consultarse en español en: <http://www.comune.fi.it/constituizione/spagnolo.pdf> [última visita: el 18 de septiembre de 2013.]

⁴ La Constitución española de 1978 establece en su artículo 119 que “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Este artículo, a su vez, se encuentra desarrollado mediante la Ley 1/996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, misma que dispone en su artículo 2º que tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita “[l]os ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. De igual manera, establece de manera limitativa algunos supuestos exceptuados de la acreditación de insuficiencia de recursos, entre los que cabe mencionar a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos, en los procesos relacionados con su condición de víctimas, así como aquellos que a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos. El texto consolidado de la Ley puede consultarse en: <http://www.boe.es> [página visitada el 20 de septiembre de 2013.] Por su parte, los artículos 3º y 4º hacen referencia al mecanismo para el cálculo de la insuficiencia de recursos mediante el establecimiento de umbrales o montos máximos calculados con base en el indicador público de renta de efectos múltiples como subjetivos (en atención a las circunstancias particulares de las personas). No obstante, el artículo 5º establece la posibilidad de obtener un “reconocimiento excepcional del derecho”, aun cuando se rebasen los límites previstos de recursos del solicitante, en atención a ciertas circunstancias particulares de éste.

⁵ Artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [de Costa Rica], Ley núm. 7333, publicada en el Alcance 24 a La Gaceta 124 del 1º de julio de 1993. Disponible en versión consolidada en: <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leyorganicapoderjudicial.pdf> [última visita: 23 de septiembre de 2013].

⁶ No obstante, a diferencia de los regímenes jurídicos europeos antes mencionados, en Costa Rica la Defensa Pública está dirigida en especial al ámbito penal, sin que ello sea óbice para que adopte otros esquemas diferenciados de asistencia jurídica. Las materias que limitativamente conoce la Defensa Pública son la agraria, la contravencional, la disciplinaria, la ejecución de la pena, la penal adulto, la penal juvenil, la penalización de la violencia contra la mujer y las pensiones alimentarias. Sobre el particular puede consultarse la página en Internet de la Defensa Pública costarricense: <http://www.poder-judicial.go.cr/defensapublica/index.php/2012-09-17-16-42-51?view=ca>



bras, el servicio de asistencia legal puede ser público pero no necesariamente gratuito.⁶

En una situación similar se encuentra Chile, que a pesar de adoptar un modelo mixto (basado en el *Salaried Staff Attorney* para el ámbito penal y *Judicare* para las demás materias jurídicas), establece claros criterios de elegibilidad de los usuarios.⁷ Así, en materia civil, familiar, laboral y administrativa, entre otras, establece un esquema de asistencia jurídica prestado a través de las llamadas Corporaciones de Asistencia Judicial y dirigido a personas de escasos recursos.⁸ Por su parte, en materia penal, el servicio de asistencia jurídica se presta por la Defensoría Penal Pública a “todos los imputados o acusados que carezcan de abogado y requieran de un defensor”.⁹ No obstante, de manera excepcional, la Defensoría “podrá cobrar, total o parcialmente, la defensa que preste a los beneficiarios que dispongan de recursos para financiarla privadamente”.¹⁰ El cálculo se realizará con base en el nivel de ingreso, capacidad de pago y el número de personas del grupo familiar que dependan del solicitante.¹¹

Ahora bien, en el segundo supuesto se encuentra el caso paradigmático de Venezuela. El artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su segundo párrafo, establece que “[e]l Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, formalismos o reposiciones inútiles”.¹² Con base en esta disposición, la institución de la Defensa Pública brinda servicios de asistencia jurídica

gratuita “a todos los ciudadanos” que así lo requieran en diversos órdenes jurisdiccionales, entre los que se encuentran las materias penal, laboral, civil, mercantil, contencioso administrativo, derecho indígena, entre otras. De esta manera, considera un sistema sumamente abierto, sin ningún tipo de requisito de elegibilidad para gozar de estos servicios.¹³

Finalmente, en el tercer supuesto, relativo a una posición ecléctica, podríamos ubicar precisamente el caso de México, sobre todo en relación con la legislación aplicable al Distrito Federal, toda vez que, sin diferenciar entre modelos de prestación (pues en cualquier caso adopta el *salaried staff attorney*), utiliza distintos baremos para determinar la elegibilidad de los usuarios según la naturaleza de la controversia jurídica, como detallaremos en su oportunidad.

1.2. Estándares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en su artículo 8º, distingue entre las garantías judiciales aplicables a cualquier ámbito del Derecho (sea penal, civil, laboral, fiscal, entre otros) aquéllas cuya aplicación corresponde exclusivamente al orden penal.

En el primer caso establece:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, esta-

⁷ El artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 establece en su 3º inciso que “[t]oda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos. La ley arbitraré los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes”. El texto refundido de este Ordenamiento está disponible en: <http://www.bcn.cl/lc/cpolítica> [Acceso el 23 de septiembre de 2013.]

⁸ De conformidad con el artículo 2º de la Ley núm. 17.995, que “concede personalidad jurídica a los servicios de Asistencia Judicial que se indican en las regiones que se señalan [Tarapacá, Valparaíso, Bío Bío y Región Metropolitana]”, publicada el 8 de mayo de 1981, las Corporaciones de Asistencia Judicial tienen como finalidad “prestar asistencia jurídica y judicial gratuita a personas de escasos recursos. Además, proporcionarán los medios para efectuar la práctica necesaria para el ejercicio de la profesión a los postulantes a obtener el título de abogado”. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29425> [última visita: 23 de septiembre de 2013.]

⁹ Cfr. artículo 35 de la Ley núm. 19.718, que “crea la Defensoría Penal Pública”, publicada en el *Diario Oficial* el 10 de marzo de 2001. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=182755> [página visitada el 22 de septiembre de 2013.]

¹⁰ Cfr. artículo 36 de la Ley núm. 19.718, que “Crea la Defensoría Penal Pública”, publicada en el *Diario Oficial* el 10 de marzo de 2001. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=182755> [última visita: 24 de septiembre de 2013.]

¹¹ *Ibid.*

¹² El texto actualizado de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 puede consultarse en: http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php [página visitada el 24 de septiembre de 2013.]

¹³ Sobre el particular, véase: <http://www.defensapublica.gob.ve> [última visita: el 24 de septiembre de 2013.]

Dimensiones de la asistencia legal. Una propuesta de política pública para el Distrito Federal

blecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En el segundo, por su parte, señala:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

[...].

De tal manera que, como se observa, la CADH pareciera tener un texto muy reducido sobre asesoría y defensoría jurídica, no sólo porque hace referencia al tema dentro del ámbito del Derecho penal y en la etapa del proceso, sin comprender los demás órdenes jurisdiccionales, sino también porque no se especifica la remuneración de los abogados en turno de oficio ni tampoco la gratuidad de la prestación.

No obstante lo anterior, en las últimas décadas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sobre todo a través de la interpretación de la CADH, ha puesto en marcha ciertos estándares internacionales en la materia que amplían considerablemente el alcance de su contenido. Así, no sólo se reconoce la obligación positiva de los Estados americanos de organizar su aparato institucional por medio de políticas y servicios idóneos, como la asistencia legal, que permitan que cualquier persona pueda hacer efectivos sus derechos fundamentales, sino que, además, extiende el ámbito de protección de las garantías previstas por el artículo 8, inciso 2, a los distintos órdenes jurídicos (Organización de los Estados Americanos, 2007).

En una histórica opinión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció sobre la necesidad de remover los obstáculos para el acceso a la justicia por razones económicas (CIDH, OC-11/90).

Para tales efectos, interpretó de manera armónica el citado artículo 8 de la Convención de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1º, referente a la prohibición de los Estados de discriminar por diversas razones, incluida la posición económica, y el artículo 24, que establece la protección igualitaria y efectiva de la ley. Mediante esta interpretación integral del instrumento internacional, la Corte afirmó “el deber de los Estados Partes de organizar todo aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos [...]” (párr. 22). En ese sentido, la Corte destacó que “[e] se deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención” (párr. 24).

Este pronunciamiento sobre el deber estatal que se deriva de la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos es retomado por la Corte, recientemente, con motivo de la opinión consultiva planteada por México respecto de los derechos laborales de los migrantes indocumentados (CIDH, OC-18/03). Sobre el particular, el Tribunal manifestó que “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas” (párr. 104). Todo lo cual implica que “los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio” (párr. 107).

En ese mismo contexto, la Corte se propone definir las garantías mínimas que constituyen el “debido proceso legal”, haciendo referencia, entre ellas, a la asistencia jurídica. Sobre este aspecto, el Alto Tribunal llega a considerar que la negativa a prestar, entre otros, un servicio público gratuito de defensa legal que impida que se hagan valer los derechos en juicio, implica una vulneración del derecho a las garantías y a la protección judicial (CIDH, OC-18/03: párr. 126).

De esta forma, queda claro que la asistencia jurídica se vincula de manera directa con el derecho al debido proceso y al acceso a la justicia. En consecuencia, el alcance de las garantías mínimas que es-

tablece el artículo 8 en materia penal necesariamente se hace extensivo a otros ámbitos jurídicos como el civil, el laboral, el fiscal o de cualquier otro carácter, puesto que “en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal” (CIDH, OC-11/90: párr. 28).

Así, en términos de la Corte Interamericana,

a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal (CIDH, 2001a: párr. 70).

Además, el ámbito de protección del artículo 8º de la CADH, a pesar de titularse “Garantías judiciales”, adquiere un sentido amplio que abarca cualquier acto emanado del Estado que pueda vulnerar algún derecho (CIDH, 2001a: párr. 69). De ello se sigue que estas garantías resultan aplicables no sólo al ámbito estrictamente jurisdiccional, sino también al procedimiento administrativo. Como señala la Corte Interamericana, “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (CIDH, 2001b: párr. 124).

Pese a lo anterior, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha fijado ciertos criterios que permiten delimitar el alcance de la exigibilidad de asistencia legal por parte de los usuarios. No basta con alegar (aunque sea mediante una declaración jurada) la escasez de recursos para ser beneficiario de la misma. Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sentado un importante precedente, consistente en la necesidad de probar la carencia de recursos. De tal manera, se llega a la conclusión de que “las alegaciones de indigencia no son suficientes sin otras pruebas producidas por el peticionario para demostrar que se vio impedido de invocar y agotar los recursos internos” (CIDH, 1996: párr. 45 y 2005: párr. 79).

Además, por lo que hace a la defensa legal en materias distintas al orden penal, la Corte ha establecido algunos criterios de análisis para determinar en qué casos debe considerarse si la representación legal

es o no necesaria para garantizar el debido proceso. En términos generales, establece que deben tomarse en consideración “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular” (CIDH, 2010: párr. 145).

Cabe mencionar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha ido más allá del mero establecimiento del estándar general por el que se establece la obligación estatal de brindar asistencia legal gratuita a las personas que acrediten la escasez de recursos (Organización de los Estados Americanos, 2007: 11 y 12). Así, por ejemplo, la Corte Interamericana ha manifestado la necesaria “oportunidad” de los servicios jurídicos. No basta que el Estado proporcione los servicios de defensoría jurídica si los mismos no se prestan “desde las primeras etapas del procedimiento, ya que de lo contrario la asistencia legal carece de idoneidad por su falta de oportunidad” (CIDH, 2010: párr. 133). De igual manera, tampoco es suficiente que el Estado cuente con los esquemas de asistencia legal idóneos, si no se brinda la información necesaria para que los beneficiarios puedan hacer uso oportuno del patrocinio legal gratuito (párr. 136). En este sentido, la Corte concluye que “la sola existencia de los recursos no es suficiente si no se prueba su efectividad” (párr. 139).

Además, la escasez de recursos para litigar no es la única condición para el establecimiento de la obligación estatal de proveer y financiar los recursos necesarios para una defensa adecuada. La Corte identifica otras situaciones estructurales de desigualdad que pueden dar lugar a una denegación del acceso a la justicia, dadas las circunstancias que favorecen posiciones de vulnerabilidad de las personas. Éste es el caso de los migrantes, respecto de los cuales la Corte ha manifestado la necesidad de resaltar la importancia de la asistencia letrada, puesto que “se trata de persona[s] extranjera[s], que puede[n] no conocer el sistema legal del país y que se encuentra[n] en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada[s] de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce[n] de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios” (CIDH, 2010: párr. 132).

De igual manera, en los últimos años tanto la Corte Interamericana como la Comisión han reconocido “la necesidad de tutelar los derechos económicos, so-

Dimensiones de la asistencia legal. Una propuesta de política pública para el Distrito Federal

ciales y culturales no sólo dentro de una dimensión individual, sino también en su dimensión colectiva” (Organización de los Estados Americanos, 2007: 6). De ahí que hayan comenzado a “delinear estándares sobre los mecanismos de tutela tendientes a garantizar el litigio colectivo y especialmente en relación con el alcance de la obligación de los Estados de proveer este tipo de procedimientos de reclamo” (2007: 6).

Así las cosas, cabe señalar que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se establece una protección amplia para garantizar el debido proceso y, con ello, el derecho a una defensa adecuada; en ésta, si bien se hace extensiva a diversos órdenes jurídicos (incluidas las materias civil, administrativa y fiscal, entre otras), es claro el sentido adoptado por el Sistema, dirigido a proteger a quienes en efecto afrontan diversas barreras para acceder a la justicia. Sin duda, el obstáculo más evidente por sortear mediante el otorgamiento de la asistencia legal gratuita es la escasez de recursos. No obstante, la necesidad de contar con la gratuidad de un defensor de oficio se extiende a otras situaciones cuya característica común es precisamente la posición de vulnerabilidad de los beneficiarios. Sin embargo, el Sistema Interamericano se previene de afirmar una gratuidad generalizada a todo aquél que la solicite, pues en cualquier caso es necesario analizar cada asunto en particular, donde la escasez de recursos, la situación de vulnerabilidad, la complejidad del caso y la gravedad de los derechos afectados juegan un papel relevante para determinar su concesión.

2. La asistencia legal en el contexto nacional

2.1. La dimensión constitucional de la defensa pública

El derecho a recibir una defensa pública cuando se enfrenta un procedimiento de carácter penal está previsto en nuestro sistema jurídico desde la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.¹⁴ Esta Norma Fundamental preveía, en su artículo 20, ubicado dentro del Título I, Sección I, “De

los derechos del hombre”, las garantías mínimas del acusado en todo juicio criminal. Al respecto, y por lo que a nosotros interesa, establecía el derecho del acusado a “que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, o los que le convengan”.

Esta misma disposición fue adoptada en el texto original del artículo 20, fracción IX, de la Constitución de 1917, hoy vigente. No obstante, se le añade tanto la obligatoriedad de que el juez designe un defensor de oficio al acusado si éste no quiere nombrar uno al momento de rendir su declaración preparatoria, así como el derecho a que su defensor se halle en todos los actos del juicio.

De tal manera que el artículo 20 constitucional se convierte desde su origen en la base fundamental para estatuir la obligación del Estado (sea en el orden federal o local) de implementar mecanismos de defensa pública y proveerlos en los litigios de carácter penal. Ello, a pesar de que la permisón de una defensa propia o con el auxilio de una persona de confianza hacía palidecer el sentido de obligatoriedad por parte del Estado y abría la posibilidad de contar con la asistencia de personas carentes de una formación jurídica sólida.

Con posterioridad, a raíz de la reforma al artículo 20 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 3 de septiembre de 1993, las garantías mínimas establecidas en este precepto se conceden ya no al acusado, sino al “inculcado”, en todo proceso de orden penal, de tal manera que se amplía el ámbito de protección a una etapa previa al ejercicio de la acción penal. Asimismo, mediante esta reforma se modifica el texto de su fracción IX, el cual aparece desde la Constitución de 1857, con las adiciones antes mencionadas, para incluir de manera expresa el derecho a una “defensa adecuada”. Además, se precisa que el nombramiento de defensor de oficio hecho por el juez se dará si el inculcado “no quiere o no puede” nombrarlo, después de haber sido requerido para hacerlo.

¹⁴ El antecedente histórico de las defensorías de oficio del fuero común se suele situar en 1847. En este año, en la sesión del 7 de febrero, el diputado Ponciano Arriaga propuso al Congreso del Estado de San Luis Potosí el establecimiento de las Procuradurías de Pobres, con el claro cometido de “ocuparse exclusivamente en la defensa de las personas desvalidas, denunciando ante las autoridades respectivas, y pidiendo pronta e inmediata reparación, sobre cualquier exceso, agravio, vejación, maltratamiento o tropelía que contra aquéllos se cometiere, ya en el orden judicial, ya en el político o militar del Estado, bien tenga su origen de parte de alguna autoridad, o bien de cualquier otro funcionario o agente público” Esquina Muñoz, *Las defensorías de oficio en México*, México, Porrúa, 2006.

Tiempo después, mediante la reforma al mismo artículo 20 constitucional (publicada en el *DOF* el 21 de septiembre de 2000), se introduce un apartado B [actualmente, apartado C] que contempla los derechos de las víctimas y de los ofendidos por un delito a fin de que estos derechos se ejerzan durante los procedimientos penales. Cabe observar que en dicho apartado se prevé, entre otras cosas, que las víctimas u ofendidos tengan derecho a recibir asesoría jurídica e información del curso del caso durante su tramitación, si así lo solicitan (Ojeda, 2013). De tal manera que la propia Constitución establece una clara distinción entre el derecho a la defensoría pública para el inculcado por la comisión de un delito (que hasta ese entonces permanecía inalterado) del derecho a la asesoría jurídica de las víctimas u ofendidos por el mismo. Esta distinción dará lugar al surgimiento de vías separadas en el modelo prestacional, pues, por una parte, continúan funcionando las oficinas de la defensoría pública federales y locales y, por otra, la asesoría jurídica a las víctimas u ofendidos del delito queda en manos tanto del Ministerio Público, sobre todo para brindar información, como de otras instancias especializadas en la atención de los mismos.

Por último, la reforma constitucional de mayor envergadura en la materia que nos ocupa se presentaría hasta el 2008, con la modificación y adición a los artículos 17 y 20 de la Constitución (publicadas en el *DOF* el 18 de junio de ese año), entre otros, en el marco de la ambiciosa reforma para reestructurar el sistema de impartición de justicia en materia penal y para fortalecer la política de combate a la delincuencia organizada. En palabras del ministro Silva Meza (2013: 10), esta reforma representaría “no sólo un parteaguas en los sistemas de procuración e impartición de justicia, sino un verdadero cambio de paradigma para todos los actores que conforman un Estado democrático de Derecho, especialmente los defensores públicos [...]”.

Así, se introduce un párrafo, ahora en el artículo 17 constitucional, en el que se establece: “La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones

para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público”.

Como puede observarse del precepto constitucional anterior, el contenido y alcance del derecho como tal a la defensoría pública permanece inalterado.¹⁵ Sin embargo, con dicha adición se pretende fortalecer la institución en aras de mejorar la calidad de los servicios prestados. Al respecto, la Cámara de Senadores, en el Dictamen de Primera Lectura aprobado el 13 de diciembre de 2007 durante el proceso de la reforma constitucional en comento, manifestó que:

El establecimiento de un servicio de defensoría pública de calidad para la población se convierte en una forma eficaz de garantizar el acceso de la población a la justicia, atendiendo las desigualdades de la sociedad mexicana, en la que un alto porcentaje se encuentra sometido a la pobreza extrema. Por ello, se prevé que esta institución de defensa sea de calidad, con personal profesional capacitado, de carrera y con un ingreso que no podrá ser inferior al que corresponda a los agentes del Ministerio Público, que tenga la misión de defender a cabalidad a la población que así lo solicite y la visión de ser el garante del respeto de los derechos de las personas en controversias con otros individuos o en conflicto con la ley.

Sobre el particular, es necesario poner énfasis en dos cuestiones: la primera se refiere a la intención del Constituyente permanente de fortalecer la defensoría pública en aras de proteger a las personas en situación de “pobreza extrema”, aun cuando su prestación queda abierta a quien así lo solicite. La segunda, por su parte, corresponde al vínculo de la defensoría pública con el ámbito penal. No debemos olvidar que la reforma de 2008, a pesar de modificar el artículo 17 constitucional correspondiente a la garantía de acceso a la justicia cualquiera que sea el ámbito materialmente jurisdiccional, se realiza en el marco de la reforma al sistema de justicia penal en México. En ese sentido, cabría preguntarse si nuestra Norma Fundamental garantiza efectivamente la asistencia legal en los diversos órdenes jurisdiccionales, o si, por el contrario,

¹⁵ Si bien el derecho subjetivo a la defensa pública gratuita por parte de los imputados no es modificado, a nivel constitucional se debe especificar que las funciones de los defensores y la forma de llevar a cabo su intervención en el desarrollo del proceso penal necesariamente tendrá que cambiarse, como consecuencia de la aplicación del sistema acusatorio en la práctica forense. Sobre el particular, véase Velázquez Falcón “La defensa pública en el sistema acusatorio”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, núm. 14, diciembre de 2012.

Dimensiones de la asistencia legal. Una propuesta de política pública para el Distrito Federal

se trata de un derecho público subjetivo de carácter fundamental dirigido en exclusiva a la protección de los imputados de un delito.

Si atendemos al contexto en el que fue adicionado el párrafo del artículo 17 constitucional en comento, así como a la tradicional diferenciación conceptual entre “defensa pública” y “asistencia legal”, la respuesta a la interrogante anterior sería negativa. Nuestra Constitución, con independencia del desarrollo legislativo que se efectúe en el sentido de ampliar su contenido mínimo, no hace referencia expresa a la prestación pública de los servicios jurídicos en otros órdenes jurisdiccionales (distintos al ámbito penal).

Por lo que se refiere al artículo 20 constitucional, la reforma de 2008 introduce un nuevo inciso A) con el objetivo de plasmar los principios que conformarán el nuevo modelo acusatorio y oral de justicia penal, de tal manera que los derechos del inculcado (ahora denominado imputado) pasan al inciso B), y los derechos de la víctima o del ofendido se recorren a un inciso C).

En los derechos que corresponden al imputado se mantiene el derecho a la defensa adecuada en la fracción VIII, precisando que la misma deberá realizarse mediante abogado, electo libremente, incluso desde el momento de la detención. Con ello, se elimina tanto la posibilidad de una defensa propia como la ominosa figura de la persona de confianza, que no sólo dio lugar a importantes actos de corrupción sino que, además, carecía del sentido propio de equilibrar a las partes contendientes en el litigio por medio de un servicio profesional de calidad.

