



Revista

América

MÉXICO

Número 1 • Mayo 2011



Revista

Penal

MÉXICO

Número 1 • Mayo 2011





El INACIPE agradece al Museo Nacional de la Estampa la cesión de los derechos de uso del grabado de Arturo García Bustos (1926), *Patricio Lumumba* (circa 1940), linóleo, 64.77 x 47.63 cm



Instituto
Nacional de
Bellas Artes



REVISTA PENAL MÉXICO, año 1, núm. 1, es una publicación semestral editada por Instituto Nacional de Ciencias Penales a través de la Dirección de Publicaciones. Magisterio Nacional 113, Col. Tlalpan, Delegación Tlalpan, C. P. 14000, México, D. F., Tel. 5487 1571. www.inacipe.gob.mx, *e-mail*: publicaciones@inacipe.gob.mx. Editores responsables: Juan Carlos Ferré Olivé y Gerardo Laveaga. Reserva de Derechos al Título Exclusivo No. 04-2011-031413283300-102; ISSN: en trámite. Licitud de Título: en trámite; Licitud de Contenido: en trámite. Impresión por Impresora y Encuadernadora Progreso S. A. de C. V. (IEPSA), Av. San Lorenzo 244, Col. Paraje de San Juan, Delegación Iztapalapa, C. P. 09830, México, D. F.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

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

Revista

Penal

MÉXICO

DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

MARISELA MORALES IBÁÑEZ
*Procuradora General de la República
y Presidenta de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

JORGE ALBERTO LARA RIVERA
*Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la PGR
y Secretario Técnico de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

GERARDO LAVEAGA
Director General

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO
Secretario General Académico

CITLALI MARROQUÍN
Secretaria General de Extensión

ALBERTO LUJAMBIO
Encargado de la Dirección de Publicaciones

Número 1 • Mayo 2011

DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Universidad de Huelva

GERARDO LAVEAGA
Director General del INACIPE

COMITÉ CIENTÍFICO

JOHN ACKERMAN
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CLAUS ROXIN
Universidad de Munich

KAI AMBOS
Universidad Georg August de Gotinga

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

LUIS ARROYO ZAPATERO
Universidad de Castilla La Mancha

OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL
Academia Mexicana de Ciencias Penales

ANDRÉS BAYTELMAN
Baytelman Legal. Fraud, Forensics and Compliance

JORGE ALBERTO LARA RIVERA
Procuraduría General de la República

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
Suprema Corte de Justicia de la Nación

MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOSA
Academia Mexicana de Ciencias Penales

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

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO
Instituto Nacional de Ciencias Penales

ENRIQUE DÍAZ-ARANDA
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA
Comisión Nacional de los Derechos Humanos

JAVIER DONDÉ MATUTE
Instituto Nacional de Ciencias Penales

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA
Universidad de Guanajuato

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
Academia Mexicana de Ciencias Penales

JESÚS ZAMORA PIERCE
Barra Mexicana, Colegio de Abogados

RENÉ GONZÁLEZ DE LA VEGA
Academia Mexicana de Ciencias Penales

CONSEJO DE REDACCIÓN

VICTORIA ADATO GREEN
Academia Mexicana de Ciencias Penales

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

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ
Instituto Nacional de Ciencias Penales

ERNESTO LÓPEZ SAURE
Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca

RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS
Academia Mexicana de Ciencias Penales

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
Academia Mexicana de Ciencias Penales

FEDERICO LEFRANC WEEGAN
Instituto Nacional de Ciencias Penales

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ
Poder Judicial de la Federación

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

MARÍA ELOÍSA QUINTERO
Instituto Nacional de Ciencias Penales

ISAAC GONZÁLEZ RUIZ
Instituto Nacional de Ciencias Penales

MIGUEL SARRE IGUÍNIZ
Instituto Tecnológico Autónomo de México



CONTENIDO

Juan Carlos Ferré Olivé / Gerardo Laveaga <i>Invitación a la lectura</i>	9
---	---

DOCTRINA

Kai Ambos <i>¿Qué significa la “intención de destruir” en el delito de genocidio?</i>	11
Luis Arroyo Zapatero <i>El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte</i>	31
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana Pérez Cepeda <i>Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones</i>	39
Alessandro Bernardi <i>La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas</i>	65
Iñaki Esparza Leibar <i>La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger..</i>	97
Juan Carlos Ferré Olivé <i>Universidad y guerra civil</i>	109
Miguel Ángel Mancera Espinosa <i>El Derecho penal del enemigo en México</i>	141
Gilberto Martiñón Cano <i>El bien jurídico como principio irrenunciable en el derecho penal del siglo XXI..</i>	161
Francisco Muñoz Conde y Héctor Olásolo <i>La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en America Latina y España</i>	171
Paula Andrea Ramírez Barbosa <i>El reclutamiento de menores en el marco del conflicto armado colombiano. Aproximación a la problemática.</i>	189
Shizhou Wang <i>Introducción al sistema Anti-corrupción de la República Popular China</i>	205
Bibliografía <i>Notas bibliográficas</i>	211
Crónica <i>II Fórum Internacional de Derecho penal en la Era Global (International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era)</i>	225



Invitación a la lectura

El sistema de justicia penal en México vive tiempos de cambio. Es en medio de la crisis donde encontramos las mejores oportunidades para la transformación. Por ello, los juristas mexicanos deben mirar hacia otras latitudes para propiciar un debate fecundo y abierto. Más ahora que, incluso las grandes potencias, buscan ajustar sus sistemas jurídicos para enfrentar los retos que impone la modernidad.

En el mundo globalizado, la respuesta del Derecho no puede ser la misma que hace cien o mil años, como algunos aún lo pretenden. En este mundo globalizado, todos podemos y debemos aprender de todos. La implementación en nuestro país de un nuevo sistema procesal penal, la creación de nuevos tipos penales y la generación de leyes más severas para perseguir y sancionar la trata de personas, el secuestro o el lavado de dinero, requieren ser enfrentadas con modelos que han probado su eficacia a escala internacional. Nada de lo anterior debe intentarse, desde luego, sin un respeto estricto a los derechos humanos.

Con ese ánimo, el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), en coordinación con las prestigiosas universidades de Salamanca, Huelva, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide y la Cátedra de Derechos Humanos “Manuel de Lardizábal”, pone a disposición del lector el número 1 de la *Revista Penal México*. Diseñada con los estándares más altos reconocidos en Iberoamérica, esta nueva publicación recoge las opiniones de tratadistas reconocidos a nivel mundial, cuya experiencia es palpable, también, en el ámbito forense vinculado a las Ciencias Penales.

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ / GERARDO LAVEAGA



¿Qué significa la “intención de destruir” en el delito de genocidio?*

Kai Ambos**

Universidad de Göttingen

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

RESUMEN: El genocidio es un delito con un elemento subjetivo doble: una intención general referida a las conductas típicas y una intención ulterior que se refiere al fin último de destrucción del grupo (*infra* 1.). La jurisprudencia dominante interpreta el requisito de la “intención de destruir al grupo” como una intención especial o específica (*dolus specialis*) poniendo el énfasis en su tendencia volitiva o basada en el propósito (“purpose-based approach”) (2.1.). Aunque, durante mucho tiempo, esta interpretación ha sido aceptada sin grandes disensiones, recientemente ha sido cuestionada a partir de enfoques basados en el conocimiento y en la estructura (“knowledge and structure-based approaches”) (2.2.), que no han sido objeto de suficiente estudio. Una interpretación histórica, literal, sistemática y teleológica del requisito de la “intención de destruir”, teniendo en cuenta la particular estructura del delito de genocidio y el significado de la “intención” en Derecho comparado, revela que la interpretación tradicional no se sostiene. En su lugar, debería ser reemplazada por un enfoque combinado basado en la estructura y en el conocimiento que permita diferenciar los casos según el estatus y la conducta de los sujetos activos (distinguiendo así, entre aquellos de rango inferior, intermedio y superior) (2.3.). Como consecuencia, el enfoque basado en el propósito sólo debería emplearse para los responsables de nivel superior o intermedio, mientras para los de nivel inferior bastaría con el conocimiento del contexto genocida. Aunque este enfoque no modifica de forma sustancial los tradicionales problemas de prueba, sí los mitiga en el caso de los responsables del nivel inferior (2.4.). Finalmente, este nuevo planteamiento exige una nueva perspectiva en la interpretación del requisito de la “intención de destruir” en casos de participación en genocidio (3.).

PALABRAS CLAVE: Genocidio, Dolo, Intención de destruir, Participación en genocidio.

* Publicado originalmente en inglés en *International Review of the Red Cross*, vol. 91 (2010). Agradezco al profesor Robert Cryer, de la Universidad de Birmingham, una revisión crítica del texto y sus valiosos comentarios. También agradezco sus observaciones a los participantes en los distintos encuentros en los que presenté este artículo (el Seminario “Issues on Criminal Law” del Prof. Stephen Shute, en la Universidad de Birmingham, que tuvo lugar el 23 de enero de 2009; “International Law Forum”, de la Facultad de Derecho de la Hebrew University, Jerusalem, el 16 de marzo de 2009; Seminario “Problemas fundamentales de Derecho Penal Internacional”, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 26 de marzo 2009; Encuentro de Expertos “Collective violence and international criminal justice”, VU University Amsterdam, del 18 al 21 de junio de 2009. Finalmente agradezco a María Laura Böhm, doctoranda de la Universidad de Hamburgo e investigadora en la Universidad Georg-August de Göttingen por su ayuda. Traducción de la Dra. Cristina Fernández-Pacheco Estrada, Profesora Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Alicante (España). Revisión final del autor.

** Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho comparado y Penal Internacional en la Universidad Georg-August de Göttingen (Alemania); Juez de lo Penal (*Landgericht*) Göttingen. [kambos@gwdg.de]

ABSTRACT: *Genocide is a crime with a double mental element, i.e., a general intent as to the underlying acts and an ulterior intent with regard to the ultimate aim of the destruction of the group (infra 1.). The prevailing view in the case law interprets the respective “intent to destroy” requirement as a special or specific intent (dolus specialis) stressing its volitional or purpose-based tendency (2.1.). While this view has been followed for a long time in the doctrine without further ado, it has recently been challenged by knowledge and structure-based approaches (2.2.) which have not received sufficient attention. A historical, literal, systematic and teleological interpretation of the “intent to destroy” requirement, taking into account the particular structure of the genocide offence and the meaning of “intent” in comparative law, reveals that the traditional view cannot longer be maintained. It should be replaced by a combined structure- and knowledge-based approach distinguishing according to the status and role of the (low-, mid- and top-level) perpetrators (2.3.). In the result, the purpose based intent should only be upheld with regard to the top- and mid-level perpetrators while for the low-level perpetrators knowledge of the genocidal context should suffice. This new approach finally makes a fresh look at the “intent to destroy” requirement in cases of participation in genocide necessary (3.).*

KEYWORDS: *Genocide, Intent, Intent to destroy, Participation in genocide.*

1. Cuestiones preliminares: el requisito de la “intención de destruir” en la singular estructura del delito de genocidio

El delito de genocidio tiene dos elementos subjetivos independientes: uno general que podría denominarse “intención general” o dolo y uno adicional concretado en la “intención de destruir”.¹ La intención general normalmente hace referencia a todos los elementos objetivos en la definición del delito (actus reus) y ha sido definida en Derecho Penal Internacio-

nal (en adelante, DPI) por el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) de modo que básicamente abarca un elemento volitivo (intención) y/o uno cognitivo o intelectual (conocimiento).² En el caso del genocidio, la intención general se refiere al encabezamiento del delito, así como a la lista de actos típicos³ dirigidos contra uno de los grupos protegidos.⁴ En este sentido, el sujeto activo debe saber que sus acciones se dirigen contra uno de los grupos protegidos, ya que el elemento del grupo es una circunstancia fáctica, tal y como ha sido defi-

¹ Véase también, *International Commission of Inquiry on Darfur*, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary General. Pursuant to SC Res. 1564, 18 September 2004, Annex to letter dated 31 January 2005 from the Secretary General addressed to the President of the SC, S/2005/60, 1 February 2005, párrafo 491; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009 (ICC-02/05-01/09), párrafo 139; TRIFFERER, Otto, “Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such”, *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, pp. 400 y ss.; *id.*, “Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender ‘Elements of Crimes’ für alle Tatbestände des Völkermords”, en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, pp. 1438 y ss.; SCHABAS, William, “The *Jelisić* case and the *mens rea* of the crime of genocide”, *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, p. 129; VAN SLIEDREGT, Elies, “Joint Criminal enterprise as a pathway to convicting individuals for genocide”, *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, p. 195. CRYER, Robert, “The definitions of international crimes in the Al Bashir arrest warrant decision”, *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, p. 293. La estructura de doble intención ha sido aparentemente ignorada por la Comisión de Derecho Internacional, Report on the work of its forty-eighth-session, UN GAOR, 51st. session, Supp. No. 10, UN Doc. A/51/10 (1996), en 87, donde se refiere únicamente a (una) *mens rea* y *actus reus*. ARNOLD, Roberta, “The *mens rea* of genocide under the Statute of the International Criminal Court”, *Criminal Law Forum*, 14, 2003, pp. 135-36 también se posiciona a favor de una intención, considerando que la “intención especial” es un elemento de la *mens rea* y abarca la intención general. No obstante, la autora ignora el hecho de que el objeto de referencia de la intención “general” y “especial” son distintos. También confunde la intención con el motivo (interpretando de forma equivocada la doctrina alemana, en nota al pie 43).

² El art. 30 (1) reza: “Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.”

³ Véase el art. 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948, 78 U.N.T.S. 277 [Convención contra el Genocidio] y su equivalente en el Estatuto de la CPI (art. 6. a).

⁴ Véase también TRIFFERER, Otto, *Leiden Journal of International Law*, 2001, pp. 400, 403.

nida por el artículo 30.3 del Estatuto de la CPI.⁵ Por el contrario, la “intención de destruir” constituye un requisito subjetivo adicional, que complementa a la intención general y va más allá de los elementos objetivos de la definición del delito.⁶ En consecuencia, debería hablarse más precisamente de intención ulterior⁷ (“«exceso» de intención”⁸), caracterizada por un elemento subjetivo ampliado —con relación al *actus reus*— o a una tendencia interna trascendente (“*überschießende Innentendenz*”).⁹ De hecho, entendido de este modo, el genocidio es un delito de intención (*Absichts- oder Zieldelikt*).¹⁰ En la práctica, esto significa que el genocida puede intentar más de lo que, de forma realista, podría conseguir. Por ejemplo, tomemos el caso de un sujeto blanco racista, que trata de destruir a un grupo de negros en una gran ciudad. Actuando en solitario, este sujeto sólo podrá conseguir la destrucción de unos pocos miembros del grupo. Si se toma en serio la estructura del delito ba-

sada en la intención específica, su intención genocida bastaría para entender que concurren los elementos del delito, ante la comisión de una sola de las conductas subyacentes previstas, como, por ejemplo, la “matanza de miembros del grupo” (art. 6 (a) del Estatuto de la CPI).

En lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, por una parte, el genocidio constituye esencialmente un tipo de delito similar a la persecución por motivos discriminatorios (art. 7.1.h Estatuto de la CPI).¹¹ El requisito de la “intención de destruir” convierte al genocidio en “la forma más extrema e inhumana de persecución”.¹² Por otra parte, la intención ulterior distingue al genocidio de la persecución¹³ y de todos los demás crímenes contra la humanidad y contribuye a su particular injusto y seriedad.¹⁴ Con todo, aunque el genocidio puede ser calificado como un delito de especial intención, esto no resuelve la cuestión del significado concreto y el grado de su intención.

⁵ Art. 30 (3) establece que: “A los efectos del presente artículo, por ‘conocimiento’ se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras ‘a sabiendas’ y ‘con conocimiento’ se entenderán en el mismo sentido.”

⁶ Véase también TRIFFERER, *supra* nota 4, pp. 402-403.

⁷ Véase, por ejemplo, KUGLER, *Direct and oblique intention in the criminal law*, 2002, p. 3.

⁸ *Prosecutor v. Stakić*, Trial Judgment, Case No. IT-97-24-T, 31 July 2003, párrafo 520. Véase también *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *supra* nota 1, párrafo 119 y ss. que, en lo esencial, caracteriza al genocidio como un delito de peligro (concreto) (párrafo 124: “completed when the relevant conduct presents concrete threat to the existence of the targeted group...”).

⁹ Véase también *Prosecutor v. Brđjanin*, Trial Judgment, Case No. IT-99-36-T, 1 September 2004, párrafo 695: specific intent “characterises the crime of genocide”.

¹⁰ Al respecto, con más detalle, véase el notable trabajo de GIL GIL, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, 1999, pp. 178 y ss., 231 y ss., 258 y ss.; *id.*, “Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 111, 2000, pp. 394-95. Véase también NTANDA NSEREKO, “Genocide: A Crime against Mankind”, en McDONALD/SWAAK-GOLDMAN (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. I., 2000, pp. 124 y ss., 137; SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, pp. 259, 262, 264 y ss.; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *supra* nota 1, párrafo 120 with fn. 140 (“crime of mens rea”). On the structure of the genocide crime, véase también AMBOS/WIRTH, “Sentencing, cumulative charging, genocide and crimes against humanity”, en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases - The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999*, t. II, 2001, pp. 703 y ss.

¹¹ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Jelisić*, Trial Judgment, Case No. IT-95-10-T, 14 December 1999, párrafo 68; también *Prosecutor v. Ruggiu*, Trial Judgment, Case No. ICTR-97-32-I, 1 June 2000, párrafo 21 (with reference to Kuprešić *et al.*). El Tribunal Supremo alemán (BGH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 19, 1999, p. 401) también concibe el genocidio como “parte de un crimen de lesa humanidad”. Sobre la jurisprudencia alemana, véase AMBOS/WIRTH, “Genocide and war crimes in the former Yugoslavia before German Criminal Courts (1994-2000)”, en FISCHER/KRESS/LÜDER (eds.), *International and national prosecution of crimes under international law: Current developments*, 2001, pp. 769 y ss.

¹² *Prosecutor v. Kuprešić et al.*, Trial Judgment, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, párrafo 636: “(...) genocide is an extreme and most inhumane form of persecution”. Véase también SWAAK-GOLDMANN, “Persecution”, en McDONALD/SWAAK-GOLDMAN (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. I., 2000, pp. 247 y ss. sobre los elementos del crimen de persecución.

¹³ A propósito de la distinción entre la intención genocida y persecutoria, véase la reciente decisión *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *supra* nota 1, párrafo 141 y ss., donde se analiza, en particular, el caso de la limpieza étnica. Véase también DEMKO, Daniela, “Die von der Genozidkonvention geschützten «Gruppen» als Regelungsgegenstand des «Specific Intent»”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 127, 2009, pp. 245-46.

¹⁴ Véase, *Prosecutor v. Jelisić*, *supra* nota 11, párrafo 66, 79 y ss. (79, 82); SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, pp. 11, 13, 15; de forma similar, NTANDA NSEREKO, en McDONALD/SWAAK-GOLDMAN (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. I., 2000, p. 119. Para una distinción basada en el bien jurídico protegido, véase GIL GIL, *supra* nota 10, pp. 123 y ss. (125-26), 159 y ss. (177 y ss.); *id.*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, pp. 393-94, según la cual el genocidio protege un bien jurídico colectivo, es decir, el grupo como tal, mientras los crímenes de lesa humanidad

2. El significado de la “intención de destruir”

2.1. La jurisprudencia

Dejando de lado la variedad terminológica registrada en la jurisprudencia,¹⁵ conviene dirigir nuestra atención directamente al significado del requisito de la “intención de destruir”. La fecunda sentencia Akayesu interpretó la “intención de destruir” como “especial intención” o “dolo especial” entendido como “intención específica, requerida como elemento constitutivo del delito, que exige que el sujeto activo claramente trate de producir la conducta que se le imputa”¹⁶ o, en otras palabras, que tiene la “clara intención de causar el delito”.¹⁷ La Sala describía la intención genocida como “elemento clave” de un delito doloso, que “se caracteriza por una relación psicológica entre el resultado físico y el estado mental del sujeto activo”.¹⁸ La jurisprudencia posterior del TPIR siguió básicamente lo establecido en Akayesu,¹⁹

exigiendo además el objetivo de destruir a uno de los grupos protegidos.

La jurisprudencia del TPIY siguió el mismo camino. Rechazando el intento de la Fiscalía de admitir el mero conocimiento,²⁰ la Sala de Primera Instancia en Jelusic aplicó la definición ofrecida en Akayesu. Sin embargo, en este caso, la Sala no se mostró convencida de que Jelusic actuara “motivado” (sic!) por el *dolus specialis* propio del delito,²¹ ya que llevó a cabo las ejecuciones aleatoriamente²² y actuó como resultado de su personalidad perturbada.²³ Como consecuencia, “mató arbitrariamente más que con una clara intención de destruir al grupo”.²⁴ La Sala de Apelaciones descartó de nuevo la interpretación basada en el conocimiento propuesta por la Fiscalía,²⁵ ratificando que “la intención específica requiere que el sujeto activo (...) trate de conseguir”²⁶ la destrucción de un grupo. Además, aclaró que la existencia de un motivo personal, por ejemplo, la búsqueda de beneficios económicos o ventajas políticas, no excluye la

protegen derechos individuales; en un sentido similar, GREENAWALT, Alexander, “Rethinking Genocidal Intent: The case for a knowledge-based Interpretation”, *Columbia Law Review*, 99, 1999, pp. 2293-94; de forma aún más amplia, SHAW, *What is Genocide?*, reimpression, 2008, p. 28 (“...the idea of genocide as the *intentional destruction of social groups* remains foundational” [emphasis in the original], 33 y ss., 154 y ss. (154: “violent social conflict” with the “aim to destroy civilian social groups...”) – En cuanto a los concursos de delitos, cuando múltiples acciones se cometen con intención genocida, ello conlleva un único genocidio (esto es, un solo delito) (*Handlungseinheit*) en concurso ideal (*Idealkonkurrenz*) con los crímenes de lesa humanidad (véase GIL GIL, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, pp. 396-97; BGH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 19, 1999, pp. 401 y ss., con comentario de Ambos); acerca de las relaciones entre genocidio y otros crímenes internacionales, véase SHAW, *ibid.*, p. 2 (“whether genocide constitutes a crime against humanity (which in non-legal terms is self-evident) remains contentious”), 34 (“Genocide involves mass killing but it is much more than mass killing.”).

¹⁵ Los siguientes términos han sido empleados: “special intent” (*Prosecutor v. Akayesu*, Trial Judgment, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 498; *Prosecutor v. Seromba*, Trial Judgment, Case No. ICTR-2001-66-I, 13 December 2006, párrafos 175, 319); “*dolus specialis*” (*Prosecutor v. Akayesu*, *ibid.*; *Prosecutor v. Kajelijeli*, Trial Judgment, Case No. ICTR-98-44A-T, 1 December 2003, párrafo 803; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Trial Judgment, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, párrafo 91; *Prosecutor v. Rutaganda*, Trial Judgment, Case No. ICTR-96-3-T, 6 December 1999, párrafo 59; *Prosecutor v. Bagilishema*, Trial Judgment, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 June 2001, párrafo 55; *Prosecutor v. Musema*, Trial Judgment, Case No. ICTR-96-13-A, 27 January 2000, párrafo 164); “genocidal intent” (*Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, *ibid.*); “specific intent” (*Prosecutor v. Kajelijeli*, *ibid.*; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, *ibid.*; *Prosecutor v. Bagilishema*, *ibid.*); “specific genocidal intent” (*Prosecutor v. Bagilishema*, *ibid.*); “exterminatory intent” (*Prosecutor v. Jelusic*, *op. cit.*, 11, párrafo 83); “specific intention” (*Prosecutor v. Akayesu*, *ibid.*; *Prosecutor v. Rutaganda*, *ibid.*). – Esta variedad terminológica no terminó con la preferencia de la sentencia Jelusic de Apelación por el término “intención específica” (*Prosecutor v. Jelusic*, Appeal Judgment, Case No. IT-95-10-A, 5 July 2001, párrafo 45). La Sala subrayó que no atribuía a este término el significado que posee en las jurisdicciones nacionales (*ibid.*, párrafo 45 with fn. 81). Véase también *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 9, párrafo 695. Para un uso “intercambiable” del use of *dolus specialis* e intención específica, *Prosecutor v. Stakić*, supra nota 8.

¹⁶ *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 498.

¹⁷ *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 16, párrafo 518.

¹⁸ *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 518.

¹⁹ *Prosecutor v. Rutaganda*, supra nota 15, párrafo 61; *Prosecutor v. Bagilishema*, supra nota 15, párrafo 62; *Prosecutor v. Musema*, supra nota 15, párrafo 164: “clearly intended the result charged”.

²⁰ *Prosecutor v. Jelusic*, Prosecutors Pre-Trial Brief, Case No. IT-95-10-PT, 19 November 1998, párrafo 3.1 (perpetrator “knew the likely consequence” that the committed acts would destroy a group in whole or in part). Véase también *Prosecutor v. Jelusic*, Trial Judgment, Case No. IT-95-10-T, 14 December 1999, párrafo 42; *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, Case No. IT-98-33-T, 2 August 2001, párrafo 569 (“consciously desired” the destruction of the group or “knew his acts were destroying”).

²¹ *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 20, párrafo 108.

²² *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 20, párrafo 106.

²³ *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 20, párrafo 105.

²⁴ *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 20, párrafo 108.

²⁵ *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 20, párrafo 52.

²⁶ *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 15, párrafo 46.

intención específica del sujeto activo.²⁷ Asimismo, la Sala aceptó, en esta ocasión en contra del criterio de la Sala de Primera Instancia y de acuerdo con la Fiscalía, que una personalidad perturbada o borderline, como la identificada en Jelusic, no excluye per se “la capacidad de formar una intención de destruir a un grupo protegido particular”.²⁸ De forma similar, la Sala consideró que cierta aleatoriedad en los asesinatos cometidos no excluye una intención específica.²⁹ También confirmó la irrelevancia de los motivos,³⁰ criticando implícitamente el uso, por parte de la Sala de Primera Instancia, del término “motivado” en relación con la intención.

Siguiendo la misma línea, la Sala de Primera Instancia en Krstic sostuvo que el genocidio sólo incluye actos “cometidos con la intención de destruir todo o parte del grupo”.³¹ Así, Krstic fue condenado por genocidio, fundamentando la existencia de su intención de matar “hombres en edad militar bosnios musulmanes de Srebrenica” en el hecho de que estaba “de forma innegable (...) al corriente del terrible impacto” que las matanzas tendrían en la comunidad.³² No obstante, aun constatando el “riguroso requisito de la específica intención” a la luz de la seriedad del delito de genocidio y rechazando explícitamente el mero conocimiento,³³ la Sala de Apelaciones modificó la condena de Krstic por el delito de genocidio. Como no fue posible entender probada la especial intención de Krstic, sino sólo su conocimiento de la intención genocida de los demás sujetos activos, le condenó en calidad de partícipe (aiding and abetting).³⁴ La Sala de Primera Instancia en Sikirica rechazó abiertamen-

te llevar a cabo “un examen de las teorías del dolo”, por entender que la especial intención constituía una “cuestión de interpretación relativamente sencilla” y sostuvo que el delito “identifica expresamente y explica la intención requerida”.³⁵ En lo fundamental, la Sala siguió la doctrina de la sentencia en Apelación en el caso Jelusic, que estableció como estándar “tratar de conseguir” (“seeks to achieve”).³⁶ Las sentencias en los casos Blagojevic y Brdjanin también asumieron un enfoque orientado a un fin³⁷ y rechazaron que el mero conocimiento fuera suficiente.³⁸

En conclusión, el enfoque de la jurisprudencia se basa en la idea, sugerida originariamente en la sentencia Akayesu, de que la “intención de destruir” implica una especial o específica intención que, en lo fundamental, expresa un elemento volitivo en su forma más intensa y está basada en el propósito. Esta postura ha sido compartida por otras instancias. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) también se refiere a la “especial o específica intención” como una “forma extrema de actos intencionales y deliberados, planeados para destruir al grupo o a parte del grupo”.³⁹ El Tribunal de Bosnia-Herzegovina sostuvo en el caso Kravica, que incluye cargos por genocidio referidos a lo acontecido en Srebrenica, que en el genocidio “la intención sólo puede ser el resultado de una intención deliberada y consciente”.⁴⁰ La Comisión Investigadora para Darfur, por una parte, se refiere de forma similar a “una intención criminal agravada o dolus specialis” que “implica que el sujeto activo buscó conscientemente que los actos prohibidos resultaran en la destrucción” del grupo protegido. Sin embargo,

²⁷ *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 15, párrafo 49, citing *Prosecutor v. Tadic*, Appeal Judgment, Case No. IT-94-I-A, 15 July 1999, párrafo 269.