Por lo que hace al derecho de las víctimas u ofendidos por la comisión de un delito, la reforma de 2008 mantiene inalterado su derecho de asesoría jurídica. No obstante, en términos de lo dispuesto en el citado Dictamen de Primera Lectura de la Cámara de Senadores (2007), con dicha reforma se establece “una nueva dimensión constitucional de la coadyuvancia para los efectos de que la víctima pueda intervenir directamente en el juicio e interponer los recursos en los términos que establezca la ley”. Además, se amplía el alcance del derecho a impugnar las resoluciones de no ejercicio de la acción penal para los efectos de que comprenda todas las formas en que ello pueda suceder, es decir, cuando se trate del desistimiento y de la reserva. Esta situación implica necesariamente replantear el alcance de los servicios jurídicos gratuitos con el objeto de que las víctimas

y ofendidos del delito puedan ejercer efectivamente esos derechos recogidos en la reciente Ley General de Víctimas, publicada en el *DOF* el 9 de enero del presente año.

Así las cosas, la consagración de la defensoría pública y la asistencia jurídica en nuestra Constitución, a raíz de la reforma constitucional de 2008, si bien pretenden contribuir al fortalecimiento del debido proceso y la posición de las víctimas u ofendidos por un delito, continúan con la vieja práctica de dirigir sus esfuerzos al ámbito exclusivamente penal, toda vez que sus más recientes avances se sitúan en el marco de la política criminal del Estado mexicano. Ello, por supuesto, pierde de vista el sentido amplio del debido proceso (llevado a cualquiera de los órdenes jurisdiccionales) y el carácter de la asistencia legal como uno de sus mecanismos *ad hoc* para garantizar su efectividad. Ésta tiene como razón última la realización de los principios de igualdad material y contradicción para alcanzar el objetivo de la justicia en cualquiera de sus manifestaciones.

En vista de ello, no podemos perder de vista que con la reforma al artículo 1º constitucional, publicada en el *DOF* el 10 de junio de 2011, se establece de manera integral el marco jurídico de los derechos humanos que contempla tanto la fuente constitucional como la internacional (Salazar, 2013). De esta manera, tales derechos se articulan y coordinan por medio de diversos principios y técnicas de interpretación, entre los que cabe mencionar el “principio *pro persona*”. En ese sentido, los estándares internacionales de la asistencia legal resultan plenamente aplicables en nuestro sistema jurídico con un rango constitucional. Esto es así si tomamos en consideración que la asistencia legal se concibe como uno de los instrumentos necesarios para la plena realización del acceso a la justicia y el debido proceso.

Además, el ámbito de protección de la asistencia legal dentro del orden constitucional está compuesto por un contenido mínimo cuya significación práctica requiere de un desarrollo legislativo del que se deriven pretensiones jurídicas bien delimitadas y alegables ante los poderes públicos. Por ello, la asistencia legal puede sufrir modificaciones que amplíen su contenido constitucional e, incluso, reduzcan el nivel de las prestaciones por consideraciones de política económica, sin que ello pueda implicar una desnaturalización o alteración del derecho que la Constitución reconoce.

2.2. Su régimen en el Distrito Federal

El Distrito Federal adquiere un sistema propio distinto al federal aun con anterioridad a la reforma de la Constitución política de 1993, que lo dota de cierta autonomía. Sus antecedentes jurídicos más remotos, ya bajo la égida de la Constitución Política de 1917, suelen situarse en la promulgación de la Ley de la Defensoría de Oficio Federal el 9 de febrero de 1922 y con la publicación de su Reglamento el 25 de septiembre del mismo año. No obstante, no sería sino hasta la emisión del Reglamento de la Defensoría de Oficio del Fuero Común, en el Distrito Federal, por el entonces presidente Lázaro Cárdenas, cuando habría una institución específica con una configuración propia (Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007: 33 y 34).

Si bien ya desde ese entonces el servicio de asistencia legal comprendía la atención a personas que afrontaran una controversia jurídica de carácter civil, sería hasta la Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común del Distrito Federal de 1987 cuando lograría extenderse esta prestación a las materias familiar y de arrendamiento inmobiliario.

En la vigente Ley de Defensoría de Oficio del Distrito Federal (LDODF), publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 17 de junio de 1997, se mantiene la prestación de asistencia legal (entendida como la asesoría jurídica, el patrocinio y la defensa pública gratuita), en las materias penal, civil, familiar y del arrendamiento inmobiliario, a todo lo cual se añade la justicia cívica y de manera especializada, la justicia para adolescentes (artículos 11 a 13).

Cabe subrayar que la Ley actual, además de fortalecer el ámbito de aplicación material de los servicios de defensoría pública y patrocinio, introduce como parte del servicio de asistencia legal la asesoría jurídica en cada una de las materias antes indicadas.¹⁶ De esta manera, se amplía el contenido prestacional de los servicios brindados por la Defensoría Pública.

Ahora bien, por lo que hace al alcance de los beneficios que comporta la LDODF, es necesario hacer mención de su artículo 10, en el cual se establecen, en términos generales, ciertos requisitos de elegibilidad para los usuarios. De conformidad con este precepto

jurídico, los interesados en obtener los servicios de asistencia legal deberán:

- I. Manifestar que no cuentan con los servicios de un defensor o con una persona de confianza que lo defienda;
 - II. Presentar la documentación e información indispensable para el patrocinio o defensa del asunto que corresponda y,
 - III. *En su caso*, aprobar el estudio socioeconómico a que se refiere esta ley.
- [...] ¹⁷.

Como se advierte del citado precepto jurídico, la exigibilidad de estos requisitos y, en particular, la aprobación del estudio socioeconómico están sujetas a ciertas excepciones que la propia Ley contempla. Para efectos meramente expositivos, veamos a continuación los diversos supuestos que dan lugar a variaciones en los requisitos de elegibilidad y, por ende, en el alcance de la protección del derecho a la asistencia legal.

2.2.1. La asesoría jurídica gratuita en materia penal, civil, familiar; del arrendamiento inmobiliario, de justicia cívica y de justicia para adolescentes

La asesoría jurídica a los interesados en las materias antes indicadas supone sencillamente la orientación e información necesaria para la toma de decisiones por parte de los usuarios sobre sus alternativas jurídicas y, en su caso, sobre la viabilidad de sus pretensiones. Esto incluye, por supuesto, la información relativa al cumplimiento de los requisitos de habilitación para constituirse en beneficiarios de la asistencia legal. De tal manera que la asesoría jurídica, además de fungir como una herramienta útil de orientación para los usuarios, podrá considerarse un claro mecanismo para desincentivar la litigiosidad temeraria u ociosa.

De acuerdo con la LDODF, en su artículo 13, esta prestación se proporciona a todo aquél que así lo solicite y que no sea sujeto del servicio de Defensoría. En consecuencia, la provisión de asesoría jurídica en materia penal, civil, familiar, del arrendamiento inmobiliario, justicia cívica y justicia para adolescentes, no requiere de ningún tipo de acreditación por parte de los usuarios sobre su situación económica o social,

¹⁶ Cfr. *Diario de los Debates de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal*, núm. 16, 30 de abril de 1997, pp. 42 y ss.

¹⁷ Las cursivas son nuestras.

Dimensiones de la asistencia legal. Una propuesta de política pública para el Distrito Federal

pues basta con la mera petición para que la misma sea procedente (artículo 8, fracción XIII, de la LDODF).

2.2.2. Los servicios de defensoría pública para los imputados por la comisión de un delito

En consonancia con lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este servicio se presta tanto a los imputados por la comisión de un delito que solicitan la presencia de un defensor de oficio, incluso desde la etapa de la averiguación previa, como a quienes después de haber sido requeridos por el juez no designan a un abogado. En este sentido, al igual que en el supuesto anterior, la habilitación de la prestación no está sujeta a ningún tipo de acreditación por parte de los usuarios respecto de su posición socioeconómica. Para gozar de este beneficio basta con omitir la designación de un abogado privado.

Así las cosas, la apertura en la concesión del servicio de defensoría pública a cualquiera que lo solicite se distancia de la vieja tradición jurídica de vincular la asistencia jurídica gratuita con la insuficiencia de recursos para litigar, a pesar de que sean precisamente las personas en situación de desventaja quienes más requieran del servicio. Si bien podría pensarse *ab initio* que esta situación presupone la prelación del derecho a una defensa adecuada y del principio de igualdad de armas, lo cierto es que la adopción de esta postura resulta argumentable, dadas las restricciones presupuestarias a las que está sujeto el erario público.

Una defensa pública de alta calidad, sin criterios específicos de racionalización del servicio que dirijan la prestación a quien realmente lo necesita, tiene por necesidad un impacto sobre la demanda. Una mayor demanda de servicios de defensoría, con una oferta constante o con un crecimiento inferior al incremento de la propia demanda, se traduce en ineficiencias que redundan en la creación de nuevos obstáculos para la efectiva realización del derecho a la defensa “adecuada”. De tal manera que el problema se traslada del acceso a la asistencia jurídica a la forma y términos en los que ésta se desarrolla. Así, la disminución de la calidad del servicio de defensoría pública se constituye en el único mecanismo de contención para el incremento de la demanda. De ser este el caso, se afectaría la obligación universal del Estado para garantizar el debido proceso, respecto de aquellas personas que

carecen de la posibilidad de contar con los servicios jurídicos privados.

Una cuestión adicional por considerar, sin que sea objeto del presente estudio, es la rivalidad que podría generarse respecto del mercado de servicios jurídicos, por lo que hace a los abogados privados que defienden las causas penales.

2.2.3. Los servicios de asistencia legal en la justicia para adolescentes

El mismo criterio de amplitud para el otorgamiento de la prestación de servicios de defensoría se aplica en la justicia para adolescentes, sea que éstos hayan sido presentados ante una autoridad administrativa o judicial. Estos servicios también implican el apoyo para quienes ejerzan la patria potestad del menor, sus custodios o tutores. Cabe decir que la Ley es sumamente generosa por lo que hace a la procedencia del servicio de asistencia jurídica, tratándose de la justicia para adolescentes, pues además del estudio socioeconómico, los exenta de presentar la información indispensable para preparar el patrocinio o defensa del asunto que corresponda para determinar la procedencia de la prestación (artículo 10 de la LDODF).

Al respecto, cabe señalar que las consideraciones anteriores respecto de los términos abiertos en los que se otorga el servicio de defensa pública en materia penal y sus posibles consecuencias sobre la demanda de los servicios jurídicos gratuitos no resultan aplicables en la justicia para adolescentes, pues éstos son considerados, dentro de los estándares tanto nacionales como internacionales, sujetos dignos de una protección jurídica reforzada.

Así pues, los límites para ejercer el derecho a la asistencia legal no deben restringirse a la lógica de la capacidad económica de los usuarios. De hecho, como hemos visto en el apartado correspondiente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la prestación del servicio de asistencia jurídica, desde esta perspectiva internacional, ha ido ampliando sus estándares mínimos para abarcar a todas aquellas personas en situación de vulnerabilidad.

Sobre el particular, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006: 9) ha dicho que

hoy se entiende en general que la pobreza es un resultado de la *falta de poder efectivo* y de la *exclusión*.

La pobreza es no sólo la falta de bienes materiales y oportunidades, como el empleo, la propiedad de bienes productivos y el ahorro, sino la falta de bienes físicos y sociales, como la salud, la integridad física, la ausencia de miedo y violencia, la integración social, la identidad cultural, la capacidad de organización, la capacidad para ejercer influencia política y la capacidad para vivir con respeto y dignidad.

En ese contexto debe entenderse la protección tan amplia en materia de acceso a la justicia para los adolescentes y, en consecuencia, de las herramientas con que cuenta este derecho fundamental para su efectividad y plena realización.

2.2.4. Los servicios de defensa pública para los presuntos infractores que contravengan la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal

Al respecto, la ley de la materia establece, en su artículo 64, que el probable infractor presentado ante el juez cívico por la policía tiene el derecho a contar con un defensor de oficio o, a solicitud del probable infractor, a defenderse por sí mismo o por una persona de su confianza (siempre que no se trate de menores o personas con discapacidad). Cabe decir que este ordenamiento jurídico no establece ningún requisito de elegibilidad para proporcionar los servicios de asistencia legal, por lo que se abre para todo aquel que así lo solicite.

Sin embargo, un caso especial en esta materia se constituye respecto de la causación de daños ocasionados por el tránsito de vehículos previsto en la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal. En este supuesto, tanto la LDODF como la Ley de Cultura Cívica omiten hacer referencia a la procedencia de la prestación de asistencia jurídica en relación con los presuntos infractores, por el contrario, sólo aluden a los agraviados por la causación del daño. De hecho, el artículo 77 bis 6, fracción II, de la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal prevé que el juez de la causa “[p]roporcionará al agraviado, en su caso, el formato

de demanda respectivo para su llenado con auxilio de un defensor que le asigne la Defensoría de Oficio”.¹⁸

De igual manera, el artículo 8º, fracción XIII, de la LDODF, exceptúa expresamente a los agraviados por el daño causado por el tránsito de vehículos de someterse al estudio socioeconómico requerido para la procedencia de la asesoría jurídica. Lo cual, en efecto, podría resultar redundante si se considera que dicho estudio no está considerado para ningún tipo de orientación jurídica requerida. Además, esta Ley establece una remisión expresa en materia de cultura cívica a la ley especial de la materia (artículo 9 *in fine*).

Entonces, ¿podríamos interpretar que la sola referencia a los agraviados por daños culposos causados con motivo del tránsito de vehículos, sin alusión al presunto infractor, excluye a éstos del servicio de defensoría pública? Como se desprende de la página de internet de la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal, los presuntos infractores efectivamente se encuentran excluidos del servicio.¹⁹

De acuerdo con los estándares internacionales en la materia antes señalados, la asistencia legal comprende dentro de su ámbito de aplicación cualquier acto que emane del Estado que pueda vulnerar algún derecho (sea jurisdiccional o administrativo), cuando así se justifique en razón de la escasez de recursos, la situación de vulnerabilidad, la complejidad del caso o la gravedad de los derechos afectados. De tal manera que la exclusión *a priori* de los probables infractores por la causación de un daño vehicular, aun sin que se haya determinado mediante resolución del juez cívico su carácter de tal, podría rivalizar con el objetivo de acceso a la justicia y el debido proceso.

2.2.5. El patrocinio y la defensa pública en materia civil, familiar y del arrendamiento inmobiliario

A diferencia de los supuestos anteriores, en estos casos el servicio de patrocinio o defensa pública se encuentra acotado, en términos generales, a la capacidad económica de los usuarios. De ahí que sólo en tales circunstancias se requiere del estudio socioeco-

¹⁸ El Artículo Quinto Transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal; la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal; el Código Civil para el Distrito Federal; el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; la Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal y la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 13 de marzo de 2008, establece que en el caso de una demanda de pago de daños culposos causados con motivo del tránsito de vehículos se brindará asistencia legal por parte de la Defensoría de Oficio “para todos los agraviados que así lo soliciten”.

¹⁹ *Cfr.* <http://www.consejeria.df.gob.mx/index.php/tramites#descripcion-del-tramite> [página visitada el 19 de septiembre de 2013.]

Dimensiones de la asistencia legal. Una propuesta de política pública para el Distrito Federal

nómico para determinar la elegibilidad de quienes solicitan el servicio de asistencia legal.²⁰

Al respecto, el artículo 11 de la LDODF establece de manera textual lo siguiente:

En materia civil, familiar y del arrendamiento inmobiliario, el servicio será proporcionado en los casos en que, con base en el estudio socioeconómico que se practique para el efecto, la Dirección General determine que el solicitante carece de los recursos económicos necesarios para retribuir a un defensor particular, con excepción de la intervención de defensores de oficio en materia familiar de acuerdo a lo establecido en los artículos 943 y 950 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal [CPCDF]. Al efecto, el Reglamento de esta Ley establecerá el límite máximo de ingreso mensual que deba percibir el solicitante para que pueda ser atendido, los casos de excepción y las demás modalidades de la asistencia jurídica gratuita para satisfacer las necesidades de los habitantes del Distrito Federal en esta materia.

Las excepciones a que se refiere el precepto anterior hacen alusión, en primer lugar, a cualquier derecho y su correlativa obligación en materia de alimentos, calificación de impedimentos de matrimonio, diferencias entre cónyuges sobre la administración de sus bienes comunes, educación de los hijos, oposición de padres y tutores, violencia familiar y “en general, de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial” (artículo 942 del CPCDF). Así, la posibilidad de contar de manera inmediata con la asesoría y patrocinio de un defensor de oficio sin la necesidad de que se practique el estudio socioeconómico, en materia familiar es sumamente abierta. Sólo resultan inaplicables dichas consideraciones a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad, de acuerdo con el propio precepto.

En segundo lugar, el artículo 950 del CPCDF establece la asistencia de un abogado de oficio para todo aquel que careciere de uno particular y desee promover un recurso para hacer valer sus agravios en cualquier controversia de orden familiar. De este modo, tratándose de la interposición de un recurso en ma-

teria familiar, no se requiere comprobar la posición económica del recurrente.

El CPCDF establece otro caso especial, de aplicación genérica, que permite exceptuar a los justiciables de cualquier consideración sobre su situación económica o social. Este caso está previsto en el artículo 46 del propio Ordenamiento, donde se establece que si una de las partes en litigio cuenta con asesoría y la otra no, se dará aviso a la Defensoría de Oficio “para que provea a la atención de dicha parte en los trámites subsecuentes del juicio”. Cabe advertir que con esta disposición normativa la regla general de practicar el estudio socioeconómico como requisito para otorgar el servicio público de patrocinio y defensa jurídica se convierte en la excepción, a pesar del sentido claro de proteger el principio de igualdad de armas entre las partes contendientes.

Ahora bien, tratándose del arrendamiento inmobiliario, la LDODF prevé como únicos requisitos de elegibilidad para convertirse en beneficiario del servicio de asistencia legal los previstos por el citado artículo 10 de la misma. No obstante, el Reglamento de la LDODF, publicado en el DOF el 18 de agosto de 1988, establece algunas restricciones adicionales para otorgar el servicio. En concreto, el citado ordenamiento establece en su artículo 15, fracciones III y IV, que sólo podrá proporcionarse el servicio de defensoría de oficio cuando el solicitante del servicio tenga la calidad de arrendador en los juicios inquilinarios o cuando, teniendo el carácter de arrendatario, el solicitante cubra una renta mensual mayor de veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (artículo 15 del Reglamento).

Sobre el particular, cabe advertir que las restricciones que establece el Reglamento respecto del ejercicio del derecho de asistencia legal en los juicios de arrendamiento inmobiliario pueden ser contrarias no sólo al derecho de acceso a la justicia y a la igualdad de armas de las partes contendientes en el litigio, sino que además transgreden los límites establecidos por la propia Ley.

Este comentario se hace extensible a la restricción adicional que incorpora el citado precepto jurídico para el ejercicio del derecho a la asistencia legal, con-

²⁰ De conformidad con el Reglamento de la Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal, “[n]o se proporcionará el servicio de defensoría de oficio en materia civil, familiar o de arrendamiento inmobiliario a los solicitantes cuyos ingresos mensuales sean superiores a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, salvo lo dispuesto en los artículos 943 y 950 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. El límite anterior podrá ser ampliado por el Jefe del Departamento, mediante acuerdo que se publique en la Gaceta Oficial del Departamento del Distrito Federal” (artículo 12).

sistente en que el servicio no será brindado cuando la finalidad del solicitante sea obtener un lucro. En otras palabras, este límite supone la exclusión de asuntos de carácter mercantil.

Así las cosas, la Ley de Defensoría de Oficio del Distrito Federal establece, en algunos casos, la prestación gratuita de los servicios jurídicos de manera abierta, sin restricción alguna y, en otros, limita el contenido de la prestación de manera *a priori*, sin tener en cuenta la situación específica de los posibles beneficiarios. Sin duda alguna, somos de la opinión de que una prestación sumamente generosa puede llegar a rivalizar con el objetivo de acceso a la justicia. La falta de criterios de racionalización del servicio que dirijan la prestación gratuita a quienes efectivamente lo necesitan puede dar lugar a la creación de nuevos obstáculos para el acceso a la justicia, tales como la congestión del servicio y, con ello, la disminución en la calidad de la atención de los asuntos.

Los recursos con los que actualmente cuenta la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal para brindar los servicios de defensoría de oficio y asesoría jurídica son limitados. Hasta agosto de 2013, el número de defensores de oficio adscritos ascendía a 472, de los cuales, 118 estaban asignados a las materias civil, familiar y del arrendamiento inmobiliario; hay 304 para la materia penal y de justicia cívica y 50 para la materia de justicia especializada para adolescentes. A todo lo cual se añade el cúmulo de asuntos atendidos durante el transcurso del presente año hasta el mes de agosto. En materia penal, el número de asesorías jurídicas brindadas fue de 33 275; en materia civil, familiar y del arrendamiento inmobiliario, se atendieron 11 663 causas y, finalmente, en justicia para adolescentes se aceptaron 5 535 solicitudes.²¹ Todo ello nos da un total de 50 473 asuntos atendidos por los defensores de oficio del Distrito Federal. En lo que va del año, la mayor carga de trabajo, correspondiente a un promedio de entre 107 y 110 asuntos por cada defensor, se coloca en el ámbito penal y en la justicia especializada para adolescentes, respectivamente.

Lo anterior no implica que los criterios de racionalización de los servicios de asistencia legal estén dirigidos a establecer criterios de elegibilidad de los

usuarios para la prestación pública del servicio. De hecho, en el ámbito penal podría cuestionarse su constitucionalidad, toda vez que la misma establece que el imputado por la comisión de un delito tendrá derecho a que se le asigne un defensor público “si no quiere o no puede nombrar a un abogado”. No obstante, este derecho no supone de manera indefectible la gratuidad absoluta del servicio. De ahí que si bien el legislador se vea constreñido a garantizar la presencia de un defensor de oficio con la mera solicitud o ante la ausencia de un abogado privado, puede estar en posibilidades de diseñar mecanismos que permitan valorar el cobro total o parcial del servicio, en atención a la situación socioeconómica de los beneficiarios.

Además, también con un sentido de política pública, en nuestra opinión siempre será preferible, en aras de garantizar el acceso a la justicia y el debido proceso, atender a criterios de racionalización (objetivos y subjetivos) por sujeto y no por materia. Con ello podríamos evitar juicios de valor *ex ante* sobre la necesidad de promover la igualdad de armas y el derecho a la defensa adecuada de cualquier persona.

Conclusiones

Como se advierte del desarrollo de la asistencia jurídica gratuita en nuestro entorno internacional, su prestación está íntimamente destinada a salvaguardar el acceso a la justicia y, de manera más específica, a garantizar el principio de igualdad en el juicio y antes de él mediante la asesoría jurídica. De ahí que se constituya en un mecanismo *ad hoc* para remover los obstáculos que supone la insuficiencia de recursos para litigar. Si bien en principio este derecho de contenido prestacional estuvo en lo fundamental asociado con la incapacidad económica de los justiciables para cubrir el elevado costo de litigar (sobre todo en referencia al pago de los honorarios de los abogados), los criterios de elegibilidad de los usuarios se han ido ampliando para reconocer también la posición social desaventajada de ciertos grupos vulnerables.