²⁸ *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 15, párrafo 70.

²⁹ *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 15, párrafo 71.

³⁰ *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 15, párrafo 71.

³¹ *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 20, párrafo 571.

³² *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 20, párrafo 634.

³³ *Prosecutor v. Krstić*, Appeal Judgment, Case No. IT-98-33-A, 19 April 2004, párrafo 134.

³⁴ *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 33, párrafos 135 y ss.

³⁵ *Prosecutor v. Sikirica*, Judgment on defence motions to acquit, Case No. IT-95-8-T, 3 September 2001, párrafos 58 and 59.

³⁶ *Prosecutor v. Sikirica*, supra nota 35, párrafo 59, fn 165; for this standard, véase supra nota 26.

³⁷ *Prosecutor v. Blagojevic & Jokic*, Trial Judgment, Case No. IT-02-60-T, 17 January 2005, párrafo 656 (destruction (...) must be the aim of the underlying crime”); *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 9, párrafo 695.

³⁸ *Prosecutor v. Blagojevic & Jokic*, supra nota 37 (“not sufficient that the perpetrator simply knew that the underlying crime would inevitably or likely result in the destruction of the group”).

³⁹ ICJ, *Case concerning the application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, párrafo 188 (citing *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Trial Judgment, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, párrafo 636). Véase también *ILC*, supra nota 1, p. 88 (“intention... to destroy”).

⁴⁰ *Prosecutor v. Milos Stupar et al.*, First Instance Verdict, Case No. X-KR-05/24, 29 July 2008, p. 56; available p. <http://www.sudbih.gov.ba/?opcija=predmeti&id=22&jezik=e> (visitado 16 de febrero de 2010).

por otra parte, también requiere de forma adicional el conocimiento del sujeto activo de “que sus actos destruirían, en todo o en parte, al grupo como tal”.⁴¹ Por último, en la Decisión de la CPI sobre la Orden de Arresto de Al Bashir, la Sala de Cuestiones Preliminares I siguió el enfoque tradicional para los principales responsables y negó la existencia de intención genocida, aunque sí tomó nota del enfoque basado en el conocimiento”.⁴²

2.2. Opiniones discrepantes en la doctrina

Mientras gran parte de la doctrina sigue en lo fundamental la jurisprudencia dominante e interpreta la intención de destruir en el sentido de una intención especial ulterior,⁴³ algunos autores han cambiado recientemente su opinión al respecto.⁴⁴ En su obra fundamental sobre los elementos del delito, Gil Gil entiende que la intención debe ser interpretada en un

sentido más amplio, que abarque el concepto de *dolus eventualis*⁴⁵ o intención condicional.⁴⁶ La autora justifica tal planteamiento en el caso del delito de genocidio invocando los paralelismos existentes entre su estructura y la de la tentativa. La tentativa, de acuerdo con Gil Gil, requiere, por un lado, intención general, incluyendo *dolus eventualis*, en relación con el *actus reus* del delito intentado y, por otro lado, voluntad incondicionada o intención entendida como elemento subjetivo trascendente en relación con los actos constitutivos del delito y el resultado criminal.⁴⁷ En cuanto a los actos típicos, por ejemplo la matanza de miembros del grupo en supuestos de genocidio, sería suficiente que existiera *dolo eventual*, aunque combinado con la intención en el sentido de voluntad incondicional respecto a los restantes actos (la matanza de otros miembros del grupo) necesarios para conseguir el resultado final del delito, o por lo menos conocimiento de la intención de los coautores al respecto,

⁴¹ Darfur Report, supra nota 1, párrafo 491. La Comisión rechaza en última instancia la existencia de una intención genocida, por encontrar “elementos más indicativos” en contra de su existencia (*ibid.*, párrafo 513 y ss.), por ejemplo, la matanza selectiva (párrafo 513) y la reclusión de los supervivientes en campos donde recibían ayuda humanitaria (párrafo 515). En consecuencia, la Comisión considera más bien que existía la intención de trasladar a las víctimas en el marco de la lucha contra la insurgencia (“intent to drive the victims from their homes, primarily for purposes of counter-insurgency warfare”, párrafo 518). Alcanzando la misma conclusión, CAYLEY, Andrew T., “The Prosecutor’s strategy in seeking the arrest of Sudanese President Al Bashir on charges of genocide”, *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, pp. 837 y ss. En contra de las conclusiones alcanzadas en el Informe, véase SHAW, supra nota 14, pp. 168 y ss. (essentially following REEVES, Eric, “The Report of the International Commission of Inquiry on Darfur: a critical analysis (Part I)”, *H-Genocide*, 2 Febr. 2005).

⁴² *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, supra nota 1, párrafo 139-40, en la nota al pie 154, siguiendo la posición de la CIJ (ICJ, supra nota 39,) y estableciendo que “el enfoque basado en el conocimiento” sólo traería consecuencias para los responsables de rango inferior o medio y ello no es, por tanto, relevante para la CPI. La mayoría de la Sala (con el voto particular de la juez Ušacka) rechaza el cargo por genocidio, argumentando que de las pruebas presentadas se extrae que la intención genocida “no es la única conclusión razonable” que puede ser extraída (*ibid.*, párrafo 202 y ss. [205]). En contra, KRESS, Claus, “The crime of genocide and contextual elements”, *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, p. 305. Recientemente, la Sala de Apelación revocó la decisión con respecto a genocidio por el (equivocado) estándar probatorio usado por la Sala Preliminar e instruyó a éste de determinar de nuevo si un orden de arresto debe ser decretado con respecto a este crimen (ICC-02/05-01/09-OA, 3 Febr. 2010).

⁴³ CASSESE, *International Criminal Law*, 2ª ed., 2008, p. 137; NTANDA NSEREKO, supra nota 14, pp. 117, 124; AKHAVAN, Payam, “The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence”, *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, p. 992; VAN SLIEDREGT, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 191 y ss.; NERSESSIAN, David, “The Contours of Genocidal Intent”, *Texas International Law Journal*, 37, 2002, p. 265; HÜBNER, *Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht*, 2004, p. 152 y ss.; VAN DE VYVER, Johan, “Prosecution and punishment of the crime of genocide”, *Fordham International Law Journal*, 23, 1999, p. 308; *id.*, “The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law”, *University of Miami International and Comparative Law Review*, 12, 2004, pp. 84 y ss.; ARNOLD, *Criminal Law Forum*, 2003, pp. 142, 150; SCHABAS, *Genocide in International Law*, 1ª ed., 2000, pp. 214 y ss., 219, 221; PAUL, *Kritische Analyse und Reformvorschlag zu Art. II Genozidkonvention*, 2008, pp. 254, 257 (“aimed p. the physical destruction”); SHAW, supra nota 14, p. 82; KIRSCH, Stefan, “Two notions of genocide”, *Creighton Law Review*, 42, 2009, p. 352.

⁴⁴ Además de los autores citados en el texto, también SCHABAS en su última edición (*Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009) sigue el enfoque basado en el conocimiento, en pp. 252 y ss., 254 (“An approach to the knowledge requirement that considers recklessness about the consequences of an act to be equivalent to full knowledge provides an answer to such an argument.”), 264 (“The knowledge-based approach... whereby the mens rea of both perpetrator and accomplice is assessed not by their goal or purpose but by their knowledge of the plan or policy, avoids these difficulties.”).

⁴⁵ Acerca del concepto continental de *dolo eventual* que puede ser situado en algún lugar entre *purpose/knowledge* y *recklessness/negligence*, véase FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, p. 123 y AMBOS, Kai, “General principles of criminal law in the Rome Statute”, *Criminal Law Forum*, 10, 1999, p. 21 with further references.

⁴⁶ GIL GIL, supra nota 10, pp. 231 y ss. (236 y ss.), 258 y ss. (259) refiriéndose a su mentor Cerezo Mir en las notas al pie 124 y 127 y, con más referencias, en la nota al pie 136. Véase también para una síntesis de su postura GIL GIL, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, p. 395.

⁴⁷ GIL GIL, supra nota 10, pp. 241.

considerando posible la comisión de esos actos. Otto Triffterer⁴⁸ llega a la misma conclusión, admitiendo, en principio, el dolo eventual, aunque sus argumentos se basan más en consideraciones político-criminales que doctrinales. En lo fundamental, este autor argumenta que la interpretación literal e histórica del requisito de la intención no es concluyente, pero que, desde un punto de vista teleológico, no es relevante a efectos de la destrucción del grupo si el sujeto actúa con especial intención o sólo dolo eventual respecto a dicha destrucción.⁴⁹ Su interpretación se basa en la dificultad de probar una especial intención, que acarree una condena por genocidio.⁵⁰

Otros autores han argüido que la “intención de destruir” incluye todo el ámbito de la intención directa, es decir que también incluye conocimiento positivo (dolo directo de segundo grado). Alexander Greenawalt explica tal enfoque basado en el conocimiento empleando una interpretación histórica y literal del concepto de intención en la Convención contra el Genocidio y en Derecho (Penal) nacional, que este autor no encuentra concluyente por cuanto conduce a “múltiples interpretaciones”.⁵¹ Sostiene en este sentido que “la culpabilidad principal debería extenderse a quienes carecen de un propósito genocida específico, pero cometen actos genocidas entendiendo las consecuencias destructivas de sus actos”.⁵² En los casos en que un “sujeto es responsable de otro modo” por el delito de genocidio, el requisito de la intención genocida se entiende presente si “actuó en el marco de una campaña de ataque a los miembros de un grupo protegido y sabía que el fin o los efectos manifiestos de tal campaña traerían la destrucción del grupo...”.⁵³ La interpretación de Greenawalt del requisito de la

intención de la Convención combina dos elementos: la selección de los miembros del grupo basada en su condición de miembro del grupo y el conocimiento de las consecuencias destructivas de la conducta delictiva en la supervivencia del grupo.⁵⁴ Hans Vest sigue la interpretación basada en el conocimiento y la desarrolla, centrándose en la estructura en dos partes de la intención genocida.⁵⁵ Para Vest esta estructura constituye un “punto de referencia mixto individual-colectivo” de la intención: mientras la intención general se refiere a los actos individuales de la definición del delito de genocidio (Einzeltat), la “intención de destruir” se refiere a la acción colectiva o más amplia inherente a cualquier conducta genocida⁵⁶, es decir, a “la conducta global de la campaña genocida y sus consecuencias” (Gesamttat).⁵⁷ En lo que respecta a esta intención “colectiva” o “contextual”, a fin de entender qué concurre, basta la “certitud práctica” del autor del delito a propósito de las consecuencias genocidas de la operación colectiva en la que toma parte: “el estándar de la intención genocida basado en el conocimiento concurre cuando el conocimiento por parte del autor de los delitos de las consecuencias de la conducta global llega al nivel de certitud práctica”.⁵⁸ De hecho, John Jones ya había efectuado una distinción similar con anterioridad, diferenciando entre la intención como atributo del plan genocida y de los individuos que toman parte en él.⁵⁹ Él argüía que la intención de destruir es (sólo) un atributo del plan genocida, mientras el individuo participando en este plan sólo necesita —como en el caso de los crímenes de lesa humanidad— poseer la intención referida a las conductas típicas (por ejemplo, Art. 6 (a)-(e) ICC Statute) y conocimiento con respecto al contexto ge-

⁴⁸ TRIFFTERER, supra nota 4, pp. 403 y ss.

⁴⁹ TRIFFTERER, supra nota 4, pp. 404-405. Véase también *id.*, “Can the ‘Elements of Crimes’ narrow or broaden responsibility for criminal behavior defined in the Rome Statute?”, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the ICC*, 2009, p. 390 donde argumenta que, a efectos del elemento contextual (tal y como ha sido definido en los Elementos de los Crímenes, infra nota 89) una “intención general” sería suficiente.

⁵⁰ TRIFFTERER, supra nota 4, pp. 405-06 (“much more difficult to be proven...”).

⁵¹ GREENAWALT, *Columbia Law Review*, 1999, pp. 2265 y ss. (2279).

⁵² GREENAWALT, *ibid.*, pp. 2259, 2265.

⁵³ GREENAWALT, *ibid.*, p. 2288 (cursiva añadida).

⁵⁴ GREENAWALT, *ibid.*, p. 2289.

⁵⁵ VEST, Hans, “A structure-based concept of genocidal intent”, *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 790 y ss. Originalmente en *id.*, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 101 y ss.; *id.*, “Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 113, 2001, pp. 480 y ss.

⁵⁶ VEST, supra nota 55, pp. 785-86, 789-90.

⁵⁷ VEST, supra nota 55, p. 790.

⁵⁸ VEST, supra nota 55, p. 793 (cursiva en el original).

⁵⁹ JONES, “Whose intent is it anyway? Genocide and the intent to destroy a group”, en VORAH *et al.* (eds.), *Man’s inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, 2003, pp. 467-480, pp. 468, 471, 473, 477, 479-80.

nocida. Claus Kress sigue, en lo esencial, este enfoque basado en la estructura, distinguiendo entre “el nivel colectivo de actividad genocida” y “la conducta genocida individual”.⁶⁰ Del mismo modo, en el “típico caso” de genocidio, el autor de rango inferior, por una parte, y de forma similar a los crímenes de lesa humanidad, debe actuar con conocimiento del ataque colectivo genocida,⁶¹ y, por otra (como sostiene Gil Gil), con dolo eventual sobre la destrucción —al menos parcial— del grupo protegido.⁶²

2.3. La combinación del enfoque basado en la estructura y en el conocimiento

a. El significado ambiguo del concepto de la intención

El enfoque basado en el conocimiento se asienta en la premisa de que el concepto de “intención” no se limita a una interpretación puramente volitiva o basada en la intención. Esto es correcto. Greenawalt muestra de forma convincente que la interpretación histórica y literal de la interpretación de la Convención contra el Genocidio no es concluyente a este respecto.⁶³ En cuanto a la interpretación literal, la formulación del artículo 6 del Estatuto de la CPI (redactado conforme

al artículo 2 de la Convención contra el Genocidio) no es en absoluto clara: mientras las versiones francesa y española parecen sugerir una interpretación volitiva, al emplear una terminología *prima facie* que expresa una conducta basada en el propósito (“l’intention de détruire”; “intención de destruir”), la versión inglesa (“intent to destroy”) resulta poco clara incluso en su formulación, ya que el significado de la “intención” es ambiguo. Aunque el *common law* tradicional prevé delitos de intención específica, que implican propósito (en el sentido de “aim and purpose”), por ejemplo, el robo (burglary),⁶⁴ en general, los términos “intent” o “intention” han sido siempre entendidos en sentido volitivo y cognitivo.⁶⁵ El moderno Derecho inglés todavía incluye en la definición de la intención, además del propósito “foresight of virtual certainty”; a lo sumo, el significado fundamental de la intención está reservado a deseo, propósito, etc.⁶⁶ En el caso de asesinato *R. v Woollin*, la Cámara de los Lores definió la intención refiriéndose a “certeza virtual” respecto a las consecuencias de las acciones del acusado.⁶⁷ La International Criminal Court Act 2001 define la intención en el delito de genocidio en la ley inglesa incluyendo la conciencia de una persona de que una consecuencia se producirá en el curso ordinario de las cosas.⁶⁸

⁶⁰ KRESS, Claus, “The Darfur Report and Genocidal Intent”, *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, pp. 572 y ss.; véase también recientemente *id.*, “§ 6 Völkermord”, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/2 Nebenstrafrecht III/Völkerstrafgesetzbuch [VStGB]* (2009) § 6 VStGB, mn. 82 y ss. (pp. 563-64); *id.*, *Journal of International Criminal Justice*, 2009, pp. 304 y ss. Con prácticamente los mismos argumentos para el enfoque basado en el conocimiento, véase PAUL, supra nota 43, y ss., refiriéndose a Vest (p. 258) y sugiriendo una propuesta concreta de reforma (a 273, 323-4). También, VAN SLIEDREGT, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 192-93, encuentra el enfoque de KRESS “atrayerente” pero en última instancia se adhiere a la pobremente desarrollada perspectiva de TPIY/TPIR, con el argumento de formar que dicha teoría “no puede ser ignorada”. También siguiendo la distinción operada por KRESS entre colectivo e individual, KIRSCH, *Creighton Law Review*, 2009, pp. 352 y ss.

⁶¹ KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 573 y ss.

⁶² KRESS, *ibid.*, pp. 576-77.

⁶³ Véase GREENAWALT, *Columbia Law Review*, 1999, pp. 2265 y ss. (2279). También encuentro correcto en este sentido, TRIFFTERER, supra nota 4, p. 404; véase supra nota 49 y el texto que acompaña a la cita.

⁶⁴ WILLIAMS, *Criminal Law: The General Part*, 1961, p. 34, pero véase también en la página 49, cuando, a propósito del término “intención específica”, establece que “el adjetivo específico parece en cierto modo inútil, ya que la intención no es más específica que cualquier otra intención requerida en Derecho Penal”.

⁶⁵ Véase WILLIAMS, *The mental part of crime*, 1965, p. 20 (“Intention is a state of mind consisting of knowledge of any requisite circumstances plus desire that any requisite result shall follow from one’s conduct, or else of foresight that the result will certainly follow.”). Véase también FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 2000, p. 440, remontándose a la teoría doctrinal del siglo diecinueve del utilitarista John Austin. Recientemente, en este sentido, ELEWA BADAR, Mohamed, “The mental element in the Rome Statute of the ICC: a commentary from a comparative criminal law perspective”, *Criminal Law Forum*, 19, 2008, p. 479.

⁶⁶ ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 2009, pp. 170 y ss.; SIMESTER/SULLIVAN, *Criminal law: theory and doctrine*, 2007, pp. 120 y ss. (121). En este sentido, también KUGLER, *Direct and oblique intention in the criminal law*, 2002, pp. 4 y ss., que distingue entre intención directa y “oblicua” (“oblique”).

⁶⁷ *R. v Woollin* [1999] 1 Cr App R 8, HL, pp. 20-21 (“...the jury should be directed that they are not entitled to find the necessary intention, unless they feel sure that death or serious bodily harm was a virtual certainty (barring some unforeseen intervention) as a result of the defendant’s actions...”). Según la Corte de Apelaciones en *R v Matthews and Alleyne* [2003] 2 Cr App R 30; no obstante, el jurado no está obligado a comprobar la existencia de la intención basada en certeza virtual (estoy en deuda con el prof. Ian Dennis, que llamó mi atención sobre esta cuestión). Véase también sect. 12 of the Judicial Studies Board, Specimen Directions, disponible en <www.jsboard.co.uk/criminal Law/cbb/index.htm>

⁶⁸ International Criminal Court Act 2001 (UK) s 66(3) (estoy en deuda con el prof. Ian Dennis, que llamó mi atención sobre esta cuestión).

También el Model Penal Code estadounidense, que sirvió como referencia para el Estatuto de la CPI en muchos aspectos, aunque distingue entre “propósito” (“purpose”) y “conocimiento” (“knowledge”) (secc. 2.02 (a)), define aquél en un sentido cognitivo, refiriéndose al “objeto consciente” del autor con respecto a la conducta y al resultado.⁶⁹

Pero tampoco en las jurisdicciones del sistema continental o civil law está siempre meridianamente clara la distinción entre propósito y conocimiento —y, en consecuencia, el significado de “intención”—. En Derecho francés, la expresión “intention criminelle” fue introducida en el Código Penal anterior (art. 435) por una ley de 2 de abril de 1892 pero nunca fue definida explícitamente. El Código empleaba expresiones como “à dessein, volontairement, sciemment, frauduleusement, de mauvaise foi”. El Nuevo Código Penal se refiere a la intención criminal en su artículo 121.3 pero tampoco la define. Además, los jueces franceses parecen considerarse —en el sentido del famoso proverbio de Montesquieu— simple “bouche de la loi” y, en este sentido, también se abstienen de ofrecer una definición general de la intención criminal.⁷⁰ En la doctrina, “intention” se define tanto en un sentido volitivo,⁷¹ como cognitivo.⁷² Bajo este presupuesto, se establece una distinción entre el dolo directo volitivo y el dolo indirecto volitivo.⁷³

En Derecho alemán y español, el dolo directo de primer grado (“dolus specialis”, “intención”, “Absicht”) se interpreta en general como expresión de un elemento volitivo fuerte (determinación, deseo) y

un elemento cognitivo débil (conocimiento, conciencia).⁷⁴ El dolo, en este sentido, implica el deseo de producir el resultado y puede ser definido como un “propósito vinculado a la voluntad” (“purpose-bound-will”).⁷⁵ Con todo, esta interpretación aparentemente clara no está en absoluto exenta de controversia. En España, la “intención” se interpreta por una parte importante de la doctrina bien como intención en un sentido general (“dolus”, “dolo”)⁷⁶ o bien abarcando ambas formas de dolo directo (deseo y conocimiento).⁷⁷ Incluso el término alemán “Absicht”, que en su sentido ordinario posee una clara tendencia volitiva, en términos legales, no siempre se interpreta en el sentido de propósito.⁷⁸ Además, por otro lado, la “Absicht” no necesariamente se refiere a todas las precondiciones, fases transicionales, objetivos intermedios o efectos colaterales que están inevitablemente conectados con el objetivo en última instancia deseado (por ejemplo, la destrucción de un grupo) y son pasos necesarios para alcanzarlo. Estos pasos intermedios o efectos colaterales inevitablemente interconectados están incluidos en la “Absicht” si el autor sabe de su concurrencia con certeza virtual.⁷⁹ Por otra parte, el autor puede pretender la destrucción del grupo únicamente como objetivo intermedio, es decir, como medio para otro fin.⁸⁰ Por ejemplo, puede perseguir la ocupación militar de una región habitada por el grupo afectado y, para conseguir este fin, matar o deportar a miembros del grupo con la intención de destruirlo. Mientras, en este caso, el objetivo intermedio todavía sería parte de las consecuencias principales producidas por los actos del autor,

⁶⁹ La parte correspondiente a la sección 2.02 (a) dice así: “A person acts purposely with respect to a material element of an offense when... if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his *conscious object* to engage in conduct of that nature or to cause such a result...” (cursiva añadida). Véase también FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 2000, pp. 440 y ss.

⁷⁰ PRADEL, *Droit pénal général*, 2008, p. 468.

⁷¹ BOULOC, *Droit pénal général et procédure pénale*, 2006, p. 238: “volonté tendue à dessein vers un but interdit par la loi pénale” (“voluntad dirigida a conseguir un objetivo ilegal”).

⁷² Véase Crim. 7 janvier 2003, Bull. núm. 1: “la connaissance ou la conscience chez l’agent qu’il accomplit un acte illicite” (“el conocimiento o conciencia del agente de que comete un acto ilegal”). Véase también GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 1, núm. 77; MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, vol. 1, 1997, núm. 579.

⁷³ PRADEL, *Droit pénal général*, 2008, p. 463; HENNAU/VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 2003, núm. 350 y ss.

⁷⁴ ROXIN, *Strafrecht-Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. I, 4th ed., 2006, § 12 mn. 7 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 7th ed. 2006, p. 244, mn. 82-83.

⁷⁵ ELEWA BADAR, Mohamed, “Mens rea – Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals”, *International Criminal Law Review*, 5, 2005, p. 222.

⁷⁶ Véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 1998, p. 153; GIL GIL, citado en supra nota 46 con más referencias.

⁷⁷ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal: parte general*, 2004, p. 416.

⁷⁸ Véase de modo general, sobre Derecho alemán, GEHRIG, *Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB*, 1986; y sobre Derecho suizo, GUKELBERGER, *Die Absichtsdelikte des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, 1968, pp. 20 y ss.

⁷⁹ Véase VEST, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 788 con referencias en la nota 20.

⁸⁰ GROPEGIEBER, “The Criminal Law of Genocide. The German Perspective”, *International Criminal Law Review*, 5, 2005, pp. 329, 339. En general, sobre tal posibilidad, KUGLER, *Direct and oblique intention in the criminal law*, 2002, p. 4.

y como tales serían producidas dolosamente como medio para un fin, la situación sería distinta si la destrucción del grupo sólo fuera un efecto colateral no deseado, resultante, por ejemplo, de los actos del autor para obtener el control de una región, es decir, no serían parte de las consecuencias pretendidas por el autor, sino sólo un efecto colateral desafortunado y subsidiario.⁸¹

Desde este punto de vista, está claro que una interpretación literal del término “intención” no indica una preferencia clara por un enfoque basado en el propósito o en el conocimiento.⁸² El genocidio requiere una “intención de destruir” general, y no una “especial” o “específica” intención en el sentido de un “dolo especial”. Mientras la intención de destruir puede ser entendida como una intención ulterior en el sentido de la estructura doble de la intención genocida tal y como fue explicada al inicio de este trabajo,⁸³ esto es muy distinto a darle a este requisito un significado basado en el propósito, lo cual otorgaría al delito el calificativo de “especial” o “específico”. Aun cuando este calificativo fuera parte de la definición del delito, no necesariamente se refiere al grado o intensidad de la intención;⁸⁴ en su lugar, también podría ser interpretado como lo opuesto a una intención “general”, en el sentido de la estructura doble de la intención; es decir, simplemente clarificaría que la intención “especial” debe ser distinguida de la “general”, que se refiere a los actos típicos.⁸⁵

b. Una solución dual distinguiendo entre autores de rango inferior y de rango intermedio y superior

Si se acepta la conclusión señalada más arriba —esto es, que una interpretación literal del concepto

de intención no determina inequívocamente el significado de la “intención de destruir”—, la solución habría de venir por una interpretación sistemática y teleológica de este requisito. Desde luego, una interpretación de esta naturaleza no debe ir más allá de los límites fijados por el texto de la ley, a riesgo de infringir el principio *nullum crimen* (principio que obliga a una interpretación estricta y a la prohibición de la analogía, según el artículo 22(2) del Estatuto de la CPI):⁸⁶ pero si estos límites no son determinados precisamente, como se demostró en la sección anterior, el recurso a otros métodos de interpretación no sólo es legítimo sino también necesario.

Dicha interpretación debe comenzar, sistemáticamente, asumiendo el enfoque basado en la estructura tal y como ha sido desarrollado por Vest y Kress. Un enfoque de estas características se basa en la distinción entre intención general referida a los actos individuales (*Einzeltaten*) y la “intención de destruir” referida a la acción genocida colectiva (*Gesamttat*).⁸⁷ Ambas formas de intención incluyen la *mens rea* del delito de genocidio pero, como fue explicado al inicio de este trabajo, deben ser distinguidas. La —aquí relevante— “intención de destruir” adicional se refiere a la acción colectiva genocida y abarca el elemento contextual del delito de genocidio. En otras palabras, mientras la definición objetiva del delito carece de un elemento contextual⁸⁸ —al contrario de la definición de los Elementos de los Crímenes de la CPI—,⁸⁹ este elemento se convierte en parte de la definición (subjetiva) del delito, siendo su “portador” la “intención de destruir”.⁹⁰ Desde un punto de vista teleológico, la cuestión fundamental reside en la justificación última

⁸¹ Véase en general sobre la relación entre un objetivo inmediato y la intención específica, JOECKS/MIEBACH, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, 2003, § 16 mn. 12; ROXIN, *supra* nota 74, § 12 mn. 10 y ss.; KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2008, § 5 mn. 35.

⁸² De la misma opinión, KRESS, *supra* nota 61, pp. 567 y ss. (570, 572); *id.*, *supra* nota 60, mn. 83.

⁸³ *Supra* nota 6 y el texto al que se refiere.

⁸⁴ Ésta es, sin embargo, la opinión preponderante en Derecho Penal general sobre el significado de la “intención general”, véase, por ejemplo, FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, 5th ed., 2008, pp. 328 y ss.

⁸⁵ En este sentido, véase TRIFFERER, *supra* nota 1, pp. 1423, 1438 y ss.

⁸⁶ Véase, con más detalle, sobre la interpretación de este principio en DPI AMBOS, “Nulla poena sine lege in international criminal law”, en HAVEMAN/OLUSANYA (eds.), *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, 2006, pp. 17 y ss.

⁸⁷ La Sala de Primera Instancia en *Krstić* también distinguió, aunque sin la debida precisión, entre “intención individual” y “la intención implicada en la concepción y comisión del delito” y, por otra parte, la “intención de destruir” y “la intención de concretos responsables” (véase *Prosecutor v. Krstić*, *supra* nota 20, párrafo 549; véase también, VEST, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 794 y la nota 47 y KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 573 junto con la nota 45).

⁸⁸ Véase AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 2008, § 7 mn. 145. En contra de un elemento contextual, por este mismo motivo, véase TRIFFERER, *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 407.

⁸⁹ Véase el último elemento (número 4 o 5) de cada acto, que requiere que “[T]he conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct...” (Preparatory Commission for the ICC. Addendum. Part II. Finalized draft text of the Elements of Crimes. PCNICC/2000/1/Add. 2, 2 November 2000).