El sentido de este desarrollo se hace palpable en los estándares internacionales que sobre la asistencia legal se han venido conformando dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En estos es-

²¹ Cifras proporcionadas por el licenciado José Gustavo Esparza Díaz, enlace de la Oficina de Información Pública de la Dirección General de Servicios Legales de la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal, mediante el oficio núm. ENLACED-GSL/0472013, de 30 de septiembre de 2013.

Dimensiones de la asistencia legal. Una propuesta de política pública para el Distrito Federal

tándares se hace manifiesta la posibilidad de los Estados de dirigir la prestación de los servicios jurídicos gratuitos a quienes “acrediten” su situación económica desfavorable o se encuentren en condición de vulnerabilidad. Así, tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconocen implícitamente los problemas que supone dotar de efectividad a los derechos de contenido prestacional, en vista de la indefectible restricción presupuestaria del erario público. De ahí que conciba a la asistencia jurídica como un instrumento necesario para garantizar el acceso a la justicia, pero sujeto a los límites que cada Estado imponga, siempre que éstos no desnaturalicen ni desvirtúen el objetivo de su prestación. Dicho de otro modo, hay una clara correlación entre la asistencia jurídica y un criterio de *necesidad* por parte de los beneficiarios.

De igual forma, es importante advertir que dentro de los estándares internacionales que adopta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra la apertura del derecho a la asistencia legal hacia cualquier orden jurisdiccional en el que se requiera. En cualquier caso, el acceso a la justicia excede el ámbito del Derecho penal, pues se trata de un derecho fundamental aplicable a la defensa de cualquier interés jurídicamente tutelado. Por ende, las herramientas de las que se vale para garantizar su efectividad, como la asistencia jurídica gratuita, deben procurarse en cualquier materia en la que exista algún obstáculo que impida su realización.

Por su parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece ningún tipo de límite o restricción para determinar la elegibilidad de los imputados por la comisión de un delito para gozar de la defensa pública. De hecho, basta con la mera solicitud o la falta de nombramiento de un abogado privado para que se constituyan en beneficiarios del servicio. No obstante, a pesar de la amplitud de nuestra Norma Fundamental por lo que hace a esta garantía dentro del ámbito de la defensoría pública en materia penal, la Constitución es omisa respecto de la asistencia jurídica en otros órdenes jurisdiccionales.

Ello, como es evidente, no implica que se encuentre excluida en estos términos por nuestro orden constitucional. Sin embargo, el carácter imperativo de los servicios jurídicos gratuitos en las diversas materias distintas al ámbito del Derecho penal deriva de una interpretación integral que, además del derecho al acceso a la justicia, la defensa adecuada, el principio de

contradicción y la igualdad material, incluye el orden jurídico internacional de los derechos humanos mediante la aplicación del artículo 1º constitucional.

Ahora bien, si contrastamos todo lo anterior con la legislación del Distrito Federal en la materia de Defensoría de Oficio, observamos que ésta adopta ciertos estándares que, en algunos casos, superan el contenido mínimo de orden constitucional y, en otros, restringe la prestación de los servicios públicos de patrocinio jurídico. Esta circunstancia nos lleva a cuestionar la necesidad de realizar ciertos ajustes en la legislación de la entidad que permitan establecer cierto equilibrio entre la oferta y la demanda de los servicios, con criterios claros de racionalización que privilegien la situación desaventajada de quienes en efecto necesitan de una asistencia jurídica gratuita.

Bibliografía

- Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, Dictamen de 1a. Lectura de la Minuta con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, elaborado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; Gobernación; Seguridad Pública y de Estudios Legislativos del Senado de la República, aprobado el 13 de diciembre de 2007.
- Canales, Patricia, y Loiseau, Virginie (2004), “La asistencia jurídica gratuita en la legislación de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Serie Estudios, año XIV, núm. 293, mayo de 2004, pp. 1-60.
- Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo, (Cuatro estudios de Derecho comparado)*, trad. de Héctor Fix Fierro, México, Porrúa, 1993.
- , y Bryant Garth, “Access to Justice and the Welfare State: An Introduction”, en Mauro Cappelletti (ed.), *Access to justice and the welfare state*, Florencia, European University Institute, pp. 1-26.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Informe especial sobre la Defensoría de Oficio del Distrito Federal, 2006*, México, 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual núm. 6/97*, Caso 11.071, Nación Checoí vs. Estados Unidos, 1996.

- , *Informe núm. 81/05*, Caso 11.862, Andrew Harte y Familia vs. Canadá, Resolución de inadmisibilidad de 24 de octubre, 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 1990.
- , Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, 2003.
- , Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero. Serie C No. 71, 2001a.
- , Caso Baena Ricardo vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero. Serie C No. 72, 2001b.
- , Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre. Serie C No. 218, 2010.
- Esquinca Muñoa, César, *Las defensorías de oficio en México*, México, Porrúa, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de defensa pública”, *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*, III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, Buenos Aires, 11, 12 y 13 de junio de 2008, Buenos Aires, La Ley.
- Fix-Fierro, Héctor, y Sergio López Ayllón, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en Diego Valadés y Diego Gutiérrez Rivas (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- Fix Zamudio, Héctor, “Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 2, 2002, pp. 11-50.
- García Ramírez, Sergio, y Olga Islas (coords.), *Foro sobre Justicia Penal y Justicia para Adolescentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2013. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2680>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre el Enfoque de Derechos Humanos en la Cooperación para el Desarrollo*, Nueva York/Ginebra, ONU, 2006. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>
- Ojeda Velázquez, Jorge, “Garantías de la víctima y del ofendido”, en Sergio García Ramírez y Olga Islas (coords.), *Foro sobre Justicia Penal y Justicia para Adolescentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2013.
- Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, aprobado por la Comisión el 7 de septiembre, 2007. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodescindice.sp.htm>
- Rodríguez García, Nicolás, *Justicia gratuita: un imperativo constitucional*, Granada, Comares, 2000.
- Salazar, Pedro, “¿Jerarquía entre derechos constitucionales e internacionales?”, *El juego de la Suprema Corte. Blog de la revista Nexos*, 2013. Disponible en: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3021>.
- Silva Meza, Juan N., “La independencia del Defensor Público ante los nuevos paradigmas constitucionales”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, núm. 15, junio de 2013.
- Thompson, José (coord.), *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*, San José, Banco Interamericano de Desarrollo/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.
- Velázquez Falcón, Delfino, “La defensa pública en el sistema acusatorio”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, núm. 14, diciembre de 2012.

Violencia basada en el género en un barrio de Saltillo, Coahuila. Propuesta de método y de intervención

Luis González Placencia

Instituto para la Seguridad y la Democracia

Laura Díaz de León Fernández de Castro

RESUMEN: En el contexto de la creciente violencia en México, la población más afectada son las mujeres, debido a lo que se conoce como violencia basada en género (VBG). En una situación que tiende a percibirse con indiferencia y normalización, se establece un vínculo entre feminicidio y dominación patriarcal en el que los roles de femineidad y masculinidad contribuyen a la violencia de género. Este artículo aborda el problema desde una perspectiva teórica como marco teórico para una investigación de campo. Así, se introduce el tema con una caracterización de la violencia de acuerdo con diversos especialistas en la materia, sus enfoques y modelos, para estudiar la violencia de género como un complejo fenómeno social. A continuación se presenta la metodología y los resultados de un estudio realizado en Saltillo, Coahuila, en particular sobre la presencia de conductas violentas entre un grupo de mujeres, con el objetivo de impulsar la erradicación de prácticas, actitudes y valores que sustentan la VBG y proponer una metodología aplicable en otras comunidades.

PALABRAS CLAVE: Agresión, violencia basada en género, rol de género, violentómetro.

ABSTRACT: In the context of the growing violence in the country, the most affected population are women, due to what is known as gender-based violence (VBG). In a situation that tends to be seen with indifference and normalization, there is a link between femicide and patriarchal domination in which the roles of femininity and masculinity contribute to gender-based violence. This paper addresses the problem from a theoretical perspective, as a theoretical framework of a field study. Thus the study is introduced by a characterization of the violence according to several specialists in the field, their approaches and models, to study violence against women as a complex social phenomenon. Then the methodology and the results of a study conducted in Saltillo, Coahuila, notably about the occurrence of violent behaviors among a group of women, with the aim of promoting the eradication of practices, attitudes and values which underpin the VBG and of putting forward a methodology that can be applied in other communities.

KEY WORDS: Aggression, gender-based violence, gender role, violence-meter.

SUMARIO: Introducción. Premisas teóricas y de método. Aproximación conceptual. Aproximación metodológica. Diseño de la investigación. Discusión. Conclusiones. Propuesta. Bibliografía. Anexo.

Introducción

En la última década, la violencia en general se ha recrudecido en el país. La prensa habla de cerca de 50 000 personas muertas, 130 000 desplazados y un número indeterminado de desaparecidos. Los informes recientes de Human Rights Watch y de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México revelan que la violencia está asociada con un número creciente de violaciones a los derechos humanos y que las personas que más resienten sus efectos son los defensores de derechos humanos, periodistas, migrantes, y, entre todos ellos, personas jóvenes y mujeres.

Por desgracia, el caso de las mujeres es transversal: se trata de periodistas, defensoras de derechos, jóvenes, niñas o simplemente mujeres que representan un sector altamente vulnerado cuando de la violencia en general decantamos la violencia basada en el género (VBG). Y es que, lamentablemente, la VBG es diacrónica; ha formado parte de la manera en que se relacionan hombres y mujeres desde siglos atrás, en prácticamente todo el mundo.

En México, el siglo XXI ha sido marco de un proceso de visibilización de la VBG debido al surgimiento de fenómenos asociados con diversas formas de violencia contra las mujeres. El caso de las denominadas “muertas de Juárez” resulta apenas emblemático cuando a lo largo de los años se ha sabido de múltiples casos de feminicidio en el Estado de México, Veracruz y Guerrero. De hecho, si se considera que el feminicidio constituye el comportamiento extremo de una serie de prácticas marcadas por la misoginia, la discriminación y el odio hacia las mujeres por el hecho de serlo, el espectro de la violencia se amplía de manera preocupante. Estudiosas como Catharine MacKinnon han planteado incluso que esa conducta, que presenta en uno de sus extremos la violencia simbólica y en el otro la aniquilación del género femenino, encierra una gran cantidad de comportamientos que con frecuencia son considerados “normales” o “irrelevantes” en las relaciones de género, y por esa razón son aceptados, sin ser cuestionados ni por las propias mujeres: indiferencia, desamor, sometimiento y control, por ejemplo.

Otras aproximaciones señalan que esos comportamientos se proyectan en el plano institucional como violencia estructural. De acuerdo con el Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio, uno de los problemas principales cuando se aborda la VBG radica en la ausencia de información confiable que se explica

no sólo como la falta de una práctica de registro eficiente de casos de mujeres violentadas, sino incluso de negación de esta forma de violencia, lo que demostraría una expresión de indiferencia institucional del fenómeno. Pese a ello, la actividad de diversos grupos de investigación permite demostrar que esta violencia no sólo es real sino que va en aumento.

En su reporte de 2009, el Observatorio documentó un aumento de 100 asesinatos de mujeres en 12 estados respecto al último semestre de 2008. Estas cifras confirman la existencia de dos grandes tendencias en los asesinatos violentos de mujeres: por un lado, los cometidos por la pareja, un familiar o personas conocidas por la víctima; por otro, los asesinatos cometidos por desconocidos. La primera tendencia muestra que la violencia se produce como un medio de control y de sometimiento asociado de manera directa con la relación víctima-victimario. En estos casos, los cuerpos sin vida fueron hallados dentro de casas habitación. La segunda tendencia revela crímenes en los que hay también tortura y violación y se realizan con frecuencia en la calle. Los datos señalan que, en ambas tendencias, las víctimas son en su mayoría jóvenes de entre 21 y 30 años de edad.

Por su parte, la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (Endireh) de 2006 señala, respecto de las relaciones de pareja, que en el medio urbano el riesgo de padecer violencia emocional, económica y física es mayor que en el rural, mientras que la violencia sexual señala una probabilidad similar en ambos medios. Si se considera la edad de las víctimas, la violencia sexual se presenta como un riesgo mayor para las mujeres de 30 a 44 años de edad, la violencia económica y la violencia física implican un riesgo mayor en las más jóvenes (menores de 25).

Los peligros de padecer violencia en general —sexual, económica, física y emocional— son mayores para las mujeres que viven en condiciones de hacinamiento, así como para las que trabajan fuera del hogar.

Como destaca el resultado de la encuesta, un hallazgo importante es que la autonomía de las mujeres no constituye, como podría pensarse, un antídoto contra la VBG; por el contrario, el resultado demuestra que a los hombres les sigue costando aceptar la emancipación laboral y económica de las mujeres y que ello se entiende como pérdida de control asociada con los roles de masculinidad tradicional.

La Endireh 2006 también señala el carácter intergeneracional de la VBG. La convivencia con golpes e in-

sultos en el entorno familiar de las niñas puede ser causa del aprendizaje de la violencia como forma de vida. Destaca que las mujeres que fueron muy maltratadas cuando niñas presentan riesgos superiores al 50% de probabilidad de sufrir violencia física y sexual por parte de sus parejas, y que este riesgo aumenta cuando además crecieron en un ambiente donde se les insultaba constantemente; también revela que en las niñas que fueron cuidadas por abuelos o tíos, la propensión a sufrir los cuatro tipos de violencia es mayor.

Hacer visibles esas formas “normalizadas” y “minimizadas” de la VBG resulta, por tanto, de gran relevancia, en especial, cuando su dimensión diacrónica empata con un momento en el que el aquí y el ahora encierran formas de violencia mucho más radical y evidente. De hecho, esa gran violencia que, como acontece en México, está asociada con homicidios sistemáticos con motivo de la llamada “guerra contra el crimen organizado”—en la que hay una exposición cotidiana a la imagen de personas sin vida, cruelmente torturadas, o bien, agredidas y consideradas inferiores y “sin derechos”— genera condiciones para que otras formas de violencia, como la VBG, se banalicen, justifiquen e incluso se fortalezcan.

Premisas teóricas y de método

Investigaciones recientes en materia de violencia problematizan las variables relacionadas con los comportamientos que suponen daño o aniquilación a partir de una distinción fundamental: aquéllos que se relacionan con la supervivencia, la sumisión y el dominio, que normalmente tienen lugar entre iguales, de los que suponen graves daños a otros que ya están de inicio en una posición de desventaja frente a quienes los cometen. El primer grupo de comportamientos se identifica con el concepto de “agresión”; el segundo, con el de “violencia”. En este sentido, los expertos afirman que si bien toda violencia comporta agresión, no toda agresión implica violencia. La agresión se autocontiene cuando se cumple el fin de someter; la violencia no se detiene porque justamente se realiza a partir de la posición de ventaja que le da la relación con lo sometido.

Si bien el consenso internacional concuerda en que no es posible asumir ningún tipo de determinismo cuando se habla de agresión y violencia, la investigación deja claro que es posible suponer interacciones entre los mecanismos neurobiológicos que disparan los comportamientos agresivos y diversos factores so-

ciales que forman actitudes, creencias y valores que los limitan por medio de la introyección de normas que prescriben el momento en el que un comportamiento agresivo debe cesar, o bien, alimentan prejuicios y prácticas discriminatorias que catalizan la violencia.

El impulso agresivo es un factor de supervivencia e incluso de cohesión aun en los grupos sociales, porque es una condición para reaccionar ante las amenazas del entorno, de otros grupos o de otros individuos; sin embargo, de la capacidad de una sociedad para transmitir los límites que la encauzan depende de que la racionalización de la agresión no se transforme en violencia. De ello se deriva una conclusión fundamental: incluso cuando haya bases neurobiológicas para la agresión, y que ésta sea un componente de la violencia, esta última no es natural ni constitutiva de los seres humanos. Y si la cultura —historia, sociedad, economía, política— define a la violencia, es posible, a través de la intervención en esos factores culturales, entenderla y tratar, al menos, de contenerla.

En este sentido, diversos autores hablan de la(s) violencia(s), con la intención de hacer evidentes las distintas manifestaciones que, asociadas con distintos discursos de dominación, han determinado históricamente las relaciones humanas. En la modernidad, claramente puede entenderse en este sentido la naturaleza excluyente/dominante de los “centrismos”, a partir de los cuales se definen claras relaciones de poder entre adultos y *menores*, normales y *anormales*, civilizados y *bárbaros*; sin embargo, la historia del patriarcalismo se remonta mucho más atrás en la historia de la humanidad, lo cual justifica que la violencia asociada al género sea considerada por algunas feministas como primigenia, puesto que atraviesa a todas las demás formas de dominación de manera que radicaliza el efecto discriminador cuando se aprecia que la consecuencia de la violencia es mayor si, además de ser *menor*, se es niña, o bien, además de ser *anormal*, *indígena*, *pobre* o cualquiera otra de las identidades que definen los binomios de dominación, se es mujer.

Queda claro que la dominación patriarcal ha sido justificada con argumentos religiosos, morales, asistenciales e incluso científicos, y fue hasta el tercer cuarto del siglo xx cuando un discurso emancipador, generado en el seno mismo de los movimientos feministas, desmontó todas esas justificaciones revelando los contenidos de dominación que indefectiblemente hay en ellas. No obstante, el producto de esa reflexión —de hecho, muy reciente— es insuficiente para

Violencia basada en el género en un barrio de Saltillo, Coahuila. Propuesta de método y de intervención

contrarrestar siglos de discursos y prácticas sostenidas en éstas, que han sido inoculados en hombres y mujeres por igual, aunque con consecuencias distintas para ellos y ellas.

Lo anterior implica que la violencia asociada al género tampoco puede considerarse atemporal. Sin duda, hay que proyectar hacia el pasado la relación ya planteada entre sus causas neurobiológicas y sociales.

Mucho se ha escrito en torno a este proceso de inscripción histórica de la violencia como una relación entre el dominador y el dominado. La dialéctica del esclavo en Hegel, la visión de Foucault sobre el poder e incluso la posición de Bordieu sobre la violencia simbólica dan cuenta de una especie de concesión que el dominado hace al dominador y a la dominación, que hacen parecer que esa relación de dominación resulta natural; con el paso del tiempo, y en el marco de distintas justificaciones, la dominación naturalizada se torna actitud, valor y práctica socialmente compartida.

En el caso de la violencia contra las mujeres, es difícil saber cómo empieza a tejerse su historia, pero algunos estudios ofrecen datos e hipótesis que pueden ser indicadores del proceso diacrónico de inscripción de la violencia de género como una forma de dominación “natural”. Evelyn Reed, por ejemplo, afirma que las diferencias entre los sexos fueron irrelevantes antes de que surgiera la sociedad de clases, y que es justamente a partir de ese momento, que da lugar a las desigualdades, cuando se construyen los discursos de inferioridad que intentan justificarla. Para las mujeres, ello significó, en relación con los hombres, la asignación de un significado de inferioridad biológica asociado con una visión sobre la maternidad en tanto que aflicción. A lo largo del tiempo, ha sido posible constatar cómo esa característica particular de las mujeres —la posibilidad de dar a luz— se asoció con otros roles (esposa, protectora de los hijos, guardia del hogar, el patrimonio y la familia) y con determinados atributos psicosociales necesarios para cumplir esos roles (abnegación, sumisión, fidelidad, sensibilidad) que en conjunto contribuyeron a la construcción de un estereotipo de femineidad que termina por acordonar las posibilidades de ser mujer a lo exigido por ese mismo estereotipo.

Lagarde ha hecho notar que la maternidad —definida como el conjunto de hechos de la reproducción social y cultural por medio del cual las mujeres crean y cuidan, generan y revitalizan durante toda la vida a los otros, de manera cotidiana y hasta la muerte— es el mecanismo por el que se construye la dependencia de

las mujeres, aun cuando no sean madres. La definición del ser mujer como fruto de su cualidad reproductiva proyecta el sentido de la maternidad hacia el potencial de ser madres, de modo tal que su vida social se asocia a capacidades (cuidar, alimentar, procurar, proteger) que la cultura le atribuye. No es extraño, por tanto, que la participación de las mujeres en el ámbito laboral durante la modernidad se haya caracterizado por posiciones asociadas a estas cualidades: profesoras, enfermeras, secretarías, cocineras, personal de limpieza. No lo es tampoco cuando se tiene en cuenta el rol que en la política nacional se ha asignado a las esposas de los mandatarios, y que las ha puesto a cargo de los organismos de asistencia privada o de protección a la infancia y la familia.

Incluso ya en plena época de emancipación femenina, en los últimos 40 años, muy pocas mujeres profesionistas logran trascender el llamado “techo de cristal” que, según Burin, representa simbólicamente un límite invisible en el ámbito laboral que no les permite ocupar posiciones de relevancia en instituciones, organizaciones y empresas, y que es construido precisamente a partir de una serie de prejuicios que *facilita* a las mujeres el cumplimiento, primordial, de sus funciones maritales y maternas.

Para Bartra (cit. en Lagarde), la idea de que las mujeres son tiernas, dulces y virginalmente maternas contribuye a que fuera de la familia se les asignen roles relacionales que son extensión de los de ama de casa, esposa y madre. Coincide, por tanto, en que la asignación extensiva de estos roles construye a las mujeres como seres devaluados, dependientes y sumisos.

Frente a estos roles, se construyen también los de la masculinidad. Según lo muestran Sotomayor y Román, las sociedades han construido un modelo hegemónico de masculinidad en el que los varones son impulsados continuamente a la búsqueda del poder y la dominación, frente a quienes son considerados más débiles. Según estas autoras,

en el hogar, el varón es criado con la idea de que hay dos tipos de personas: las que sirven y las que son servidas, respetadas, admiradas y obedecidas [...] De esta manera, el varón se considera a sí mismo el dueño, el padre, el jefe, en pocas palabras, a quien deberá atenderse, obedecerse y respetarse” (cit. p. 27).

La construcción social de la masculinidad tiene como base por tanto, la diferenciación respecto de

quien a su vez es construido como *débil* y, en consecuencia, objeto de sometimiento y de dominación. En este sentido, frente al estereotipo de feminidad, la afirmación de la masculinidad ocurre mediante la evitación continua y permanente respecto de las características de lo que es considerado femenino; así, el machismo y la homofobia tienen el mismo origen: la necesidad de autoafirmación.

Si la identidad masculina se define prioritariamente por oposición a lo que es femenino, la conducta masculina se rige por la exclusión. En un contexto donde se devalúa lo femenino y donde tanto la autoridad como el poder se consideran masculinos, la masculinidad se vuelve un concepto frágil (Kimmel, cit. en Sotomayor y Román) e inestable (Callirgos, *ibid.*). Por tanto, afirman Sotomayor y Román (cit.), está bajo sospecha; cualquier desviación es castigada por la homofobia, lo que exige probar cotidianamente que la masculinidad no se ha perdido.

Dado que la asignación de roles de género se vincula a la dominación, en la afirmación de la masculinidad, al proceso de diferenciación se añade la necesidad de ejercer el poder para mostrar capacidad de dominio.

En esta línea de pensamiento, la violencia de género aparece menos como un acto y más como un proceso. En dos sentidos nuevamente: uno filogénico, que representa la construcción histórica del patriarcalismo como *contexto prejustificador* de la diferenciación y de la dominación; y otro ontogénico, que actualiza ese *contexto de prejustificación* en la vida de un varón concreto frente a lo que amenaza su masculinidad. Simbólicamente hablando, en dicho contexto se encuentran las herramientas —discursos, relatos, herencias, símbolos, procesos, formas de relación, estereotipos— de las que cada varón echa mano para afirmar, en cada caso, su propia masculinidad. La violencia de género se configura, así, en el *continuum* entre violencia simbólica y aniquilación, de acuerdo con los niveles de intensidad que sean necesarios para satisfacer la necesidad de autoafirmación. Erradicar la violencia implica, por tanto, erradicar la necesidad de autoafirmación masculina y deconstruir el contexto prejustificador que la facilita.

Aproximación conceptual

La violencia, como se ha visto, es un concepto multívoco. De hecho, en 2010 se publicó el resultado de un foro interdisciplinario que, con la finalidad de analizar

el fenómeno de la violencia desde distintos ángulos, organizaron la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Conavim) y el Instituto para la Seguridad y la Democracia (Inside). De acuerdo con la presentación a cargo de la titular de la Conavim:

La violencia no es una suma de hechos aislados del contexto donde se producen; tampoco se limita exclusivamente a comportamientos delictivos. Se trata de un fenómeno social complejo, polifacético, con raíces biográficas, psicológicas, sociales, culturales y ambientales, para el que no existe una solución sencilla o única. Entender y analizar su génesis precisa el entrelazamiento de enfoques multidisciplinarios e intervenciones diversas en varios planos.

Sin embargo, armonizar marcos teóricos y métodos que permitan construir soluciones integrales no ha sido una tarea sencilla. De acuerdo con Jusidman,

para superar esta visión parcializada, organizaciones de la sociedad civil y del mundo académico argumentamos que la violencia es una construcción económica, social, cultural y política, y que en toda sociedad existen violencias diversas y de distinto grado en las relaciones entre las personas que la integran. Asimismo, consideramos que en la desigualdad, la discriminación, la pobreza y la exclusión existe una violencia estructural, que genera violencia de género, intergeneracional, social, criminal y de Estado.

De lo anterior se sigue que la VBG está sin duda asociada con otras violencias que, en distintos niveles y con diferentes consecuencias, se manifiestan en una sociedad en un momento determinado. Esta cuestión cobra importancia si consideramos que el momento que actualmente viven muchas zonas de nuestro país es definitivamente de los más violentos de nuestra historia; y aun cuando el rol central lo juega sin duda la violencia asociada al combate a la criminalidad, es evidente que hay un contexto que señala violencias precedentes que, puede pensarse, han sido catalizadoras del delito en las formas en las que éste se expresa hoy en día. La desigualdad, la discriminación, la pobreza y la exclusión a las que se refiere Jusidman son, en efecto, violencias preexistentes que dan perspectiva histórica y raigambre cultural a las relaciones de dominación entre hombres y mujeres, jóvenes y

Violencia basada en el género en un barrio de Saltillo, Coahuila. Propuesta de método y de intervención

CUADRO 1. *Modelo ecológico de Heisse (1998)*

Nivel	Factores constituyentes	Formas de expresión	Factores de riesgo
Microsocial	Primer plano: individual (factores biosociales que subyacen a la historia personal: edad, sexo, educación, ocupación, ingresos)	Modelos de identidad que pautan comportamientos, expectativas y códigos sexistas y discriminatorios que incorporan o legitiman el uso de la violencia.	Antecedentes de conductas agresivas o autodesvaloración. Trastornos de la personalidad. Adicciones o situaciones de crisis individual (pérdida de empleo, frustraciones profesionales, fracaso escolar).
	Segundo plano: relaciones con el medio: familia y amistades.	Modelos de identidad que pautan comportamientos, expectativas y códigos sexistas y discriminatorios que incorporan o legitiman el uso de la violencia.	Ambiente familiar violento. Agresiones como víctima directa o como testigo. Amistades que inciten a la violencia.
Mesosocial	Contextos comunitarios. Relaciones sociales en vecindarios, el barrio, la escuela y el trabajo.	Modelos de masculinidad asociados a la violencia en la adolescencia o a la intolerancia.	Conflictos comunitarios. Deterioro urbano. Hacinamiento. Penuria económica. Desempleo. Pocas oportunidades educativas y deportivas. Carencia de espacios lúdicos. Criminalidad. Drogas.
Macrosocial	Estructura de la sociedad.	Violencia legal, violencia institucional y violencia social.	Impunidad. Facilidad para adquirir armas. Ilegalidad. Corrupción. Falta de respeto por la autoridad.
Cronosistema	Historia. Sentido social y simbólico de la violencia.	Ideologías violentas.	Motivaciones epocales, personales, de grupo o colectivos. Racismo, fascismo, darwinismo, homofobia, fundamentalismos. Razias y ejecuciones.

viejos, clases sociales, pertenencias comunitarias y, desde luego, entre ciudadanía y Estado.

Por ello, si un cambio de estrategia en el combate al delito redundara en un abatimiento de la violencia que ahora vivimos —por ejemplo, en la reducción del número de muertos, la localización de los desaparecidos y la evitación del fenómeno de desplazamiento—, la VBG seguiría ahí, dado su carácter preexistente y su dimensión histórica. Por el contrario, entender y resignificar la VBG de modo que sea posible reentablar relaciones entre hombres y mujeres que no estén atravesadas por una asimetría de poder, sino por la necesidad de compensar la desigualdad, es una forma de reducir la violencia general, de manera que con ello se contribuye a construir relaciones de paz entre las personas.

Para el caso de Coahuila, esto es especialmente relevante si se considera que dicha entidad, por distintas

razones, se mantuvo hasta hace unos meses como un territorio donde la violencia explícitamente asociada a la criminalidad organizada no era visible.

Aproximación metodológica

Quizá el hallazgo más importante de la vasta investigación realizada hasta ahora en torno a la violencia de género radica en reconocer que se trata de un fenómeno complejo, difícil de abordar si no se adopta una perspectiva comprensiva, capaz de entender los procesos individuales, pero dentro de las dimensiones colectiva e histórica en las que se éstos se producen y significan.

Diversos autores han intentado construir modelos integrales para entender la VBG (Stih, William y Rosen; Corsi; Echeburúa y Fernández-Montalbo); sin embargo, el de Lori Heisse, quien se basó en la

aproximación ecológica de Uri Bronfenbrenner se ha utilizado mayormente para abordar el estudio de la violencia contra las mujeres. Heisse sistematizó los hallazgos de una importante cantidad de estudios de acuerdo con los niveles de análisis propuestos por Bronfenbrenner en su teoría ecológica y construyó el modelo explicativo de la violencia de género que se muestra en el cuadro 1.

El modelo de Heisse resulta de una importante riqueza en la medida en que ofrece un marco que relaciona la VBG con las otras formas de violencia en los niveles individual, familiar, comunitario y social; todo ello desde una perspectiva histórica.

Dado este potencial, Edith Olivares y Teresa Incháustegui tomaron este enfoque y lo enriquecieron para configurar lo que llamaron el *Modelo ecológico para una vida libre de violencia de género en ciudades seguras*. Con base en un análisis de la Ley Gene-

ral de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, incorporaron al modelo de Heisse cinco tipos de VBG, a saber: violencia sexual, física, emocional, económica y feminicidio. Las descripciones de cada tipo de violencia se presentan en el cuadro 2.

El cuadro muestra la denominación del tipo de violencia, su descripción y las conductas que encuadran en el mismo. Sin embargo, aunque presenta un orden que parte de la violencia sexual y concluye con el feminicidio, en realidad no jerarquiza los distintos tipos de violencia, lo que indica que muy posiblemente, para las autoras, todas estas expresiones de violencia son igualmente graves.

Aunque, desde luego, esta posición es compartida, la publicación reciente de un instrumento de muy sencilla aplicación para reconocer las prácticas de la VBG resulta de gran utilidad para establecer una escala de violencia que permite ordenar los comportamientos

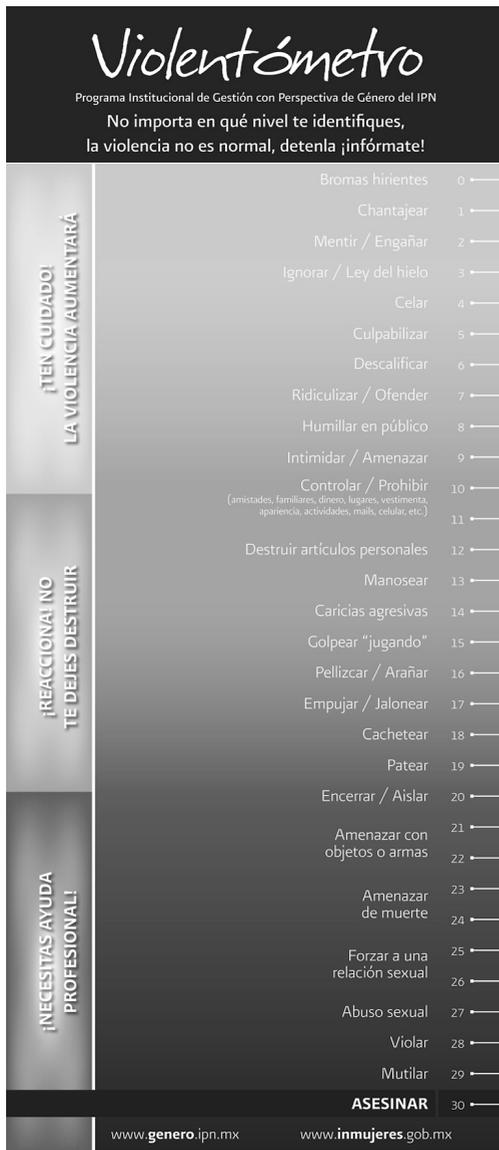
CUADRO 2. *Tipos de violencia según Olivares e Incháustegui*

Tipo de violencia	Descripción	Conductas
Violencia sexual	Cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de la víctima y que, por tanto, atenta contra su libertad, dignidad o integridad física. Es una expresión de abuso de poder que implica la supremacía masculina sobre la mujer, al denigrarla y concebirla como objeto.	Conductas sexuales en las que se utiliza la fuerza o intimidación. Violación en cualquiera de sus variantes. Actitudes y comportamientos que una persona adulta realiza para su satisfacción, sin consentimiento de la otra. Toda actividad sexual impuesta y no consentida por la otra parte: coerción sexual (emocional, física o económica), imposición forzada de determinadas prácticas sexuales.
Violencia física	Agresiones dirigidas al cuerpo de la víctima que implican daño o intento de daño permanente o temporal.	Empujones, jalones, golpes, puntapiés. Agresiones con armas. Agresiones con otros objetos.
Violencia emocional	Actos o conductas que producen desvalorización, sufrimiento o daño psicológico. Conductas que tienden a humillar a la persona y a causar un menoscabo en su valía. Agresiones que, si bien no inciden en el cuerpo de las mujeres, sí lo hacen en su valía, provocando deterioro, disminución o afectación en su estructura de personalidad. Actos u omisiones que lleven a la víctima a la depresión, la devaluación de su autoestima o al suicidio.	Abandono, actitudes devaluatorias, amenazas, burlas, celos, coacciones, comparaciones destructivas, condicionamientos, desamor, descuido, gritos, humillaciones, indiferencia, infidelidad, insultos, intimidaciones, marginación, menosprecio, omisiones, prohibiciones, rechazo, restricción a la autodeterminación, vejaciones.
Violencia económica	Actos u omisiones que afectan la supervivencia de la víctima. Todas las formas de agresión destinadas a controlar el flujo de recursos monetarios que ingresan al hogar, o bien, la forma en que dicho ingreso se gasta, como la propiedad y el uso de los bienes muebles e inmuebles que forman parte del patrimonio de la pareja. Situaciones en las que el rol de proveedora económica del hogar corresponde principal o exclusivamente a ella.	Transformación, retención, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades. Daños a los bienes comunes o propios de la víctima.
Feminicidio	Es la forma extrema de violencia de género contra las mujeres. Se trata del asesinato de mujeres, perpetrado por hombres, por el hecho de ser mujeres.	Conjunto de delitos que incluye secuestros, desapariciones, violaciones y asesinato de mujeres, por el hecho de ser mujeres.

Violencia basada en el género en un barrio de Saltillo, Coahuila. Propuesta de método y de intervención

violentos, no necesariamente desde lo menos grave hasta lo más grave, sino más bien desde los menos visibilizados como formas de violencia hasta los más evidentes. Se trata del *violentómetro*: una regleta desarrollada por el Instituto Politécnico Nacional y el Instituto Nacional de las Mujeres, que coloca en una escala del cero al 30 una serie de conductas de VBG que permiten identificarse como violentas, agrupadas en tres grandes rangos, gradadas señalan la necesidad y modalidad de intervención (véase la figura 1).

FIGURA 1. *Violentómetro*



Diseño de la investigación

Para la presente investigación, la integración del modelo ecológico de Heisse, la aportación de Olivares e Incháustegui y el *violentómetro* permitieron diseñar una estrategia metodológica destinada a indagar la presencia de conductas violentas en una comunidad del municipio de Saltillo, en el estado de Coahuila, y la manera en la que esas conductas son resaltadas por quienes participaron en el estudio y sus relaciones con los comportamientos y creencias que socialmente se han establecido para los géneros en la comunidad. Asimismo, se propició la narración de experiencias destinadas a construir una línea base desde la cual fuese posible impulsar en el futuro inmediato procesos de resignificación con miras a erradicar prácticas, actitudes y valores con conforman la violencia basado en el género.

Propósito

La investigación tuvo como finalidad, primero, el desarrollo de una estrategia metodológica que permita, después, recoger e interpretar información con la que se cubra lo requerido por el *Catálogo de programas, proyectos y acciones de prevención social y participación ciudadana* del Subsidio para la Seguridad Pública de los Municipios y las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal (Subsemun). El objetivo que busca cubrir este informe se ubica en el inciso A) Generación de capacidades básicas para la prevención social de la violencia y la delincuencia, numeral III: promover investigaciones multidisciplinarias desde el enfoque de seguridad ciudadana, derechos humanos y perspectiva de género sobre factores detonantes y repercusiones de la violencia; especialmente en lo requerido en los subincisos siguientes:

- a. Perspectiva de género
 - Conductas y creencias que socialmente se han establecido para un género y otro en la comunidad.
 - El papel de los roles de género en la violencia (víctimas/victimarios).
 - Los roles de género asociados a las posibles consecuencias de la violencia.

[...]

- c. Violencia desde un enfoque de género
 - Principales víctimas.
 - Principales agresores.

- Tipos y modalidades de violencia.
- Violencia y familia.
- Consecuencias generadas por la violencia (víctimas y agresores).

El objetivo, en resumen, era diseñar una estrategia metodológica que pueda aplicarse en diversos grupos focales, en diferentes localidades de un municipio, con la finalidad de encontrar información sobre las relaciones de género, las conductas y creencias sociales en torno a ellas, la gravedad de la VBG, la necesidad de intervención y el diseño de propuestas encaminadas a la resignificación de este tipo de violencia.

Participantes

El grupo de estudio se constituye por 20 mujeres de entre 18 y 56 años de edad, la mitad de ellas menores de 35 años. Tres cuartas partes del grupo lo conformaron mujeres casadas, tres de las cuales viven en unión libre, una es soltera y otra más es viuda. De todas ellas, 14 se dedican a atender sus hogares; dos se dedican a lo mismo y además trabajan; una sólo trabaja y dos más realizan trabajos no remunerados de gestión comunitaria; la joven de 18 años es estudiante y no trabaja.

Dado el carácter exploratorio, por una parte, y cualitativo, por la otra, de este estudio no se buscó una muestra estadísticamente significativa, ni representativa de la zona, el municipio o el estado. En todo caso, la conformación del grupo fue aleatoria y dependió

más bien de la aceptación a la invitación que se hizo a las mujeres de las colonias Pueblo Insurgentes, Anáhuac e Isabel Amaya, del municipio de Saltillo, para participar en el estudio.

Levantamiento de la información

Para levantar los datos se utilizó un cuestionario abierto de 19 reactivos, cuya primera parte recabó datos de identificación de las participantes según su edad, ocupación, estado civil y posición socioeconómica. Las preguntas 5 y 6 estaban destinadas a saber dónde pasa la persona la mayor parte del tiempo —básicamente, si es en casa y sale esporádicamente, o bien, si es en la calle y está en casa ocasionalmente— y la razón de ello. Esta pregunta, en combinación con la que indaga la ocupación (pregunta 2), busca aportar información sobre los niveles de autonomía de las mujeres bajo el supuesto sugerido por la Endireh 2006 de que a mayor tiempo dedicado al trabajo fuera de casa, mayor es la autonomía.

La pregunta 7 se refiere cómo concibe cada una de las participantes el concepto de “mujer”. Este recurso lo ha utilizado Rodríguez como un identificador que permite establecer tres tipos básicos de identidad. Con base en esta experiencia, en la presente investigación se adaptaron tres tipos básicos de identidad: *tradicional*, *transicional* y *emancipada o empoderada*. Las características en cada caso se presentan en el cuadro 3. La intención de esta pregunta, asociada con

CUADRO 3. *Tipos básicos de indentidad femenina*

Categoría	Criterio de identificación	Ejemplos*
Tradicional	Definiciones en donde el argumento principal gira en torno al rol tradicional de una mujer dependiente, sumisa, protectora, reproductora.	“Es la oportunidad maravillosa de ser madre”. “Es algo maravilloso que Dios ha creado y que me da la fortuna de ser apachada, querida y amada por mi familia”. “Dios creó al hombre pero al verlo solo, creó a la mujer; yo creo que la mujer es la base de la familia, por eso yo valgo mucho y las que me rodean también”.
Transicional	Definiciones donde se perciba un ancla en el rol tradicional pero se manifieste autoafirmación, haya conciencia de la desigualdad e inequidades de género y la superación de las mismas se refleje en cada proyecto, aun si el mismo no se ve realizable.	“Una importancia social y una responsabilidad con la familia a través de la superación de una misma”. “Es una oportunidad maravillosa de esta época, donde la mujer comienza a trascender y a contribuir con un cambio en general y en cada uno de los aspectos sociales, culturales, psicológicos y políticos”.
Emancipada o empoderada	Definiciones en las que se pueda leer a una mujer que ha resignificado el rol tradicional y lo ha integrado de forma equilibrada a su proyecto personal de vida, que tiene conciencia de sus derechos y que los ejerce, que tiene el control de su cuerpo y de su sexualidad.	“Cambiar primero yo y hacer ver a las personas que valemos por igual”. “Una persona importante, que su manera de pensar y participar es importante”.

Elaborado con base en Rodríguez, 2012.

*Los ejemplos corresponden textualmente a la fuente.

las anteriores 2, 5 y 6, consiste en verificar la existencia de un perfil que combinara la concepción que de sí mismas tienen como mujeres, el tiempo que dedican a cuestiones ajenas al hogar y la ocupación que desempeñan. Estas siete primeras preguntas constituyen variables independientes en el análisis.

Las preguntas restantes constituyen variables dependientes en el estudio. En ellas se utilizó como referente el *violentómetro* para conocer relaciones violentas con la familia de crianza, la pareja actual y el ámbito comunitario. El cuestionario se presenta en el anexo 1.

Procedimiento

Como se ha dicho, se utilizó un cuestionario abierto, lo cual permitió la libre expresión de las participantes. Sin embargo, constituyó apenas una parte del levantamiento de la información, y su aplicación se llevó a cabo en la primera parte de una de las dos sesiones de trabajo, de aproximadamente tres horas, con el grupo de estudio.

Una mujer del equipo de investigación que fungió como facilitadora explicó cómo utilizar el *violentómetro* y el sentido de las preguntas, de manera que las respuestas satisficieran la intención del cuestionario. La segunda parte de la sesión se destinó a la reflexión grupal en torno a las respuestas que las participantes dieron al cuestionario. Toda la sesión fue grabada en audio.

Hallazgos

Una vez concluidas las sesiones con el grupo, los resultados fueron sistematizados en tablas que permitieron observar frecuencias y relaciones entre las variables en estudio. A continuación se presentan los hallazgos más relevantes.

Perfil de las participantes. Conductas y creencias

Un primer objetivo de la investigación fue establecer con qué *tipo básico de identidad* se reconocen las participantes en el estudio. Para estos fines, la pregunta *¿qué es para usted ser mujer?* se analizó en relación con los datos de edad, estado civil, ocupación y horas y razones por las que las participantes salen de su casa. Los resultados son los siguientes:

- 13 de las 20 mujeres respondieron con contenidos convergentes con los del tipo de identidad tradicional: ser una buena madre, cuidar a los

hijos, ser esposa, ser buena hija, hacer el *quehacer* (lavar, hacer la comida, planchar), ser compañera, educar a los hijos. En ninguno de estos casos la edad plantea un diferenciador; respecto del estado civil, sin embargo, sí destaca que la mayoría son casadas y que todas las que se identificaron con este rol tienen como actividad principal, en sus vidas, atender sus hogares. La mayoría pasa pocas horas fuera de su casa, y cuando sale es para llevar o recoger a sus hijos de la escuela, o bien, para “hacer mandados”.

- dos casos plantearon contenidos más ambiguos pero que podrían apuntar hacia un rol transicional: *algo maravilloso, he sido una gran mujer*, dicho por alguien de 42 años, viuda, que además de atender su hogar trabaja, razón por la cual pasa más de 10 horas fuera de su casa; y *ser una buena persona, con buenos modales a la que hay que respetar*, aportado por la más joven de las participantes, soltera y estudiante que también pasa 10 horas fuera de su casa.
- en tres casos, las respuestas fueron contundentemente coincidentes con un rol emancipado: *ser persona con derechos y obligaciones y sobre todo ser feliz*, manifestada por una mujer de 39 años, casada, dedicada al hogar, que pasa pocas horas fuera de su casa y lo hace para visitar a su familia; *ser una persona que sabe lo que quiere*, de una mujer de 26 años, y *ser una persona responsable, ser humano con toda la gente*, de una de 31; ambas viven en unión libre con sus parejas, se dedican sobre todo al cuidado de sus hogares, pero también destinan algunas horas al trabajo fuera de casa, al que dedican hasta tres horas por día.

El cuadro 4 resume estos resultados y clasifica por grupos los tipos de identidad de la siguiente manera: en el grupo 1 aparecen los contenidos identificados con un rol tradicional; en el 2, los que pueden considerarse transicionales, y en el 3, los que encajan con un rol emancipado, en los términos señalados por el cuadro número 3.