⁹⁰ Véase, DEMKO, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2009, pp. 228-29. De modo similar, para KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2009, pp. 304-05, el elemento contextual de los Elementos (supra nota 89) constituye un punto de referencia de la intención

del requisito de la “intención de destruir”. Como ya fue establecido al inicio de este trabajo, el principal objetivo de este requisito es distinguir entre genocidio y otros crímenes, en particular de los crímenes de lesa humanidad “generales”. Este objetivo, sin embargo, no predetermina el significado concreto o el contenido de este requisito. De hecho, mientras este requisito específico convierte al genocidio en un crimen de lesa humanidad especial —es decir, un delito no sólo dirigido contra individuos sino contra un grupo como tal—, en realidad, cumple esta función independientemente de que se adopte el enfoque basado en el propósito o en el conocimiento. En otras palabras, el estatus del genocidio como “crimen de crímenes”, caracterizado por una especial antijuridicidad, no es el resultado de una interpretación del delito basada en el propósito o en el conocimiento,⁹¹ sino de su especificidad al proteger a ciertos grupos de ataques y la destrucción total.⁹²

Así las cosas, es posible establecer una solución dual distinguiendo entre autores de rango inferior y de rango intermedio y superior.⁹³ En cuanto a los primeros, esto es, los fácilmente intercambiables “soldados de a pie” de una campaña genocida, que, por lo general, carecen de los medios para destruir al grupo solos,⁹⁴ no es necesario ni realista esperar que actúen con el propósito

y el deseo de destruir. En realidad, es posible imaginar una campaña genocida colectiva en la que sólo algún autor de rango inferior, o incluso ninguno, actúe con un propósito destructivo.⁹⁵ De hecho, como estos individuos no pueden contribuir en solitario de forma relevante al fin último de la destrucción del grupo, tampoco pueden expresar ningún propósito significativo en relación con el resultado general. Por tanto, es suficiente para determinar responsabilidad por el delito de genocidio que los autores actúen con conocimiento, es decir, sabiendo que forman parte de la campaña genocida y que, por tanto, contribuyen a la materialización de la intención colectiva de destruir.⁹⁶ En otras palabras, un acusado de rango inferior debe saber al menos que los “cerebros” de la campaña genocida actúan con intención genocida entendida en sentido estricto.

Hay al menos cuatro argumentos que corroboran esta interpretación. En primer lugar, la incorporación del elemento de contexto a la definición del delito con base en el especial requisito subjetivo corresponde a la realidad criminológica de la conducta genocida; es decir, que el genocidio no puede ser cometido por unos pocos individuos aislados, sino que precisa de autores intelectuales y un aparato organizacional para implementar los perversos planes.⁹⁷ En segundo lugar,

genocida (también, KIRSCH, *Creighton Law Review*, 2009, pp. 354-55). En todo caso, el elemento contextual no debe ser interpretado como equivalente a un plan o política genocida, sino que la conducta relevante debe producirse en un contexto de una “pauta manifiesta de conducta similar” (véase CRYER, *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, p. 291).

⁹¹ Sobre la doctrina dominante en Alemania, véase, por ejemplo, ROXIN, *supra* nota 74, donde analiza la disposición alemana (antes, el § 220a del Código Penal alemán [Strafgesetzbuch], actual § 6 VStGB). De otra opinión, TRIFFTERER, *supra* nota 4, pp. 404-405 quien, sin embargo, no discute el argumento teleológico.

⁹² De forma similar, KRESS, *supra* nota 61, p. 576.

⁹³ También sosteniendo un “enfoque diferencial” aunque sin desarrollarlo completamente, VAN DER WILT, Harmen, “Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, 239, 243 y ss. Una distinción similar ya fue defendida por JORGENSEN, Nina, “The definition of genocide: Joining the dots in the light of recent practice”, *International Criminal Law Review*, 1, 2001, p. 309. Presentando una tipología más sofisticada de responsables de delitos internacionales, que también puede aplicarse al genocidio, SMEULERS, “Perpetrators of international crimes: towards a typology”, en SMEULERS/HAVEMAN, *Supranational criminology – towards a criminology of international crimes*, 2008, pp. 240 y ss.

⁹⁴ KRESS, *supra* nota 61, p. 577 y la nota 61, que se refiere al “caso típico”.

⁹⁵ Véase VEST, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2001, p. 486; KRESS, *supra* nota 61, p. 573.

⁹⁶ La distinción subyacente fue reconocida en un primer borrador de los Elementos de los Crímenes de la CPI; así, véase el último elemento (número 3 o 4) de cada acto subyacente, en este caso, “genocidio por matanza”: “The accused knew... that the conduct would destroy... such group...” (Preparatory Commission for the International Criminal Court. Addendum. Annex III. Elements of Crimes. PCNICC/1999/L.5/Rev. 1/Add. 2, 22 December 1999). La versión final sólo retuvo el requisito de la intención (especial) (véase Elements of Crime, *supra* nota, 89, art. 6, tercer elemento en cada caso). SHAW, *supra* nota 14, pp. 86 y ss. reconoce la naturaleza organizada del genocidio pero se muestra crítico con la idea de una intención colectiva. En lo fundamental, sigue el enfoque de Max Weber de una sociología centrada en la acción, con su respectivo marco teórico (“Genocidists invariably have multiple goals and deviate from their rationalistic pursuit. The ideal-typical concept of ‘rational’, ‘intentional’ genocide can be no more than a heuristic tool enabling us to grasp the complexity of real cases.”, *ibid.*, p. 88).

⁹⁷ Véase, *Prosecutor v. Krstić*, *supra* nota 20, párrafo 549 (“The gravity and scale of the crime of genocide ordinarily presume that several protagonists were involved in its perpetration”). Véase también SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, pp. 243 y ss. (a ‘knowledge-based’ approach highlights “the collective dimension of the crime of genocide”), p. 244 (“genocide presents itself as the archetypal crime of State, requiring organization and planning”); SHAW, *supra* nota 14, p. 82 (“Genocide has been seen legally as an organized, not a spontaneous, crime; it could not be committed by an individual acting alone”). He profundizado más en el estudio de la realidad criminológica del genocidio en mi trabajo “Criminologically explained reality of genocide, structure of the offence and the intent to destroy requirement”, que aparecerá publicado en SMEULERS/VAN SLIEDREGT (eds.), *Collective violence and international criminal justice – an interdisciplinary approach*, 2010.

aunque estos autores de rango inferior llevan a cabo los actos típicos con sus propias manos, en términos de su contribución general a la campaña genocida, son sólo partícipes secundarios o, más concretamente, cómplices o cooperadores necesarios.⁹⁸ Dicho de otro modo, aunque son ejecutores directos del plan genocida y por tanto deben ser considerados como tales (es decir, como autores), sus actos ejecutivos sólo adquieren su “significado genocida” porque existía un plan. Como los ejecutores no estaban involucrados en diseñar el plan sino que son, en sentido normativo, sólo un mero instrumento para implementarlo, no deben poseer la especial intención de destrucción sino simplemente saber de su existencia; tal interpretación es coherente con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en DPI (infra 3.1.). Esto podría ser distinto en supuestos de genocidio “espontáneo”, si se admite que tales supuestos puedan existir en contra de lo establecido en este primer argumento. De cualquier modo, en este tipo de casos los autores directos poseen una especial intención por sí mismos y por tanto presentan los requisitos subjetivos del autor de genocidio. En tercer lugar, aunque, como fue explicado, hay una diferencia estructural entre genocidio y crímenes de lesa humanidad en cuanto al ámbito de protección, el genocidio se ha desarrollado a partir de los crímenes de lesa humanidad⁹⁹ y es, en esencia, una forma (especial) de crimen de lesa humanidad.¹⁰⁰ Esta “congruencia estructural”¹⁰¹ justifica una construcción del genocidio desde el punto de vista de la estructura como un crimen de lesa humanidad con respecto al requisito del “conocimiento del ataque” (Art. 7 Estatuto de la CPI). Cuarto, en cuanto a la (hostil) actitud del autor directo respecto al grupo, no existe diferencia alguna si actúa con intención genocida o con conocimiento del propósito genocida general.¹⁰² Incluso puede que actúe con alguna forma de

propósito indirecto no distanciándose completamente del propósito genocida general. En todos estos casos, el autor de rango inferior expresa su desprecio por el grupo y toma una decisión clara contra el interés protegido por el delito de genocidio.

Esto implica que un simple genocida de rango inferior, así como un criminal contra la humanidad (simplemente) debe actuar con conocimiento del elemento contextual requerido en ambos crímenes, además de con intención general respecto a las conductas típicas subyacentes. También puede poseer una intención basada en el propósito, por ejemplo en el caso de un genocidio “espontáneo”, pero esto no constituye un pre-requisito para determinar su responsabilidad (subjetiva). El contexto sirve en ambos casos como objeto de referencia del conocimiento del autor; esto es, el conocimiento no debe dirigirse a la destrucción última del grupo en el futuro —de hecho, ello constituye simplemente una expectativa futura que como tal no puede ser conocida sino sólo esperada o deseada—,¹⁰³ sino únicamente al contexto general genocida. En cuanto al genocidio, esto implica que el autor de rango inferior participa en el plan o empresa genocida general, es decir, que sus actos individuales constituyen, junto con los actos de los restantes autores de rango inferior, la realización de la intención o el propósito genocida representada por los líderes o cerebros del plan. La existencia de tal plan conecta los actos de los responsables de rango inferior y, a la vez, los une a la intención del líder, de modo que los actos de los subordinados y las ideas de los superiores se complementan.

De ello se extrae que el enfoque basado en el propósito debe ser sostenido en el caso de los autores de rango superior, es decir, los líderes intelectuales y fácticos de la empresa genocida. Ellos son el cerebro de la operación genocida y tienen el poder de ponerlo

⁹⁸ Para un enfoque similar sobre la complicidad, véase también KRESS, supra nota 61, pp. 574-75.

⁹⁹ Acerca de los orígenes de la prohibición legal del genocidio, véase SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, pp. 17 y ss.; véase también *ibid.*, pp. 59 y ss., a propósito de la Convención contra el Genocidio y la normativa desarrollada posteriormente.

¹⁰⁰ JONES, en VORAH *et al.* (eds.), *Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, 2003, p. 479; KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 575-76. Insistiendo en la distinción entre genocidio y crímenes de lesa humanidad, pero, aún así, reconociendo su afinidad, SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, pp. 11, 13 y ss., p. 15 (“genocide stands to crimes against humanity as premeditated murder stands to intentional homicide. Genocide deserves its title as the ‘crime of crimes’”).

¹⁰¹ KRESS, supra nota 61, pp. 575-76; *id.*, supra nota 60, mn. 87; *id.*, KRESS, *Journal of Criminal Justice*, 7, 2009, p. 301.

¹⁰² Véase también PAUL, supra nota 43, pp. 259 y ss. con más referencias al respecto.

¹⁰³ Para un análisis del conocimiento de los riesgos causados por un acto y los meros deseos o expectativas respecto a resultados futuros, véase, FRISCH, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes etc.*, 1983, pp. 222 y ss. Véase también TRIFFTERER, *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 406, quien admite que “la intención particular está dirigida a la realización en el futuro de las expectativas del autor”, pero no reconoce que estas expectativas futuras sólo pueden ser deseadas o buscadas, es decir, ser objeto de expectativas, pero no de certitud o conocimiento.

en marcha en un primer momento. Ellos son los que pueden y deben actuar con la intención ulterior que, como fue explicado al inicio de este trabajo, es característica del delito de genocidio y lo convierte en un delito orientado a un fin. ¿Quién si no los autores de rango inferior pueden poseer de forma realista la intención ulterior de destruir al grupo protegido? Lo más complejo es determinar lo que debe requerirse en el caso de los autores de rango intermedio, o sea, para las personas que, como Adolf Eichmann, tienen una función organizacional o administrativa sin la que la campaña genocida no podría ser implementada. Estas personas deben actuar dolosamente, ya que no ejecutan actos subyacentes —como los autores de rango inferior— pero son más bien autores intelectuales y por tanto pueden ser comparados con los responsables de rango superior. Por tanto, sólo pueden ser considerados genocidas si comparten la intención basada en el propósito de los responsables de rango superior.

La distinción según el estatus entre autores de rango superior e intermedio y rango inferior y el papel desarrollado en la empresa genocida también es convincente desde un punto de vista político-criminal. Al entender aplicable a los responsables de rango superior e intermedio el requisito de la intención basada en el propósito, se impide una expansión arbitraria y una politización del delito de genocidio, y a su vez se evita entrar en una peligrosa dinámica que traería consigo la calificación de “simples” crímenes de lesa humanidad como genocidio,¹⁰⁴ lo cual terminaría por devaluar el detestable carácter de este último. En este sentido, el enfoque basado en el propósito tiene una importante función de “baluarte preventivo”.¹⁰⁵ Así, contrariamente a lo que un enfoque absoluto basado en el conocimiento parece sugerir,¹⁰⁶ la selección discriminatoria y las persecuciones selectivas de personas o miembros de un grupo no constituyen de por sí genocidio, sino “sólo” persecución como crimen de lesa humanidad.

La combinación aquí sugerida de enfoque basado en la estructura y basado en el conocimiento impli-

ca una interpretación basada en el conocimiento del requisito de la “intención de destruir” en el caso de autores de rango inferior respecto al contexto genocida como objeto de referencia de la intención de destruir. En este sentido, un estándar mental menor, por ejemplo, dolo eventual o incluso imprudencia,¹⁰⁷ no puede ser admitido porque cambiaría radicalmente el carácter del delito de genocidio en términos de su antijuridicidad y de su especialidad respecto a los crímenes de lesa humanidad. Además, el argumento de la estructura paralela del delito de genocidio a la de la tentativa, como sostiene Gil Gil al defender la admisibilidad el dolo especial,¹⁰⁸ no es convincente: aunque se puede argumentar que el tipo objetivo del genocidio es estructuralmente idéntico al de un delito en grado de tentativa, esto no implica que deba tener los mismos requisitos subjetivos. Al contrario, un delito en tentativa no necesariamente contiene un elemento subjetivo especial en alguna forma comparable a la intención de destruir. Por lo demás, reconocer dolo eventual respecto al contexto genocida estaría en contradicción con la coherencia estructural sugerida entre genocidio y crímenes de lesa humanidad. Aunque esta congruencia permite, por una parte, un enfoque basado en el conocimiento para los autores de rango inferior del delito de genocidio —extrayéndolo del requisito del conocimiento del ataque en los crímenes de lesa humanidad—, por otra parte, este estándar constituye un mínimo imprescindible que sería infringido por un estándar menor, como el dolo eventual, en lo que respecta al elemento contextual.

No obstante, esta interpretación de la “intención de destruir” referida a la destrucción final del grupo en el futuro es un asunto distinto. Como ha sido argumentado, tal expectativa futura no puede ser conocida sino sólo esperada o deseada.¹⁰⁹ Tomemos el caso del soldado que participa conscientemente en la destrucción de un grupo étnico, es decir, que satisface la interpretación basada en el conocimiento para el contexto genocida, pero actúa con indiferencia respecto a su destrucción final, es decir, con dolo even-

¹⁰⁴ La distinción también aparece enfatizada en *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 469.

¹⁰⁵ Véase en el mismo sentido, RAJKOVIC, Nikolas, “The politics of the ICJ Genocide case and its interpretation”, *Leiden Journal of International Law*, 21, 2008, p. 904.

¹⁰⁶ GREENAWALT, *Columbia Law Review*, 1999, pp. 2287-88 and 2293-94 (subrayando el peligro para la supervivencia del grupo).

¹⁰⁷ También contra el dolo eventual, PAUL, *op. cit.*, en supra nota 43, pp. 262-63.

¹⁰⁸ Véase supra nota 46 y el texto principal.

¹⁰⁹ Supra nota 103 y el texto principal.

tual;¹¹⁰ en este supuesto, no tendría sentido requerir de este soldado conocimiento de la destrucción final, ya que él no puede poseer tal conocimiento. Como acontecimiento futuro que es, sólo puede actuar con propósito o deseo, es decir, con dolo directo en primer grado. Por supuesto, puede que el sujeto tenga además en cuenta esta posibilidad e incluso la apruebe en un sentido de dolo eventual,¹¹¹ pero admitir el dolo eventual no sólo sería inconsistente con la interpretación de los términos “intent”, “intention”, “intención” o “Absicht” que fue defendida más arriba,¹¹² sino que constituiría además una analogía prohibida contra reo y que por tanto infringiría el principio *nullum-crimen*.¹¹³ Así, si se requiere algún estado mental respecto al fin último, éste habrá de estar basado en el propósito.

3. Consecuencias del enfoque combinado basado en la estructura y el conocimiento para otras formas de participación en el delito de genocidio

3.1. La jurisprudencia

Si bien la jurisprudencia, como fue mostrado más arriba, requiere una intención basada en el propósito para cualquier forma de comisión del delito de genocidio, no está del todo claro si los partícipes que no ejecuten directamente los actos también deberán

actuar con este tipo de intención. En el caso de la complicidad, la Sala de Primera Instancia del caso Akayesu sostuvo que un cómplice en el delito de genocidio en el sentido del artículo art. 2 (3) (e) del Estatuto del TPIR no necesariamente debe poseer por sí mismo *dolus specialis*,¹¹⁴ sino que sólo debe saber o haber debido saber que el autor principal actuó con la específica intención,¹¹⁵ en la medida en que la responsabilidad del partícipe es accesoria a la del autor principal:

[L]a complicidad es una criminalidad prestada (*criminalité d'emprunt*). En otras palabras, el cómplice toma prestada la criminalidad del autor principal. Por criminalidad prestada debe entenderse que el acto físico que constituye el acto de complicidad no tiene su propia criminalidad inherente, sino más bien toma prestada la criminalidad del acto cometido por el autor principal de la empresa criminal. Por tanto, la conducta del cómplice es delictiva cuando el delito ha sido consumado por el autor principal. El cómplice no ha cometido un delito autónomo, sino que simplemente ha facilitado la empresa criminal cometida por otro.¹¹⁶

No obstante, de forma un tanto sorprendente, la Sala Akayesu exigió prueba de la intención especial cuando una persona es acusada de planear, preparar, ejecutar o ayudar en la comisión del delito de genocidio, en el sentido del artículo 6(1) del Estatuto del TPIR.¹¹⁷ Es decir, rechazó el requisito de la intención

¹¹⁰ Véase GIL GIL, supra nota 14, pp. 262-63 y 261 y ss. para otros ejemplos.

¹¹¹ Véase también KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 577, quien considera “más realista” requerir dolo eventual en lugar de conocimiento positivo con respecto a la efectiva destrucción del grupo”.

¹¹² Supra notas 63 y ss. y el texto principal.

¹¹³ Aparte de esto, se discute si el DPI, tal y como ha sido codificado en el Estatuto de la CPI reconoce el dolo eventual como un tipo separado de intención. En mi opinión (Ambos, supra nota 88, § 7 mn. 67 with further references), no es así, ya que el sujeto que actúa con este tipo de intención, no sabe que un determinado resultado o consecuencia se producirá en el curso ordinario de los acontecimientos, como lo requiere el art. 30 (2) (b) del Estatuto de la CPI. Este estándar de conocimiento sólo correspondería al dolo eventual si uno interpreta este concepto de forma similar a las teorías cognitivas que aumentan el umbral del dolo eventual a probabilidad respecto a la concurrencia de la respectiva consecuencia (véase ROXIN, *op. cit.* en supra nota 74.; against the inclusion now also ICC, Pre-Trial Chamber II, *Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision pursuant to Art. 61 (7)(a) and (b) of the Rome Statute etc., 15 June 2009, ICC-01/05-01/08, párrafo 360 y ss.; al respecto, AMBOS, Kai, “Critical issues in the Bemba confirmation decision”, *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, p. 718. De todos modos, esto no resulta relevante si uno considera que la fórmula “salvo disposición en contrario” del art. 30 admite un estándar mental (mayor o menor) en las definiciones de los delitos.

¹¹⁴ *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafos 540, 545, 548.

¹¹⁵ *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 541.

¹¹⁶ *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 528: “[C]omplicity is borrowed criminality (*criminalité d'emprunt*). In other words, the accomplice borrows the criminality of the principal perpetrator. By borrowed criminality, it should be understood that the physical act which constitutes the act of complicity does not have its own inherent criminality, but rather it borrows the criminality of the act committed by the principal perpetrator of the criminal enterprise. Thus, the conduct of the accomplice emerges as a crime when the crime has been consummated by the principal perpetrator. The accomplice has not committed an autonomous crime, but has merely facilitated the criminal enterprise committed by another”.

¹¹⁷ *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 546. El artículo 6(1) del Estatuto del TPIR reza: “La persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen”.

específica para la complicidad pero la exigió para formas generales de participación secundaria. Esta inconsistencia fue correctamente rechazada por la Sala de Primera Instancia en *Musema*, que sostuvo que la complicidad en el delito de genocidio —independientemente de su base legal o forma— requiere sólo conocimiento de la intención genocida.¹¹⁸ En cuanto a la asistencia en la comisión del delito (*aiding and abetting*) la Sala, siguiendo en este aspecto a la Sala del caso *Akayesu*,¹¹⁹ consideró suficiente incluso el conocimiento posible, esto es, la ignorancia culpable (“had reason to know”).¹²⁰ Ahora bien, aunque puede ser discutible el contenido adecuado de la intención en el caso de la complicidad, no tiene sentido distinguir entre complicidad en el sentido del artículo 2(3) (e) y el art. 6 (1) del Estatuto del TPIR. Así, la Sala de Apelaciones en *Krstić* estableció correctamente que la disposición sobre la participación general del art. 7 (1) del Estatuto del TPIY debe ser interpretada en concordancia con la disposición especial del art. 4 (3) del Estatuto de la TPI, conduciendo a una forma común de asistencia en la comisión del genocidio (“aiding and abetting genocide”).¹²¹ Como resultado, la jurisprudencia ha adoptado unánimemente la postura de que el cómplice no debe poseer la intención específica sino, simplemente, estar al tanto de tal intención subyacente.¹²²

En cuanto a la instigación para cometer genocidio, la Sala de Primera Instancia en *Akayesu* requirió una

intención específica en el sentido del art. 2 (3) (c) del Estatuto del TPIR:

La mens rea requerida para el delito de instigación directa y pública a cometer genocidio reside en la intención de impulsar o provocar directamente a otro a cometer genocidio. Supone un deseo por parte del autor de crear con sus acciones un particular estado mental necesario para cometer tal crimen en la mente de la persona/s a quien/es involucra. Es decir que la persona que está instigando a cometer genocidio debe tener por sí misma la específica intención de cometer genocidio, esto es, de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.¹²³

Esto fue confirmado por otras sentencias del TPIR.¹²⁴ No hay motivo para sostener una postura diferente con respecto a la “instigation” como forma de participación (secundaria) en el sentido del art. 6 (1) del Estatuto del TPIR, si se considera, como lo hace la Sala de Apelaciones basándose en la versión francesa del Estatuto (“incitation”), que ésta debe ser entendida como sinónimo de “incitement”.¹²⁵

Igualmente, en *Musema*, la Sala de Primera Instancia se refirió a la intención específica en el caso de la conspiración para cometer genocidio:

Respecto a la mens rea del delito de conspiración para cometer genocidio, la Sala toma nota de que ésta reside en la decidida intención de cometer genocidio, esto es,

¹¹⁸ *Prosecutor v. Musema*, supra nota 15, párrafo 181 y ss.

¹¹⁹ *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 541.

¹²⁰ *Prosecutor v. Musema*, supra nota 15, párrafo 182.

¹²¹ *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 33, párrafo 138-39. Véase también *Prosecutor v. Stakić*, supra nota 8, párrafo 531; *Prosecutor v. Semanza*, Trial Judgment and Sentence, Case No. ICTR-97-20-T, 15 May 2003, párrafo 394; *Prosecutor v. Blagojević & Jokic*, supra nota 37, párrafo 679.

¹²² ICTY: *Prosecutor v. Krstić*, op.cit. en supra nota 33, párrafo 140; *Prosecutor v. Tadić*, supra nota 27, párrafo 229; *Prosecutor v. Blagojević & Jokic*, supra nota 37, párrafo 782; Appeal Judgment, Case No. IT-02-60-A, 9 May 2007, para 127; *Prosecutor v. Brđjanin*, supra nota 9, párrafo 730; *Prosecutor v. Brđjanin*, Decision on Motion for Acquittal pursuant to Rule 98 bis, Case No. IT-99-36-T, 8 November 2003, párrafo 66; *Prosecutor v. Brđjanin*, Decision on Interlocutory Appeal, Case No. IT-99-36-A, 19 March 2004, párrafo 7. *Prosecutor v. Krnojelac*, Appeal Judgment, Case No. IT-97-25-A, 17 September 2003, párrafo 52 sobre el crimen de persecución: “(...) the aider and abettor in persecution, an offence with a specific intent, must be aware not only of the crime whose perpetration he is facilitating but also of the discriminatory intent of the perpetrators of that crime. He need not share the intent but he must be aware of the discriminatory context in which the crime is to be committed (...)”. Véase también *Prosecutor v. Vasiljević*, Appeal Judgment, Case No. IT-98-32-A, 25 February 2004, párrafo 142. - ICTR: *Prosecutor v. Bagilishema*, supra nota 15, párrafo 71; *Prosecutor v. Ntakirutimana et al.*, Appeal Judgment, Case No. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, 13 December 2004, párrafo 500; *Prosecutor v. Semanza*, supra nota 121, párrafos 394-395; *Prosecutor v. Seromba*, Appeal Judgment, Case No. ICTR-2001-66-A, 12 March 2008, párrafo 56.

¹²³ *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 15, párrafo 560: “The mens rea required for the crime of direct and public incitement to commit genocide lies in the intent to directly prompt or provoke another to commit genocide. It implies a desire on the part of the perpetrator to create by his actions a particular state of mind necessary to commit such a crime in the minds of the person(s) he is so engaging. That is to say that the person who is inciting to commit genocide must have himself the specific intent to commit genocide, namely, to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”.

¹²⁴ Véase, *Prosecutor v. Ruggiu*, supra nota 11, párrafo 14; *Prosecutor v. Nahimana*, Trial Judgment, Case No. ICTR-99-52-T, 3 December 2003, párrafo 1012.

¹²⁵ *Prosecutor v. Akayesu*, Appeal Judgment, Case No. ICTR-96-4-A, 1 June 2001, párrafos 474 y ss.

de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Por tanto, es la opinión de esta Sala que la intención requerida en el delito de conspiración para cometer genocidio es, *ipso facto*, la intención requerida para el delito de genocidio, es decir, el *dolus specialis* del genocidio.¹²⁶

En cuanto a la Empresa Criminal Común (ECC), no existe controversia respecto al hecho de que todos los miembros de una ECC I deben “compartir” la intención (específica) del correspondiente delito;¹²⁷ por el contrario, sí es muy polémico el estándar requerido en el caso de una ECC III.¹²⁸ La Sala de Primera Instancia en Stakić adoptó una interpretación doctrinal estricta:

[...] la aplicación de un título de imputación no puede reemplazar a un elemento fundamental del delito [...]. La combinación de la tercera variante de la empresa criminal conjunta y el delito de genocidio traería consigo tal descenso del *dolus specialis* que se extinguiría. Por tanto, la Sala de Primera Instancia encuentra que a fin de “cometer” genocidio, deben concurrir los elementos de este delito, incluyendo el *dolus specialis*. Las nociones de «escalada» al genocidio o genocidio como una «consecuencia natural y previsible» de una empresa que no se dirige específicamente al genocidio no son compatibles con la definición del genocidio del art. 4(3)(a).¹²⁹

No obstante, esta postura no fue acogida por la Sala de Apelaciones. En Brdjanin sostuvo que la ECC III es “como un título de imputación” (“as a mode of liability”), no pudiendo distinguirse de otras formas de imputación criminal que no requieren prueba de la intención.¹³⁰ En consecuencia, un miembro de una ECC III puede ser condenado por genocidio si razonablemente podía prever que se cometería uno de los actos objetivos del delito de genocidio y que sería cometido con intención genocida.¹³¹

Es aún más confuso el caso de la responsabilidad del superior. Mientras para la Sala de Primera Instancia en Stakić el superior debe presentar una intención específica,¹³² la Sala de Apelaciones en Brdjanin encontró que no había:

razón inherente por la que, habiendo verificado que esto [la responsabilidad del superior, K.A.] se aplica al genocidio, el artículo 7(3) debiera aplicarse de forma distinta al delito de genocidio que a cualquier otro delito en el Estatuto. [...] En el caso del genocidio, esto implica que el superior debió haber sabido o tenía motivos para conocer la intención específica de sus subordinados. [...] [L]a responsabilidad penal del superior es un título de imputación que no requiere prueba de la intención de cometer un crimen por parte del superior [...]”¹³³

Por tanto, mientras (sólo) los subordinados deben contar con una intención específica, el superior

¹²⁶ *Prosecutor v. Musema*, supra nota 15, párrafo 192: “With respect to the *mens rea* of the crime of conspiracy to commit genocide, the Chamber notes that it rests on the concerted intent to commit genocide that is to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group, as such. Thus, it is the view of the Chamber that the requisite intent for the crime of conspiracy to commit genocide is, *ipso facto*, the intent required for the crime of genocide, that is the *dolus specialis* of genocide.”