Experiencia con la violencia. Tipos y modalidades de violencia

El segundo objetivo fue establecer si las participantes vivieron violencia y de qué tipo. Llama la atención

CUADRO 4. Perfil de las participantes

	Concepto de mujer	Edad	Ocupación	Estado civil	Horas fuera de casa	Razones	Crianza
Grupo 1	Cuidar a mis hijos y el quehacer de la casa	31	Hogar	Unión libre	No contestó	Lleva a sus hijos a la escuela	Ambos padres
	Ser mamá, esposa, compañera y amiga	35	Hogar	Casada	1	Lleva a sus hijos a la escuela	Ambos padres
	Ser una buena madre	40	Hogar	Casada	6	Lleva a sus hijos a la escuela	Ambos padres
	Ser madre de familia	51	Gestión comunitaria	Casada	8	Apoya personas	Ambos padres
	Ser mamá, hija y esposa	24	Hogar	Casada	1	Lleva a sus hijos a la escuela	Ambos padres
	Ser mamá y amiga de mis hijos	31	Hogar	Casada	2	Lleva a sus hijos a la escuela	Abuelo
	Gran responsabilidad, ya que la mujer cria a los hijos	19	Hogar	Casada	4	Pasear	Ambos padres
	Lavar, cuidar a los hijos, hacer la comida y planchar	42	Gestión Comunitaria	Casada	8	Apoya personas	Mamá
	Dios me ha dado la dicha de disfrutar mis hijos y nietos	60	Hogar	Casada	3	Mandados	Papá y hermanos
	Es educar a mis hijos, sentir, pensar y tener sentimientos	37	Hogar	Casada	4	Lleva a sus hijos a la escuela	Ambos padres
Grupo 2	Ser madre	19	Hogar	Casada	1	Mandados	Ambos padres
	Responsabilidad de ser madre	56	Hogar	Casada	4	Mandados	Ambos padres
Grupo 3	Hija, mamá y esposa	21	Hogar	Casada	1	Pendientes	Ambos padres
	Ser una buena persona, con buenos modales y respetarlas	18	Estudia	Soltera	10	Lleva a sus hijos a la escuela	Ambos padres
	Algo maravilloso, he sido una gran mujer y muy luchona	42	Trabajo y hogar	Viuda	10	Trabajar	Abuela
	Ser una persona con derechos y obligaciones y sobre todo ser feliz	39	Hogar	Casada	3	Visita a su familia	Ambos padres
	Es ser una persona que sabe lo que quiere	26	Hogar	Unión libre	3	Trabajar	Ambos padres
	Ser persona responsable, ser humano amable con toda la gente	31	Hogar	Unión libre	3	Trabajar	Ambos padres
	No contestó	48	Trabajo	Casada	8	Trabajar	No contestó
	No contestó	51	Trabajo y hogar	Casada	6	Trabajar	Ambos padres

que, salvo el caso de una mujer de 48 años, casada y dedicada a trabajar, quien no quiso responder, todas las demás han sufrido algún tipo de violencia en su vida, ya sea en el hogar de crianza, con su pareja o bien violencia comunitaria. También desataca que en ningún caso, ni para alguno de los tres tipos de violencia, se señalaron comportamientos por encima del primer tercio del *violentómetro*, de acuerdo con el cual todas las formas de violencia padecidas por las participantes suponen *tener cuidado* antes de que la violencia aumente. En todo caso, dijeron haber sido víctimas de bromas hirientes, o bien, ignoradas o descalificadas, así como haber sufrido chantajes, engaños y celos.

Violencia en la casa de crianza. Violencia y familia

El primer nivel de violencia que se investigó fue el que vivieron en la casa de crianza. En este punto, 13 de las 20 participantes declararon alguna forma de violencia; de ellas, en la mayoría de los casos fue la madre a quien identificaron como agresora, mientras que en dos casos la violencia provino de los hermanos varones y sólo en uno fue señalado el padre como agresor. La mayoría de las participantes se crió con ambos padres; sólo una lo hizo con la abuela, otra más con su abuelo, y la tercera sólo con su padre y sus hermanos. Estos tres casos informan haber vivido violencia en su hogar de crianza, pero coinciden

Violencia basada en el género en un barrio de Saltillo, Coahuila. Propuesta de método y de intervención

en no especificar quién fue su agresor, por lo que es posible que lo haya sido la persona con la que se criaron. El cuadro 5 resume estos resultados.

Violencia de pareja. Violencia y familia

Sobre la violencia de pareja, tres cuartas partes de las participantes la han sufrido, tres mujeres decidieron no contestar y dos más dijeron no haber sido víctimas

de esta forma de violencia. Estas últimas son casadas, se dedican al cuidado de sus hogares, se identifican y tienen actividades que coinciden con un rol tradicional femenino y se criaron en casa de ambos padres. Las dos salen poco a la calle, sólo para recoger a sus hijos y *hacer el mandado*. Hay, sin embargo, dos diferencias entre ellas: una tiene 19 años y la otra 56; la joven no reportó violencia en su casa de crianza, mientras que la mayor sí la vivió. Se les pidió, no obstante, que

CUADRO 5. *Violencia en la casa de crianza*

<i>Violencia en casa de crianza</i>	<i>Agresor(a)</i>	<i>Crianza</i>	<i>Concepto de mujer</i>	<i>Edad</i>	<i>Ocupación</i>	<i>Edo. civil</i>	<i>Horas fuera de casa</i>	<i>Razones</i>
SÍ	Hermanos	Ambos padres	Ser una buena persona, con buenos modales y respetarlas	18	Estudia	Soltera	10	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	Mamá	Ambos padres	Ser una persona con derechos y obligaciones y sobre todo ser feliz	39	Hogar	Casada	3	Visita a su familia
SÍ	Mamá	Ambos padres	Cuidar a mis hijos y el quehacer de la casa	31	Hogar	Unión libre	N/C	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	Hermanos	Ambos padres	Es ser una persona que sabe lo que quiere	26	Hogar	Unión libre	3	Trabajar
SÍ	Mamá	Ambos padres	Ser mamá, hija y esposa	24	Hogar	Casada	1	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	N/C	Abuelo	Ser mamá y amiga de mis hijos	31	Hogar	Casada	2	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	Mamá	Ambos padres	Gran responsabilidad, ya que la mujer cría a los hijos	19	Hogar	Casada	4	Pasear
SÍ	Mamá	Mamá	Lavar, cuidar a los hijos, hacer la comida y planchar	42	Gestión comunitaria	Casada	8	Apoya personas
SÍ	Mamá	Ambos padres	Es educar a mis hijos, sentir, pensar y tener sentimientos	37	Hogar	Casada	4	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	Mamá	Ambos padres	N/C	51	Trabajo/hogar	Casada	6	Trabajar
SÍ	Mamá	Ambos padres	Responsabilidad de ser madre	56	Hogar	Casada	4	Mandados
SÍ	N/C	Ambos padres	Hija, mamá y esposa	21	Hogar	Casada	1	Pendientes
SÍ	Papá y hermanos	Abuela	Algo maravilloso, he sido una gran mujer y muy luchona	42	Trabajo/hogar	Viuda	10	Trabajar
No	N/C	Ambos padres	Ser mamá, esposa, compañera y amiga	35	Hogar	Casada	1	Lleva a sus hijos a la escuela
No	N/C	Ambos padres	Ser una buena madre	40	Hogar	Casada	6	Lleva a sus hijos a la escuela
No	N/C	Ambos padres	Ser madre de familia	51	Gestión comunitaria	Casada	8	Apoya personas
No	N/C	Papá y hermanos	Dios me ha dado la dicha de disfrutar mis hijos y nietos	60	Hogar	Casada	3	Mandados
No	N/C	Ambos padres	Ser madre	19	Hogar	Casada	1	Mandados
N/C	N/C	N/C	N/C	48	Trabajo	Casada	8	Trabajar
N/C	N/C	Ambos padres	Ser persona responsable, ser humano amable con toda la gente	31	Hogar	Unión libre	3	Trabajar

CUADRO 6. Violencia de pareja (No la han sufrido)

Violencia de pareja	Frecuencia	Razones	Reacciones	Sentimientos	Violencia en casa de crianza	Agresor(a)	Crianza	Concepto de mujer	Edad	Ocupación	Estado civil	Horas fuera de casa	Razones
No	Nunca	Nunca ocurrió ninguno de esos comportamientos	Hablado para llegar a un acuerdo	Me sentiría muy mal	SÍ	Mamá	Ambos padres	Responsabilidad de ser madre	56	Hogar	Casada	4	Mandados
No	Nunca	Porque comparto todos	Platicamos	Me sentiría muy mal	No	N/C	Ambos padres	Ser madre	19	Hogar	Casada	1	Mandados
N/C	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C	48	Trabajo	Casada	8	Trabajar
N/C	Nunca	N/C	Platicar y solucionar las cosas	Me sentí mal	SÍ	N/C	Ambos padres	Hija, mamá y esposa	21	Hogar	Casada	1	Pendientes
N/C	Casi nunca	Para aprovechar la situación y tener un beneficio para él	Dejaba de hacer travesuras	Un poco incomoda	SÍ	Hermanos	Ambos padres	Ser una buena persona, con buenos modales y respetarlas	18	Estudia	Soltera	10	Lleva a sus hijos a la escuela

explicaran cómo arreglan sus desavenencias de pareja, y dijeron que recurren al diálogo y que en caso de que se presentara violencia se sentirían muy mal.

Una de las mujeres que no identificó ningún tipo de violencia en el *violéntometro* respondió, sin embargo, a la pregunta sobre la frecuencia con la que ha vivido la violencia de pareja; su respuesta fue “nunca”, lo cual hace pensar que, a pesar de su omisión, probablemente no ha sido víctima de esta forma de

violencia. No obstante se trata de una mujer de 21 años que dice haber sido víctima de violencia en su casa de crianza; por lo demás, comparte el perfil de las otras dos compañeras que aseguraron no haber vivido violencia de pareja (véase el cuadro 6).

De las que sí la han sufrido, como se advierte en el cuadro 7, una afirma que ello ocurría “todo el tiempo”. Se trata de una viuda, y su experiencia se refiere a cuando su marido estaba vivo. Tiene 42 años y es

CUADRO 7. Violencia de pareja (Si la han sufrido)

Violencia de pareja	Frecuencia	Razones	Reacciones	Sentimientos	Violencia en casa de crianza	Agresor(a)	Crianza	Concepto de mujer	Edad	Ocupación	Edo. civil	Horas fuera de casa	Razones
SÍ	Todo el tiempo	Por sentirse solo	Lloraba y salía corriendo y después regresaba	Muy mal, me sentía como una basura	SÍ	N/C	Abuela	Algo maravilloso, he sido una gran mujer y muy luchona	42	Trabajo/hogar	Viuda	10	Trabajar
SÍ	Con frecuencia	Por celos	Platicando y llegando a un acuerdo	Muy mal	N/C	N/C	Ambos padres	Ser persona responsable, ser humano amable con toda la gente	31	Hogar	Unión libre	3	Trabajar
SÍ	Con frecuencia	Porque es muy celoso	N/C	Mal	No	N/C	Ambos padres	Ser una buena madre	40	Hogar	Casada	6	Lleva a sus hijos a la escuela

Violencia basada en el género en un barrio de Saltillo, Coahuila. Propuesta de método y de intervención

una de quienes ubica su perfil identitario como transicional. Ella trabaja y pasa, por esa razón, más de diez horas fuera de su casa; se crió con su abuela y dice haber sido víctima de violencia en su casa de crianza. Comenta que su marido la agredía aduciendo que se sentía solo y que ella reaccionaba llorando y huyendo, para después volver. También señala que ante esos episodios de violencia se sentía como “una basura”.

Dos mujeres más dicen que esto les ocurre “con frecuencia”. Ninguna de ellas dice haber sufrido violencia en la casa de crianza. Las dos se criaron con ambos padres. Una tiene 40 años y es casada; la otra tiene 31 y vive en unión libre. En ambos casos, dicen haber sido celadas por sus maridos y que ello las hace

sentir muy mal. Sin embargo, mientras la mayor dice que la situación no le hace reaccionar, la más joven afirma que resuelve la situación con su pareja “platicando y llegando a un acuerdo”. Es interesante observar que la mujer mayor se identifica y tiene actividades que se enmarcan en el rol tradicional, mientras que la más joven fue una de las que señaló un perfil identitario emancipado.

El cuadro 8 muestra que siete participantes dijeron haber sufrido violencia de pareja, pero solo “en algún momento”. Todas son casadas y en todos los casos se identificaron con un rol tradicional. Identifican momentos precisos que tienen relación con el consumo de alcohol, desconfianza, celos y manifestaciones de

CUADRO 8. Violencia de pareja (en algún momento)

Violencia de pareja	Frecuencia	Razones	Reacciones	Sentimientos	Violencia en casa de crianza	Agresor(a)	Crianza	Concepto de mujer	Edad	Ocupación	Edo. civil	Horas fuera de casa	Razones
Sí	En algún momento	N/C	Dialogando las cosas	Triste de no poder arreglar el problema	No	N/C	Ambos padres	Ser madre de familia	51	Gestión comunitaria	Casada	8	Apoya personas
Sí	En algún momento	Porque anda fastidiado y yo igual	Hablamos	Enojada	Sí	Mamá	Ambos padres	Ser mama, hija y esposa	24	Hogar	Casada	1	Lleva a sus hijos a la escuela
Sí	En algún momento	Me celó pensando que no me iba a molestar	Platicando	Bien	Sí	N/C	Abuelo	Ser mama y amiga de mis hijos	31	Hogar	Casada	2	Lleva a sus hijos a la escuela
Sí	En algún momento	Porque nos empezamos a tratar así desde novios	Platicamos y nos decimos lo que tenemos que aclarar	A veces mal y a veces no lo tomo en cuenta	Sí	Mamá	Ambos padres	Gran responsabilidad, ya que la mujer cría a los hijos	19	Hogar	Casada	4	Pasear
Sí	En algún momento	Porque yo lo provocaba	Platicando con la pareja	Me sentía muy mal	Sí	Mamá	Mamá	Lavar, cuidar a los hijos, hacer la comida y planchar	42	Gestión Comunitaria	Casada	8	Apoya personas
Sí	En algún momento	Por la bebida	Las arreglaba con promesas	No aplica	No	N/C	Papá y hermanos	Dios me ha dado la dicha de disfrutar mis hijos y nietos	60	Hogar	Casada	3	Mandados
Sí	En algún momento	Porque era muy orgulloso	Hablando las cosas	Me sentía impotente	Sí	Mamá	Ambos padres	Es educar a mis hijos, sentir, pensar y tener sentimientos	37	Hogar	Casada	4	Lleva a sus hijos a la escuela

CUADRO 9. *Violencia de pareja (casi nunca)*

<i>Violencia de pareja</i>	<i>Frecuencia</i>	<i>Razones</i>	<i>Reacciones</i>	<i>Sentimientos</i>	<i>Violencia en la casa de crianza</i>	<i>Agresor(a)</i>	<i>Crianza</i>	<i>Concepto de mujer</i>	<i>Edad</i>	<i>Ocupación</i>	<i>Estado civil</i>	<i>Horas fuera de casa</i>	<i>Razones</i>
SÍ	Casi nunca	Porque estaba borracho	Le reclamó cuando no estaba borracho	Ofendida y muy molesta	SÍ	Mamá	Ambos padres	Ser una persona con derechos y obligaciones y sobre todo ser feliz	39	Hogar	Casada	3	Visita a su familia
SÍ	Casi nunca	Me insultó en un mensaje de teléfono	Hablándole y diciéndole lo que está mal	No contestó	SÍ	Mamá	Ambos padres	Cuidar a mis hijos y el quehacer de la casa	31	Hogar	Unión libre	N/C	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	Casi nunca	Por confianza hacia la pareja	Hablándole los dos	Tranquilidad y confianza	No	N/C	Ambos padres	Ser mamá, esposa, compañera y amiga	35	Hogar	Casada	1	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	Casi nunca	Por celos	Platicando y llegando a un acuerdo	Mal y triste	SÍ	Hermanos	Ambos padres	Es ser una persona que sabe lo que quiere	26	Hogar	Unión libre	3	Trabajar

orgullo masculino. Entre los sentimientos que esta violencia les despierta se encuentran tristeza, impotencia y enojo. En todos los casos, intentan arreglar las situaciones de violencia recurriendo al diálogo, pero al menos dos de ellas han optado por ignorar a su agresor: una joven de 19 años y una señora de 60. En un caso, la respuesta en torno a las razones de la violencia se atribuyeron a una provocación de parte de la propia participante. Se trata de una mujer de 42 años que trabaja realizando labores de gestión comunitaria. Otra más, la joven de 19 que ignora a su agresor, dice que la relación violenta se remonta a su noviazgo.

El resto de las participantes señaló que casi nunca hay episodios de violencia con sus parejas (véase el cuadro 9). Las razones coinciden con las anteriores: alcohol, celos, insultos. Nuevamente es el diálogo el mecanismo para resolver los episodios violentos. También se reportan sentimientos de enojo y tristeza. Sin embargo, llamó la atención una mujer de 35 años, casada, dedicada al cuidado del hogar, que sale sólo para llevar a sus hijos a la escuela e identificada con un rol tradicional, quien comentó que los escasos episodios de violencia con su pareja se deben a la confianza entre ambos; ella resuelve estas situaciones con diálogo y dice sentir “tranquilidad y confianza” frente a estos acontecimientos. Ella también reportó

violencia en la casa donde se crió con sus padres e identificó como agresores a sus hermanos.

Otro caso relevante es el de una participante de 39 años, casada y dedicada al hogar; también vivió con sus padres y reconoce a su madre como la agresora. Acepta tener un rol emancipado y ubica la fuente de la violencia de pareja en el alcohol. Al parecer, ella se ofende y se molesta cuando su pareja bebe, pero espera a que el efecto baje para hacerle el reclamo.

Violencia comunitaria de género

Por ésta, se entienden las agresiones que sufren las mujeres en el entorno público. La pregunta para indagar esta variable se formuló, como aparece en el anexo, de la siguiente manera: “¿alguna persona que no conozca se ha comportado con usted realizando alguna de estas conductas en la calle, en el transporte público o algún centro comercial?” Los resultados se resumen en el cuadro 6 (continuación).

Apenas un poco más del 25% de las participantes en el grupo de enfoque dijo no haber sufrido este tipo de violencia. De éste, sólo una no reporta violencia de pareja, se trata de una señora de 56 años, casada y dedicada al hogar; únicamente sale a la calle para “hacer el mandado”. Llama la atención, sin embargo, que

Violencia basada en el género en un barrio de Saltillo, Coahuila. Propuesta de método y de intervención

cuatro de las seis mujeres que dijeron no haber sufrido violencia comunitaria pasan varias horas al día fuera de su casa por motivos de trabajo. Las demás variables no parecen implicar diferenciadores significativos: no hay evidencia de que la edad, la ocupación, el estado civil, la vivencia de violencia en la casa de crianza o con quien fueron criadas influyan en la ausencia de violencia comunitaria. Tampoco es determinante la colonia donde habitan, pues a pesar de que la mayoría de las que no reportaron violencia comunitaria viven en Pueblo Insurgentes —cuatro de seis—, en relación con las diez participantes que viven en esa colonia constituyen una minoría (cuadro 10).

Trece de las mujeres dijeron haber vivido violencia comunitaria de género. En la mayoría de los casos, el agresor fue un hombre, pero hay dos en los que se señala a una mujer, y cuatro en los que no hubo respuesta a este cuestionamiento. Sólo una de las participantes afirma ser agredida con frecuencia, cuando está en casa de su suegra, y al parecer su reacción consiste en evadir los ataques. Los demás casos son más bien circunstanciales, siempre en camino a algún sitio, donde las mujeres se encuentran con varones que les faltan al respeto. En dos casos se afirma que los agresores estaban consumiendo alcohol. La joven estudiante vivió esa experiencia en la escuela, en una

sola ocasión. Llama la atención que la respuesta de las participantes frente a la agresión implica evasión, enojo, humillación y dolor; sólo una de ellas dice haber hecho reclamos a su agresor. Las demás variables tampoco parecen tener alguna influencia determinante en este caso (cuadro 11).

Discusión

Interpretar los resultados de la investigación requiere, de acuerdo con el modelo ecológico que ha adoptado esta investigación como marco teórico, entender el contexto general de la violencia en Coahuila y en Saltillo; y desde luego, la dimensión más específica de la VBG, en una perspectiva que permita comprender mejor las manifestaciones localizadas a nivel de colonias en el municipio. Con tal propósito, este apartado presenta de inicio una consideración general de lo que ha acontecido en una entidad que en pocos meses vio florecer una violencia exacerbada, para luego aportar una aproximación más detallada a la VBG según indicadores que hacen referencia al municipio de Saltillo. Por último, los resultados del ejercicio serán interpretados en el marco general de estas consideraciones, así como de las aportaciones teóricas consideradas para este estudio.

CUADRO 10. Violencia comunitaria

Violencia comunitaria	Violencia de pareja	Frecuencia	Violencia en casa de crianza	Agresor(a)	Crianza	Concepto de mujer	Edad	Ocupación	Estado civil	Horas fuera de casa	Razones
No	No	Nunca	SÍ	Mamá	Ambos padres	Responsabilidad de ser madre	56	Hogar	Casada	4	Mandados
No	SÍ	Casi nunca	No	N/C	Ambos padres	Ser mamá, esposa, compañera y amiga	35	Hogar	Casada	1	Lleva a sus hijos a la escuela
No	SÍ	Con frecuencia	N/C	N/C	Ambos padres	Ser persona responsable, ser humano amable con toda la gente	31	Hogar	Unión libre	3	Trabajar
No	SÍ	Todo el tiempo	SÍ	4	Abuela	Algo maravilloso, he sido una gran mujer y muy luchona	42	Trabajo y hogar	Viuda	10	Trabajar
No	SÍ	En algún momento	SÍ	Mamá	Mamá	Lavar, cuidar a los hijos, hacer la comida y planchar	42	Gestión comunitaria	Casada	8	Apoya personas
No	SÍ	N/C	SÍ	Mamá	Ambos padres	N/C	51	Trabajo y hogar	Casada	6	Trabajar
N/C	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C	48	Trabajo	Casada	8	Trabajar

CUADRO 11. *Violencia comunitaria (continuación)*

Violencia comunitaria	Agresor(a)	Frecuencia	Momentos	Reacciones	Violencia de pareja	Frecuencia	Violencia en casa de crianza	Agresor(a)	Crianza	Concepto de mujer	Edad	Ocupación	Edo. Civil	Horas fuera de casa	Razones
SÍ	Hombre	Muy frecuente	Cuando voy a casa de mi suegra	Me voy por otro lado	SÍ	En algún momento	SÍ	Mamá	Ambos padres	Ser mamá, hija y esposa	24	Hogar	Casada	1	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	Hombre	Varias veces	Faltarnos al respeto	Me causa risa	SÍ	En algún momento	SÍ	Mamá	Ambos padres	Gran responsabilidad, ya que la mujer cria a los hijos	19	Hogar	Casada	4	Pasear
SÍ	Hombre	Varias veces	Cuando hay hombres tomando	Enojo, impotencia	SÍ	En algún momento	No	N/C	Papá y hermanos	Dios me ha dado la dicha de disfrutar mis hijos y nietos	60	Hogar	Casada	3	Mandados
SÍ	Hombre	Casi nunca	Cuando salgo a la calle	Ignorarlo	SÍ	Casi nunca	SÍ	Hermanos	Ambos padres	Es ser una persona que sabe lo que quiere	26	Hogar	Unión libre	3	Trabajar
SÍ	Hombre	Casi nunca	Cuando hay hombres tomando	Me duele	SÍ	En algún momento	SÍ	Mamá	Ambos padres	Es educar a mis hijos, sentir, pensar y tener sentimientos	37	Hogar	Casada	4	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	Hombre	Solo una vez	N/C	Reclame	No	N/C	No	N/C	Ambos padres	Ser madre	19	Hogar	Casada	1	Mandados
SÍ	Hombre	Sólo una vez	En la escuela	Enojo	N/C	Casi nunca	SÍ	Hermanos	Ambos padres	Ser una buena persona, con buenos modales y respetarlas	18	Estudia	Soltera	10	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	Mujer	Sólo una vez	N/C	N/C	SÍ	Casi nunca	SÍ	Mamá	Ambos padres	Ser una persona con derechos y obligaciones y sobre todo ser feliz	39	Hogar	Casada	3	Visita a su familia
SÍ	Mujer	N/C	En camino hacia un convivencia familiar	Mal y baja mi autoestima	SÍ	En algún momento	SÍ	N/C	Abuelo	Ser mamá y amiga de mis hijos	31	Hogar	Casada	2	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	N/C	Varias veces	Me ve y me dice cosas	Humillada	SÍ	Casi nunca	SÍ	Mamá	Ambos padres	Cuidar a mis hijos y el quehacer de la casa	31	Hogar	Unión libre	N/C	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	N/C	N/C	N/C	N/C	SÍ	Con frecuencia	No	N/C	Ambos padres	Ser una buena madre	40	Hogar	Casada	6	Lleva a sus hijos a la escuela
SÍ	N/C	N/C	N/C	N/C	SÍ	En algún momento	No	N/C	Ambos padres	Ser madre de familia	51	Gestión comunitaria	Casada	8	Apoya personas
SÍ	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C	Nunca	SI	N/C	Ambos padres	Hija, mamá y esposa	21	Hogar	Casada	1	Pendientes

Nivel macrosocial

Hacia la primera mitad de esta década, Coahuila se perfilaba como una de las economías más prósperas del país. Con una población cercana a los dos millones y medio de habitantes, el estado aporta, según datos del INEGI, 3.37% del PIB nacional ocupa el cuarto lugar en PIB per cápita y el tercero en el índice de desarrollo humano, en comparación con el resto de las entidades de la República mexicana. Sus reservas de carbón y de gas representan 95% y 30%, respectivamente, si se tienen como referente las reservas nacionales de estos recursos.

Saltillo, capital del estado, conforma, junto con los municipios de Ramos Arizpe y Arteaga, la zona metropolitana número 19 en México y es considerada una ciudad habitacional y comercial que sirve de domicilio a un importante número de personas que trabajan en la industria localizada en los suburbios, especialmente la automotriz, asentada en Ramos Arizpe. A partir de la década de 1980, Saltillo ocupó el primer lugar en crecimiento poblacional en el estado, superando a Torreón; hoy, posee 26% de la población total de Coahuila.

Una mirada a los datos de la última Encuesta Nacional sobre Inseguridad del ICESI (ENSI 2010) colocan a esta entidad muy por debajo de la media nacional en incidencia delictiva (8200 delitos en 2009 contra 11 000 a nivel nacional); los porcentajes de victimización están muy por debajo del Distrito Federal, por ejemplo (8.8% *versus* 21%); lo mismo sucede con el porcentaje de hogares con víctimas de delito (Coahuila: 10%; D.F.: 27%). Sin embargo, la ENSI 2010 muestra que, a pesar de los niveles de criminalidad objetiva en la entidad, la percepción de inseguridad casi se duplicó entre 2005 y 2010 (pasó de 37% a 62%). Lo anterior indica que seis de cada diez coahuilenses consideran que su estado es inseguro.

A ello es necesario agregar que en meses recientes Saltillo ha sido víctima de una ola de violencia que se relaciona con secuestros, robos, balaceras y homicidios violentos que tienen como escenario principal las calles y los negocios. Según reporta la iniciativa privada, en 2011 fue necesario cancelar convenciones empresariales debido a que los convocados temían por su seguridad; en 2012, el panorama fue distinto, pero, según la misma fuente, resulta cada vez más difícil organizar reuniones de esta naturaleza en la capital de Coahuila.

El gobierno del estado afirma que este contexto violento se explica porque el gobernador ha decidido actuar contra bandas de delincuencia organizada que antes eran toleradas.

Con una estrategia distinta, el gobierno municipal realizó un ejercicio con la ciudadanía de Saltillo, convocándola a canjear las armas que tuvieran en casa por una cantidad de dinero; se recabó medio millar de ellas, pero, más allá del número, es interesante observar qué se consiguió: 343 armas cortas, 194 armas largas, 29 granadas, una mina y 196 cajas de parque de distintos calibres.

La información sugiere un contexto de violencia contenida. Algunos opinan que, en efecto, a esa contención contribuyó un contexto de tolerancia que permitió que florecieran negocios ilícitos a cambio de paz en las calles; el núcleo de las transacciones clandestinas habría sido Torreón, pero cuando el estado decidió enfrentar a la criminalidad, la violencia —que se reconoce exacerbada en aquella ciudad— se trasladó a otros municipios, especialmente a Saltillo, cuya posición estratégica es vital para el flujo de los negocios ilícitos.

Lo cierto es que una ciudad que era reconocida por sus habitantes como tranquila y pacífica; hoy es considerada entre las más peligrosas del país.

Pero si el contexto actual de violencia explícitamente ligada al crimen organizado parece haber estallado de modo más o menos espontáneo en los últimos meses, los datos relacionados con la violencia de género presentan un discreto pero constante incremento en los últimos cinco años.

El *Diagnóstico sobre las causas, efectos y expresiones de la violencia contra las mujeres en el Estado de Coahuila 2011* muestra, en el caso de Saltillo, los datos mostrados en el cuadro 12:

El *Diagnóstico* señala que sólo 15% de las mujeres trabaja por su cuenta, es dueña o maneja su propia actividad; el resto lo hace como empleada, bajo el mando de otra persona. También señala que 80% de ellas no ha tenido un ascenso en su lugar de trabajo, donde su empleo, por lo demás, recae en los roles tradicionales de asistente, secretaria, maestra o similares. En cuanto a los salarios que reciben, el *Diagnóstico* afirma que 17% gana menos de lo que percibe un varón que realiza el mismo trabajo, y que 55% gana menos que su pareja. En promedio, la jornada laboral de las mujeres es de ocho horas, tiempo durante el cual se ven obligadas a dejar a sus hijas e hijos al cuidado de

CUADRO 12. *Diagnóstico sobre las causas, efectos y expresiones de la violencia contra las mujeres en el Estado de Coahuila 2011*

Tipo de violencia	Mujeres casadas	Mujeres solteras	Mujeres divorciadas, separadas o viudas	Totales
Física moderada	14.5%	2.3%	35.5%	15.1%
Física severa	11.5%	2.3%	41.9%	14.1%
Psicológica	32.1%	16.3%	58.1%	32.7%
Económica	15.3%	-	41.9%	16.1%
Sexual	4.6%	-	35.5%	8.3%

otras personas, especialmente los abuelos. Asimismo, el *Diagnóstico* revela que la mitad de las mujeres que trabajan comenta que la actividad que realizan podrían hacerla sin haber estudiado; que al menos 15% de ellas informa haber padecido discriminación relacionada con la falta de oportunidades, y que 8% le han negado algún empleo por estar embarazada.

En cuanto a la violencia en el ámbito familiar, más de 40% de las coahuilenses comenta que ha recibido insultos o insultado a su pareja. Destaca que ambos miembros de la pareja se insulten. Las amenazas se dan en casi 25% de las parejas, mientras que en 20% de los casos hay golpes. Este último dato resulta más elevado que el promedio nacional establecido por la Endireh 2006. Nuevamente, aunque es mayor el número de casos donde el varón golpea a la mujer, hay un número importante de casos en los que la pareja intercambia golpes. Este 20% se convierte prácticamente en 30% en la zona rural, y se acentúa entre las mujeres que viven en unión libre.

Por último, el *Diagnóstico* afirma que el número de mujeres que han sido obligadas a sostener relaciones sexuales por sus parejas es cercano 10%, y que 47.7% de las solteras mayores de 15 años informaron de incidentes de violencia comunitaria a lo largo de su vida.

Sobre este punto, destaca que la Fiscalía General del Estado de Coahuila indica que en el municipio de Saltillo las averiguaciones previas por el delito de atentados al pudor pasó de 80 a 99 casos entre 2006 y 2009, cifra que posteriormente se redujo para quedar en 86 casos en 2011. Por su parte, la Dirección de Policía Preventiva Municipal de Saltillo revela que en 2010 puso a disposición del Ministerio Público a 62 personas que fueron detenidas por realizar tocamientos obscenos, y en 2011, a 37 por la misma razón.

En el ámbito delictivo, las cifras del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional Seguridad Pública indican que 29.41% de las violaciones reportadas en la entidad ocurrieron en el municipio de Saltillo. La fiscalía del estado reporta que la denuncia de este delito casi se duplicó entre 2006 y 2011, pues en aquél año se registraron 37 averiguaciones previas, frente a 60 en 2011. La policía municipal afirma haber puesto a disposición del Ministerio Público a 12 personas como presuntas responsables de violación en 2010, y a cinco más por la misma causa en 2011.

Los datos de la Fiscalía resultan reveladores porque muestran incrementos notables en la denuncia de varios delitos en los que las víctimas son mujeres. Es el caso del secuestro, prácticamente no denunciado en el periodo, pero que pasó de uno a seis entre 2006 y 2011, lo que representa 500% de incremento. Una situación similar ocurre con la violencia intrafamiliar, que pasó de 28 a 114 averiguaciones iniciadas entre 2006 y 2011; ello representa un incremento de más del 400%. La denuncia de privación ilegal de libertad de mujeres se incrementó más del 200% (de ocho a 21 casos entre 2006 y 2011); las averiguaciones iniciadas por desaparición de personas cuando la víctima es una mujer tuvo un aumento por encima de 100% (de 88 a 195 casos), y finalmente se denunció 50% más de casos de estupro en el mismo periodo (de 14 a 21 casos).

En cuanto a homicidios en los que las víctimas fueron mujeres, la Fiscalía informa que entre 2006 y 2011 hubo un notable incremento porcentual, pues de tres casos registrados en 2006, se llegó a 12 en 2011, es decir, 300% más en cinco años.

Por su parte, la Comisión Especial de Femicidios reporta que en Saltillo se cometieron siete de 21 delitos de este tipo en el estado en 2005, y tres de los 23 registrados a nivel estatal en 2009. El mismo informe

Violencia basada en el género en un barrio de Saltillo, Coahuila. Propuesta de método y de intervención

señala que la proporción de asesinatos en que se presume hubo violencia familiar se redujo a la mitad: de casi uno de cada tres a uno en siete.

Estos datos hacen hincapié en dos cuestiones especialmente importantes: el aumento en las averiguaciones previas señala un posible aumento en los delitos, pero seguramente es un indicador del aumento en las denuncias, lo que da cuenta de una mayor conciencia sobre la necesidad de dar a conocer estas formas de violencia que, por cierto, no es que no existieran con anterioridad, sino que no eran denunciadas o no eran registradas como delitos relacionados con violencia contra las mujeres.

La segunda cuestión es que, en efecto, hay casos de feminicidio y de violencia asociada a delitos que tiene como víctimas a las mujeres. Si bien los números no son altos si se les considera en su dimensión absoluta, desde el punto de vista del aumento porcentual registrado en las denuncias resultan una fuerte llamada de atención que sin duda no se puede minimizar.

Nivel mesosocial

Como acontece en las metrópolis, en Saltillo hay además desigualdad que se expresa en el contraste de zonas habitacionales y comerciales económicamente bien posicionadas con colonias populares que presentan distintos grados de urbanización, ubicadas al oriente de las vías del tren. Tal es el caso de las colonias Pueblo Insurgentes, Anáhuac e Isabel Amalia Dávila, enclavadas en el nororiente de la ciudad, donde se tienen problemas de urbanización, pavimentación, exposición a aguas negras y otras carencias. Estas colonias están pobladas por familias tradicionales encabezadas por trabajadores de la zona industrial de Ramos Arizpe, es decir, operarios, técnicos y en general jefes de familia donde las mujeres están a cargo de la casa y el cuidado de los hijos.

Lo mismo que sucede en contextos similares en otras muchas ciudades del país, la vida cotidiana de estas familias se ajusta a los horarios de trabajo en las fábricas y, para los más jóvenes, a los de las escuelas públicas. Al terminar su jornada, los hombres re reúnen en la calle para convivir con sus amigos, brindando con cerveza y otras bebidas. Para ellas, la mañana transcurre en llevar a sus hijos a la escuela, ir al mercado, en el quehacer, cocinar, recoger a sus hijos, darles de comer, lavar, planchar y lidiar con el marido y los hijos varones cuando llegan tomados por la noche.

Sin duda, las relaciones entre hombres y mujeres están determinadas por la histórica división de roles en la tradición patriarcal de Occidente, aderezada por la realidad socioeconómica mexicana.

A ello hay que añadir los resultados de un interesante estudio realizado recientemente en Saltillo y en Aguascalientes, por Jesús Acevedo, quien encontró en ambas ciudades una larga tradición de maltrato que se hace pasar por disciplina en la práctica educativa de niñas y niños. No puede soslayarse que esas formas de violencia están inscritas en la visión correctiva de la sociedad saltillense, y que no son vistas como violencia. De acuerdo con el estudio, en Saltillo, las cinco prácticas de castigo físico más utilizadas por los adultos varones fueron: nalgadas, cachetadas, coscorriones, pellizcos y jaloneos. Las mujeres, en cambio, dijeron recurrir más a las nalgadas, los pellizcos, jalones de pelo y de orejas, cachetadas, coscorriones y otros.

Lo destacable, sin duda, de la situación de la violencia en el nivel mesosocial es que la marcada vigencia de roles tradicionales y la violencia por costumbre son ingredientes necesarios para la construcción del contexto prejustificadorio de la diferenciación y la dominación de que hablan Sotomayor y Román.

Nivel microsocial

Todo ello es muy claro en las respuestas de las mujeres que participaron en el estudio: la mayoría se identifica con un rol tradicional en torno a su concepción de ser mujer, insistiendo en su deber de criar a la descendencia, de ser buena esposa, buena hija y buena ama de casa; la mayoría ha optado por el matrimonio, lo cual representa, en los hechos, renunciar a la vida pública, confinándoles al hogar y, en todo caso, a una relación con el exterior marcada por su deber de llevar o recoger a las hijas e hijos a la escuela o por la necesidad de *hacer el mandado*.

Emerge de los resultados la normalidad de la violencia en la vida de estas mujeres, desde la vivida en la casa de crianza hasta la que se sufre en la comunidad, pasando por la que se enfrenta con la pareja. La mayoría de las participantes dio cuenta de algún tipo de violencia que, no obstante, no reflejó formas de violencia extrema sino que deja ver un nivel que por sutil no es menos importante: bromas hirientes, ignorancia, descalificaciones, chantajes, engaños y celos.

Conclusiones

De acuerdo con el modelo ecológico de Heisse, la violencia en el círculo más próximo se relaciona con la que se da en la comunidad, en la estructura social y en la historia. Eso es claro en el estudio, en el que la ausencia de violencia extrema concuerda con los datos del *Diagnóstico sobre las causas, efectos y expresión de la violencia* en Saltillo, cuyos porcentajes son relativamente bajos: 17.7% de violencia física, 16.1% de violencia económica y 8.3% de violencia sexual. En cuanto a la violencia física, la más severa ocurrió en 14.1%, en 2011, la moderada 15.1%, y en ambos casos es más recurrente en las mujeres divorciadas, separadas o viudas.

En todo caso, cabe insistir en que, pese a que la violencia vivida no es severa, si ha sido constante en la historia de la vida de las mujeres que participaron en el estudio. Que, desde la casa de crianza, sea la madre la persona identificada como violentadora, es un dato revelador. Esto podría deberse a la proximidad de la madre y las hijas e hijos en el ámbito hogareño, siendo menor el contacto con los varones debido a su ausencia; es posible que esa violencia haya sido resultado de una confusión entre disciplina y castigo, situación que, según informa Acevedo, es una constante en la ciudad de Saltillo.

Esto podría identificar un nexo entre la violencia en casa y una violencia estructural e histórica presente en las prácticas disciplinarias hacia niñas y niños en el estado. Por otra lado, la ausencia de violencia sexual en los relatos de las mujeres concuerda con los datos del *Diagnóstico*, que arrojan porcentajes apenas superiores al 8%; se debe tener en cuenta que, aunque no estamos hablando de una muestra representativa, lo que se esperaría en un grupo tan pequeño de mujeres es precisamente una baja probabilidad de hallar violencia sexual.

Lo mismo puede decirse sobre la violencia de pareja. El tipo de actos reportados se inscribe en la tradición de una relación patriarcal entre hombres y mujeres, y quizá lo novedoso radica en la conciencia que sobre esa violencia tienen las mujeres que formaron parte del grupo. Que no haya diferenciadores debidos a las variables independientes nos dice que se trata de prácticas extendidas que no se circunscriben al estado civil, al rol que desempeñan las mujeres —tradicional, transicional o emancipado— ni a las labores que desarrollan.

Quizá por ello se registraron muy pocos actos de violencia comunitaria. Es probable que, en efecto, no la haya. La violencia se confina a los hogares, y en colonias de mucha cohesión como las que se eligieron para este estudio es posible que la vida comunitaria se desarrolle dentro de márgenes de respeto, dada la proximidad de quienes conforman la comunidad: gente que se conoce, que se cruza en la calle, que convive en los espacios públicos, que se saluda diciéndose “compadre”.

La experiencia resulta en extremo relevante porque no se detectaron —hasta el momento de formar el grupo de estudio y en el grupo de mujeres participantes— indicios de que sus familiares formaran parte de la criminalidad organizada. Los problemas de asocialidad de la comunidad parecen limitarse al consumo de alcohol; ni siquiera hubo inquietud por el consumo de drogas. Cabe señalar que la explosión de la violencia asociada a la criminalidad organizada es muy reciente; muy violenta, en efecto, pero todavía no generalizada a la ciudad, ni inserta en la estructura social. De hecho, es posible que se viva como ajena, como batallas que tienen lugar en Saltillo pero que no necesariamente involucran a saltillenses.

Lo anterior abre una estupenda oportunidad para trabajar en un proceso de resignificación de las relaciones entre hombres y mujeres, antes de que la violencia que ahora se da y que es parte de relaciones estereotipadas escale y se incruste en conductas aun más difíciles de erradicar.

Propuesta

Los resultados de la investigación permiten hacer una propuesta que tiene al menos dos sentidos: por una parte, se trata de una propuesta de método, que aporta elementos para establecer una estrategia única que pueda aplicarse de diversas maneras a poblaciones intra o intermunicipales, de modo que recabe información cualitativa que pueda ser comparada entre sí y que, al mismo tiempo, sugiera líneas de intervención precisas para atender las problemáticas encontradas en cada caso.

Por la otra, se trata de una propuesta de intervención para el caso específico de lo hallado en este estudio que puede ejemplificar lo que es posible hacer en otras experiencias.

Propuesta de método

La experiencia de esta investigación permitió delinear un procedimiento que permite investigar, a nivel microsocial, las relaciones de género en un pequeño grupo de mujeres pertenecientes a una comunidad específica. El cuestionario utilizado es abierto y permite establecer un perfil de las participantes, que funciona luego como variable independiente respecto de lo que se encuentre en la exploración de las formas de violencia a las que están expuestas. Éstas son investigadas, a su vez, mediante el uso del *violentómetro*, instrumento de comprensión muy sencilla que permite gradar la violencia. La formulación de las preguntas, de modo que la propia persona aplique el *violentómetro* a su historia familiar, a su relación de pareja y a su entorno, permite indagar tres formas específicas de violencia: la asociada a la crianza, la de pareja y la comunitaria. Las respuestas, conforme son expresadas de manera verbal, permiten una retroalimentación, lo cual permite indagar más profundamente y revisar y en su caso reposicionar la propia respuesta frente al *violentómetro*.

Se sugiere que una persona entrenada en el manejo de grupos —un facilitador o facilitadora— aplique el instrumento y diseñe los espacios para la posterior discusión de los temas.

Replicabilidad y comparabilidad de resultados

Los resultados obtenidos a través de esta propuesta de método son comparables entre sí, si se sigue el protocolo del mismo. Eso hace que la experiencia sea absolutamente replicable.

Potencia de diseño

El protocolo de la propuesta ofrece la posibilidad de reforzar el diseño de la investigación para aplicarlo a grupos de hombres y mujeres de manera simultánea, a diseños pre, postest, y transversales de grupos múltiples, longitudinales de un solo grupo o de grupos múltiples, pues su configuración modular permite que sea utilizado con gran versatilidad científica. El mismo diseño del instrumento permite añadir nuevos módulos destinados a indagar otras formas de violencia no consideradas en el presente estudio.

Propuesta de intervención

Lo hallado en esta experiencia de investigación sugiere al menos tres cuestiones por considerar: uno, las prácticas de violencia registradas en el grupo de estudio permiten ver que, aunque no se está todavía frente a formas graves de violencia, ésta se halla presente en formas consentidas, sobre todo en las relaciones de pareja; dos, la constatación de que la mayoría de las participantes sufrió violencia —incluso leve— en la casa de crianza revela una constante histórica: la violencia, por tanto, forma parte de la vida de estas mujeres; tres, las condiciones mesosociales —pobreza, marginalidad y roles estereotipados tradicionales— ofrecen un contexto poco favorable a la resignificación de la violencia basada en el género.

De gran relevancia es el apunte de que la agresora en la casa de crianza fuera la madre, lo cual sugiere un rol que podría interpretarse como una suerte de correa de transmisión que conduce la violencia de pareja hacia las y los hijos. No hay datos para corroborar esta hipótesis, pero en todo caso es un tema sobre el que se puede indagar con mayor profundidad.

Por otro lado, se encontró un potencial de emancipación interesante: hay en algunas participantes conciencia de lo que significa ser una mujer empoderada, capaz de hacerse cargo de su destino y de reaccionar asertivamente contra el trato violento que recibe de su pareja.