¹²⁷ Véase la reciente decisión *Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.*, Judgment TC III, IT-05-87-T, 26 February 2009, párrafo 109.

¹²⁸ Sobre las formas de ECC, basado en la decisión de la Sala de Apelación de la ICTY en Tadic véase por ejemplo AMBOS, Kai, “«Joint criminal enterprise» y la responsabilidad del superior”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho). 2da Época, t. 19 (enero 2007), 39-78.

¹²⁹ *Prosecutor v. Stakić*, supra nota 8, párrafos 530 and 558: “(...) the application of a mode of liability can not replace a core element of a crime. (...) Conflating the third variant of joint criminal enterprise and the crime of genocide would result in the *dolus specialis* being so watered down that it is extinguished. Thus, the Trial Chamber finds that in order to ‘commit’ genocide, the elements of that crime, including the *dolus specialis* must be met. The notions of ‘escalation’ to genocide, or genocide as a ‘natural and foreseeable consequence’ of an enterprise not aimed specifically at genocide are not compatible with the definition of genocide under Art. 4(3)(a).” Véase también *Prosecutor v. Stakić*, Decision on Rule 98bis Motion for Judgment of Acquittal, Case No. IT-97-24-T, 31 October 2002, para 93; *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 122, párrafo 57.

¹³⁰ *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 122, párrafo 7. Véase también *Prosecutor v. Stakić*, Appeal Judgment, Case No. IT-97-24-A, 22 March 2006, párrafo 38.

¹³¹ *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 9, párrafo 709; *Prosecutor v. Milošević*, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, Case No. IT-02-54, 16 June 2004, párrafos 291, 292, 300; CAYLEY, *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 839.

¹³² *Prosecutor v. Stakić*, Decision on Rule 98bis Motion for Judgment of Acquittal, Case No. IT-97-24-T, 31 October 2002, párrafo 92.

¹³³ *Prosecutor v. Brdjanin*, Decision on Interlocutory Appeal, Case No. IT-99-36-A, 19 March 2004, párrafo 7: “inherent reason why, having verified that it [superior responsibility, K.A.] applies to genocide, Article 7(3) should apply differently to the crime of genocide than to any other crime in the Statute. (...) In the case of genocide, this implies that the superior must have known or had reason to know of his or her subordinate’s specific intent. (...) [S]uperior criminal responsibility is a form of criminal liability that does not require proof of intent to commit a crime on the part of a superior (...)”. Véase también *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 9, párrafo 720.

no;¹³⁴ de este modo, la jurisprudencia convierte un delito que debe ser cometido con intención específica en un delito negligente.

3.2. La posición defendida: una distinción dual, por una parte, entre responsables de rango superior e intermedio y rango inferior y, por otra, entre formas de participación principal y secundaria

El punto de partida de la interpretación aquí propuesta es dual.¹³⁵ En primer lugar, está en consonancia con el enfoque combinado basado en la estructura y en el conocimiento, teniendo en cuenta el estatus y el papel de los responsables. Si la interpretación basada en el propósito del requisito de la “intención de destruir” sólo se aplicara a responsables de rango superior e intermedio, surgiría únicamente en estos casos la duda de si la mera participación en un genocidio de modo diferente a la comisión directa debe ser tratada de forma distinta. Por el contrario, en lo que respecta a los responsables de rango inferior, el enfoque basado en el conocimiento defendido más arriba también debe ser aplicado a otras formas de participación.

En segundo lugar, es preciso distinguir entre las diferentes formas de “comisión” y “participación”. En concreto, habría de diferenciarse entre formas de participación principales y otras formas de participación secundaria. En consecuencia, todas las formas de comisión que no impliquen comisión directa o inmediata, en concreto, la coautoría (incluyendo la ECC) y autoría mediata, así como formas similares de control mental o intelectual de la conducta genocida (proposición, inducción, instigación, conspiración) deben ser tratadas como comisión directa.¹³⁶ Esto significa que en el caso de responsables de rango superior e intermedio se requiere una intención basada en el propósito, mientras en el caso de responsables de nivel inferior el conocimiento del contexto genocida sería suficiente. Por el contrario, la participación secundaria en su forma más débil, es decir, colaborando con el autor principal, sólo requiere conocimiento de la existencia de la intención especial del autor principal.¹³⁷ Este estándar inferior también se extrae de la propia lógica de cualquier forma de participación secundaria, en particular colaboración para la comisión del delito. Si tal participación secundaria es, como fue correctamente establecido por la Sala de Primera Instancia en Akayesu,¹³⁸ una forma de responsabilidad derivada o accesoria (“borrowed criminality”) respecto al acto

¹³⁴ *Prosecutor v. Blagojević & Jokic*, supra nota 37, párrafo 686; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, supra nota 15, párrafo 92; *Prosecutor v. Ntagerwa et al.*, Trial Judgment, Case No. ICTR-99-46-T, 25 February 2004, párrafo 653-654.

¹³⁵ Sobre las formas de participación en DPI, véase AMBOS, Kai, “Article 25 Individual criminal responsibility”, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 2ª ed., 2008, pp. 743 y ss.

¹³⁶ También para ECC III, MUGWANYA, *The Crime of Genocide in International Law*, 2007, pp. 131-2; para conspiración, CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, *An introduction to international criminal law and procedure*, 2007; con otro punto de vista sobre la instigación, WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2a ed., 2007, mn 438 (conocimiento es suficiente).

¹³⁷ En el mismo sentido, *Prosecutor v. Krstić*, Appeal Judgment, Case No. IT-98-33-A, 19 April 2004, párrafo 140 y ss., con referencias de la jurisprudencia (fn. 235) y del Derecho nacional (fn. 236 y ss.); sobre el conocimiento, véase *Prosecutor v. Nindabahizi*, Trial Judgment, Case No. ICTR-2001-71-I, 15 July 2004, párrafo 457 con otras referencias; *Prosecutor v. Blagojević & Jokic*, Appeal Judgment, Case No. IT-02-60-A, 9 May 2007, párrafo 127 y nota 122 con otras referencias; *Prosecutor v. Seromba*, AJ, supra nota 122, párrafo 146; *Prosecutor v. Frans van Anraat*, Judgment, AX6406, Rechtbank's- Gravenhage, 09/751 003-04, 23 December 2005, párrafo 6.5.1. y 8, (en la que el acusado sólo fue condenado por crímenes de lesa humanidad y no por genocidio, por falta de conocimiento). Véase también VAN DER BORGH, Erwin, “Prosecution of international crimes in the Netherlands: an analysis of recent case law”, *Criminal Law Forum*, 18, 2007, 87, 125-6; VAN DER WILT, Harmen, “Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction: Reflections on the van Anraat case”, *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, pp. 239, 246-7; GROENGIESSER/ KREICKER, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen: Deutschland*, t. 1. 2003, pp. 107-8; EBOE-OSUJI, Chile, “‘Complicity in Genocide’ versus ‘Aiding and Abetting Genocide’: Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes”, *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, pp. 63 y ss.; VAN SLIEDREGT, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 194; AKHAVAN, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 994; FOLGUEIRO, “El crimen de genocidio”, en PARENTI et al. (eds.), *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional*, 2007, p. 176; MUGWANYA, *The Crime of Genocide in International Law*, 2007, pp. 132-3 (¡diferente en la página 201!). A favor de una intención basada en el propósito METTRAUX, *International crimes and the ad hoc tribunals*, 2005, pp. 259-60, 287; OBOTE-ODORA, Alex, “Complicity in genocide as understood through the ICTR experience”, *International Criminal Law Review*, 2, 2002, pp. 377, 382 y ss., 387, 397 y ss.; y, al parecer, también, CLARK, Roger S., “Drafting a general part to a penal code: some thoughts inspired by the negotiations on the Rome Statute of the ICC and by the Court’s first substantive law discussion in the Lubanga Dyllo confirmation proceedings”, *Criminal Law Forum*, 19, 2008, pp. 547 y ss. referring to Art. 25 (3)(c) and (d) ICC Statute.

¹³⁸ Supra nota 116 y el texto principal.

o conducta principal,¹³⁹ es suficiente que el cómplice actúe con conocimiento del propósito genocida de los responsables principales.

Si se aplican estos principios a las formas de participación tratadas por la jurisprudencia, el resultado es el siguiente. En lo que respecta a la complicidad, la distinción operada en Akayesu no puede sostenerse.¹⁴⁰ No tiene sentido tratar la complicidad basada en la Convención contra el Genocidio de forma distinta a la complicidad general. Con la adopción del Estatuto de Roma, podemos operar desde el presupuesto de que existe una complicidad general que es aplicable a todos los crímenes internacionales por igual. En este sentido, hubiera sido correcto y perfectamente coherente con las consideraciones expuestas, que la Sala en Akayesu y la jurisprudencia subsiguiente hubieran interpretado que el cómplice sólo debe saber de la especial intención de los responsables principales, sin poseerla por sí mismo. Por ejemplo, si A organiza una campaña genocida contra los judíos con la intención de destruir este grupo religioso y B le asiste en la matanza de algunos judíos siendo consciente del propósito genocida de A, B actúa con el conocimiento suficiente del contexto genocida. Esta interpretación también encuentra su apoyo en el Derecho nacional¹⁴¹ y en la doctrina.¹⁴² Y esto se aplicaría a todos los cómplices, independientemente de su estatus en la organización genocida. El aspecto decisivo en estos

casos no es el nivel jerárquico del cómplice, sino el hecho de que sólo actúa como un cómplice y por ello no necesita poseer por sí mismo la intención basada en el propósito.

Esta aplicación del estándar basado en el conocimiento en casos de mera complicidad también es aconsejable desde un punto de vista político-criminal. Requerir una intención basada en el propósito por parte del cómplice implicaría la impunidad en los numerosos casos donde la destrucción de un grupo no es el objetivo principal del cómplice, sino que simplemente constituye un efecto colateral que acepta.¹⁴³ Piénsese, por ejemplo, en el caso de una compañía que utilice a miembros de un grupo para trabajos forzados y les impone condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física total o parcial del grupo en cuestión (art.6 (c) Estatuto de la CPI), pero cuyo objetivo principal no es la destrucción del grupo, sino maximizar los beneficios a través de este abuso de una mano de obra barata. Efectivamente, la frecuente complicidad de las grandes compañías en prolongados conflictos armados y, por tanto, en genocidios cometidos en estos contextos, constituye un argumento de peso para aceptar el estándar basado en el conocimiento.¹⁴⁴ Incluso es posible aceptar un nivel inferior, como por ejemplo, el dolo eventual —como hizo la Corte de Apelaciones de Países Bajos en el caso Van Anraat—¹⁴⁵ o la ignorancia culpable —como

¹³⁹ Obviamente, hay varias teorías sobre la lógica de la participación secundaria (véase, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003, § 26 mn. 11 y ss.), pero todas están de acuerdo con el hecho de que existe una relación de dependencia entre la participación secundaria y la actividad principal o conducta.

¹⁴⁰ En este sentido, me distancio de la opinión expresada previamente en AMBOS, “Art. 25. Individual criminal responsibility”, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, mn 30; véase *ibid.*, 2a. ed., 2008, special print, mn 32. También se muestra crítico al respecto, GREENAWALT, *Columbia Law Review*, 1999, pp. 2282 y ss.; VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 244 y ss.; DAWSON, Grant/BOYNTON, Rachel, “Reconciling complicity in genocide and aiding and abetting genocide in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals”, *Harvard Human Rights Journal*, 21, 2008, pp. 256 y ss.; GREENFIELD, D., “The crime of complicity in genocide: How the International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia got it wrong and why it matters”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98, 2008, pp. 945 y ss.

¹⁴¹ BayObLG (Bayerisches Oberstes Landesgericht), (1998) 51 *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 392 y ss., con comentario de AMBOS, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 18, 1998, p. 139.

¹⁴² ARNOLD, *Criminal Law Forum*, 2003, pp. 145, 151; VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 246; *id.*, “Genocide v. war crimes in the Van Anraat appeal”, *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, p. 560. En contra, SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, pp. 221, 259, 300 y ss., que critica la distinción de Akayesu, pero en última instancia defiende un requisito de especial intención para destruir para toda forma de participación.

¹⁴³ De acuerdo con HEINE/VEST, “Murder/Willful Killing”, en McDONALD/SWAAK-GOLDMAN (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. 1., 2000, p. 186, el resultado, efectos colaterales y precondiciones no pueden ser distinguidas debido a la naturaleza colectiva del genocidio; el requisito del conocimiento debe, por tanto, ser mantenido.

¹⁴⁴ Véanse las excelentes observaciones al respecto de VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 256-57

¹⁴⁵ Sin embargo, esto no trajo consigo diferencias para el caso en concreto, ya que el tribunal consideró que el empresario Van Anraat ni siquiera dispuso de información suficiente de la que hubiera podido inferir intención genocida de sus socios (el gobierno iraquí de Saddam Hussein); véase, VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pp. 557 y ss. a favor de la postura adoptada por la Corte (p. 561); *id.*, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 247-48); véase también ZAHAR/SLUITER, *International Criminal Law: A critical Introduction*, 2007, pp. 494-96.

hicieron las Salas en Akayesu y Musema—,¹⁴⁶ siempre que este nivel inferior se incluya en el concepto de intención aplicable. No obstante, resulta confuso equiparar el estándar de “hubiera debido saber” (“had reason to know”) con el dolo eventual,¹⁴⁷ ya que esto sólo sería correcto si se reduce esta forma de intención a un estándar puramente cognitivo sin ningún elemento volitivo subyacente.

En lo que respecta a la instigación y la conspiración, el carácter particular de estas formas de participación como formas de criminalización “anticipada” de la conducta (Vorverlagerung) debido al peligro (abstracto) o el riesgo que presentan para los intereses legalmente protegidos —en este caso, el ataque contra la existencia del grupo— habría de implicar una restricción, que sólo puede ser alcanzada en el nivel subjetivo requiriendo una intención de destruir basada en el propósito.¹⁴⁸ Tal restricción no crearía una laguna de punibilidad, porque tanto quien instiga como quien conspira actúan, en general, con la intención de destruir requerida; en el caso de la instigación, con frecuencia, esta intención está generada por la propia conducta inductora. En cuanto a nuestra distinción entre niveles de responsables, parece obvio que quienes instigan y quienes conspiran normalmente pertenecen a los rangos superiores o intermedios de la organización criminal.

En cuanto a la ECC III y la responsabilidad del superior, la interpretación jurisprudencial en función de la cual se rebaja la intención específica a mera po-

sibilidad de prever (ECC III) o negligencia (responsabilidad del superior) muestra el papel común atribuido a la ECC III y la responsabilidad del superior para superar problemas de prueba.¹⁴⁹ Con todo, tal interpretación, implica en última instancia que el superior (que por definición es un responsable de rango superior o, al menos, intermedio), con base en la ECC o a la responsabilidad del superior, ya no es castigado como (co)autor (por omisión en el último caso), sino sólo como mero cómplice, ya que sólo en este caso se puede considerar suficiente el conocimiento del contexto genocida —en lugar de la intención basada en el propósito de destruir por parte del autor mismo (de rango superior o, al menos, intermedio)—,¹⁵⁰ no ocurre así en el caso del cómplice, ya que para ser caracterizado como tal el sujeto habrá de poseer por sí mismo el elemento subjetivo (específico) del acto antijurídico.¹⁵¹ De otro modo, si se mantiene que el superior es responsable por no haber supervisado de forma adecuada a sus subordinados (responsables de rango inferior), mostrando, por tanto, negligencia, éste no podrá ser castigado por la comisión del delito de genocidio por omisión, sino sólo por dicho fallo negligente de control, es decir, por una conducta que constituye una forma de participación secundaria.¹⁵² Por tal motivo, el Código Penal Internacional alemán (Völkerstrafgesetzbuch)¹⁵³ distingue entre una comisión principal por omisión por no haber alcanzado a impedir los crímenes de los subordinados (sección 4) y la responsabilidad del partícipe por no haber super-

¹⁴⁶ Supra notas 119, 120 y el texto principal.

¹⁴⁷ Véase VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 247 junto con la nota al pie 34.

¹⁴⁸ Cf. también SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, p. 275 sobre la instigación.

¹⁴⁹ De forma similar, DANNER, ALISON/ MARTINEZ, Jenny, “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, *California Law Review*, 93, 2005, p. 152.

¹⁵⁰ De la misma opinión, CASSESE, *International Criminal Law*, 2ª ed., 2008, p. 216; véase también SCHABAS, *Genocide in International Law*, 1ª ed., 2000, p. 312, donde, en este caso, considera que concurre “complicidad, no responsabilidad del superior” como “forma adecuada de su responsabilidad”; en la nueva edición, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, pp. 365-66. SCHABAS también critica la condena a Nahimana por el TPIR (Case N° ICTR-99-52-A) con base en la responsabilidad del superior y establece que “pudo haber sido acusado por formar parte de una empresa criminal común para instigar el genocidio, por lo que hubiera podido ser hallado culpable como líder de una famosa estación de radio cuyas emisiones contribuyeron de forma dramática a la masacre. Una interpretación de esta naturaleza describiría de forma más precisa su culpabilidad”). Sobre la jurisprudencia relevante, siguiendo en apariencia la misma línea, véase VAN SLIEDREGT, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 193 y ss.

¹⁵¹ Alcanzando la misma conclusión, van Sliedregt, supra nota 1, pp. 203-04, quien considera que una ECC es una forma de participación y la trata, de hecho, como a la complicidad; también, SCHABAS, *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 132, que establece que “el superior que simplemente debió saber no puede posible [!] tener una intención específica...” (aunque sin distinguir específicamente entre autoría y complicidad). En apariencia, SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2ª ed., 2009, p. 270, cambió de opinión al respecto, ya que asume que “la simple formulación de los estatutos de los tribunales *ad hoc* y de la CPI, donde se reconoce la aplicación de la responsabilidad del superior en el delito de genocidio, posibilita, al menos teóricamente, que un superior sea condenado por genocidio, cuando el elemento mental sólo fuera de negligencia”.

¹⁵² En este sentido, ARNOLD, *Criminal Law Forum*, 2003, p. 151.

¹⁵³ *Bundesgesetzblatt* 2002 I 2254; for an English translation, véase <http://jura.uni-goettingen.de/k.ambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html>

visado de forma adecuada (intencional o negligente-mente) a sus subordinados (sección 13) y no haber comunicado la comisión de estos crímenes (sección 14).¹⁵⁴

4. Conclusión

La interpretación tradicional del requisito de la intención de destruir basada en el propósito parte de una interpretación demasiado restringida del concepto de la intención que la equipara con el elemento volitivo del dolo. Además, no toma suficientemente en cuenta la particular estructura del delito. Esta estructura dual—en lo que respecta a los dos elementos mentales y al doble objeto de referencia (los actos individuales y el contexto genocida)— requiere una diferenciación de acuerdo con el estatus y el papel del partícipe en la empresa genocida (supra 2.3). Mientras la interpretación tradicional de la intención de destruir basada en el propósito puede sostenerse en el caso de responsables de rango superior e intermedio, en lo que concierne a los responsables de rango inferior una interpretación basada en el conocimiento es más convincente desde un punto de vista doctrinal y político-criminal. Como consecuencia, un responsable de rango inferior no

debe actuar con una intención “especial” (propósito o deseo) de destruir a un grupo protegido, sino sólo con el conocimiento de que sus actos forman parte de un contexto o una campaña genocida general. En la práctica, un enfoque como el propuesto lograría superar, o cuando menos mitigar, los problemas de prueba vinculados al concepto de intención basada en el propósito. En cuanto a la destrucción final del grupo, el responsable de rango inferior puede, por definición, no conocer, sino sólo desear este resultado en el futuro. En todo caso, su actitud hacia esta consecuencia final no es decisiva para el requisito de la intención de destruir.

En cuanto a los títulos de imputación en el delito de genocidio, distintos de la autoría, se sugiere una distinción dual, por una parte, entre rango superior e intermedio y rango inferior y, por otra, entre formas de participación principal y secundaria (3.2). En el caso de autores de rango superior e intermedio la intención de destruir requerida depende de la forma de intervención (si es una forma de autoría o una forma de participación semejante se requerirá una intención basada en el propósito); en el caso de responsables de rango inferior, el conocimiento del contexto genocida general será siempre suficiente.

¹⁵⁴ Concurring CASSESE, *International Criminal Law*, 2^a ed., 2008, pp. 244-47; CHANTAL, Meloni, “Command responsibility: mode of liability for the crimes of subordinates or separate offence of the superior?”, *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, p. 637 y la nota 108.



El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte

Luis Arroyo Zapatero

*Presidente de la Société Internationale
de Défense Sociale*

*Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional
Universidad de Castilla-La Mancha*

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

RESUMEN: *Se repasa el proceso de abolición de la pena de muerte en el debate de Naciones Unidas hasta llegar a la primera Resolución mayoritaria que reclama en el 2007 la moratoria universal y se analizan las perspectivas del movimiento abolicionista para el que propone la vinculación del debate contra la pena de muerte al de los objetivos del milenio como una forma de lucha contra la violencia.*

PALABRAS CLAVE: *Moratoria, Abolición, Pena de Muerte, Naciones Unidas, Derechos Humanos.*

ABSTRACT: *This article aims to review the process of the debate for the abolition of the death penalty in the United Nations until the first Resolution backed by a wide support achieved in 2007 for a universal wof interweaving the discussion for the abolition of death penalty with the Millennium objectives as a means to fight off violence.*

KEYWORDS: *Moratorium, Abolition, Death penalty, United Nations, Human Rights.*

1. Introducción

“La pena de muerte acompaña a la humanidad como su lúgubre sombra.” Así comenzaba Marino Barbero su libro sobre y contra la pena de muerte que publicó en Buenos Aires en 1985,¹ y cuya primera aproximación se pronunció como lección en el 1968, en plena Dictadura de Franco, y recién ejecutada la sentencia de muerte de un dirigente comunista con

la que el Dictador habría afirmado su autoridad frente al mundo y frente al Papa. El libro habría comenzado con otro espíritu si mi Maestro hubiera conocido la resolución de las Naciones Unidas en favor de la moratoria por vez primera con mayoría suficiente en el año 2007. Seguramente hubiera preferido dar comienzo a su texto con el conocido aserto de que la historia de la pena de muerte es la historia de su abolición.²

¹ Barbero Santos, Marino, *Pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985; también del mismo autor, “La pena de muerte, problema actual”, en *Anales de la Universidad de Murcia*, XXII, 2, 1963-64, pp. 79 y ss.

² Esta cita fue pronunciada por el profesor francés Henry Donnedieu de Vabres y recogida en el libro de Elias Neuman, *La pena de muerte en tiempos del neoliberalismo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, 2004, p. 89.

En verdad, la abolición *progresiva* de la pena de muerte es un fenómeno que se desarrolla tras la segunda guerra mundial y se ha intensificado en estos primeros años del nuevo milenio.

En lo que sigue, pretendo abordar la cuestión de la reflexión y de la acción contra la pena de muerte en el marco de las grandes ideas de las Naciones Unidas, desde sus orígenes en 1948 pero, sobre todo, desde que se adoptó la Declaración del Milenio en el año 2000 y se formularon los objetivos del mismo nombre.

2. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos a la Resolución por la Moratoria de 2007

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptada en 1948 por las Naciones Unidas forma parte de la obra de progreso y de la idea de un cierto gobierno del mundo que emana de la Carta de San Francisco. Paz, orden internacional, soberanía de los pueblos y Derechos humanos son valores fundamentales del escenario político internacional que dibujan la gran reacción contra las causas y condiciones de la segunda guerra mundial. La pretensión de que ese nuevo orden mundial fuera más duradero que el establecido en Versalles en 1919³ se realizó cumplidamente, pues es bien cierto que Naciones Unidas ha evitado desde entonces más de dos guerras mundiales, aunque no pudiera evitar la llamada “guerra fría”, que comienza apenas aprobada la Declaración Universal de 1948. Precisamente se encuentran en la tensión que genera esa guerra “fría” las limitaciones de la Declaración; tanto en el contenido y en alcance de alguno de los derechos formulados —como las que afectan al Derecho a la vida— y sobre todo, en la no adopción de un mecanismo jurisdiccional de

control de la aplicación de los Derechos humanos por los países respectivos, al estilo de lo que luego hemos conocido como comisiones y tribunales regionales de Derechos humanos. Ni se creó entonces y sólo con numerosas limitaciones, mediante la inclusión de Protocolos anexos, con la aprobación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto sobre los Derechos económicos sociales y culturales.⁴

Es de sobra conocido que la cuestión de la abolición de la pena de muerte quedó fuera de la agenda de las Naciones Unidas en sus primeras décadas. La Declaración Universal de Derechos Humanos proclamó el Derecho a la Vida en su artículo 3 y, por no entorpecer el camino de los países dispuestos a la abolición, se omitió toda referencia a la excepción de la pena de muerte. La propuesta de la Unión Soviética de incorporar al texto la plena abolición de la pena capital en tiempos de paz no prosperó.⁵

El Pacto de derechos civiles y políticos que pretendía servir de mecanismo para el cumplimiento de los Derechos humanos en los países firmantes retomó el asunto, y proclama: “nadie podría ser privado arbitrariamente del derecho a la vida, pero reconoce la pena de muerte como una excepción al mismo”. A pesar de esto, enuncia alguna limitación a la pena capital, que da lugar a un productivo debate posterior.

Incluso con anterioridad a la adopción del Pacto, en el año 1957, se acordó por la tercera comisión realizar un estudio sobre todos los aspectos relativos a la penal capital en el mundo, que se encomendó a Marc Ancel, Presidente de la *Société Internationale de Défense Sociale* y de la sección penal del Instituto Francés de Derecho comparado,⁶ al que acompañó años más tarde otro estudio encomendado a Norval Morris, en 1967, a los que siguieron los grandes de Roger Hood y William Schabas, quien acaba de presentar el suyo y último este mismo año. Así en 1971

³ Macmillan, Margaret, *Paris 1919. Seis meses que cambiaron el mundo*, Ed. Tusquets, Barcelona, 2005. El título original es *Peacemakers. The Paris Conference of 1919 and its Attempt to End War*.

⁴ Todo puede verse en el ameno y documentado estudio de Roger Norman y Sara Zaidi, *Human Rights at the UN. The political history of universal justice*, United Nations Intellectual History Project Series, Indiana University Press, 2008.

⁵ En mayor detalle véanse los estudios de Schabas, W., *Las Naciones Unidas y la abolición de la pena de muerte*; Yorke, J., *La evolución del discurso de los derechos humanos del Consejo de Europa: la renuncia al derecho del soberano a imponer la pena de muerte*, y Manacorda, S., “La abolición de la pena capital en Europa: el círculo virtuoso de la política criminal y los riesgos de ruptura”, en Schabas, W., Biglino, P. y Arroyo Zapatero, L. (eds.), *Hacia la abolición universal de la pena capital*, Tirant lo Blanch, 2010. También se pueden encontrar referencias en las obras del profesor Hood, R., *The Death Penalty. A World-wide perspective*, 4th edition, Oxford, 2008 y en Lerch, M., *Menschenrechte und europäische Außenpolitik, Eine konstruktivistische Analyse*, Ed. Vs Verlag für sozialwissenschaften, 2004.