Así, la intervención debería motivar que aquéllas participantes que asumieron roles y actitudes más proclives a la emancipación vayan asumiendo el papel de líderes de opinión, de modo que se forme en el grupo un contexto posjustificatorio de emancipación y empoderamiento. Cabe hacer notar que no se trata de subvertir la relación, sino de desproblematizar la diferencia y, con ello, contribuir a la deconstrucción de la dominación.

El avance en el grupo sugerirá la necesidad de incorporar a las parejas varones, de formar o consolidar grupos de autoapoyo y de defensa de derechos, de visibilidad de prácticas y actitudes que paulatina-mente serán claramente vistas como violentas, y de las propuestas para erradicarlas. Lo que resulte de ello será producto de la reflexión permanente de las propias participantes, lo que sugiere la disminución paulatina del o la facilitadora, hasta que su presencia sea innecesaria.

Bibliografía

- AA.VV., *Orígenes de la violencia en México*, México, Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, 2010.
- AA.VV., “Estudio sobre aspectos psicosociales, socioculturales de la violencia en México. Un enfoque preventivo”, Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, s.a.
- Acevedo, Jesús, *El castigo infantil en México. Las prácticas ocultas*, Saltillo, UADEC, 2010.
- Aldaz Vélez, Evelyn, María de la Luz Estrada Mendoza, Martha Yuriria Rodríguez Estrada y Gabriela Rivera Díaz, *Una mirada al feminicidio en México. Segundo Reporte Semestral*, México, 2009.
- Arisó Sinués, Olga y Rafael M. Mérida Jiménez, *Los géneros de la violencia*, Barcelona/Madrid, Egales, 2010.
- Bronfenbrenner, U., *La ecología del desarrollo humano*, Barcelona, Paidós, 1987.
- Burin, M., *Estudios sobre la subjetividad femenina. Mujeres y salud mental*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1987.
- Ciudadanas en Movimiento por la Democracia y Ciudadanía, A.C., *Manual para la construcción de la ciudadanía de las mujeres en una ciudad libre de violencia de género*, México, Inmujeres, 2010.
- Corsi, J., “El varón violento”, en J. Corsi, M. Dohmen, M. Sotés y L. Bonino (eds.), *Violencia masculina en la pareja*, Buenos Aires, Paidós, 1995.
- Diagnóstico de la información sobre las mujeres víctimas de violencia que se registra en cuatro Procuradurías Generales de Justicia de entidades federativas*, 3ª ed., México, 1993.
- Diagnóstico de las Mujeres en Coahuila 2008*, Coahuila, Instituto Coahuilense de las Mujeres/ Instituto Nacional de las Mujeres, 2009.
- Echeburúa, E. y J. Fernández-Montalvo, “Hombres maltratadores”, en E. Echeburúa y P. Corral (eds.), *Manual de violencia familiar*, Madrid, Siglo XXI, 1998.
- Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares, 2006. *Panorama de violencia contra las mujeres*, Coahuila de Zaragoza, México, Instituto Nacional de las Mujeres/INEGI, 2007.
- Heisse, L., “Violence against Women: an Integrated Ecological Framework”, *Violence Against Women*, 4.
- Herrera, Cristina, *Evaluación de las medidas aplicadas para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres*, Inmujeres/Instituto Nacional de Salud Pública, 2009.
- Herrera, Cristina (coord.), *Estrategias implementadas por las IMEF para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres*, Cuadernos de Trabajo, México, Instituto Nacional de las Mujeres, noviembre de 2010.
- Instituto Nacional de las Mujeres, *Violencia en las relaciones de pareja, Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares*, 2006, Mexico, Instituto Nacional de las Mujeres, 2008.
- , *Violencia sexual contra las mujeres en el seno de la pareja conviviente*, México, Instituto Nacional de las Mujeres, 2009.
- Lagarde, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres, madresposas, monjas, putas, presas y locas*, México, UNAM/PUEG/CEICH, 2003.
- Mackinnon, C., “Crímenes de guerra, crímenes de paz”, en S. Shute y S. Hurley, *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesti de 1993*, Madrid, Trotta, 1995.
- Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio, *Una mirada al feminicidio en México. Reporte semestral, enero a junio de 2009*, México, Católicas por el Derecho a Decidir, 2009.
- Olivares Ferreto, Edith, y Teresa Incháustegui Romero, *Modelo ecológico para una vida libre de violencia de género*, México, Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, 2011.
- Programa Anual de Evaluación 2009, *Diagnóstico sobre la igualdad de género*.
- Ramírez, Karla, y Carlos Echarri, *Mapeo de procesos de atención y construcción de indicadores sobre casos de violencia contra las mujeres*, México, Instituto Nacional de las Mujeres.
- Reed, Evelyn, *Sexo contra sexo o clase contra clase*, México, Fontamara, 1998.
- Rodríguez Mata, Sara, *Factores subjetivos en la construcción social y relacional de la identidad de género femenino y su influencia en la violencia familiar: Ciudad de México*, México, 2011.
- Sotomayor Paterson, Sonia, y Rosario Román Pérez, *Masculinidad y violencia homicida*, México, Plaza y Valdés, 2007
- Torres Falcón, Martha, *Violencia contra las mujeres en contextos urbanos y rurales*, México, El Colegio de México, 2004.

Anexo. Cuestionario guía

Instrucciones. A continuación encontrará una serie de preguntas que son necesarias para la investigación que estamos realizando. Por favor, contéstelas, su respuesta es muy importante. Muchas gracias.

1. ¿Cuántos años tiene?
2. ¿A qué se dedica?
3. ¿Cuál es su estado civil?
4. ¿En qué colonia vive?
5. ¿Cuánto tiempo pasa al día fuera de su casa?
6. ¿Por qué motivo sale de su casa en un día normal?
7. ¿Al cuidado de quién se crió?
8. ¿Qué significa para usted ser mujer?
9. ¿Recuerda si su padre —o la persona con la que se crió— realizaba alguna de las siguientes conductas con alguna persona dentro de la familia en la que se crió? (Presentar el *violentómetro*.)
10. ¿Con qué personas se comportaba de esa manera?
11. ¿Su pareja se ha comportado con usted realizando alguna de las siguientes conductas? (Presentar el *violentómetro*.)
12. ¿En qué momento de sus vidas?
 - a) todo el tiempo, desde que se conocen;
 - b) ocurre con frecuencia en nuestra relación;
 - c) ha llegado a ocurrir en algún momento (describir momento, por ejemplo: noviazgo);
 - d) casi no ocurre (describir alguna situación en la que ocurrió),
 - e) nunca ha ocurrido.
13. ¿Por qué razón piensa usted que pueda o haya podido tener esas conductas con usted?
14. ¿Cómo arregla con su pareja las cosas después de que estas conductas ocurren?
15. ¿Cómo se siente frente a esta situación?
16. ¿Alguna persona (especifique el sexo) se ha comportado con usted realizando alguna de las siguientes conductas? (Presentar el *violentómetro*.)
17. ¿Con qué frecuencia le ha sucedido?
18. ¿En qué momentos? (Describa una situación.)
19. ¿Cuál es su reacción y qué consecuencias tiene?



Comentarios bibliográficos



1. Vormbaum, Thomas, *A Modern History of German Criminal Law*, Michael Bohlander (ed.), trad. Margaret Hiley, Springer, Berlín, 2013, 304 pp.

Finalmente, y como era previsible, la segunda edición alemana de la *Introducción a la historia del derecho contemporáneo (Einführung in die Juristische Zeitgeschichte)* del catedrático de Derecho penal de la FernUniversität, de Hagen, República Federal de Alemania, ha sido traducida al inglés. Actualmente están en vías de publicación la versión italiana y la española. De la primera y la segunda ediciones alemanas de esta obra nos hemos ocupado ya en sendas reseñas aparecidas en *Revista Penal*, por lo que damos por conocido su contenido, limitándonos en esta nota a dar cuenta de la importancia que tiene esta traducción al idioma inglés.

¿A qué se debe tan fulgurante éxito y que una obra cuya versión original alemana apenas lleva en el mercado cinco años, haya alcanzado ya dos ediciones en Alemania y además haya sido traducida a tres idiomas, incluso al inglés, en cuyo ámbito generalmente hay escaso interés por los libros jurídicos alemanes?

En primer lugar, sin duda, a la misma calidad de la obra traducida, una de las más completas y actualizadas sobre la historia contemporánea del Derecho penal alemán. En este ámbito, la autoridad científica del profesor Vormbaum es de sobra conocida, y su ingente labor en la investigación histórica jurídica no sólo se refleja en esta obra, sino en otras muchas de las que ha sido autor, y en su calidad de editor y director de las revistas más prestigiosas sobre historia contemporánea del Derecho, como son el *Jahrbuch* y el *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, así como de otras muchas publicaciones sobre la materia no

sólo en Alemania, sino en España, y especialmente en Italia, muchas de ellas traducidas por el propio Vormbaum, gran conocedor no sólo del idioma italiano, sino también de su literatura más clásica (ha traducido, por ejemplo, al alemán y en su versión original poética la *Divina Comedia*, de Dante).

Pero al éxito de la obra que nos ocupa ha contribuido también el propio interés de la historia jurídica, y especialmente del Derecho penal, en Alemania desde el siglo XVIII hasta nuestros días, especialmente durante el periodo convulso de la República de Weimar, el nacionalsocialismo, la Guerra Fría, la separación en dos Estados alemanes. Sin temor a exagerar se puede decir perfectamente que la historia de Alemania en el siglo XX es una parte importante de la Historia Universal y que en la misma se reflejan todas las tensiones, guerras y conflictos habidos a nivel mundial durante todo el siglo XX. Es evidente que la investigación histórica del Derecho y el Derecho penal tiene que ir más allá de la elaboración dogmática y sistemática y de las polémicas doctrinales habidas sobre todo durante el siglo XX en este ámbito. A cualquiera que esté interesado en la Historia del siglo XX no puede dejar de extrañarle que una materia tan vinculada a la realidad política, económica y social como es el Derecho penal sólo se exponga en la mayoría de los tratados alemanes desde el punto de vista de las discusiones dogmáticas sobre el contenido material de las distintas categorías de la teoría del delito, perfectamente elaborada ya a principios del siglo XX por Ernst Beling, y que después de la Segunda Guerra Mundial, tras la derrota del nacionalsocialismo, la destrucción de Alemania y su división en dos Estados radicalmente enfrentados por ideologías diferentes, la discusión principal en el ámbito de la teoría del Derecho penal fuera el concepto ontológico de acción

Comentarios bibliográficos

y la posición sistemática del dolo en el sistema de la teoría del delito. No cabe duda de que la elaboración llamada dogmática del Derecho penal es una de las aportaciones más importantes dedicadas al estudio técnico jurídico, sobre todo en lo que se refiere a la construcción de un sistema de la teoría del delito, que excede de los límites geográficos de la propia Alemania, como demuestra su extraordinaria difusión en los países latinos y con menor fuerza en otros más alejados de la cultura jurídica occidental como Japón, Corea del Sur y más recientemente China. Sin embargo, en muchos otros países europeos (por ejemplo, en Francia) esa elaboración dogmática del Derecho penal apenas ha tenido éxito y ni siquiera es conocida por la mayoría de los penalistas de esos países. Pero donde menos éxito ha tenido la dogmática penal alemana ha sido en los países regidos por el sistema del *Common Law*, sobre todo en Inglaterra y EUA. Sólo recientemente el *Tratado de Derecho penal internacional* del profesor de la Universidad Humboldt de Berlín, Gerhard Werle, ha tenido un gran éxito internacional, hasta el punto de haber sido traducido ya a varios idiomas, además de al inglés y al español, al italiano, al ruso y al chino; pero ello se debe no sólo a la importancia internacional del tema y a la propia calidad de la obra, sino también a que Werle utiliza una sistemática más próxima al sistema del *Common Law* que a la de la dogmática alemana.

En todo caso, la traducción al inglés de un tratado sobre la historia moderna del Derecho penal alemán puede dar a conocer la dogmática penal alemana también en los países de habla inglesa regidos por el sistema del *Common Law*. Y por la propia expansión del idioma inglés, también en otros muchos países en los que sus juristas y penalistas no conocen directamente el idioma alemán o la elaboración dogmática realizada por los penalistas alemanes. Ya sólo por esto debe recibirse con alegría esta traducción inglesa que sin duda contribuirá al conocimiento de la historia moderna del Derecho penal alemán y de la elaboración teórica del mismo. Pero uno de los méritos principales del libro de Vormbaum es destacar que el Derecho penal de cualquier país es algo más que su elaboración dogmática. La creación, evolución y transformación del Derecho penal desde la época de la Ilustración hasta nuestros días, pasando por la Codificación decimonónica, las convulsiones políticas y sociales del siglo XX, ha estado condicionada por multitud de factores que han condicionado también la elaboración

teórica y dogmática del mismo. Y el conocimiento de esos factores es, si se me apura, casi más importante que el conocimiento de la evolución dogmática o incluso permite comprender mejor muchas polémicas y construcciones dogmáticas habidas durante todo el siglo XX. Conceptos básicos de la dogmática penal, como el de bien jurídico, culpabilidad, antijuricidad material, no exigibilidad, error de prohibición, autoría, etc., han surgido y han ido cambiando a partir de determinados sucesos políticos o concepciones ideológicas dominantes en cada época. La superación del Absolutismo y de la concepción divina del Poder y del Derecho, la consagración del principio de legalidad y la Declaración de los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa, etc., le dio al Derecho penal una base democrática y humanista que, incluso con muchos saltos atrás, aún perdura y constituye la base del Derecho penal de un Estado de Derecho. Al mismo tiempo, la codificación penal instaurada a partir de Napoleón en Francia y en la mayoría de los países europeos situó la fuente del Derecho penal en un poder central estatal, lo que le dio una mayor seguridad y la posibilidad de una interpretación judicial y teórica del mismo mucho más permanente y duradera. Las discusiones en torno a los fines de la pena, retribución *versus* prevención, prevención general *versus* prevención especial, y los postulados de la naciente Criminología junto con los avances de las ciencias empíricas en la segunda mitad del siglo XIX repercutieron igualmente en la construcción de los conceptos y las teorías jurídicas, dotándolos de un contenido vinculado a la realidad social que se pretendía regular. Y desde luego, de lo que no cabe duda es que las guerras mundiales habidas en el siglo XX y las convulsiones y consecuencias políticas que las mismas tuvieron repercutieron igualmente en la legislación, la jurisprudencia y la elaboración teórica y dogmática del Derecho penal. En su libro, Vormbaum dedica, por ejemplo, una buena parte a la exposición del Derecho penal nacionalsocialista, un tema sobre el que la mayoría de los tratados alemanes del Derecho penal pasan sobre ascuas; y en los capítulos correspondientes a esta época se ocupa también de las construcciones teóricas que hicieron importantes penalistas en aquel momento para darle una legitimación y crear conceptos, como el Derecho penal de autor, la culpa por la conducción de vida, la ceguera jurídica, la pena como instrumento de eliminación de los elementos dañinos al pueblo y a la raza, etc., para explicar las

leyes penales más aberrantes de aquella época. También se exponen en el libro de Vormbaum, de forma magistral y clara, la forma en que se elaboró el paso de la dictadura nazi al nuevo régimen democrático en la República Federal de Alemania, en una posguerra, en la que muchos de los penalistas que colaboraron estrechamente con el nazismo siguieron ocupando sus puestos académicos sin el menor sentimiento de culpa ni reconocimiento de su vergonzoso pasado, y sin que nadie les exigiera responsabilidades por ello. Igualmente interesante es la exposición que hace del Derecho penal en la República Democrática Alemana y de la forma en que se elaboró ya a finales del siglo XX desde el punto de vista del Derecho penal la reunificación alemana a raíz de la caída del Muro de Berlín y la exigencia de responsabilidades penales a algunos de sus principales dirigentes por los abusos y violaciones derechos humanos cometidos por aquel régimen.

La traducción inglesa de Margaret Hiley es impecable, y puede ser el inicio de un mejor entendimiento lingüístico entre la terminología jurídica alemana y la inglesa también en el ámbito del Derecho penal, lo que repercutirá favorablemente en un mejor conocimiento de la legislación, la jurisprudencia y la construcción teórica, también dogmática, del Derecho penal alemán a nivel mundial. La buena edición dirigida por el penalista alemán Michael Bohlander, profesor de la Universidad de Durham, contribuirá sin duda también al éxito de esta obra en el ámbito de los países de habla inglesa.

Quienes conocemos la ingente obra del profesor Vormbaum y nos hemos beneficiado de sus investigaciones sobre historia del Derecho penal moderno, no sólo en Alemania sino en otros países —especialmente Italia, de cuyos penalistas ha traducido importantes obras, y en menor medida España, a la que también ha dedicado atención haciendo que las obras de algunos autores sean traducidas al alemán, editando en esta misma lengua una obra sobre la transición de la dictadura a la democracia—, no podemos por menos que mostrar nuestra satisfacción por esta traducción y felicitarlo por la misma.

Francisco Muñoz Conde

2. Busato, Paulo César, *Direito penal, Parte Geral*, Atlas, São Paulo, 2013, 1042 pp.

Desde hace ya algunos años se advierte en Brasil el resurgimiento del estudio teórico y dogmático del De-

recho penal. La vía emprendida años atrás por otros penalistas, como el profesor y miembro del Ministerio Público, Juarez Tavares, cuando tradujo al portugués una de las primeras ediciones del manual de Wessels e introdujo en Brasil las más recientes construcciones de la dogmática penal alemana, aparte de sus trabajos sobre el delito culposo y, recientemente, el bien jurídico, la antijuricidad y la omisión, y sus largas estancias en el Max Planck Institut de Friburgo y en la Universidad de Fráncfort, ha sido continuada por un gran número de jóvenes penalistas brasileños que han realizado estudios de maestría y doctorado principalmente en Alemania, Portugal y España. El resultado de este interés por profundizar en el estudio teórico y dogmático del Derecho penal ha sido, además del éxito académico obtenido en las maestrías y doctorados que han cursado, un buen número de publicaciones, artículos, monografías y obras en general que reflejan un excelente nivel científico e intelectual y una gran madurez en la elaboración del Derecho penal brasileño. La lista de los penalistas de esta joven generación es muy amplia y es prácticamente imposible ofrecer una relación exhaustiva de los mismos, en la que de todos modos siempre existiría el riesgo de omitir algún nombre. No obstante, todos conocen la excelente labor que están desempeñando en Alemania, en la Universidad de Múnich, primero junto a Claus Roxin y luego con su discípulo Bernd Schünemann, de Luis Greco, o Antonio Martins, discípulo de Ulfried Neumann y actualmente asistente científico en la Universidad de Fráncfort del Meno. Otros han regresado a su país después de una fructífera estancia en universidades europeas, como Fabio D'Avila, de Porto Alegre; Helena Lobo, de São Paulo; Luciana Monteiro, de El Salvador; Jacson Zilio, de Curitiba, etc., muchas de cuyas tesis doctorales y monografías han sido publicadas también en España, Alemania, Argentina, etcétera.

Entre estos penalistas de la nueva generación destaca, sin duda, Paulo César Busato, profesor titular de Derecho penal en la Universidad Federal de Paraná, en Curitiba, y miembro destacado del Ministerio Público en dicha ciudad, autor de la obra que aquí se comenta.

Cuando Paulo Busato llegó a Sevilla a principios de la primera década de este siglo, para realizar el curso doctoral sobre Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, llevaba ya un gran bagaje de

conocimientos jurídico penales y gran preparación intelectual, fruto de lo cual fue una magnífica tesis, realizada bajo mi dirección, sobre “El concepto significativo de acción”, que mereció además de la máxima calificación su publicación como monografía en la editorial Tirant lo Blanch de Valencia. También bajo mi dirección realizó en poco tiempo su tesis doctoral sobre “La tentativa”, que igualmente mereció la máxima calificación y luego fue publicada. Ya entonces mostró, además de una gran capacidad de trabajo, un gran interés por las cuestiones teóricas y dogmáticas del Derecho penal, situándolas en el plano más profundo de la especulación filosófica y principalmente de la filosofía del lenguaje, inspirándose para ello sobre todo en la obra que en este sentido venía ya desarrollando desde hacía algún tiempo el profesor de la Universidad de Valencia y vicepresidente del Tribunal Constitucional español, Tomás Vives Antón. Tras su regreso a Brasil y tras otras estancias en Portugal, España, Alemania, Inglaterra y EUA, su traslado al Ministerio Público de Curitiba y la obtención por concurso de la plaza de profesor titular de Derecho penal en la Universidad Federal de Paraná, en Curitiba, Busato ha seguido publicando interesantes artículos y monografías, fundó una revista de Derecho penal, formó un grupo de investigación en el que se han integrado más de 50 alumnos que actualmente realizan sus trabajos de maestría y doctorado, y publicó los primeros esbozos y partes de este tratado completo de la Parte General del Derecho penal que ahora aparece publicado en la editorial Atlas de São Paulo. Ya en el Prólogo o Prefacio del mismo avisa desde el primer momento su intención de exponer el Derecho penal desde el prisma de la filosofía del lenguaje, desarrollando un modelo que se puede calificar como “significativo” por referencia a la teoría de la acción del mismo nombre, a partir de las bases expuestas en sus respectivas obras por Tomás Vives y George Fletcher, anclándolo en los principios del Estado social y democrático de Derecho. No obstante, el lector no debe temer una visión excesivamente unilateral de la problemática del Derecho penal, pues a través de toda su obra Busato se esfuerza por exponer las otras opciones teóricas en el panorama del Derecho penal contemporáneo, analizando de forma exhaustiva su evolución, las ventajas e insuficiencias de cada una de ellas, para pasar luego a exponer su propio punto de vista siempre novedoso y, por tanto, en algunos temas también discutible.

Por supuesto, y como no podía ser de otro modo en una obra con pretensiones de exhaustividad, también se abordan en esta Parte General los problemas tradicionales sobre el concepto, objeto y misiones del Derecho penal (capítulo 1), los principios limitadores de legalidad, intervención mínima y culpabilidad (capítulo 2), los límites espaciales y personales a la aplicación del Derecho penal (capítulo 3) y los diversos modelos interpretativos de la norma penal (capítulo 4), en los que sigue los parámetros y principios del Estado de Derecho actualmente asumidos en los países democráticos, advirtiendo de que más de un derecho del Estado el *ius puniendi* es un deber de castigar, entendiendo que el “Estado no es un titular de derechos sino un mero gestor de derechos ajenos (de los individuos)” (p.19).