⁶ Véanse los informes de Marc Ancel, *La pena capital. Parte I: Su evolución hasta 1960 y Parte II: Su evolución desde 1961 a 1965*, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas, Nueva York, 1968. Y en el contexto europeo, también la obra de Marc Ancel, “*La peine de mort dans les pays européens*”, Rapport, Conseil de l’Europe, 1962.

el Secretario General presentó un informe global al que siguió una resolución que aludía al proceso continuo de reducción de delitos por los que se imponía la pena capital y la conveniencia de su abolición. Esta resolución abría el paso a una cadena de encomiendas de informes por parte del Secretario General y a las pertinentes resoluciones que continúan hasta la actualidad y que ya en 1973 permitieron incluir en el informe del Secretario General una toma de posición tan firme como la siguiente: “Las Naciones Unidas se han desplazado gradualmente desde la posición de un observador neutral, preocupado, pero no comprometido en la cuestión de la penal capital, a una posición favorable respecto de la abolición de la pena de muerte”.⁷

Desde entonces la cuestión de la pena de muerte y su abolición se ha estudiado y debatido tanto desde la perspectiva de los estándares de Derecho penal que eran propias de la *Branch* de Defensa Social, hoy *Comisión sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal*, como de los estándares de los Derechos humanos, propios de la Comisión Derechos Humanos, hoy Consejo. Los momentos relevantes para ese debate fueron los de 1975 (en el seno del Consejo Económico y Social), 1977 (en el foro de la Asamblea General), 1980 (en el *Crime Prevention Congress* y Asamblea General). Merece destacarse que el Congreso sobre Prevención del Crimen que se celebró en Caracas, no sólo se ocupó de la pena de muerte de modo más intenso que de cualquier otro tema, sino que dio lugar a la aparición en la escena de los más fervientes partidarios del mantenimiento de la pena capital.

Con todo, el debate en el Congreso de Caracas de 1980 dio lugar a que la subsiguiente reunión de la Asamblea General de Naciones Unidas procediera a elaborar las normas de las “salvaguardias en el uso de la pena capital”, dirigidas a los países que aún mantenían esta forma de pena. Como es bien sabido, las “salvaguardias” de Naciones Unidas vienen a excluir toda legitimidad de la pena de muerte para delitos que no sean de “los más graves”, para los cometidos por menores de 18 años o mujeres embarazadas, y recla-

ma siempre la no retroactividad, un proceso justo, el derecho a la apelación, así como la no ejecutabilidad sin el previo agotamiento de los recursos internos, de la posibilidad de indulto y, por último, el llamamiento a que, llegado el caso, la pena se ejecute de modo que cause el menor sufrimiento posible. El texto definitivo fue fijado en 1989 (ESC. Res. 1989/64).⁸

A la vez que se produce lo descrito y en íntima relación con ello se llevó a cabo el debate y elaboración de lo que terminó por ser en 1989 el Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte. Como ha señalado William Schabas,⁹ la votación reflejó el optimismo producido al tiempo de la disolución de los bloques militares, que llevó también en el mismo año a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Menor que por su masiva ratificación, con la notable excepción de USA y Somalia, ha universalizado la prohibición de aplicación de la pena de muerte a menores de 18 años.

En este mismo año se produce la primera intervención a gran escala de una ONG de Derechos humanos como es Amnistía Internacional con la publicación de su exitoso estudio que titula *Cuando es el Estado el que mata*.¹⁰ En el teatro de la política internacional de los Derechos humanos, en el que los protagonistas habían sido los gobiernos y las ONGs fundamentalmente académicas vinculadas con la *Crime Commission* de las Naciones Unidas, hacen su aparición organizaciones solidarias y de Derechos humanos, movimientos cuya fuerza e influencia no dejará de crecer.

La agenda abolicionista siguió avanzando, pero también avanzó la autoorganización de los países retencionistas. Así, a la sólida presencia antiabolicionista de Estados Unidos y China se sumó un grupo formado por algunos países islámicos que reclamaban el mantenimiento de la pena capital como una exigencia directa de leyes y principios religiosos.

En 1994 el gobierno italiano puso en marcha una iniciativa ante la Asamblea General en pro de una moratoria universal y pronto se hizo acompañar de una organización no gubernamental con carácter transnacional:

⁷ En Schabas, W., *The abolition of the death penalty in International Law*, 3rd Ed, Cambridge, 2002. El informe al cual se hace referencia en el texto es: UN Doc. E/5242 par, 16 February 1973.

⁸ Sobre las “salvaguardias”, véase especialmente a Bernaz, Nadia, *Le droit international et la peine de mort*, La documentation Française, París, 2008.

⁹ *Op. cit.*, pp. 187-192.

¹⁰ Amnistía Internacional, *Cuando es el Estado el que mata... Los derechos humanos frente a la pena de muerte*, Editorial Amnistía Internacional, EDAL, Madrid, 1989.

Hands off cain. En los debates se pueden destacar tres representantes del retencionismo: Pakistán, que encabezó la negativa a tratar el asunto; Sudán, que describió la pena de muerte como “contenido del derecho divino de acuerdo con algunas religiones, en particular el Islam y Singapur que lideró el debate y merece la pena una reproducción de sus argumentos, al defender la soberanía de los Estados al determinar las penas apropiadas en sus respectivas sociedades para la lucha contra los delitos graves” y afirmar que era evidente que no habría nunca un consenso universal que considerara la pena capital contraria al Derecho internacional.¹¹

A la vez que se discutía el asunto en la Asamblea General se produjo un gran debate en el Consejo de Seguridad a la hora de excluir la pena capital del catálogo de penas del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, debate que no había llegado a producirse en la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el anterior año 1993. Al final, todos los estatutos de los Tribunales *ad hoc*, así como el de la Corte Penal Internacional, se han adoptado con exclusión de la pena capital a pesar de que estas Jurisdicciones están pensadas precisamente para los delitos más graves.

En 1996 se renovaron los esfuerzos abolicionistas, adoptándose resoluciones favorables en la Comisión de prevención del delito y la justicia penal y al año siguiente en la Comisión de Derechos Humanos, la cual afirmó que “estaba convencida de que la abolición de la pena de muerte contribuye a realzar la dignidad humana y el desarrollo progresivo de los derechos humanos”, lo que llevó a la propia Comisión a instar a una moratoria general en la resolución del año siguiente, en 1998. Como respuesta, se constituyó un “frente de rechazo” de 51 países, que expresaba el sentido de la anterior posición representada por Singapur sobre la ausencia de consenso internacional sobre la abolición por razones de las diferencias entre religiones y entre los sistemas judiciales. El enfrentamiento tuvo lugar en la Asamblea General de 1999, al presentar la Unión Europea una propuesta de resolución de aplicación de las salvaguardias y desde la que se instaba a la ratificación del Segundo Protocolo facultativo de

abolición de la pena de muerte, a la restricción progresiva de la pena de muerte y al establecimiento de una moratoria con vistas a una completa abolición. Pero la propuesta de la Unión Europea fue derrotada por el “frente de rechazo” encabezado en esta ocasión por Egipto y Singapur que reiteraron la falta de consenso universal así como su apreciación de que el asunto de la pena capital es una tarea de la justicia penal y no del ámbito de los Derechos humanos.

Pero tras la derrota todo se trastoca. En primer lugar las nuevas ONGs especializadas aglutinan a viejos y nuevos actores en la *World Coalition* y en el *Ensemble* que organizan desde 2001 un Congreso mundial cada cuatro años como un movimiento verdaderamente internacional de actores sociales, cuya última manifestación ha tenido lugar en Ginebra en abril de este 2010 y que fue inaugurado por el Presidente semestral de la Unión Europea, José Luis Rodríguez Zapatero. En el intervalo entre los Congresos de 2001 en Estrasburgo, 2004 Montreal, 2007 París y Ginebra se desarrollará una muy intensa actividad de ONGs regionales y locales que cuentan con apoyos numerosos pero, fundamentalmente, el de la Unión Europea, que desde 1994 dedica una sección de su programa de patrocinio de los Derechos humanos a la lucha por la abolición.¹²

De hecho, en el plano europeo es de destacar la denominada “Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos”, instrumento pluridisciplinar que es un buen ejemplo de actividad intensa con reuniones y declaraciones relacionadas con el amplio diálogo China-Unión Europea; con la situación de la Región de los Grandes Lagos de África o con países árabes, como son las reuniones que dan lugar a las Declaraciones de Alejandría (2008) y Argel (2009) y Madrid (2009) en las que desde la sociedad civil de estos países se insta a los Gobiernos al cumplimiento de la Resolución 62/149 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

En la esfera institucional internacional también han aparecido con fuerza nuevos actores. Especialmente se deben resaltar las figuras y acciones del *Relator especial para las ejecuciones extrajudiciales*, que ha

¹¹ En referencia a la Sharia puede consultarse Bassiouni, CH., “La muerte como castigo en la Shari’a”, en Schabas, W., Biglino, P. y Arroyo Zapatero, L. (eds.), *Hacia la abolición universal de la pena capital*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 315-317.

Véase igualmente a Schabas, W., “Islam and the Death Penalty”, en *William & Mary Bill of Rights Journal*, núm. 9, 2000, pp. 223-236.

¹² Sculier, C., *Towards a universal moratorium on the use of death penalty. Strategies, arguments and perspectives*, Ed. World Coalition Against the Death Penalty, 2010.

abordado también en parte las cuestiones de la pena de muerte desde su creación en 1982 y la del *Alto Comisionado para los Derechos Humanos*, quien desde el tiempo en que ocupara el puesto Mary Robinson se opone a la pena capital, censura las ejecuciones y reclama la moratoria y la abolición.

El nuevo clima dio lugar a la iniciativa de 85 países que promueven en Naciones Unidas en diciembre de 2006 una declaración que proclama la “creencia de que la abolición de la pena de muerte contribuye a realzar la dignidad humana y el desarrollo de los derechos humanos”. El fin último es la abolición y la restricción en aquellos países que la mantengan, con el objetivo intermedio de una moratoria universal.

Esta proposición alcanza éxito por vez primera en la Asamblea General que aprueba la Resolución por la moratoria el 18 de diciembre de 2007 por 104 votos, 54 en contra y 29 abstenciones. El 20 de noviembre de 2008 fue de nuevo ratificada por 105 votos favorables, 48 contrarios y 31 abstenciones. El último informe del Secretario General se presentó en Viena el pasado mes de mayo y del que es responsable el académico William Schabas.¹³

Llegados a este punto, resulta evidente que la Resolución sobre la Moratoria no representa el *fin de la historia* de la abolición, y no sólo porque 48 países están en contra con 31 abstenciones y la mayoría de ellos ejecutan penas de muerte. Para quienes estiman que la abolición es una cuestión de dignidad humana y de Derechos humanos el camino recto seguirá siendo la continuación del debate año tras año con el fin de reducir el grupo de países que se abstienen y, sobre todo, el de aquellos que con mayor resistencia mantienen el pleno rigor en aplicación de la pena capital. Pero también resultará necesario abordar el problema de la pena capital desde otros planos de argumentación, y esto es precisamente lo que el Presidente Español Rodríguez Zapatero nos propuso el pasado mes de diciembre en Madrid en la inauguración del Congreso que dio lugar a la creación de la Red Académica contra la pena capital.¹⁴

3. El poder de las ideas en Naciones Unidas y la Declaración del Milenio

En lo que sigue se pretende desarrollar el argumento que trata de atender a la evolución de lo que ha dado en llamarse el *poder de las ideas* en la historia intelectual de las Naciones Unidas.¹⁵ No hace falta recurrir a Winston Churchill para hacer frente a quienes valoran poco o nada a las Naciones Unidas y la descalifican como *Talking Shop*, aludiendo a que sus trabajos se agotan en discusiones infructuosas. Ya Churchill dijo que hablar por hablar es mejor que matar por matar. Mucho más que eso, les invitó a reparar en el papel fundamental que la ONU ha desempeñado en el desarrollo de ideas y conceptos que en sus comienzos fueron considerados parciales o propios de regímenes económicos o políticos determinados, pero hoy de la mano precisamente de las Naciones Unidas se han convertido en parte de nuestra definición moderna del ser humano de la Comunidad Universal. Entre ellas destacan la idea de la autodeterminación de los pueblos que, aunque se impulsó por las Sociedad de Naciones desde el propio tratado de Versalles, no se impuso más allá de lo que se llamará mundo civilizado hasta que Naciones Unidas promovió el gran proceso de descolonización en la segunda mitad del siglo XX.

Hasta hace pocos años los Derechos humanos aparecían o se hacían aparecer como un patrimonio intelectual y político privilegiado de países avanzados y del espacio capitalista, una creación en definitiva del imperialismo cultural. Hoy sin embargo, aun cuando los derechos humanos sean conculcados en muchos rincones del mundo, hay que destacar que gracias a las ideas y a los procedimientos de control de las Naciones Unidas de los Derechos humanos, ésta se ha convertido en la más eficaz defensa de millones de seres humanos ante los abusos de poder.

La misma idea de la paz y de la exclusión de las guerras por vía de la negociación y de las misiones de

¹³ UN Doc.: E/2010/10, “La pena capital y la aplicación de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte”, Informe del Secretario General, Consejo Económico y Social, 18 de diciembre de 2009.

¹⁴ Puede encontrarse en el portal de la Red Académica Internacional contra la Pena Capital (REPECAP): www.academicsforabolition.net.

¹⁵ Jolly, J., Emmerij, L. y Thomas Weiss, G., *The Power of UN Ideas: Lessons from the First 60 Years. A Summary of the Books and Findings from the United Nations Intellectual History Project* New York, May 2005. Para su consulta online: <http://www.unhistory.org/PowerofUNTOC.pdf>. Versión española, *El poder de las ideas: Claves para una historia intelectual de las Naciones Unidas*, Introducción por Mancisidor, M., Ed. Catarata, Madrid, 2007.

paz y de intervención legitimada por Naciones Unidas no han evitado muchos conflictos en multitud de lugares, pero han impedido las guerras generales y permanentes, como fueron las dos Guerras Mundiales en los cincuenta años anteriores a la creación de las Naciones Unidas.

La idea del fin de la impunidad¹⁶ y el castigo de los mayores abusos de poder consistentes en crímenes masivos se ha visto consagrada por la creación de los Tribunales internacionales *ad hoc* y por el Tribunal Penal Internacional y por la fuerza del principio de la Justicia Universal que tras su congelación post Nuremberg por efecto de la Guerra Fría ha entrado en vigor, de forma efectiva, especialmente con la Convención Internacional contra la tortura de las Naciones Unidas, y otras. Naciones Unidas han sido también los autores de ideas novedosas sobre economía y desarrollo, hasta convertir esta dualidad en el programa del *Desarrollo Humano*; que hoy se proyecta especialmente en el Objetivo de la reducción de la pobreza. Esta misma idea de desarrollo humano abarca hoy también los Derechos humanos y la resolución de conflictos. En el fondo está hoy sopesándose por otras vías la escisión de los Derechos fundamentales en los dos Pactos, el de Derechos políticos, por una parte, y de Derechos sociales, por otra, hacia un concepto amplio de *seguridad humana*.¹⁷

Merece llamarse la atención sobre el bloque de ideas pragmáticas que conocemos como objetivos del Milenio que puso en marcha la Asamblea General y el Secretario General Kofi Annan en el año 2000 con la llamada Declaración del Milenio. Bien lejos de ser un documento retórico o meramente programático y, más allá también del retraso en su implementación, en buena parte achacable a la crisis de seguridad producida por el 11 de septiembre y por la debacle económica de 2007, creo que este bloque de ideas de la Declaración del Milenio se convertirá en la agenda cotidiana de la vida internacional de las organizaciones internacionales y regionales y bilaterales, y el poder de las ideas transformará al mundo en el entorno de 2015 y en todo caso transformará la conciencia de los habitantes de este mundo sobre lo que podremos

reclamar a nuestros gobiernos y de nosotros mismos. Además, la sociedad civil de nuestros países dispone en la era de la globalización del transporte, de la información y de las capacidades de organización de más oportunidades que nunca para imponerse a las “fuerzas del mal” que todos, en todos nuestros países y regímenes, tenemos que enfrentar.

La Declaración del Milenio se estructura en ocho grandes apartados: de valores y principios, la paz; la seguridad y el desarme; el desarrollo y la erradicación de la pobreza; la protección del medio ambiente; Derechos humanos, democracia y buen gobierno; Protección de las personas vulnerables; Atención a las necesidades especiales de África y Fortalecimiento de las Naciones Unidas.

Tras su lectura atenta y seguimiento de lo acontecido en el decenio transcurrido, me sumo a quienes entienden que la Declaración del Milenio y los objetivos que de ella derivan pueden constituir el tercer gran documento de las Naciones Unidas tras la Carta de San Francisco y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los objetivos del Milenio se establecen de manera sintética y apta para la medición cuantitativa del punto de partida y el programa de cumplimiento. Se formulan así: erradicar la pobreza extrema y el hambre; establecer la enseñanza primaria universal; promoción de la igualdad entre géneros y la autonomía de la mujer; reducir la mortalidad infantil; mejorar la salud materna; combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; garantizar la sostenibilidad, el medio ambiente y fomentar una movilización mundial para el desarrollo.

El acierto de la formulación de estos objetivos es manifiesto. El espíritu humano se rebela ante una realidad con tanta violencia económica sobre los seres humanos a los que las estructuras políticas y económicas tienen sometidos por millones al hambre, que la riqueza que se produce en el mundo actual no puede justificar; en la mortalidad por enfermedades que el desarrollo humano y de los sistemas de salud han resuelto plenamente en buena parte del globo, y que debe tener un carácter universal.

¹⁶ Sobre la idea de impunidad sírvase como referencia el estudio de Roth-Arriaza, N., *The Pinochet effect: transnational justice in the age of human rights*. Collection: *Pennsylvania studies in human Rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2005. También la obra de Bassiouni, CH., *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, Ed. Intersentia, Brussels, 2010.

¹⁷ McFarlane, S. Neil and Foon Khong, Yuen, *Human security and the UN, a critical history*, United Nations Intellectual History Project Series, Indiana University Press, 2006.

Se revela también el espíritu humano contra la brutal o, en otros casos, refinada discriminación de seres humanos por el color de la piel o, lo que es más sorprendente, sobre las mujeres de cualquier color. La discriminación masculina hacia las mujeres es, junto al hambre y la enfermedad, gratuita y evitable, y son las plagas más relevantes de la humanidad en este principio de milenio. No se trata, como bien explica la Declaración,¹⁸ de que sea el tiempo de los derechos sociales frente a un tiempo pasado de los derechos políticos. Se trata más bien de la superación de esa escisión que no se pudo resolver al tiempo de los pactos de 1966, y que tardaron tres décadas en entrar en vigor.

4. La Declaración del Milenio y los fundamentos de la abolición

Lo que el Presidente Rodríguez Zapatero vino a explicarnos y proponernos a los Académicos reunidos el pasado mes de diciembre en Madrid, es que los que nos ocupamos y preocupamos por la abolición de la pena de muerte por razones tradicionales debemos hacer el esfuerzo de situar nuestro objetivo en el marco de un nuevo discurso y de la discusión de los Objetivos del Milenio. La lucha contra el hambre no es alternativa a la lucha por el Derecho a la vida o por la dignidad de la persona humana, más bien al contrario, la lucha contra el hambre es la ambición por garantizar la base material, el presupuesto de los derechos y de la dignidad de los seres humanos. Y es desde este punto de vista como hay que reconstruir el contenido de los Derechos humanos en el mundo contemporáneo, y también el del Derecho a la vida y su fundamento de la renuncia a la pena capital.¹⁹

Para reconstruir y complementar el fundamento abolicionista no necesitamos encontrar en la Declaración del Milenio una concreta manifestación contra la pena capital ya que toda ella es una declaración contra la violencia, la violencia intrínseca de toda muerte por hambre por acción u omisión, la violen-

cia de la discriminación de la mujer, que como bien sabemos termina demasiado fácilmente en violencia criminal “tout court” sobre la mujer en la relación de pareja. La violencia de dejar morir de enfermedades curables a millones de personas, por la inacción de las empresas farmacéuticas y de los países que las pueden controlar.

Además, se encuentran especialmente en el apartado II de la Declaración dos grandes reclamos contra la violencia. Por una parte la exigencia de velar por la paz, de prevenir los conflictos y de intervenir en defensa legítima, evitando el “dejar morir” por “permitir matar”, ambos conceptos que en el plano moral no nos pueden dejar indiferentes, y, por otro el reclamo de la acción contra la violencia criminal, identificada sobre todo con el terrorismo internacional, la delincuencia transnacional, las armas de destrucción masiva, las minas antipersonas, bombas de racimo, y el tráfico ilegal de armas pequeñas y ligeras, etcétera.²⁰

En ese contexto antiviolencia no cabe duda que cabe integrar buena parte del argumento de los partidarios de abolir la pena de muerte, pues para la mayoría de nosotros constituye la emoción del rechazo de la pena de muerte tanto si ésta significa *matar a sangre fría* o *matar en frío*. Sólo el corazón del verdugo no sufre de empatía al contemplar la ejecución capital. Es esta sensación de rechazo a la violencia de la pena de muerte, aunque sea legal en el país de que se trate, o puede considerarse legítima desde alguna religión, lo que debe proponerse como objetivo de consenso de los países del mundo en la construcción de los valores y principios del renovado orden mundial. La red contra la pena capital tiene por vocación reconstruir el orden de los derechos humanos y su fundamento respecto del Derecho a la vida y la abolición de la pena capital desde este nuevo paradigma recogido en los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Para ese nuevo orden de valores la mejor lección que el Estado puede dar a los violentos es la renuncia a la pena de muerte, la renuncia de matar a sangre fría.

¹⁸ Como expone Mireille Delmas Marty en su reciente y muy valiosa trilogía: I, *Les forces imaginantes du Droit* (2003), II, *Le Relatif et l'Universel*, (2004), y III, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2005.

¹⁹ Sobre el asunto y con referencias véase: PNUD, *Manual: Derechos Humanos y Objetivos de Desarrollo del Milenio. Establecimiento de una relación*, 2006.

²⁰ Véase el panorama general de la acción de Naciones Unidas contra la violencia criminal en White, Nigel D., *The United Nations System. Toward International Justice*, Lynne Rienner Publishers, London, 2002.

Bibliografía

- Amnistía Internacional, *Cuando es el Estado el que mata... Los derechos humanos frente a la pena de muerte*, Editorial Amnistía Internacional, EDAI, Madrid, 1989.
- , *Error Capital: la pena de muerte frente a los derechos humanos*, Editorial Amnistía Internacional, EDAI, 1999.
- Ancel, M., *La pena capital. Parte I: Su evolución hasta 1960 y Parte II: Su evolución desde 1961 a 1965*, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas, Nueva York, 1968. Y en el contexto europeo, “La peine de mort dans les pays européens”, Rapport, Conseil de l’Europe, 1962.
- Arroyo Zapatero, L., Biglino, P. y Schabas, W. (eds.), *Hacia la abolición universal de la pena capital*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- , *Towards universal abolition of the death penalty*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Barbero Santos, Marino, *Pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Criminología contemporánea 4, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.
- , “La pena de muerte, problema actual”, en *Anales de la Universidad de Murcia*, XXII, 2, 1963-64, pp. 79 y ss.
- Bassiouni, CH., “La muerte como castigo en la Shari’a”, en Schabas, W., Biglino, P. y Arroyo Zapatero, L. (eds.), *Hacia la abolición universal de la pena capital*, Tirant lo Blanch, 2010.
- , *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, Ed. Intersentia, Brussels, 2010.
- Bernaz, Nadia, *Le droit international et la peine de mort*, La documentation Française, París, 2008.
- Hood, R., *The Death Penalty. A World-wide perspective*, 4th edition, Oxford, 2008.
- International Academics Network for the Abolition of Capital Punishment (REPECAP): www.academic-sforabolition.net.
- Jolly, J., Emmerij, L. y Thomas Weiss, G., *The Power of UN Ideas: Lessons from the First 60 Years, A Summary of the Books and Findings from the United Nations Intellectual History Project*, New York, May 2005.
- , Para su consulta online: <http://www.unhistory.org/PowerofUNTOC.pdf>. Versión española, *El poder de las ideas: Claves para una historia intelectual de las Naciones Unidas*, Introducción por Mancisidor, M., Ed. Catarata, Madrid, 2007.
- Lerch, M., *Menschenrechte und europäische Außenpolitik. Eine konstruktivistische Analyse*, Ed. Vs Verlag für sozialwissenschaften, 2004.
- McFarlane, S. Neil y Foon Khong, Yuen, *Human security and the UN, a critical history*, United Nations Intellectual History Project Series, Indiana University Press, 2006.
- Macmillan, Margaret, *París 1919. Seis meses que cambiaron el mundo*, Ed. Tusquets, Barcelona, 2005.
- Neuman, E., *La pena de muerte en tiempos del neoliberalismo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, 2004.
- PNUD, *Manual: Derechos Humanos y Objetivos de Desarrollo del Milenio. Establecimiento de una relación*, 2006.
- Roth-Arriaza, N., *The Pinochet effect: transnational justice in the age of human rights. Collection: Pennsylvania studies in human rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2005.
- Schabas, W., *The abolition of the death penalty in International Law*, 3rd ed., Cambridge, 2002.
- , “Islam and the Death Penalty”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, núm. 9, 2000.
- Sculier, C., *Towards a universal moratorium on the use of death penalty. Strategies, arguments and perspectives*, Ed. World Coalition Against the Death Penalty, 2010.
- UN Doc. E/2010/10, Informe del Secretario General, *La pena capital y la aplicación de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte*, Consejo Económico y Social, Nueva York, 18 de diciembre de 2009.
- White, Nigel D., *The United Nations System. Toward International Justice*, Lynne Rienner Publishers, London, 2002.



Derechos humanos y Derecho penal.

Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones*

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Salamanca*

Ana Pérez Cepeda

*Titular de Derecho Penal
Universidad de Salamanca*

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

*Primero vinieron a buscar a los comunistas y no dije nada porque yo no era comunista.
Luego vinieron por los judíos y no dije nada porque yo no era judío.
Luego vinieron por los sindicalistas y no dije nada porque yo no era sindicalista.
Luego vinieron por los católicos y no dije nada porque yo era protestante.
Luego vinieron por mí pero, para entonces, ya no quedaba nadie que dijera nada.*

MARTIN NIEMÖLLER (1892-1984), Pastor evangélico

RESUMEN: *En la sociedad postmoderna nos encontramos con un Derecho penal que pretende, por una parte, evitar la aparición de nuevos riesgos, implícitos en los avances tecnológicos, y por la otra, persigue la condición de autor, de la maldad y de los enemigos del ordenamiento. Se ha producido una transformación autoritaria del derecho, donde la expansión, la crisis y la excepcionalidad legislativa van estrechamente unidas, percibiendo una restricción de los derechos humanos. Ante esta situación se pretende reflexionar sobre el Derecho penal del futuro, enmarcado dentro de los derroteros trazados por el viejo Derecho penal, aunque adaptados a las necesidades del presente siempre cambiante.*

PALABRAS CLAVE: *Derechos humanos, Sociedad del riesgo, Expansión del derecho penal, Derecho penal del enemigo, Terrorismo.*

ABSTRACT: *In the postmodern society we meet on one hand with a Penal Law that seeks, to avoid the appearance of new risks, implicit in the technological advances, and for the other one, it pursues author's condition, of the wickedness and of the enemies of the classification. An authoritarian transformation of the Law taken place, where the expansion, the crisis and the exceptional legislative go closely united, perceiving a restriction of the human rights. Before this situation it is sought to meditate on the Penal Law of the future, framed inside the courses traced by the Penal old Law, although always adapted to the necessities of the present changing.*

KEYWORDS: *Human rights, Risk society, Expansion of criminal law, Criminal Law for enemies, Terrorism.*

* Este artículo se publicó en la *Revista Penal Colombia*, núm. 1, septiembre 2010 y también lo será en el libro *Homenaje a Juan Bustos*.

SUMARIO: I. Cuestiones generales. II. Acerca de las consecuencias del modelo de Estado sobre el Derecho penal. III. De la sociedad del riesgo a la expansión del Derecho penal. IV. El Derecho penal del enemigo y la radicalización de la cultura preventiva frente al terrorismo. V. Conclusiones.

Hace ya tiempo llevé a cabo una primera reflexión sobre la proyección de los Derechos Humanos en el contenido del Derecho penal,¹ pero el sentido de las últimas reformas penales y el apoyo teórico dado a la construcción de un doble Derecho penal, que de alguna manera establece una diferencia entre, si se me permite la expresión, los “buenos” y los “malos” delincuentes y reconoce más o menos garantías según se esté incluido en uno u otro grupo, me ha llevado a desempolvar y a actualizar aquel viejo texto y a poner a prueba lo que en el mismo se sostenía. La revisión prácticamente ha tenido como resultado un nuevo artículo, su elaboración es consecuencia del trabajo conjunto con mi discípula la profesora Ana Pérez Cepeda, que con sus observaciones me ha hecho plantearme nuevos interrogantes y actualizar viejas respuestas.

I. Cuestiones generales

El reflexionar sobre los Derechos humanos y su proyección sobre el contenido del Derecho penal supone hacerlo sobre las bases de nuestro modelo de Estado y necesariamente, como iremos viendo, tenerlas en cuenta en todos los momentos por los que discurre el ordenamiento punitivo.

Obviamente, en todas las páginas que siguen quedan reflejados unos determinados presupuestos ideológicos y en coherencia con ellos, una concepción sobre qué es y para qué sirve el Derecho penal, por cierto la misma que hace veinte años. En concreto, se toma como punto de partida la consideración del Derecho penal como instrumento de control social,² al ser uno de los medios que se emplea para evitar la realización de comportamientos lesivos para el mantenimiento y evolución de un determinado sistema social.³ Este punto de partida, es acorde con una justificación del Derecho penal en su “necesidad” y no en la búsqueda de fines trascendentes.⁴ Concepción, por tanto, del Derecho penal “como una amarga necesidad” que ayuda a posibilitar la vida en comunidad.⁵ Estas afirmaciones traen consigo la adopción de finalidades preventivas en la pena⁶ y el rechazo del pensamiento retribucionista.

Importa subrayar que no se sigue un funcionalismo radical, sino por el contrario se parte de la pretensión de mantener y desarrollar un sistema social de carácter personalista, que justamente toma como base el hombre y sus derechos. Como defiende Hassemer, “una concepción humanista y no puramente funcional, burocrática y deshumanizada del Derecho penal”.⁷ Ello

¹ Berdugo Gómez de la Torre, “Derechos humanos y Derecho penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 11, 1986-1987, pp. 27 y ss.

² Con carácter general, sobre la consideración del Derecho penal como instrumento de control social y sus consecuencias, *vid.*, Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, 1985.

³ Estimar que el control social busca no sólo el mantenimiento sino también la evolución de un sistema social implica ya una no creencia en la bondad del mismo. Sobre esta consideración del control social en general y del Derecho penal en particular, *vid.*, Mantovani, *Diritto Penale, Parte Generale*, 1979, pp. 22-23. Implícitamente puede verse en Stratenwerth, *Derecho penal. Parte General*, p. 14. En contra, *vid.*, Günter, “Die Genese eines Strafrechtstatbestandes”, *JUS*, 1978, p. 11. Berdugo Gómez de la Torre, *Honor y libertad de expresión*, 1987, pp. 16-17.

⁴ Sobre esta justificación son claves los trabajos de Roxin, “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, pp. 11 y ss. Y Gimbernat Ordeig, “¿Tiene futuro la dogmática penal?”, en *Estudios Penales*, 1981, pp. 105 y ss. Esta justificación tiene que situarse en un marco del más amplio proceso de laización que tuvo lugar en el década de los sesenta, a consecuencia de diversos factores como pueden ser el auge de la sociología o de los trabajos de reforma de los Códigos penales.

⁵ Es lugar común remitirse aquí a la frase de Hanz Schultz que se utiliza en la fundamentación del párrafo 2 del Proyecto Alternativo Alemán, al “justificar la pena como una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres”, *vid.*, *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches*, 1966, p. 29

⁶ En cuanto el actual modelo del Estado parte de situar en el pueblo el origen de todo poder, y si éste es el origen difícilmente puede asignarse a la pena otro fundamento y otra finalidad que posibilitar la convivencia a través de la lucha contra el delito, en este sentido Roxin, “Sentido y límites de la pena”, *op. cit.*, pp. 12 y ss. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social democrático de derecho*, 1982, pp. 29 y ss.

⁷ Muñoz Conde/Díaz Pita, “Nota de los traductores”, en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 15.

se debe a que el modelo funcionalista radical tiene como finalidad la conservación y reproducción de los valores sistémicos, ayuda a la estabilización de expectativas mediante la técnica de la disciplina y el control de peligros, es decir, de sectores de riesgo, con la finalidad última de lograr inmovilidad, conservación y reproducción de la complejidad del propio sistema.⁸ El bien jurídico se identifica con la norma, esto es, un formalismo jurídico reducido al poder del legislador en el que lo que prima es el interés del Estado en la protección de sus valores. En consecuencia, el sistema penal se basa en la autorreferencia, en la búsqueda de la legitimación material política de las normas a través de su autodefinición.⁹

En coherencia con este punto de partida, el primer pronunciamiento tiene que ser sobre el orden social, pues el jurista en general y el penalista en particular no pueden desconocer que el contenido del ordenamiento jurídico, y dentro de él del Derecho penal, está siempre acuñado en función de un determinado orden social. El contenido de este orden social ha de constituir un condicionante clave en sus razonamientos y así le podrá llevar a rechazar un ordenamiento jurídico, como exteriorización de su rechazo a un sistema social, o a adoptar posturas que permitan, vía interpretación, paliar los negativos efectos del sistema que no comparte.¹⁰ Es equivocada y políticamente interesada la posición de quienes entienden que la función y la actividad del jurista debe reducirse al análisis lógico de las normas, sin preguntarse los por qué y, escudándose en una pretendida neutralidad, renunciar, aparentemente, a proyectar en su reflexión su propia ideología.¹¹

Las aseveraciones precedentes implican, indudablemente, una concepción de la denominada ciencia del Derecho penal, que desborda los posicionamientos puramente dogmáticos en que permaneció durante mucho tiempo e incorpora la reflexión político-criminal, no como opuesta al razonamiento dogmático, sino al contrario, como ámbito clave a abordar por el jurista, que debe quedar reflejada en todos sus razonamientos. La política criminal es una actividad crítica y profundamente valorativa¹² que actúa como puente entre las denominadas ciencias empíricas y el legislador, pero que también queda exteriorizada en la labor del intérprete.¹³ Son, por tanto, certeras las palabras que hace ya tiempo pronunciara Gimbernat, cuando afirmaba: “que los idílicos tiempos en que lo único que aparentemente importaba era si el dolo pertenecía al tipo o a la culpabilidad se han ido para siempre. Entramos en una nueva época en que la tarea fundamental va a consistir en levantar el telón del Derecho penal para ver qué es lo que verdaderamente ha estado escondido tras él”.¹⁴

La presencia de los derechos humanos en todas las fases por las que transcurre el sistema penal constituye, sin duda, un criterio político criminal básico. La asunción del mismo responde a un determinado punto de partida ideológico, aquel que propugna un modelo social personalista, esto es de orientación hacia el individuo y de consideración del Estado como instrumento al servicio de la persona, como medio para lograr la vigencia real de los denominados derechos humanos y no a la inversa de entender que el individuo y sus derechos solamente tienen sentido dentro del Estado, que de esta forma adquiere una consideración

⁸ Barcellona, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, Dedalo, 2003, p. 12.

⁹ En una concepción que deriva de la teoría decisionista de C. Schmitt, Portilla Contreras, “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Guillermo Portilla (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía/Akal, 2005, p. 65.

¹⁰ Recuérdese en este sentido las aportaciones que en nuestro país efectuó la denominada dogmática crítica. *Vid.*, Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, 1975, pp. 185 y ss. Y Mir Puig, *Introducción a las bases de la ciencia del Derecho penal*, 1976, pp. 324 y ss.

¹¹ A menudo los profesionales del Derecho se distancian de los hechos, tanto que terminan por ser desnaturalizados, so pretexto de la más escrupulosa imparcialidad, en aras del más objetivo y aséptico de los análisis. Resulta más fácil describir un determinado conflicto jurídico-social que intentar explicarlo. Por ello, el compromiso personal e ideológico como jurista debe reflejarse en las opciones doctrinales especialmente porque se trabaja con un objeto que no es aséptico y se inscribe directamente en la dinámica social.

¹² La valoración no consiste únicamente en la búsqueda de soluciones más eficaces, sino que también comprende el pronunciarse sobre los propios fines. El sentido restringido de la actividad político-criminal fue propugnado por Von Listz, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. I, Berlin, 1905, reimpresión 1970, p. 292. En el sentido del texto, Mir Puig, *Introducción a las bases de la ciencia del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 307 y ss.

¹³ Lo que es claro si se toma conciencia del carácter no neutral de las decisiones hermeneúticas, y de la existencia de conceptos jurídicos indeterminados (los conceptos normativos, las cláusulas generales, los ámbitos de medida... etc.), *vid.*, por todos, Saavedra, *Interpretación del derecho a ideología*, 1978.

¹⁴ Gimbernat Ordeig, “Relación general”, I Coloquio Regional Español sobre Política Criminal y Derecho penal, en *Revue Internationale de droit penal*, 1978, p. XL.

autónoma respecto a aquellos que la integran. Este último sector de la doctrina penal bajo una aparente neutralidad axiológica, se orienta firmemente al apuntalamiento del sistema social imperante, en la medida en que en lugar de intentar la solución o suspensión de los conflictos más graves de la interferencia intersubjetiva de las conductas, pretenden garantizar prioritariamente la incolumidad de una cierta estructura de poder, justificada por una superestructura legitimante. Prescinden de todos los derechos del hombre, colocando en su lugar una construcción comunicativa entre la persona y el ordenamiento jurídico. Y a partir de ahí, se ofrecen explicaciones sin duda muy diferentes para la culpabilidad, la pena, las garantías penales y procesales. Así, por un lado, la pena no es la coacción dirigida contra la persona en derecho, sino a combatir el riesgo generado por el individuo peligroso a través de medidas de seguridad, de este modo la pena se concibe al servicio del ejercicio de la fidelidad al Derecho y, por otro, se estima que la culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico en función de la misma necesidad preventiva. En síntesis, el precio que se paga en esta nueva construcción es la supresión de lo político, la eliminación de cualquier espacio de discrepancia de valores, en definitiva, de cualquier conflicto que no se corresponda con las expectativas normalizadas,¹⁵ así como que, “conceptos que nacieron al calor de los derechos individuales son retorcidos hasta perder su valor o significación”.¹⁶

La primera opción política, que es la que compartimos, ha de generar consecuencias en todas las fases del sistema penal desde la determinación de los comportamientos que merecen la calificación de delictivos, hasta el cumplimiento de las penas en el ámbito del derecho penitenciario, pasando por el contenido de las interpretaciones propuestas. Por esta opción político-criminal se han inclinado ya aquellos ordenamientos, como el español, que en su Constitución se deciden de forma indubitada por el mencionado sistema personalista. En este sentido el artículo 10.1 de la norma fundamental es claro al afirmar que: “la dig-

nidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Si se acepta esta base, la actividad político-criminal estará fundamentalmente orientada, por un lado, a extraer las consecuencias concretas que el servir al mantenimiento de un sistema social personalista genera sobre el conjunto del ordenamiento jurídico penal, por otro y en todo momento, a buscar dotar a los mencionados derechos fundamentales de efectiva vigencia en nuestra realidad cotidiana. Pues estos derechos y su contenido necesariamente constituyen el fundamento de la estructura jurídica de un sistema social que toma como referencia al individuo.

Ambos objetivos político criminales gozan de apoyo constitucional. La búsqueda de esta doble meta debe vincularse con una consideración material de la Constitución, que enlaza con su significado originario¹⁷ y quiere dotar a la misma de aplicación directa, con lo que evita su consideración como puro papel mojado.¹⁸

En el artículo 9.1, se consagra el denominado valor directamente normativo de la Constitución. “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al respeto del ordenamiento jurídico”.¹⁹ A continuación, en el artículo 9.2, se establece como objetivo la búsqueda de la vigencia real de los derechos fundamentales al afirmar que: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. La fórmula empleada en este último párrafo implica reconocer que en nuestra sociedad ni la libertad ni la igualdad son reales y efectivas, esto es, que jurídicamente se está imponiendo a los poderes públicos la obligación de adoptar decisiones políticas —incluidas la potencial utilización de la legislación penal— encaminadas a buscar esta vigencia.

¹⁵ Y con ello, como subraya Barcellona, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, Dedalo, p. 136, se deprecia toda idea de transformación radical y el concepto mismo de democracia.

¹⁶ Quintero Olivares, *Adónde va el Derecho penal. Reflexiones sobre leyes penales y los penalistas españoles*, Cuadernos Civitas, 2004, p. 129.

¹⁷ Recuérdese que el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano afirma: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los Derechos y determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”.

¹⁸ García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica*, 1982, pp. 41 y ss.

¹⁹ El valor directamente normativo de la Constitución planteó alguna cuestión en los primeros tiempos de vigencia. Este tema ya fue abordado en *El delito de lesiones*, 1982, pp. 63 y ss. Sobre este punto véase Hesse, *Die Normative Kraft der Verfassung*, 1959.

El señalado valor directamente normativo del texto constitucional, unido a la vigencia del principio de jerarquía normativa, hace que los derechos fundamentales no sólo condicionen la labor del legislador penal o de la de aquellos que en sus distintas fases aplican este ordenamiento, sino también establecen una fuente para reelaborar el contenido de los distintos elementos de la teoría del delito. Pues, no se olvide el originario carácter del pensamiento dogmático,²⁰ cómo toma como punto de partida el contenido de la ley penal, que necesariamente debe acomodar su contenido al texto constitucional, y cómo cada componente de la teoría del delito plasma un grupo de garantías.

Por otro lado, el sistema social configurado en la Constitución tiene proyección sobre las dos perspectivas desde las que se puede considerar al Derecho penal.²¹

La primera parte de contemplar al ordenamiento penal como un instrumento que busca evitar aquellos comportamientos que suponen una grave perturbación del orden social. Aquí los derechos humanos, en cuanto fundamento y base del orden social, aparecen directa o indirectamente como objeto de protección. Es la consideración del Derecho penal desde la perspectiva de las potenciales víctimas. El ordenamiento penal desempeña un papel de garantía de los derechos frente a los comportamientos de los miembros de la comunidad que les lesionan o ponen en peligro.

Desde una segunda perspectiva, el Derecho penal constituye un ejercicio de autolimitación del Estado, al establecer el ámbito de posible utilización de la sanción penal y por tanto las garantías hacia los ciudadanos potenciales delincuentes. Aquí los derechos del hombre aparecen en su primera dimensión de garantía frente a la actuación del Estado.

Estas dos perspectivas exteriorizan la tensión entre eficacia y garantía consustancial al Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho. Éste es el sentido de la muy utilizada cita de Von Liszt, “el Derecho penal es el límite a la Política criminal”.²² En momentos como el actual, en que las demandas de

eficacia pretenden situar en un segundo plano las garantías del ciudadano que delinque, conviene recordar las palabras de Bobbio: “Mejor una libertad siempre en peligro pero expansiva que una libertad protegida pero incapaz de desarrollarse. Sólo una libertad en peligro es capaz de renovarse. Una libertad incapaz de renovarse se transforma tarde o temprano en una nueva esclavitud”.²³

Finalmente, apuntar que esta consideración de la Constitución como norma jurídica, precisa de mecanismos procesales que garanticen su vigencia y su valor sobre el conjunto del ordenamiento jurídico. La estructura en nuestro Derecho ha pasado por la creación del Tribunal Constitucional, por la existencia de los recursos de inconstitucionalidad y amparo, y por la posibilidad de que los jueces y tribunales lleguen a plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

II. Acerca de las consecuencias del modelo de Estado sobre el Derecho penal

El estudio de las relaciones entre el Derecho penal y los derechos fundamentales no debe dejar de tener presente que éstos afectan a todo el ordenamiento penal²⁴ y que, el listado, número y límites de los Derechos del Hombre, está históricamente acuñado.²⁵ Pues, en el concreto contenido de los derechos convergen factores de muy diversa índole y que son consecuencia de los cambios y variaciones que periódicamente se producen en una determinada sociedad.

En este marco las limitaciones que generan los derechos fundamentales sobre el Derecho penal se derivan de la Constitución, en cuanto, como se subrayaba, ésta materialmente expresa la sociedad a la que se aspira a llegar y, por otro lado, tiene la condición de norma jurídica dotada de valor directamente normativo cuyo contenido, como se acaba de apuntar, condiciona el resto del ordenamiento en virtud del principio de jerarquía normativa. Estas limitaciones que el texto constitucional impone al Derecho penal pueden aparecer vinculadas al Estado de Derecho, a su condición de Estado social o a su carácter de Esta-

²⁰ Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, op. cit., p. 136.

²¹ Berdugo y otros, *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 2004, pp. 5 y ss.

²² Von Liszt, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. I, Berlín, 1905, reimpresión 1970.

²³ Bobbio, “Las razones de la tolerancia”, en *El tiempo de los Derechos*, 1991, p. 254.

²⁴ A veces el recurso a la vía de la legislación especial no deja de ser un camino para obviar de forma vergonzante garantías recogidas en el Código Penal. Sobre este punto *vid.*, Cobo, *La crisis del Estado social*, 1986, p. 74.

²⁵ Por todos, Pérez Luño, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 1984, pp. 52 y ss. y 137 y ss.

do democrático. Con carácter general las limitaciones vinculadas al Estado de Derecho buscan la garantía de los derechos frente a la actuación del Estado y reflejan las consecuencias de una sociedad asentada sobre el pacto social. Las vinculadas al Estado social exteriorizan la actuación del Estado encaminada a dotar de contenido a los Derechos y las que responden al carácter democrático pretenden garantizar el pluralismo y el respeto a las minorías.²⁶

Entre las limitaciones derivadas del Estado de Derecho aparece, en primer término, el principio de legalidad, plasmado en el conocido aforismo “nullum crimen nulla poena sine lege”. El automatismo con que se asume este principio por la inmensa mayoría de los ordenamientos vigentes hace que muchas veces se recuerden únicamente sus garantías formales —la criminal, la penal, la jurisdiccional y la de ejecución— que alcanzan a todas las fases del sistema penal, pero que, en cambio, se obvian y se pasan por alto las materiales, vinculadas al propio origen de este principio.

El principio de legalidad es, como afirma Sax,²⁷ un hijo de la Ilustración al ser una consecuencia del Estado que allí se construye y que reposa sobre el principio de división de poderes. En esta estructura, como afirmaba Beccaria,²⁸ “Sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos y esta autoridad no puede recaer más que en el legislador que representa toda la sociedad unida por un contrato social”.

Es decir, el principio de legalidad se afirma en función de la necesidad de garantizar frente a la acción del Estado una serie de derechos calificados como fundamentales. Esta primera consecuencia trae consigo la vinculación a su vigencia de una serie de garantías como son la irretroactividad de la ley penal, o la exigencia, para poder aplicar una medida de segu-

ridad, de la previa comisión de un delito que refleje la peligrosidad criminal del autor del mismo. Por otro lado, obsérvese cómo aquí el Estado de Derecho condiciona las medidas de seguridad, consecuencia penal creada por el Estado social, a la previa comisión de un injusto típico. Por tanto, la aplicación de la medida no puede imponerse de forma automática, sino sólo cuando la peligrosidad ha sido demostrada procesalmente.²⁹

Luego la afirmación de la vigencia del principio de legalidad en un determinado ordenamiento está vinculada a que el contenido de los preceptos penales sea claro y que las penas sean precisas, de lo contrario el juez en la práctica estaría desempeñando funciones de legislador para las que carece de legitimación. Asimismo resultaría de dudosa compatibilidad con el principio de determinación e igualdad, una pena indeterminada. El mandato de determinación exige que las penas estén concretadas ya a nivel legislativo en cuanto a su naturaleza y duración máxima y mínima.³⁰

Junto a esta primera garantía está también la a veces olvidada exigencia, derivada del principio de división de poderes, de que la ley sea expresión de la voluntad general manifestada en el Parlamento a través de los representantes democráticamente elegidos, sólo ellos están legitimados para determinar qué comportamientos deben ser calificados como delitos y qué penas pueden ser impuestas. La satisfacción de esta garantía es lo que posibilita calificar el principio de legalidad como principio que corresponde, no sólo al Estado de Derecho, sino también a las exigencias del Estado democrático.³¹ En cuanto únicamente con este presupuesto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en los preceptos penales. Ahora bien, la efectividad de

²⁶ Éste parecía ser el objetivo establecido en Tampere, Conclusión núm. 10, donde además se ha señalado que, “es necesario luchar contra la pobreza, mejorar las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo, prevenir los conflictos y garantizar el respeto de los Derechos humanos, en particular de los derechos de las minorías, de las mujeres y de los niños”, después prácticamente ha desaparecido de las agendas europeas. Encontrándonos en la actualidad ante una crisis del Estado social que se puede expresar según Serrano Piedecabras/Crespo, “Del Estado de derecho al Estado preventivo”, en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 8, 2009, p. 27, como una crisis de legitimación. Es decir, crisis de la idea de una organización de sociedad participativa y justa.

²⁷ Sax, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, en Bettermann y otros, *Die Grundrechte*, III. 2, Berlín, 1959, p. 992.

²⁸ Beccaria, *De los delitos y las penas*, 1974, p. 74.

²⁹ Como es sabido la Ley de Rehabilitación y Peligrosidad Social de 1970, vulnerando el principio de la presunción de inocencia (STC 23/19986 y 21/1987) admitía junto a la peligrosidad criminal, la peligrosidad social. Con ello, se dejaba la puerta abierta a la existencia de medidas de seguridad predelictuales.

³⁰ Este criterio está también incluido en la regla 5 de la Recomendación núm. R (92) 16 del Consejo de Europa, relativa a las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas dentro de la comunidad, adoptada el 19 de octubre de 1992.

³¹ Bricola, “Teoria generale del reato”, en Novissimo digesto, XIX, Torino, 1974, en *Revista Española de derecho constitucional*, 8, 1983, pp. 12 y ss.

este primer condicionamiento democrático está en gran medida unida a un sistema electoral que posibilite la representación parlamentaria de las minorías.

En consecuencia, el principio de legalidad penal se resiente materialmente cuando se acude a la vía de urgencia, al decreto o al decreto legislativo, o se emplea la técnica de las leyes penales en blanco.³² Por el contrario, un ordenamiento será más respetuoso con la garantías que emanan de este principio, cuanto mayores sean las exigencias parlamentarias para la elaboración y aprobación de los textos penales.³³

Pero el principio de legalidad y las garantías que de él emanan, en particular el principio de irretroactividad,³⁴ constituyen ante todo una barrera meramente formal para garantizar los derechos fundamentales de aquellos que pactan la vida en comunidad. Esto hace que la admisión del principio de legalidad por algunos Estados, que nada tiene de Derecho, ponga de relieve que este modelo de Estado debe imponer otra serie de garantías. En concreto, requiere también el respeto a los denominados derechos fundamentales.³⁵ El Estado de Derecho ha de garantizar formalmente su ejercicio, lo que supone, en relación al delito, no sólo su no criminalización, sino más aun, la necesidad de su tutela y en el campo de las sanciones penales, la exclusión de aquellas que cualitativa o cuantitativamente se opongan a la dignidad de la persona humana. La pena de muerte,³⁶ o penas que por su contenido, duración, o falta de proporcionalidad se opongan

a la consideración que, en el marco de este modelo de Estado, merece la persona aun en el caso de que haya delinquirido.³⁷

La vinculación al Estado de Derecho de todas estas exigencias se deriva de la colocación de la persona como punto central del sistema social que subyace tras el mismo. El hombre, en cuanto le es necesario, construye la sociedad mediante el denominado pacto social y sobre la base de las menores dejaciones posibles de su libertad, aquellas que aparecen como necesarias para poder mantener la pervivencia de la sociedad pactada,³⁸ “basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito”, afirma Beccaria, “todo lo demás es superfluo y por tanto tiránico”.³⁹

Todas las garantías derivadas de estas exigencias pueden agruparse bajo el denominado principio de humanidad.⁴⁰ Vinculado a él estaría también, con carácter general, el principio de culpabilidad, en su doble vertiente de afirmación del carácter personal de la responsabilidad penal y de requerir, para poder afirmar ésta, la presencia de dolo o culpa, lo que supone por tanto la exclusión de la responsabilidad objetiva. Pues el castigo de lo puramente objetivo llevaría al ciudadano a sentir ante la actuación penal una sensación análoga a la que experimenta ante la actuación ciega de las fuerzas de la naturaleza.⁴¹ El no reconocer las garantías que implican el contenido del principio de culpabilidad es incompatible con la afirmación de la dignidad de la persona y con la idea de necesidad

³² El TC ha indicado que las leyes penales en blanco son legítimas (STC 3/1988) en cuanto contengan el núcleo esencial de la prohibición. La norma llamada a completar el tipo penal debe proporcionar circunstancias, límites u otros elementos complementarios, lo cual supone que han de describir ya la conducta típica con un grado de taxatividad semejante al que requiere el principio de determinación.

³³ Materialmente constituye la justificación de la reserva de ley orgánica en materia penal. Sobre este punto es clave la Sentencia (140/1986) del TC, que se hace eco de la argumentación propuesta por Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, en *REDC*, 1983.

³⁴ Sobre la vinculación entre retroactividad y principio de legalidad, y la fundamentación político-criminal de la excepción de retroactividad de la ley más favorable, *vid.*, Bustos, *Manual de Derecho penal español*, 1974, pp. 71 y ss.

³⁵ La vinculación entre Estado de Derecho y derechos humanos puede verse en el clásico Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1979, p. 29.

³⁶ Sobre la pena de muerte *vid.*, Barbero Santos, *La pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Buenos Aires, 1985.

³⁷ El contenido de estos límites al igual que el de la dignidad de la persona, tomando como punto de partida el carácter personalista del sistema, se acuña históricamente. Sirva de muestra, en el ámbito penal, la discusión sobre la duración máxima de la privación de libertad, por ejemplo en Alemania. Jescheck/Triffterer, *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe Verfassungswidrig*, 1978.

³⁸ Beccaria, *De los delitos y las penas*, *op. cit.*, pp. 71-73.

³⁹ *Ibidem*, p. 112.

⁴⁰ En el marco del Estado de Derecho optamos por un desarrollo amplio del principio de humanidad de las penas, que abarcaría la garantía de proporcionalidad de las penas. Si en palabras de Hassemer, “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, en *CPC*, 1982, p. 497, el principio de proporcionalidad se traduce en “la sanción equitativa y justa del delincuente”. Por su derivación de la idea de justicia y del principio de igualdad, pero, sobre todo, por su íntima conexión con la exigencia de respeto de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes, la garantía de proporcionalidad se considera derivada del principio de humanidad de las penas. Si bien este último va más allá en la medida en que compele al legislador a seleccionar penas menos graves, a rebajar la pena de privación de libertad, a la progresiva sustitución de esta pena por otras menos afflictivas, a favorecer el no cumplimiento íntegro de la pena e, incluso, a no imponer la sanción penal cuando el presupuesto de la misma era inevitable.

⁴¹ Hoester, “Zur Generalprävention als dem Zweck statlichen Straffrens”, en *Goltamer's Archiv*, 1979, p. 277.

en la utilización del recurso penal derivado de la fundamentación pactista.

Obsérvese que todas estas garantías, aparecen exteriorizadas ya en los códigos penales decimonónicos que, como es sabido, constituyen la gran aportación de la denominada “escuela clásica”.⁴²

Con análoga fundamentación ya en el Estado liberal y para garantizar que la legislación penal se orientara hacia el individuo, se introdujo por Birnbaum⁴³ el concepto de bien jurídico como límite a la actuación del legislador, pues éste puede utilizar la sanción penal sólo frente a comportamientos que lesionen o pongan en peligro el funcionamiento de esa sociedad orientada hacia el individuo y sus derechos.⁴⁴

La muy estudiada y debatida evolución de la construcción del bien jurídico refleja, mejor que cualquier otro punto, las consecuencias de la evolución del modelo de Estado y, en buena medida, los planteamientos ideológicos del penalista. Decía Von Liszt, con razón, que “el legislador se encuentra con los bienes jurídicos no los crea”.⁴⁵ De donde también podemos extraer otro punto de partida, la actividad del jurista ni debe, ni puede limitarse al examen aislado de las normas, tiene que ver lo que hay antes, detrás y después de ellas.⁴⁶

El legislador en función de sus decisiones de política criminal, en las que queda reflejada su ideología, determina qué intereses sociales son objeto de la protección del Derecho penal y en qué medida. En un primer momento, el bien jurídico sirve para excluir del Derecho penal aquellos comportamientos tras lo que únicamente concurre un desvalor ético o religio-

so. Este contenido y efecto se retoma por cierto en las reformas de las legislaciones que se emprenden en la década de los sesenta.⁴⁷

La evolución del modelo de Estado, hacia un Estado social primero y social y democrático más tarde, va a exigir un contenido intervencionista que busque, como ya se ha apuntado varias veces, dotar de contenido real a los derechos constitucionalmente consagrados y hacerlo además de forma igualitaria y garantizando valores minoritarios.

Por otro lado, la evolución en la consideración de la Constitución, y recuérdese el sentido originario que proporciona a la misma la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano a la que antes nos hemos referido, trae consigo que la consideración de cuáles son los intereses importantes para el mantenimiento de un determinado modelo social personalista deba directa o indirectamente vincularse a los derechos en ella consagrados.⁴⁸

Esta evolución en la actuación del Estado trae una paralela evolución en la utilización del Derecho penal con la aparición de nuevos bienes jurídicos, a los que a veces es difícil de aplicar un modelo derivado fundamentalmente de las sociedades y los códigos del XIX. Incluso algún sector doctrinal, como se analizará más adelante, prescinde de la referencia al bien jurídico como límite a la actuación del legislador penal y explica así decisiones legislativas, que no compartimos, en las que detrás de los tipos penales lo que hay es tutela de funciones del Estado. El camino emprendido, por los que adoptan esta postura, está lleno de los riesgos que implica abandonar la raíz de una institución vinculada al Estado de Derecho.