Pero donde realmente Busato expone con mayor originalidad y novedad su propia concepción del Derecho penal es a partir del capítulo 5, en el que a modo de introducción a la teoría del delito que sigue en los capítulos siguientes explica los presupuestos estructurales de la misma, advirtiendo su carácter instrumental y la necesidad de despojarla de la terminología técnica con la que generalmente suele exponerse en las construcciones tradicionales. Tras pasar revista crítica a las distintas versiones que ha habido en la dogmática penal alemana, y por su influencia en la de la mayoría, por no decir todos, de los países hispanohablantes y, por supuesto, también en Portugal y Brasil, durante todo el siglo XX, es decir, al modelo causal naturalista, al neokantiano valorativo, al finalista y al funcionalista, en sus versiones teológica y sistémica, pasa a explicar lo que él llama “el modelo significativo de imputación” (pp. 247 y ss.). Este modelo, basado fundamentalmente en los fundamentos de Derecho penal de Tomás Vives y en otras obras del mismo autor, así como en la filosofía del lenguaje de Wittgenstein, parte del concepto de acción como expresión de sentido, lo que permite incluir bajo el mismo tanto la acción en sentido estricto como la omisión, en la medida en que ésta puede pretender también relevancia penal y, por tanto, cumplir con las exigencias de la tipicidad, bien en su forma de omisión propia o de omisión impropia (capítulo 6). Este planteamiento le lleva al reconocimiento del dolo y la imprudencia como conceptos normativos en los que se encuentra una pretensión subjetiva de ilicitud (capítulo 7). Parece discutible, sin embargo, que desde un punto de vista puramente significativo puedan establecerse diferencias entre

dolo eventual e imprudencia consciente, recurriendo, como hace Busato (pp. 450 y ss.), a la teoría de Martínez Buján, que ve el componente volitivo característico del dolo normativamente como “compromiso do autor com a vulneração do bem jurídico”. A mi juicio, lo significativo en esta materia son, como ya indicó Hassemer en un brillante artículo publicado en el *Festschrift* para Armin Kaufmann, los criterios que en la vida ordinaria se entienden como “indicadores” (naturaleza del arma empleada, relaciones previas entre el autor y la víctima, acciones concomitantes, posibilidad de evitación, etc.) del dolo y no de una mera imprudencia, y no un vago “compromiso” del autor con la lesión del bien jurídico, a no ser que ese “compromiso” se valore desde el punto de vista de los indicadores antes señalados. En general, la atribución del dolo, eventual o directo, o de determinadas intenciones típicamente relevantes (ánimo de apropiación o de uso, carácter sexual de algunos tocamientos en el ámbito de los abusos sexuales), depende de una serie de valoraciones que en el contexto social, y, por tanto, significativamente, se consideran como pretensiones subjetivas calificables como dolo o como las intenciones requeridas por la tipicidad respectiva. Como después veremos, estos “indicadores” son, sin embargo, utilizados por Busato en un capítulo posterior (13) para delimitar el dolo en la tentativa.

En el ámbito de la antijuricidad, que Busato llama pretensión de ofensividad (capítulo 7), adopta la terminología de Vives para distinguir las causas de justificación de las de exculpación, entendiendo que las primeras son *permisiones fuertes* (principalmente el estado de necesidad, la legítima defensa, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho), mientras que las segundas serían *permisiones débiles* y, por tanto, con distintas consecuencias, incluyendo principalmente en las mismas la no exigibilidad de un comportamiento distinto; considerando que tanto el consentimiento como la colisión de deberes y el llamado estado de necesidad exculpante son causas supralegales bien de justificación, bien de exculpación. A mi juicio, aunque no le falte razón al incluir el estado de necesidad llamado exculpante en las cercanías de las causas de justificación, como permiso débil, la no exigibilidad de otro comportamiento que le sirve de base es un elemento más propio de la exclusión de la culpabilidad que de la justificación, o, en todo caso, como decía Henkel, un principio regulativo que lo mismo puede utilizarse como principio informador

de las causas de justificación, como de las causas de exculpación, como así lo reconoce el mismo Busato, cuando, como se ve más adelante (pp. 556 y 557), concibe la culpabilidad como “exigibilidade de ajuste ao direito”.

Dedica a la culpabilidad el capítulo 10, en el que tras exponer las diversas teorías y construcciones de este concepto, explica su concepción de la misma como pretensión de reprobación. ¿Qué quiere decir con ello? Para Busato, la culpabilidad es un juicio de valor meramente normativo: es culpable la persona a la que se le puede exigir que actúe conforme a las normas. Para ello requiere la verificación de los condicionamientos personales y sociológicos, como la capacidad motivacional y de comprensión de la norma, que dan las bases empíricas de la imputabilidad y de la conciencia de la ilicitud (pp. 557 y ss.). Respecto de la constatación de la (in)imputabilidad, surgen dudas sobre si los datos que le sirven de base (sobre todo en las perturbaciones mentales) puedan constatarse desde un punto de vista puramente normativo sin tener en cuenta los conocimientos empíricos que brindan la psiquiatría y la psicología (sistema biopsicológico que acoge el Código Penal brasileño). Menos dudas surgen en la constatación de la conciencia de la ilicitud que, salvo los casos en que se derive de alguna anomalía o retraso mental, es una construcción puramente normativa, que por lo demás se da por supuesto en la mayoría de los casos que van a los tribunales de justicia (pp. 569 y ss.; sobre el tratamiento del error de prohibición véase *infra*).

Siguiendo la estructura tradicional de la teoría del delito, Busato considera una categoría necesaria del mismo, lo que llama “pretensión de punibilidad” (capítulo 11), basada en la necesidad de pena. En este capítulo se ocupa de las causas de exclusión de la punibilidad, de las excusas absolutorias y de las causas de exclusión de la persecución penal (amnistía, indulto y prescripción).

Pero donde hay un tratamiento sistemático más novedoso de los elementos de la teoría del delito es en la teoría del error, a la que le dedica el capítulo 12, exponiendo unitariamente las distintas clases de error. No cabe duda de que desde que se introdujo con la teoría de la culpabilidad, mantenida en su versión estricta por los partidarios de la teoría final de la acción, la distinción entre error de tipo y error de prohibición, con la distinta relevancia que se asigna a cada uno de ellos, los límites entre una y otra clase

Comentarios bibliográficos

de error han sido y siguen siendo discutidos y existen diversas opiniones respecto a si, por ejemplo, el error sobre los elementos normativos del tipo o los elementos contenidos en el tipo referidos a la antijuricidad (casi todos los delitos económicos y medioambientales y todos aquellos en los que existen referencias a normas de carácter extrapenal), o sobre los presupuestos de las causas de justificación, deben ser tratados como un caso de error de tipo o de prohibición. La relevancia de uno u otro tipo error es distinta, ya que el error de tipo vencible conduce, según la teoría estricta de la culpabilidad, a la imputación del delito como delito imprudente (si está prevista esta modalidad para el delito en cuestión), mientras que el error de prohibición vencible todo lo más conduce (y no de manera obligatoria en la versión de la teoría estricta de la culpabilidad) a una rebaja de la pena del delito doloso. En el fondo de esta distinción late la vieja distinción entre error de hecho y error de Derecho, cuando se le negaba a este último nula o escasa relevancia para eximir o atenuar la pena. La paulatina aunque escasa relevancia del error de Derecho obligó a una distinción con el error de hecho, que se tradujo para el primero en una atenuación potestativa de la pena cuando era vencible, manteniendo la conversión del error de tipo en delito imprudente (cuando éste se halla penado especialmente). Pero, pesar de la aparente claridad de esta distinción dogmática, las dificultades existentes para distinguir entre ambas clases de error llevó a la dogmática penal alemana a lo largo del siglo XX a desarrollar una serie de teorías como la del dolo, la del dolo restringida, la de los elementos negativos del tipo, la de la culpabilidad estricta, la de la culpabilidad limitada, o la de la culpabilidad orientada a las consecuencias, para solucionar de un modo satisfactorio los casos más controvertidos. Esta disparidad doctrinal no sólo hace imposible una teoría unitaria del error, sino que al mismo tiempo revela bastante arbitrariedad en los criterios que se siguen para asignar determinados supuestos de error a una u otra categoría. ¿Debe tratarse la apreciación errónea del presupuesto de una causa de justificación, por ej., la existencia de una agresión ilegítima en la legítima defensa, como un error de tipo o como un error de prohibición? Y el error sobre la existencia de una obligación tributaria en el delito fiscal, ¿es un error de tipo o un error de prohibición? En el fondo de esta discusión late, como ya demostró Lothar Kuhlen hace ya algunos años en una monografía dedicada espe-

cíficamente a este tema, la vieja distinción entre el error que excluye el dolo y el error que no lo excluye pero que puede ser tenido en cuenta para atenuar la pena. O como también destaca en la doctrina americana George Fletcher, lo verdaderamente importante es la distinción entre errores relevantes y errores irrelevantes, y no la ubicación sistemática de cada uno de ellos. No le falta, por tanto, razón a Busato cuando considera que, sin perjuicio de admitir la distinta relevancia de una u otra clase de error, es mejor y desde luego más manejable tratar unitariamente todas las clases de error relevante en el juicio de imputación penal, y los elementos que les son comunes y fundamentan su relevancia. Así, por ejemplo, trata como un filtro interpretativo general de las hipótesis de error la vencibilidad o posibilidad de superación del error, que él llama “escusabilidad” (pp. 647 y ss.), ya que en efecto ésta es la razón por la que el error, sea de tipo o de prohibición, puede tener relevancia penal. La “escusabilidad” está vinculada a lo razonable, es decir, a procesos de comunicación. En este sentido, la doctrina del *Common Law* adopta desde hace mucho tiempo el criterio de lo “razonable”, que es ciertamente un criterio amplio, pero que como ya advirtió Fletcher en una conocida monografía sobre el tema, traducida por mí y por Busato hace ya algunos años, admite diversos niveles de amplitud en función de las circunstancias concurrentes en el sujeto que actúa. Este criterio, señala Fletcher en esa monografía, es mucho más flexible que el de lo “justo”, que se maneja en la doctrina continental europea. Pero de un modo u otro, excusable, razonable o vencible son criterios válidos para determinar cuando el error es plenamente relevante o al menos tiene alguna relevancia en la imputación de la responsabilidad penal. Naturalmente, los niveles de relevancia dependen de las circunstancias en que actúa el sujeto, de su capacidad intelectual, de sus especiales conocimientos, del deber que tiene, en unos casos más que en otros, de informarse de las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean su actuación y despejar las dudas que tenga al respecto. En todo caso, como destaca Busato, la relevancia depende del significado que se le atribuya en el proceso de comunicación con los demás. Sobre estas premisas, expone Busato tres clases de errores relevantes pero con distintas consecuencias jurídicas: el error de tipo, el error de prohibición y el error sobre las eximentes o, como él las llama, permisiones, que da lugar a las llamadas eximentes putativas, dis-

tinguiendo en este caso, siguiendo la regulación que para las mismas ofrecen los artículos 20, 1 y 21 del Código Penal brasileño, entre el error sobre los presupuestos fácticos (tratamiento como imprudencia) y el error sobre la existencia de la exención (tratado como error de prohibición, y ello, en opinión de Busato, tanto si se trata de permisiones fuertes como si se trata de las permisiones débiles).

No puedo extenderme ahora en otras cuestiones relacionadas con el tratamiento del error, pero creo que con lo expuesto se puede tener una idea sobre las muchas novedades que la obra de Busato aporta a la construcción de una teoría del delito, que, vista desde el punto de vista de la acción significativa, puede todavía generar muchas posibilidades interpretativas que había pasado desapercibido o sin una exacta fundamentación por las construcciones dogmáticas tradicionales.

Otros sugerentes criterios interpretativos ofrece Busato en el tratamiento de la tentativa y sobre todo en la fundamentación de la punibilidad de la tentativa desde el punto de vista significativo: éste fue el tema su tesis doctoral dirigida por mí y, como ya digo en el Prólogo a la publicación de la misma como monografía (*La tentativa del delito, análisis a partir del concepto significativo de acción*, Curitiba 2011), la solución al problema del comienzo y de la idoneidad de la tentativa, que tantos ríos de tinta y polémicas doctrinales ha provocado a lo largo de la historia de la dogmática penal, no puede venir de pretendidas leyes naturales basadas en datos ontológicos como la finalidad o la probabilidad más o menos alta de producción de un determinado resultado, sino de un determinado contexto en el que el uso social, las propias normas jurídicas y, en definitiva, la intercomunicación personal da sentido a lo que ontológicamente, por sí mismo, como leyes naturales, carece de significado. Para Busato es, pues, el contexto en el que se da la acción y la interpretación de la misma como un acto comunicativo, lo que único que puede ayudarnos a resolver los problemas que desde hace siglos aqueja a la dogmática penal de la tentativa.

Creo que para entender mejor la importancia de la tesis de Busato es muy revelador el ejemplo por él mismo aportado en referencia al atentado contra la Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001. Lo que antes se podía entender como un secuestro de avión con el que los delincuentes pretendían conseguir alguna reivindicación a cambio de

liberar a los rehenes (algo muy frecuente en los años setenta y ochenta), hoy en día se valoraría probablemente como el inicio de un inminente atentado terrorista ante el que quizás se reaccionaría de una manera diferente (derribando por ejemplo el avión antes de sea lanzado contra un objetivo. Lo que desde luego plantea una problemática jurídica bastante diferente).

Pero, igualmente en otro contexto, la concepción significativa de la acción mantenida por Busato es lo que permite distinguir una determinada acción consistente en el tocamiento de órganos genitales como un acto de reconocimiento médico o como un acto constitutivo de un abuso sexual o incluso de una agresión sexual, dependiendo de determinados indicadores concomitantes que un determinado contexto permiten considerarlo de una u otra forma. El mismo tocamiento realizado por un ginecólogo o un urólogo en un acto característico de estas especialidades médicas puede interpretarse en otro contexto, incluso médico (piénsese, por ejemplo, en el mismo acto realizado por un dentista), como un acto de abuso sexual. Pero hasta en dichas especialidades médicas el acto realizado sin atenerse a las reglas básicas de dicha profesión, como no ponerse guantes de látex, hacer tocamientos innecesarios en zonas erógenas, etc., pueden también interpretarse como un acto de abuso sexual. En definitiva, no es la intención, inescrutable para el observador externo (el paciente que considera que ha sido víctima de un abuso, o luego el juez que tiene que juzgarlo), lo que determina el carácter delictivo o no del hecho en cuestión, sino el significado que, de acuerdo con determinadas reglas y usos sociales o profesionales, puede atribuirse a la conducta. Ello también incide en la valoración de las pruebas por parte del juez, que, con base en las reglas y usos sociales, determinará si el acto objetivamente como tal, y ambiguo, fue o no un acto de abuso sexual o una simple exploración médica rutinaria.

En general, como ya decía en mi comentario a la tesis de Busato en relación con la diferencia entre dolo eventual e imprudencia consciente, lo mismo puede decirse con la constatación de todos los elementos subjetivos del delito, y, por tanto, del elemento subjetivo de la tentativa, caracterizado como la intención de conseguir un determinado resultado consumativo de un delito. Apretar el gatillo de una pistola descargada puede ser un acto irrelevante, o una broma; pero hacerlo sabiendo que está cargada adquiere relevancia social y, por supuesto, jurídica.

Comentarios bibliográficos

Del mismo modo que la tiene también decirle a una persona que viaje en avión, cuando se sabe que alguien ha puesto una bomba para que explote en el vuelo, y carece de relevancia hacer lo mismo simplemente como consejo para que se llegue rápido a un determinado lugar, aunque el avión efectivamente se caiga y el sujeto hubiera tenido el presentimiento o el deseo de que así fuera. E igualmente, la diferencia entre tentativa inidónea punible, y la que debe permanecer impune, por tratarse más bien de una tentativa irreal como querer matar a alguien mediante conjuros, pinchando alfileres en un muñeco de barro, etc., depende de una interpretación de la conducta como significado, que según las reglas y usos puede estimarse como suficientemente peligrosa *ex ante*, desde el punto de vista del sujeto que actúa y teniendo en cuenta sus conocimientos personales (si, por ejemplo, sabía que disparaba contra una persona, pero no sabía que la pistola estaba descargada).

De todas estas cuestiones, y de otros muchos temas en relación con el concurso de personas (autoría y participación, capítulo 14), se ocupa con detenimiento Busato en su Parte General, exponiendo no sólo su personal punto de vista, sino también de forma objetiva y casi exhaustiva el estado de la discusión doctrinal en torno a los mismos. Así, por ejemplo, pasa revista a las distintas formas de autoría, aceptando la autoría mediata en el caso del dominio de los aparatos de poder y la coautoría como dominio funcional del hecho, aunque uno de los coautores no participe directamente en la ejecución del delito, sino sólo en su planificación. También distingue entre autoría y participación sobre la base de la teoría del dominio del hecho, a pesar de que el Código Penal brasileño contiene una regulación más próxima a la teoría unitaria que a una diferenciadora, que, como advierte Busato (p. 704), puede llevar en algunos casos a imponer penas más elevadas al partícipe (inductor o cómplice) que al au-

tor, lo que evidentemente se compadece mal con el significado que debe atribuirse a sus distintas contribuciones (desde luego, dar un arma es significativamente menos grave que matar directamente con ella).

Los capítulos siguientes (15 a 21) los consagra a las consecuencias jurídicas del delito, comenzando por una amplia exposición de las teorías de la pena, considerando la pena como un “medio de mantenimiento de control social de lo intolerable, a través de la protección selectiva de bienes jurídicos”, y no como mera retribución o prevención, general o especial, del delito (pp. 806 y ss.). Los capítulos restantes se dedican sobre todo a la exposición del sistema de penas vigente en el Derecho penal brasileño (capítulo 16), de las medidas de seguridad (capítulo 17), de la individualización o determinación de la pena (capítulo 18), de los substitutivos penales (capítulo 19), y como colofón final de la acción penal y de las consecuencias jurídicas de la condena, que son objeto de regulación en el Código Penal brasileño.

Evidentemente, en este comentario no puedo extenderme mucho más en resaltar las muchas e importantes novedades que se encuentran en la obra de Busato. Para terminar, quisiera sólo destacar que, además de las importantes contribuciones y sugerencias que en la misma se contienen para la comprensión de los problemas fundamentales de la Parte General del Derecho penal, este libro constituye además una completa exposición del estado del Derecho penal tanto brasileño como comparado, utilizando para ello una exhaustiva bibliografía con las aportaciones más recientes de la dogmática alemana, española y, por supuesto, brasileña, que, como esta obra demuestra, ha llegado a alcanzar en los últimos años un nivel de madurez y elaboración intelectual en verdad encomiable.

Francisco Muñoz Conde

Cómo suscribirse

Revista

Penal MÉXICO

Seleccione la opción de suscripción que mejor le convenga:



• **Envíe un correo a libreria@inacipe.gob.mx con los siguientes datos:**

- ◆ Nombre completo
- ◆ Domicilio de envío (calle, número, colonia, delegación, C.P.)
- ◆ Teléfono
- ◆ Datos del depósito bancario o transferencia incluyendo: folio, fecha y hora, o bien adjunte la ficha digitalizada



• **Ingrese a la página www.inacipe.gob.mx:**

- ◆ Pestaña de publicaciones
- ◆ Sección de venta dentro de la subsección suscripciones y siga las instrucciones en pantalla



• **Acuda personalmente al edificio de publicaciones en el Inacipe con su comprobante de depósito:**

Magisterio Nacional núm. 113, Col. y Del. Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F.

 5573-7633 y 5487-1500 ext. 1698

Datos para el depósito:

Banco HSBC: cuenta 404373-6438

Clabe interbancaria 0211-80040-4373-6438-8, a nombre de Autogenerados INACIPE09

- Un año (2 ejemplares) \$440.00
- Dos años (4 ejemplares) \$880.00
- Envíos gratis

Los datos personales recabados serán protegidos con fundamento en los artículos 18 fracción I y II y 20 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental el cual fue registrado en el listado de sistemas de datos personales ante el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (www.ifai.org.mx) y podrán ser transmitidos de acuerdo a lo previsto en la ley. La Unidad Administrativa responsable del Sistema de Datos Personales del Instituto Nacional de Ciencias Penales, ubicada en Magisterio Nacional 113, Col. Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F., en donde el interesado podrá ejercer los derechos de acceso y corrección de datos. Lo anterior se informa en cumplimiento del artículo decimoséptimo de los Lineamientos de Protección de Datos Personales, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 2005.

Revista Penal México, editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), cuya dirección postal se encuentra en calle Magisterio Nacional número 113, colonia Tlalpan Centro, Delegación Tlalpan, C.P. 14000, en México, Distrito Federal, publica artículos sobre temas relacionados con las ciencias penales, en su carácter general y especial, así como el proceso penal, la parte criminal y aspectos afines a estas disciplinas que son el resultado de una investigación científica original, cuyo objetivo es difundir e impulsar la investigación científica mediante el intercambio de opiniones, estudios y análisis en dichas materias, que pueden ser extrapolables a otros países.



ENVÍO ELECTRÓNICO

Los artículos pueden enviarse en formato Word y por correo electrónico a la siguiente dirección: jcferreolive@gmail.com, publicaciones@inacipe.gob.mx



ESPECIFICACIONES

Los artículos deben ser textos originales que no hayan sido publicados en ningún otro medio; la primera página del documento incluirá el título del artículo, nombre completo, adscripción institucional y correo electrónico del o los autores, así como un resumen analítico en español e inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y de 5 a 7 palabras clave en los idiomas antes mencionados. La extensión será de mínimo 10 cuartillas y máximo de 50; esta cantidad, en casos extraordinarios, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen correspondiente o por acuerdo entre el autor y los codirectores. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apegarse a las normas ISO 690:2010, consultables en <http://goo.gl/DuRX4x>



CALENDARIO

La fecha límite para la recepción de los artículos será de dos meses antes de la temporalidad de la publicación, por lo tanto, dado que la *Revista Penal México* es una revista semestral, la cual comprende los periodos de septiembre a febrero y de marzo a agosto, los trabajos se recibirán en julio, para el primer número del año, y enero, para el segundo.



PROCESO DE DICTAMINACIÓN

Posteriormente, los artículos se someterán a un proceso de evaluación siguiendo el sistema doble ciego. Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante el resultado del dictamen, el cual puede ser “publicable”, “no publicable” o “publicable con observaciones”. Dicha información se hará llegar a los colaboradores un mes antes de la periodicidad de la revista, esto es, en agosto, para el primer número anual, y en febrero, para el segundo. La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.



DERECHOS

Es condición indispensable para la publicación que el autor o autores cedan a la revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si acaso surgieran peticiones del autor o de terceros para la reproducción o traducción completa o parcialmente de los artículos, será competencia del Consejo de Reacción la autorización de dicha solicitud. En este sentido, se deberá indicar que la obra ha sido publicada previamente en el correspondiente número de la revista.



DOMICILIO POSTAL

Los artículos se recibirán únicamente por correo electrónico pero podrán recibirse, en un disco, e impreso, como respaldo, a la siguiente dirección postal: calle Magisterio Nacional número 113, colonia Tlalpan Centro, Delegación Tlalpan, C.P. 14000, México, Distrito Federal.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal

PGR

PROCURADURÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



INACIPE