⁴² La Escuela Clásica a pesar de ser heterogénea presenta unas características comunes: en cuanto al método, la utilización de un proceder racionalista, abstracto y deductivo; en lo referente al objeto, la elección de un Derecho ideal racional, el Derecho natural; y en cuanto a la finalidad, los valores del método, el garantismo, es decir, poner límites a la libertad del legislador, con el objeto de proteger la libertad del ciudadano. Los valores del liberalismo político son los que impregnan su actividad científica. Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, op. cit., p. 176.

⁴³ El concepto de bien jurídico fue introducido en el siglo pasado por Birnbaum. Esta construcción buscaba la creación de un criterio de limitación que sustituyera a la función que hasta entonces había desarrollado el Derecho subjetivo que, a su vez, había desarrollado el pensamiento ilustrado. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, 1962, pp. 82 y ss.

⁴⁴ Propiamente, la protección exclusiva de bienes jurídicos como límite al poder político del Estado debe derivarse no del Estado de Derecho, sino del Estado social. Vid., los razonamientos de Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, 8ª edición, 2008, pp. 163 y ss.

⁴⁵ Von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, trad. y adiciones de Quintiliano Saldaña y Jiménez de Asúa, 3 vols., 1914-1929, pp. 6 y ss.

⁴⁶ El conjunto de postulados político jurídicos y político criminales que debe servir de referente axiológico al legislador penal para identificar y seleccionar los bienes jurídicos a tutelar, así como la forma de diseñar su tutela, al Juez para interpretar las leyes que le correspondan aplicar y al jurista para la construcción, sistematización y crítica de las diversas categorías del Derecho penal. Arroyo Zapatero, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, op. cit., pp. 98 y ss.

⁴⁷ En los años sesenta se produce la reacción contra la “época del finalismo”, en la que se había estimado que la misión del Derecho penal consiste en la protección de valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo incluyen la protección de bienes particulares. Vid., Welzel, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., trad. Bustos-Yañez, Santiago de Chile, 1970, p. 15.

⁴⁸ Vid., González Rus, *Bien jurídico y constitución: (Bases para una teoría)*, 1983.

Por otro lado, esta situación hay que incardinarla en la general de una dogmática derivada de códigos que han sido modificados para adaptarse a los cambios experimentados por nuestras sociedades, en especial, pero no sólo en el marco del denominado Derecho penal económico. Sin embargo, a nuestro juicio, esta crítica no debería de imputarse al Derecho penal económico, ya que cuando la conducta afecta a intereses que exceden lo patrimonial, la intervención penal queda más justificada,⁴⁹ dado su potencial destructivo y desestabilizador del sistema social-económico en su conjunto.

Los principios constitucionales que se han ido analizando dan soporte a los distintos elementos de la teoría del delito y explican el porqué de su exigencia. Junto a la fundamentación de la tipicidad en el principio de legalidad, señalada desde sus orígenes,⁵⁰ hay que agregar como consecuencia del principio de culpabilidad, que puede sustentarse la exigencia de dolo o culpa⁵¹ y vinculada además al principio de legalidad, el que la distinción entre delito doloso e imprudente se lleva a cabo ya en el tipo. Así mismo, el carácter personal de la culpabilidad, la fundamentación de la misma en la necesidad de la pena, y la exigencia de edad y de conocimiento de la prohibición en el penalmente responsable pueden explicarse desde el texto constitucional. El TC entiende que la Constitución consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal,⁵² por lo que resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa.⁵³ Pero, a pesar de que no haya desarrollado suficientemente su fundamentación y de que no existe una expresa proclamación constitucional se ha sobreentendido, sin grandes disidencias, que dicho principio se puede extraer a la

luz de los principios y valores del texto constitucional, en concreto, del art. 10 CE,⁵⁴ en la medida en que aquí se propugna como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico la dignidad de la persona, la cual impide que la atribución de la consecuencia jurídica-punitiva del comportamiento humano se realice a título de mera responsabilidad objetiva,⁵⁵ del principio de igualdad (art. 14 CE), que prohíbe tratar igual a los culpables que a los inimputables o semimputables y del principio de presunción de inocencia del art. 24. 2 CE.⁵⁶

Las limitaciones examinadas hasta ahora no son suficientes para satisfacer las exigencias de un ordenamiento que sea respetuoso con los derechos fundamentales. Pues, al igual que el modelo de Estado del que éstas se derivan, el Estado liberal de Derecho, aunque haya evolucionado por las correcciones que incorpora el Estado social, no pretende la superación de las desigualdades sociales. El Estado social de Derecho, no busca con eficacia que el Derecho incida en la evolución hacia modelos sociales en los que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas⁵⁷ en cuanto no incide en la selección de intereses a los que van a ser penalmente tutelados.

Para que el Derecho penal pueda, en este sentido, contribuir a dotar de contenido real a los derechos fundamentales debe, partiendo de las limitaciones señaladas, afrontar otras complementarias.

En principio el Derecho penal en su formulación actual, no sólo no coopera a la superación del modelo social, sino que, por el contrario, como han puesto de relieve las corrientes críticas de la criminología,⁵⁸ actúa como generador de desigualdad. Esta desigualdad no debe creerse que es privativa del Derecho penal, sino que es una exteriorización de las desigualdades

⁴⁹ Terradillos Basoco, “Globalización, administratización y expansión del Derecho penal económico”, en *Temas de Derecho penal económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico* (coord. Terradillos/Acale), Trotta, 2004, p. 220

⁵⁰ Binding, *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 20 y ss.

⁵¹ Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, pp. 43 y ss. o Gimbernat Ordeig, “El sistema de derecho penal en la actualidad”, en *Estudios Penales*, p. 142. “La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar”. Téngase presente la vinculación originaria entre prevención general y principio de legalidad, desde Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinliche Rechts*, 1836, pp. 29 y ss.

⁵² STC. 150/1991, FJ. no. 4.

⁵³ STC. 246/1991, FJ. no. 2.

⁵⁴ Artículo 10 de la CE, en un párrafo primero establece: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁵⁵ Muñoz Conde/Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte General*, 2008, pp. 95 y ss.

⁵⁶ Berdugo/Arroyo/G. Rivas/Ferre/S. Piedecabras, *Curso de Derecho penal. Parte General*, 2004, p. 66.

⁵⁷ Este punto es desarrollado con amplitud por Mantovani, *Diritto Penale, op. cit.*, pp. 16 y ss.

⁵⁸ Como exponente de esta diferenciación puede consultarse el artículo de Baratta, “Criminologia e dogmatica penale passato e futuro del modello integrato di scienze penaliste”, en la *Questione Criminale*, 1979, en especial pp. 152 y 173.

de nuestros sistemas sociales. Por tanto, las reformas que deban producirse no son privativas del ordenamiento punitivo, sino que hay que entenderlas en el marco global de las medidas de cambio social. El creer que basta con actuar en el ámbito del Derecho penal supone ignorar que el ordenamiento penal no es sino la punta del iceberg que constituye el control social.⁵⁹

En igual sentido, hay que tener presente que la viabilidad de las limitaciones que a continuación se enumeran presuponen una serie de condiciones previas de diversa índole. Así, un sistema electoral que asegure la representación de los intereses reales que se den en una comunidad; la existencia de cauces a todos los niveles que garanticen el respeto a las minorías; la participación popular en la administración de justicia; el control de la administración penitenciaria; el debate social sobre la cuestión penal; la existencia de instrumentos jurídicos que aseguren la pervivencia de los derechos fundamentales, etcétera.

La pretensión de llegar a un sistema social plenamente democrático supone respecto al contenido de las leyes penales limitaciones de distinto signo. En sentido negativo se ha de evitar que la determinación de las conductas delictivas actúe como factor generador de desigualdad. En sentido positivo, por el contrario, el legislador ha de buscar que la ley contribuya a que la igualdad real de los miembros de la comunidad pueda llegar a ser alcanzada.

El primer objetivo supone renunciar a utilizar el Derecho penal como medio para imponer un determinado orden ético o cultural, aunque éste sea el mayoritario, en cuanto lo que un derecho democrático debe buscar en este ámbito es justamente garantizar la coexistencia de una pluralidad de órdenes éticos o culturales, mediante la creación de marcos que posibiliten su coexistencia.⁶⁰ En nuestro ordenamiento, se intenta salvar jurisprudencialmente los conflictos culturales haciendo uso del error de prohibición. Sobre la base de que en la actualidad una competencia penal que trascienda las culturas, un Derecho penal intercultural existe sin lugar a dudas, aunque no absolutamente,

en la medida en que los delitos jurídico-penales se pueden fundamentar con argumentos de naturaleza humana universal y, más específicamente, con argumentos de los derechos humanos, lo cual es general en muchos delitos y, sobre todo, en los previstos en los ordenamientos liberales del Derecho penal. Desde esta perspectiva, puede aceptarse la existencia de un Derecho penal multicultural mientras se mantenga el límite claro de los derechos humanos, ya que de lo contrario se trataría de una visión típica del individualismo clásico que conduce a una interpretación “privatista” de los derechos fundamentales, considerando que éstos sólo pueden ser ejercidos cuando en una misma colectividad los derechos de unos individuos son oponibles frente a otros. Los derechos humanos deben ser la base común a todo el planeta, siendo inaceptable que el respeto a la diferencia cultural pueda alcanzar a las culturas que no respetan los derechos humanos.⁶¹ Sentada esta premisa, es cuando la constitucionalización de los valores de libertad, pluralismo y dignidad obligan al sistema democrático a garantizar la diversidad multicultural que supone la acogida del inmigrante. Es entonces cuando en el Derecho penal se pueden tener en cuenta determinados conflictos culturales, para atenuar o en los casos menos graves eximir de responsabilidad de los extranjeros.⁶²

En igual sentido, con carácter general, debe buscarse dotar de un contenido democrático al principio de “ultima ratio”. Es decir, la reducción del empleo del Derecho penal tiene que ser distribuido de forma igualitaria y no que, en su mayor parte, la exclusión del empleo del Derecho penal quede reducida a comportamientos realizados por las clases sociales más poderosas.⁶³ Pero afrontando el proceso de contracción general de la esfera penal, éste ha de efectuarse, como hace ya tiempo recordaba Arzt,⁶⁴ de forma racional, de tal manera que se impida que “la seguridad”, en abstracto, pase a constituir una mercancía, que sólo esté al alcance de aquellos dotados de una alta capacidad adquisitiva, lo que supondría que la descriminalización estaría actuando como factor generador de desigualdad.

⁵⁹ Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, op. cit., p. 17.

⁶⁰ Mir Puig, *Fundamento de la pena y Teoría del Delito*.

⁶¹ En este sentido, vid., Quintero Olivares, “El derecho penal ante la globalización”, en *Derecho penal ante la globalización* (coord. Zúñiga/Méndez/Diego), Colex, 2002, pp. 13 y s.

⁶² En este sentido, vid., Pérez Cepeda, *Globalización, tráfico ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, 2004.

⁶³ Por todos, Baratta, “Criminología y Dogmática penal”, en *Rev. International de Droit Pénal*, p. 157, nota 19.

⁶⁴ Arzt, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, 1976, pp. 39 y ss.

Junto a ello, y en sentido opuesto, el Derecho penal debe alcanzar ámbitos fundamentales en la vida individual y colectiva que, en la actualidad, o no están o están suficientemente tutelados por la sanción penal. Los “intereses difusos”, con la ya clásica terminología de Sgubbi,⁶⁵ de los que son titulares todos los miembros de la comunidad, los intereses de naturaleza colectiva o aquellos que inciden directamente sobre el logro de una mejor calidad de vida.

Pero, con razón recuerda Baratta⁶⁶ que, en la perspectiva de un tal uso alternativo del Derecho penal, es necesario evitar caer en una supervaloración de su idoneidad y dar importancia a los medios alternativos de control no menos rigurosos que pueden resultar en muchos casos más eficaces.

La búsqueda de la vigencia real de derechos fundamentales impone también consecuencias respecto a la sanción penal y a la finalidad de la misma.

Respecto al contenido de la propia reacción penal se ha venido subrayando el carácter marginador de la pena de prisión, lo que impone una restricción a su utilización dentro de los límites de su irrenunciabilidad histórica por exigencias preventivo generales. Esta restricción tiene particular incidencia en las penas privativas de libertad de corta duración.⁶⁷ En este sentido, las denominadas penas cortas aparecen sólo como alternativa desde una perspectiva preventiva frente a la delincuencia de tipo socioeconómico, la denominada criminalidad de cuello blanco.⁶⁸ Como destaca acertadamente Laurenzo Copello,⁶⁹ lo que sucede con la delincuencia socioeconómica es que las penas previstas son leves en relación con las graves

conductas realizadas, y que lo pertinente no es disminuir garantías y reducir penas, sino elevar penas y acomodar las garantías a ese tipo de criminalidad.

Respecto a la finalidad de la sanción penal vivimos un proceso de crisis del pensamiento resocializador vinculado a su discusión en el marco de Estados y posicionamientos ideológicos superadores del Estado social de Derecho, que originó esta finalidad. La resocialización ha imperado en el Derecho penal contemporáneo desde la época del programa de Marburgo, con razón se subraya⁷⁰ que tras la misma hay un entusiasmo no demasiado justificado por la bondad de nuestros sistemas sociales y una no aceptable imposición de un cuadro de valores a quien a lo mejor ni los comparte ni desea compartirlos.⁷¹ Se debe considerar esta finalidad como la existencia del un derecho a la resocialización, recogido en el art. 25.2 de la Constitución y que como tal no puede imponerse y cuyo contenido, por otra parte, aparece siempre limitado por el respeto a la dignidad del interno. Esto es, el único sentido que la ejecución de la pena puede tener es buscar la no realización de delitos e intentar ofrecer al ciudadano todas aquellas oportunidades que le fueron socialmente negadas.⁷²

Por último, señalar que la búsqueda de la vigencia de los derechos fundamentales también tiene trascendencia en determinados puntos de la teoría del delito. Por ejemplo, el carácter democrático del Estado lleva a una concepción preventiva del Derecho penal, de la que indefectiblemente debe derivarse la diferenciación ya en el tipo entre delitos dolosos y culposos.⁷³ De igual manera, respecto al contenido del tipo del

⁶⁵ Vid., Sgubbi, “Tutela penale di ‘interessi diffusi’”, en *Questione Criminale*, 1975, p. 448.

⁶⁶ Baratta, “Criminología y Dogmática penal”, *op. cit.*, p. 50.

⁶⁷ Los orígenes de la crisis de prisión, por su no adecuación a los fines de la pena son antiguos, *vid.* Garfalo, *La criminología*, pp. 317 y ss. y Von Listz, *Tratado de Derecho penal*, II, *op. cit.*, p. 16. Modélica en sus alternativas a las penas privativas de libertad es la Propuesta Anteproyecto de Nuevo Código Penal, 1983.

⁶⁸ Vid., Berdugo Gómez de la Torre, “Alternativen zur kurzen Freiheitsstrafe in den Spanischen Reform Überlegungen”, en *Deutsch Spanisches Strafrechts Kolloquium*, 1986, pp. 168 y ss.

⁶⁹ Laurenzo Copello, “Recensión a Silva Sánchez. La expansión del Derecho penal”, 2ª ed., en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 12, 2003, pp. 451-455. Llama la atención, según García Arán, “El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2005, p. 59, cómo la represión de la pequeña delincuencia convive con el tratado privilegiado de los evasores fiscales en el CP actual.

⁷⁰ La prevención especial es la finalidad plenamente coherente con el Estado social de Derecho. Sobre las consecuencias para la pena que supone el Estado social, *vid.* Mir Puig, *Función de la pena*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

⁷¹ Vid., Muñoz Conde, “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1979, pp. 91 y ss. En general el libro de Barbero Santos, *Marginalidad social y derecho represivo*, 1979 y Bergalli, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, 1976.

⁷² Es normalmente la conclusión de la doctrina que afronta críticamente la prevención especial, por todos Barbero Santos, *Marginalidad social y Derecho represivo*, *op. cit.*, p. 189.

⁷³ El carácter democrático del Estado en cuanto que impone la necesidad de modificar la sociedad lleva a una concepción preventiva general que refuerza los argumentos expuestos en la nota 50. Berdugo Gómez de la Torre, *El delito de lesiones*, *op. cit.*, p. 37 nota 68.

injusto, si la Constitución realmente refleja la búsqueda de un sistema social igualitario puede su contenido servir para la determinación de cuál es la lista concreta de bienes jurídicos protegibles.⁷⁴ Más aún, puede suponer un criterio para construir democráticamente su contenido ya para dar solución a los supuestos de conflictos sociales que subyacen tras las denominadas causas de justificación.⁷⁵ También la vigencia de los derechos fundamentales ofrece pautas importantes para asentar las bases de una discusión de otros temas claves de la actual dogmática penal. Así, el contenido de la culpabilidad⁷⁶ o las consecuencias del error de prohibición.⁷⁷

III. De la sociedad del riesgo a la expansión del Derecho penal

La política criminal y la teoría penal, pero sobre todo la dogmática jurídico-penal, están influidas desde hace mucho por el desarrollo social en su conjunto, concebido como una sociedad de riesgo. La llamada sociedad del riesgo, que caracteriza las sociedades posindustriales desarrolladas, fue objeto de estudio en 1986 de Beck,⁷⁸ quien sintetizaba el nuevo y creciente interés por el riesgo, dándole un sentido nuevo y elevándolo a su vez al rango de paradigma explicativo a finales del siglo XX de la sociedad contemporánea. Las sociedades occidentales —y progresivamente la nueva sociedad mundial— se habrían convertido en auténticas “sociedades del riesgo”. La teoría Beck desemboca en el paradigma de la sociedad del riesgo identificando, como signo más relevante de la modernidad reflexiva, o postmodernidad, la lógica de la producción y la distribución del riesgo.

La producción de los mencionados riesgos, que afectan a amplios colectivos, puede ser calificada como artificial, en cuanto producto de la actividad del hombre y vinculada a las decisiones de éste. En concreto, son consecuencias colaterales, consideradas inevitables de la puesta en práctica de nuevas tecnologías, las actividades industriales y científicas en muy diversos ámbitos sociales. Tales riesgos, hasta ahora no percibidos, imprevistos y no deseados, resultan de difícil anticipación y suelen basarse en fallos en el conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas, suprimiendo los pilares básicos del cálculo del riesgo y de seguridad. En este ámbito se incluyen los delitos relativos a la manipulación genética, delitos informáticos, delitos relacionados con el uso de energía nuclear, los delitos cuyo sustrato fáctico conforman la fabricación o utilización de sustancias peligrosas, los delitos ecológicos, etcétera.

Puede afirmarse que surgen nuevas necesidades, nuevos valores y nuevos problemas de la sociedad, que aun cuando no se conciba como sociedad del riesgo, al menos hay que calificarla de sociedad compleja. Ante todo, el planteamiento de Beck ha sabido capturar, como en una instantánea, la preocupación contemporánea por el riesgo. Éste parece esconderse en todos los rincones de lo social, lo que es tanto como decir que hoy todo parece estar en riesgo.⁷⁹ Ciertamente, más allá de cualquier formulación teórica precisa, la sociedad del riesgo ha emergido en un sentido simbólico, como una “persuasiva representación de la vida contemporánea”.⁸⁰ Una especie de metáfora del presente que, además, ha trascendido el ámbito estrictamente académico para infiltrarse en la conciencia política y cotidiana.⁸¹

⁷⁴ El problema radica en la presencia o no de un texto constitucional y en el carácter del mismo, *vid.*, Berdugo, Recensión a Bustos/Valenzuela, “Derecho penal y latinoamericano comparado, t. I., P. General, 1981”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, p. 618.

⁷⁵ Es clave subrayar el carácter dinámico del contenido del bien jurídico. Esta idea debe conectarse con la de Constitución como marco, *vid.*, Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980.

⁷⁶ Difícilmente es compatible con las exigencias de un Estado democrático el mantenimiento de una concepción normativa de la culpabilidad asentada sobre la base de una idea de reproche y vinculada a la finalidad retribucionista. Claves en la crisis normativa de la culpabilidad son Gimbernat Ordeig, “¿Tiene futuro la dogmática penal?”, *op. cit.*, pp. 105 y ss. Los trabajos de Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, 1981 y las aportaciones de Muñoz Conde o Mir.

⁷⁷ Así, *vid.*, Muñoz Conde, “La creencia errónea de estar obrando lícitamente”, en *Estudios penales y criminológicos X*, Santiago de Compostela, 1987.

⁷⁸ *Id.*, ampliamente, Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. Navarro, D. Jiménez y M^a.R. Borrás, Paidós, Barcelona, 1998.

⁷⁹ Reith, “Uncertain Times. The Notion of ‘Risk’ and the Development of Modernity”, en *Time&Society*, 13(2/3), 2004, p. 384.

⁸⁰ Alexander/Smith, “Social Science and Salvation: Risk Society as Mythical Discourse”, en *Zeitschrift für Soziologie*, 25(4), 1996, p. 259.

⁸¹ San Martín Segura, “Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo”, en *La tensión entre la libertad y seguridad* (Bernuz Beneitez/Pérez Cepeda), Universidad de La Rioja, pp. 71 y ss.

En los países del primer mundo, en la actualidad las actividades comunes de la vida social constituyen un fenómeno de riesgo. Ello nos lleva a que hayamos asumido el peligro como medio natural en el desarrollo de nuestra vida cotidiana. No se concibe una política criminal que no se apoye necesariamente en el concepto de riesgo, al menos en tres aspectos diferentes:⁸² primero, en tanto que es la existencia de un riesgo significativo, socialmente relevante, y la necesidad de controlarlo, lo que legitima la intervención penal; segundo, porque la omnipresencia del fenómeno del riesgo, rasgo ineludible de nuestras sociedades modernas, obliga necesariamente a plantearse la cuestión del riesgo permitido, eso es, la posibilidad de que ciertos riesgos sean comparados frente a otros, con los consiguientes efectos limitadores en el alcance a la incriminación; finalmente, porque las reglas de imputación de responsabilidad se construyen también en buena medida sobre el propio concepto de riesgo.

La sociedad del riesgo se caracteriza, según Corcoy Bidasolo,⁸³ porque los nuevos riesgos que aquella genera suelen proporcionar beneficios a la colectividad. La sociedad debe ponderar, efectuando cálculos de coste-beneficio, si compensa, o no, correr dichos riesgos, teniéndose en cuenta la importancia del peligro como la utilidad que éste reporta. Los riesgos que la sociedad decide correr son, desde el punto de vista del Derecho penal, riesgos permitidos o socialmente adecuados. En este caso, no es el hombre sino la sociedad, es decir, el legislador después de un análisis racional, económico y amoral, quien gestionaría el riesgo. En consecuencia, el peligro objetivo en cuanto riesgo con relevancia penal no tiene naturaleza causal-naturalística sino sólo normativa. Dicho peligro normativo⁸⁴ se concibe como probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal, debiendo ser dicha

probabilidad de una entidad rayana en la seguridad de lesión para que se pueda aceptar la legitimidad de la incriminación de la conducta.⁸⁵

Se trata meramente de principios de actuación referidos a la necesidad de evitar las defraudaciones de las expectativas que generan el avance social y el desarrollo tecnológico y científico. De ahí que se justifique la transformación del principio de intervención mínima en intervención máxima, puesto que también se tutelan nuevos intereses y funciones, esto es, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica, o bien contextos, entornos o condiciones del disfrute de bienes jurídicos individuales, dejando de lado el criterio limitador del bien jurídico, lo que se encuentra en clara contradicción con el principio de lesividad.⁸⁶ De tal manera que, el sistema se estaría escorando hacia modelos de intervención que identifican el bien jurídico a tutelar con mecanismos y funciones que, cuyo carácter multiforme y difuso, no pueden erigirse como un fundamento limitador del poder punitivo. También los principios de necesidad y proporcionalidad dejan de tener como referente el carácter de ultima ratio del Derecho penal, y se refiere a la supuesta realidad de lo que acontece. Estos inconvenientes tratan de superarse, exigiendo que solamente se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto.

Ante estos planteamientos, con O'Malley⁸⁷ cabría decir que mientras bajo la lógica del welfare el objetivo —ciertamente utópico— era el de una sociedad de seguridad universal, libre de riesgos, el neoliberalismo se pregunta, de forma previa, qué riesgos son tolerables y cuáles, por el contrario, deben ser neutralizados. Puede observarse cómo las concepciones neoliberales diseñan una política-criminal que se fundamenta en “conceptos económicos básicos,

⁸² Así, *vid.*, Paredes Castañón, “Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo”, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto* (Agra, Domínguez, García Amado, Hebberecht, Recasens, eds.), Atelier, 2003, p. 91.

⁸³ Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, p. 192.

⁸⁴ *Vid.*, Corcoy Bidasolo, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en *La política criminal en Europa* (dir. Mir/Corcoy), Atelier, 2004, pp. 33 y ss.

⁸⁵ Desde una perspectiva subjetiva, los riesgos que pueden ser relevantes son aquéllos cognoscibles en el momento en el que el sujeto realiza la conducta, esto es desde una perspectiva *ex ante*, en otras palabras sólo son jurídico-penalmente relevantes los riesgos conocidos por el autor —dolosos— y también pueden serlo los cognoscibles imprudentes. *Ex post* deberá probarse que la conducta efectivamente, en ese caso concreto, atendiendo no sólo a las circunstancias conocidas *ex ante* sino también a las que conocieron *ex post*, ha afectado el bien jurídico.

⁸⁶ *Vid.*, Hassemer, W., “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno” (traducción de E. Larrauri y M. Mainicke), en *ADPCP*, 1992, pp. 235 y ss.; él mismo, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 30 y ss.

⁸⁷ O'Malley, P., *Crime and The Risk Society*, Aldershot, Dartmouth, 1998, p. X.

como racionalidad, maximización, costos, beneficios esperados, arreglos institucionales, intereses especiales, derechos de propiedad, equilibrio y eficiencia son también fundamentales para explicar, predecir y combatir de manera efectiva la actividad criminal”.⁸⁸ Poniéndose en evidencia, la contradicción que hay entre el modelo de desarrollo capitalista, que en nuestro tiempo lanza al neoliberalismo más crudo, con la destrucción sistemática del Estado social, y que asumen ese peligro como precio necesario (y su plasmación en acciones hace que éstas se estimen adecuadas) de una determinada concepción del progreso y la hipócrita promesa de los legisladores de robustecer la tutela de los bienes jurídicos.⁸⁹ Lo cierto es que la ideología de la distribución de riesgos entre el individuo y la sociedad, como manifiesta Díez Ripollés, es un discurso que “se sirve de la tecnología tecnocrática para ocultar la insolidaridad social que inspira”.⁹⁰

Junto a ello, la sociedad del riesgo señala el extraordinario incremento de las interconexiones causales y los ámbitos de acción individual han dado paso a contextos de carácter colectivo. Los sujetos en la organización son intercambiables y su contribución personal es tan reducida en relación con el conjunto que resulta una menor sensación de responsabilidad, pues las consecuencias son producto de la acumulación de múltiples factores.⁹¹ Ello da lugar a que la asunción individual de responsabilidad se diluya en el conjunto de aportaciones, llegándose incluso a afirmar que las estructuras complejas de producción dan lugar a una irresponsabilidad organizada. De tal manera que, generalmente que el peligro no permite vincular causalmente el daño, estableciendo imputaciones oportunas, a las acciones de individuos responsables, ya que a la falta de previsión de su aparición, se añade la realidad de unas actividades generadoras de riesgos que se entrecruzan unas con otras. El resultado es que

el control del riesgo no sólo escapa al dominio sino que tampoco está claro quién detenta dicho dominio. Ello plantea que se consideren ineludibles criterios de distribución de riesgos, que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad. En suma, la irresponsabilidad organizada se esconde hoy tras la complejidad.

En este contexto, y bajo el slogan de aseguramiento del futuro,⁹² se adelanta la intervención punitiva. Se emplea la técnica de los delitos de peligro abstracto como una reacción frente a las inseguridades de orientación social ante las innovaciones, el aumento de la complejidad, los cambios estructurales, las transformaciones tanto en el ámbito económico como tecnológico.⁹³ En ellos, la prohibición no se basa en su conocida capacidad para producir daños, sino simplemente en la sospecha, no confirmada por los conocimientos empíricos, de que pueden acarrear consecuencias indeseables. El reproche penal se basa en la realización de determinados comportamientos sin cerciorarse, mediante procedimientos pertinentes, de que son nocivos. Cuando la finalidad que justifica al Derecho penal difícilmente puede ser afirmada desde el subjetivismo epistemológico y el relativismo axiológico, ni experimentada desde teorías y paradigmas que no pueden refutarse, pero tampoco pueden verificarse.⁹⁴ El Derecho penal ya no pretende prevenir y evitar lesiones al bien jurídico, sino que asume la tarea en el sistema de aseguramiento y previsión estatal de la existencia.⁹⁵

En esta línea, se propone una política de tolerancia cero ante cualquier conducta delictiva, sin analizar las consecuencias o circunstancias que pueda generar ésta, de tal manera que los programas de los políticos en sus plataformas electorales ofrecen una serie de medidas con el fin de brindar seguridad a los ciudadanos, medidas que van desde el aumento de las

⁸⁸ Rivera Beiras/Nicolás Lazo, “La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política europea”, en *Política criminal y sistema penal* (coord., Rivero Beiras), Anthropos, 2005, p. 234.

⁸⁹ En este sentido, *vid.*, Quintero Olivares, “Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* (Arroyo/Neumann/Nieto coord.), Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 241.

⁹⁰ Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Derecho penal y política transnacional* (coords. Bacigalupo/Cancio Meliá), Atelier, 2005, p. 261.

⁹¹ Sellmann, “Societat de risc i drec penal”, *Iuris*, en *Quaderns de política Jurídica*, 1, p. 273.

⁹² Sobre la necesidad del aseguramiento del futuro, *vid.*, Stratenwerth, G., “Zukunftssicherung mit der Mitteln des Strafrechts?”, en *ZStW*, 105, 1993, pp. 679 y ss., mostrándose optimista respecto a la intervención penal, incluso abogando por una amplia adaptación a las necesidades en este ámbito.

⁹³ Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit un strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1990, p. 54.

⁹⁴ *Id.*, en este sentido, Bueno Arús, *La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Cuadernos Civitas, 2003, p. 19.

⁹⁵ Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit un strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1990, p. 87.

penas, el cumplimiento total de las penas privativas de libertad, y fundamentalmente las restricciones de las garantías penales y procesales en general. Cuando, como ha manifestado Maqueda Abreu, “la crítica generaliza frente a ésta y otras medidas de exasperación punitiva, es la de su ineficacia [sic]. La investigación criminológica ha demostrado que el endurecimiento de las penas no reduce las tasas de criminalidad ni, por tanto, garantiza la mejor seguridad de las personas. Además, hay que contar con el elevadísimo coste que estas políticas de seguridad representan para el sistema de garantías de nuestros Estados de Derecho”.⁹⁶ En fin, una tendencia en lo que se ha dado en llamar “el populismo antigarantista” en donde cualquier derecho fundamental queda reducido a un mínimo, en pos de la eficiencia del poder represivo del Estado de Derecho con el fin expreso o no de calmar a la opinión pública y su idea ancestral de venganza. Es la actualización de la vieja tensión entre eficacia y garantía que siempre ha caracterizado al Derecho penal. Hoy, la eficacia se presenta bajo la reiterada referencia del no olvido de las víctimas del delito, pero con el coste del olvido de que el Derecho penal es el Derecho que plasma las garantías del ciudadano que delinque, pero que continúa siendo ciudadano.

En parte este factor expansivo aparece como consecuencia de la identificación social con las víctimas (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo), convirtiéndose la ley penal también en “Magna Carta de la víctima”. A ello han contribuido de forma significativa las asociaciones u ONGs, denominadas por algún autor como “gestores atípicos de la moral”.⁹⁷ Éstas actúan como lobbies de presión frente a los gobiernos, pero también sensibilizan a la opinión pública sobre determinadas situaciones que hasta el momento de forma interesada se mantienen invisibles. Si bien estas situaciones se visibilizan, en la medida en que interese políticamente, porque no conviene obviar que las víctimas lo que suelen reivindicar es mayor eficiencia en la aplicación del Derecho, o en la reparación de los efectos del delito.

Otro de los factores que han ayudado a la proliferación de este fenómeno expansivo, ha sido la ten-

dencia básica del Consejo europeo, pero también de la Comisión y el Parlamento, es claramente punitiva. Parece que únicamente se trata de armonización “extensiva”, de incriminación, de llenar lagunas en torno a punibilidad y aumento de los marcos de punibilidad. Sobre descriminalización o de alternativas al Derecho penal se discute poco, al día de hoy sólo ha servido para despenalizar conductas que limitaban la libre circulación de mercancías y capitales. La crítica penal es escasa, frecuentemente se realiza persiguiendo intereses nacionales y hasta meramente empresariales, lo que refleja el espíritu de las sociedades europeas y el incremento de un pensamiento dirigido al aumento de la incriminación. No se puede desconocer que la política criminal europea se concentra en interesantes ámbitos “modernos”.

A pesar de todo, en el ámbito europeo, lo que parece mucho más preocupante, es justo el efecto contrario de desregular, promovido a nivel europeo por el “soberano privado supraestatal difuso” titular del poder de hecho y nacido no del acuerdo entre Estados ni de la voluntad general democráticamente manifestada, sino de la conjunción de grandes compañías transnacionales y de los conglomerados financieros, eso sí son verdaderos lobbies.⁹⁸ De tal manera que, respecto a determinados conflictos sociales económicos, realmente no existe una expansión del Derecho penal sino más bien una desregulación programada,⁹⁹ el caos de la no regulación. En este ámbito, el principal problema radica en el mal funcionamiento de otras instancias previas del control social al Derecho penal, en la inadecuada regulación y sobre todo en la ausencia de las políticas sociales o de prevención más costosas, propias del Estado de bienestar. Donde realmente ha habido una expansión a través del incremento de figuras delictivas o de leyes especiales, la ampliación de sus ámbitos de aplicación y una agravación punitiva ha sido de nuevo respecto a los delitos cometidos por la delincuencia tradicional, de criminalidad callejera, funcionalizando precisamente también el concepto de riesgo y dando lugar a que el Derecho penal se profile como un Derecho penal de la seguridad.

⁹⁶ Maqueda Abreu, “Crítica a la reforma penal anunciada”, en *JpD*, núm. 47, 2003, p. 10.

⁹⁷ Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op.cit., pp. 66 y ss.

⁹⁸ En este sentido, *vid.*, Terradillos Basoco, “Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico”, en *Temas de Derecho penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico* (coord. Terradillos/Acale), Trotta, 2004, p. 223.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 234 y ss.

Pues bien, el principal problema de esta ampliación punitiva, la cual sería ostensible en el Derecho penal del peligro, es que se realice sin límites (sin determinar claramente los ámbitos), o controles, criminalizando la mera sospecha, afectando a la certeza, la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley, los principios de responsabilidad personal de la propia culpabilidad, de proporcionalidad y, por supuesto, la presunción de inocencia para permitir cuando sea útil la inversión de la carga de la prueba. Sin que, además, se consigan los objetivos propuestos.

Con carácter general, se puede afirmar que el fenómeno expansivo no sólo se ha traducido en un incremento continuado de comportamientos que se elevan a la categoría de delito, sino que ha dado paso a un nuevo modelo de política criminal que parece contradecir los principios programáticos que deben orientar la actividad legislativa en el campo penal. Así, unido a la flexibilidad de los criterios dogmáticos de imputación (por ejemplo, los relativos a la relación de causalidad, a la imputación objetiva de la conducta y el resultado, a la imputación subjetiva, o a la relación de autoría), existe una flexibilización de las garantías político-criminales materiales y procesales (por ejemplo, el principio de legalidad penal y procesal, la progresiva importancia de los acuerdos entre las partes en el proceso y la disminución de las formalidades del mismo, el principio de taxatividad en la elaboración de los tipos penales, el principio de irretroactividad de las disposiciones perjudiciales para el reo, el principio de prohibición de analogía in malam partem o el principio de culpabilidad).

IV. El Derecho penal del enemigo y la radicalización de la cultura preventiva frente al terrorismo

Una vez analizado cómo la reconstrucción del valor seguridad, cómo axioma político a la vez que cómo valor prioritario y cómo idea desprovista de sus dimensiones “materiales”, se inscribe en una semán-

tica que anuncia un mundo descrito y percibido como riesgo. Además, debe tenerse en cuenta que los miedos existen previamente en nuestra sociedad y que son las instituciones públicas y los medios de comunicación no solamente los que les dan relevancia, sino que en ocasiones también los manipulan y rentabilizan.¹⁰⁰ Es innegable que el fenómeno del terrorismo internacional, y en particular la terrible masacre del 11-S de 2001, ha puesto en crisis la ilusión de seguridad e invulnerabilidad del llamado primer mundo. De esta manera, el miedo, entendido en este caso como el sentimiento de vulnerabilidad, se ha convertido en un condicionante importante de las políticas de seguridad, siendo utilizado tras el atentado para la creación de un enemigo con el objetivo de eliminar toda resistencia a la estrategia de las posiciones dominantes.¹⁰¹

Por ello, la política criminal frente al fenómeno del terrorismo está cada vez más ideologizada en la lucha contra quienes, ya a priori, son considerados enemigos del Estado. Esto ha ocasionado que en numerosos Estados aparezcan normas, la mayoría de carácter penal, cuyo fin último es incrementar la eficacia de la lucha frente al terrorismo y cuya característica principal es la minimización de las garantías y derechos fundamentales que tradicionalmente han informado los procesos penales en los Estados democráticos. Así, frente a esta delincuencia que hace peligrar, desestabiliza y lesiona los bienes de las personas, los cimientos del Estado y las estructuras democráticas, los Estados han tendido a estirar los límites de la democracia hasta el punto de convertir las leyes antiterroristas en auténticos laboratorios donde distintas normas penales y procesales han puesto a prueba la resistencia de los principios y garantías que rigen en el llamado Estado social y democrático de Derecho.¹⁰²

Como acertadamente afirma Brandariz García, “el riesgo de amenaza, generalmente en forma de enemigo, es presentado, y vivido como una emergencia, como un peligro ante el que hay que responder de forma urgente y excepcional”.¹⁰³ Esto incentiva la aceptación social de respuestas que desconocen los límites jurídicos previamente alcanzados, como entendemos

¹⁰⁰ En este sentido, *vid.*, Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2001.

¹⁰¹ *Vid.*, entre otros, Portilla Contreras, “Represión legal del enemigo tras el 11 de septiembre de 2001”, en *Mientras tanto*, núm. 83, 2002, pp. 83 y ss.

¹⁰² *Vid.*, más ampliamente, Pérez Cepeda, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno, op. cit.*, pp. 165 y ss.

¹⁰³ Brandariz García, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en *Nuevos retos del Derecho penal de la globalización* (dir. Faraldo Cabana), Valencia, 2004, p. 59.

es el caso, por ejemplo, de la negación de estatuto jurídico a los prisioneros hasta estos momentos recluidos en Guantánamo o de la drástica disminución de las garantías procesales de los extranjeros —que durante siglos han atraído a millones de personas a los EEUU— tras la aprobación de la *USA Patriot Act*.¹⁰⁴

Los Estados han intentado tradicionalmente justificar esta intervención penal excepcional alegando la aparente debilidad de la democracia frente al fenómeno del terrorismo y la necesidad de autodefensa frente a quien pretende su destrucción. Sin embargo, ha surgido recientemente desde la dogmática penal una tesis doctrinal que puede convertirse en un auténtico paraguas legitimador del modelo político-legislativo que se ha venido utilizado frente al terrorismo.¹⁰⁵ Nos estamos refiriendo a la tesis del “Derecho penal del enemigo” propuesta y defendida por Jakobs,¹⁰⁶ para quien contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es necesario acudir a un “Derecho penal del enemigo, guerra refrenada”.¹⁰⁷ De acuerdo con esta doctrina, el legislador actúa previniendo, atacando a un sujeto peligroso antes de que cometa el hecho, buscando como único interés la pretendida seguridad de los ciudadanos.¹⁰⁸ El acusado se transforma en no-persona por haber abandonado el Derecho, aunque no sea de modo permanente.¹⁰⁹ En esta lógica, ciertamente dia-

bólica, no debe darse la libertad, es decir las garantías vinculadas a la condición de persona, a los enemigos de la libertad.

Así, se alega que el destinatario del control no presenta ya meras conductas socialmente desviadas, sino que comete auténticos actos de guerra. De ahí que todo individuo que no admite su acceso a un estado de ciudadanía no pueda participar de los beneficios del concepto de persona, lo que conduce a cuestionar la reacción penal frente al terrorista que rechaza el principio de la legitimidad del ordenamiento jurídico y que persigue la destrucción del orden establecido por él mismo. Dado que el terrorista no ofrece una expectativa de conducta personal, la categoría de delito referida a las personas resulta inadecuada. En consecuencia, si no se quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho, “debería llamarse Derecho penal del enemigo a lo que haya que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir”.¹¹⁰

Puede constatarse, cómo desde la doctrina penal se han alzado voces en favor de aplicar el llamado Derecho penal del enemigo en la lucha contra el terrorismo, lo que no significa tanto “civilizar” el Derecho penal, cuanto desformalizarlo y despojarlo de garantías y principios que, se dice, dificultan el castigo de

¹⁰⁴ El 26 de octubre de 2001 se aprobó la *USA Patriot Act* que fortaleció los poderes de policía sobre la sociedad civil. Bajo esta ley: a) toda delegación facultada puede entrar secretamente en cualquier casa o negocio, recoger elementos de prueba, no informar al inquilino de la entrada y registro y utilizar posteriormente los elementos de prueba así recogidos para ejercitar la acción penal contra el mismo; b) cualquier agente de policía tiene el poder de monitorear el tráfico de Internet y los correos electrónicos, así como de interceptar los teléfonos celulares de millones de “sospechosos”; c) cualquier agencia de policía federal puede invadir cualquier local comercial y confiscar todos los registros sobre la base de que ese procedimiento está “conectado” con una investigación sobre terrorismo. La *USA Patriot Act* también permite detener a personas sin comunicarles el título de imputación, ni designarles abogado, ni dar cuenta de su paradero, ni fijar un límite temporal para esta situación tan precaria.

Por su parte, el 13 de noviembre de 2001, el presidente Bush emitió la *Military Order* que faculta al gobierno de los EEUU a arrestar a “no-ciudadanos” de quienes se tengan “razones para creer” que son terroristas a los efectos de que puedan ser procesados por un tribunal militar. Los juicios son secretos y los fiscales no están obligados a presentar pruebas si esto es “en pos de los intereses de la seguridad nacional”. Estas medidas han motivado que el debate sobre la tensión inherente entre seguridad y libertades civiles esté más vivo que nunca. Surgiendo cuestiones como: ¿hasta qué punto la necesidad de impedir nuevos atentados terroristas y nuevas víctimas justifica la erosión de ciertas libertades civiles fundamentales? O, dicho de otra manera, ¿hasta qué punto la necesidad de proteger las libertades civiles básicas, que son el rasgo distintivo de la democracia y que durante siglos han atraído a millones de personas a los EEUU, justifica renunciar a medidas antiterroristas adicionales? *Vid.*, Vervaele, “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: *inter arma silent leges*”, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 14, 2005, pp. 116 y ss.

¹⁰⁵ *Vid.*, más ampliamente, Pérez Cepeda, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, op. cit., pp. 165 y ss.

¹⁰⁶ Esta teoría se encuentra ampliamente expuesta por Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006. *Vid.* críticamente Miró Llinares, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”, op. cit., p. 188.

¹⁰⁷ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 43.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ Como críticamente señala Ladrove Díaz, *El nuevo Derecho penal*, 2009, p. 44, “Nadie puede ser definido, ni siquiera de forma transitoria, como ‘no persona’ y nadie puede ser perseguido mediante un ‘no-Derecho’, o sea, mediante una reacción defensiva frente a sujetos ‘excluidos’”.

¹¹⁰ Al respecto, *vid.*, más ampliamente, Jakobs, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, pp. 57 y ss.

ese tipo de criminalidad. El Derecho penal del enemigo se caracteriza por: (i) una amplia anticipación de la tutela penal en cuanto a la definición de las conductas punibles (esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado al hecho venidero, formulando delitos de sospecha y apoyándose en estructuras de peligrosidad sin necesidad de exteriorización de una conducta delictiva) que llega al punto de castigar en ocasiones conductas de contenido simbólico en lugar de hechos; (ii) el no respeto al principio de proporcionalidad (ya sea por sancionar de igual modo los actos preparatorios que los consumados, ya sea por agravar las penas de los delitos clásicos cuando se cometan por sociedades criminales); y (iii) la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales,¹¹¹ entre las que destaca el cuestionamiento de la presunción de inocencia porque se opone a la exigencia de verdad en el procedimiento penal, la reducción de las exigencias de admisibilidad de la prueba, la extensión del alcance de la intervención de las comunicaciones y de la investigación bajo secreto de sumario, la eliminación del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, la ampliación de los plazos de detención oficial con fines supuestamente investigadores e, incluso, la reivindicación en el plano teórico de la tortura.¹¹² Aparecen así la disminución de las garantías del acusado en el proceso penal, la creación de nuevas figuras delictivas de márgenes poco precisos y la exasperación de los marcos punitivos de las infracciones ya existentes en la legislación penal, como notas distintivas del moderno Derecho penal y procesal penal en la lucha emprendida contra la delincuencia organizada en general, y contra el terrorismo, como forma particularmente grave de la actividad criminal organizada.¹¹³

Siguiendo esta tendencia, las legislaciones contra el terrorismo de numerosos países occidentales comparten una cierta anticipación en la intervención penal, la tipificación de comportamientos como la

pertenencia o colaboración con banda armada, la sanción de actos preparatorios y la utilización de términos vagos y ambiguos a través de los que se prima más la eficacia que el respeto a los principios de legalidad y seguridad jurídica. Además, en el Derecho penal español en particular se castiga la apología de aquellos actos definidos como terrorismo, y se prevé un sistema excepcional de aplicación de penas y beneficios penitenciarios (aunque, paradójicamente, se establece para los delitos de terrorismo la posibilidad de una importante atenuación de la pena como premio por el abandono de las actividades delictivas si se colabora en el descubrimiento o la evitación de otros delitos).¹¹⁴

Se trata, en definitiva, de un Derecho penal *ad hoc* para la lucha contra el terrorismo, que frente a las dudas de legitimidad que presenta opone criterios de necesidad y eficacia, justificando su excepcionalidad en el carácter desestabilizador que este fenómeno genera en el sistema político. De esta manera, además de adoptarse un modelo de emergencia basado en el tratamiento del terrorista como un enemigo a batir, la política-criminal se ha liberado sin complejos de los principios garantistas en el Derecho penal sustantivo que dominaron el panorama político-criminal y dogmático durante buena parte del siglo XX en Europa. Parece como si no importara nada que la eficacia en la represión pueda comportar la pérdida de eficacia del pacto social y las libertades.¹¹⁵

A lo que hay que añadir la tendencia a extender las limitaciones en el contenido de derechos humanos fundamentales más allá del fenómeno del terrorismo a otros fenómenos relacionados con la criminalidad organizada que, a pesar de no ser dominados por grupos complejos y estructurados, pueden propasar los confines de la micro-criminalidad. Con ello se acentúa el riesgo de que la legislación dirigida específicamente al terrorismo se transforme en un caballo de Troya

¹¹¹ Cancio Meliá, “‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en *JpD*, núm. 40, 2002, p. 21.

¹¹² Vid. Gracia Martín, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Revista General de Penal*, 2004, IUSTEL, www.iustel.com. Como ha señalado Pérez del Valle, “Sobre los orígenes del Derecho penal del enemigo, algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau”, en *CPC*, núm. 75, 2001, pp. 609 y ss, estas medidas son consecuentes con la doctrina del Derecho penal del enemigo, puesto que el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una norma sino la venganza, en un estado de guerra no son necesarias las garantías.

¹¹³ Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en *Nuevos retos del Derecho penal de la globalización* (ed. Faraldo Cabana), Valencia, 2004, pp. 302 y ss.

¹¹⁴ Vid., más ampliamente, Pérez Cepeda, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, op. cit., pp. 165 y ss.

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 94 y ss.

capaz de anular los principios del Derecho penal liberal puesto que se trataría de una realización tanto más difícil de combatir por cuanto inesperada, al provenir no de las figuras tradicionales del legislador o de la magistratura penal sino de una reconstrucción del fenómeno excesivamente ampliada.¹¹⁶

La amenaza del terrorismo es además utilizada para crear nuevos poderes al servicio del Estado y limitar el contenido de los derechos de los ciudadanos, lo que según Jakobs estamos obligados a aceptar puesto que “quien incluye al enemigo en el concepto de delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos de ‘guerra’ y ‘proceso penal’”.¹¹⁷ Así, en numerosos Estados de nuestro entorno se crean tribunales especiales para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, se prolongan los tiempos de detención policial, se limita la elección de asistencia letrada, se limita el alcance de las comunicaciones del detenido o se amplían las competencias policiales en la práctica de ciertas diligencias de investigación. De esta manera, se minimizan, particularmente durante la fase de investigación, las garantías procesales derivadas de los derechos fundamentales a la libertad y a la tutela judicial efectiva que son aplicables en la lucha frente al enemigo, lo que se acompaña de la debilitación de otros derechos y libertades fundamentales (intimidad, libertad de expresión, libertad de movimientos, propiedad, etc.), y todo ello en aras de facilitar las tareas de los cuerpos de seguridad del Estado y de los servicios de inteligencia.¹¹⁸

Ejemplo paradigmático a este respecto es la *USA Patriot Act* que, entre otras cosas, suprime cualquier trámite judicial para practicar diligencias de investigación tales como allanamientos, escuchas telefónicas y controles de la correspondencia postal y de las comunicaciones vía internet.¹¹⁹ Además, se han creado nuevas obligaciones para los servidores de internet, autoridades tributarias, agencias de viajes y aerolíneas (por poner sólo algunos ejemplos) tenden-

tes a permitir el acceso a los servicios de inteligencia y a los cuerpos de seguridad del Estado a todo tipo de datos, a priori, privados. A lo que hay que añadir, que el personal militar se encuentra autorizado para mantener en situación de detención a sospechosos y para llevar a cabo investigaciones cuando exista peligro para la vida humana y las autoridades civiles no se hallen en condiciones de cumplir con sus obligaciones.

Por otra parte, el terrorismo internacional se representa hoy como una causa de inseguridad que, a diferencia de los conflictos armados tradicionales en los que la amenaza emanaba de otro Estado, es provocada por una organización deslocalizada, un enemigo ubicuo e invisible.¹²⁰ De ahí que la nueva imagen del enemigo está difuminando los contornos de lo interno y lo externo, cuya delimitación precisa es uno de los pilares sobre los que el Estado-nación se ha constituido y ha desarrollado sus funciones.¹²¹ Nos encontramos, además ahora, ante un concepto de enemigo de una gran maleabilidad, y por tanto de mayor funcionalidad. En este nuevo formato, el sujeto-enemigo se transforma en una emancipación de peligro, un riesgo para la seguridad, y, en virtud de ello, en enemigo del ordenamiento jurídico. Esta potencial peligrosidad se conjura mediante una legislación penal preventiva.¹²² La percepción del nuevo peligro ha supuesto, en términos generales, una radicalización de la cultura preventiva que ha impregnado las políticas de seguridad en las últimas décadas, aplicada tanto a la filosofía del control interno (favoreciendo su flexibilización) como a un nuevo concepto de guerra (preventiva), bajo el argumento de la mayor eficiencia en la prevención del riesgo. El concepto de “grupo de riesgo” adquiere entonces una elasticidad casi infinita —es el renacimiento de la filosofía de la sospecha—, pero donde el principal objetivo son, sin duda, los extranjeros islámicos. Se trata de una redefinición de la teoría del enemigo tal y como la concibiera Carl Schmitt, a pe-

¹¹⁶ Militello, “Una experiencia comparativa: el proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada”, en *Derecho penal ante la globalización* (ed. Zúñiga/Méndez/Diego), Colex, 2002, p. 40.

¹¹⁷ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 42.

¹¹⁸ *Vid.*, más ampliamente, Pérez Cepeda, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, op. cit., pp. 165 y ss.

¹¹⁹ Recientemente, numerosos congresistas y senadores en Washington muestran su oposición a esta norma en cuanto que no se limita a los supuestos de terrorismo.

¹²⁰ *Vid.*, Bauman, “El eterno retorno de la violencia”, en *Modernidad y violencia colectiva* (ed. Beriain), CIS, Madrid, 2004, p. 82.

¹²¹ *Vid.*, más ampliamente, Pérez Cepeda, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, op. cit., pp. 49 y ss.

¹²² Portilla Contreras, “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en *Mutaciones de Levantón. Legitimación de los nuevos modelos penales* (coord. Guillermo Portilla), Universidad Internacional de Andalucía/Akal, 2005, p. 71.

sar de que éste, curiosamente, rechazara la posibilidad de un “enemigo de la humanidad”, que sin embargo es el argumento de la nueva filosofía de la protección.¹²³

Actualmente, podría recogerse numerosas definiciones y llegaríamos a la conclusión de que, en esta era del terror globalizado, una de las dificultades más grandes al tratar el fenómeno del terrorismo es la falta de consenso a la hora de definir en qué consiste exactamente el mismo. Incluso, la definición de grupos terroristas en ciertos países se realiza a través de listas o catálogos, elaborados por el Ministro del Interior o de Justicia, sin contar con el Parlamento, unido a leyes antiterroristas. En consecuencia, en este ámbito el control parlamentario y judicial resulta marginal, ya que el poder ejecutivo adopta decisiones básicas sobre qué organizaciones y qué individuos pueden ser considerados terroristas.¹²⁴ En esta línea, las políticas de la Unión Europea han mantenido la técnica de las listas y, con ello, un automatismo arriesgado en la definición de terrorismo internacional,¹²⁵ aceptando además la lógica peligrosista que deriva hacia el Derecho penal de autor. Por el contrario, en otros países, no se han introducido estas listas, pero se deja al sistema judicial la definición de terrorista y de terrorismo a la hora de interpretar elementos de los tipos penales de los delitos cometidos. Lo cierto es que la indefinición permite una utilización oportunista e interesada del término, de hecho hay quien habla de terrorismo como si fuera una marca.

El carácter unilateral y arbitrario de la definición, concreción y atribución de la condición de enemigo a quienes previamente eran ciudadanos por parte de los

gobiernos [sic]. Sobre la base de una presunta falta de seguridad cognitiva (que, dada la vaguedad con la que Jakobs define esta adjetivación, puede devenir no de la realización de injustos típicos sino de su frecuencia o de condiciones cuasi-innatas en el sujeto como la nacionalidad); el Derecho penal del enemigo conlleva que muchas de las restricciones o privaciones de derechos y garantías estén dirigidas contra grupos específicos de la población señalados por los Estados como terroristas-enemigos, tales como los no nacionales, los ideológicamente peligrosos, y en la actualidad los pertenecientes a ciertos grupos civiles, fundamentalmente de tipo religioso, y específicamente islámico.¹²⁶

Así, por ejemplo, esta teoría justificaría que la *USA Patriot Act* recoja una clara regulación discriminatoria entre extranjeros y nacionales, puesto que permite la expulsión o la denegación de entrada en los EEUU a extranjeros sospechosos de pertenecer o colaborar con cualquier organización que apoye públicamente actos de terrorismo, siendo el propio extranjero quien debe probar su inocencia.¹²⁷ Además, la *USA Patriot Act* estipula como obligatoria la detención de cualquier nacional no estadounidense cuando el Fiscal General sospeche que la persona objeto de investigación es terrorista, prevé que cualquier persona extranjera pueda ser detenida hasta siete días sin necesidad de acusación formal por el Fiscal General, y permite que se pueda mantener la detención de forma indefinida en aquellos casos en que no sea posible la expulsión en un futuro razonable de los extranjeros acusados de terrorismo que puedan poner en peligro la seguridad nacional.¹²⁸

¹²³ Beriain, “La dialéctica de la modernidad: las metamorfosis de la violencia colectiva moderna y postmoderna”, en Beriain (ed.), *Modernidad y violencia colectiva*, CIS, Madrid, 2004, p. 125.

¹²⁴ Albrecht, “Respuestas legislativas al 11 de septiembre. Un análisis comparado de la legislación antiterrorista”, en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, coord. por Francisco Bueno Arús, José Luis Guzmán Dalbora, Alfonso Serrano Maíllo, 2006, p. 1150.

¹²⁵ Portilla Contreras, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2007, pp. 203 y ss.

¹²⁶ El gobierno de los EEUU ha detenido a más de 1200 personas, casi todas ellas árabes o musulmanas, en conexión con la investigación de los ataques del 11-S. Solamente una de las personas ha sido acusada de estar envuelta en los crímenes que se investigan. Los juicios se llevan a cabo en secreto y los nombres de los detenidos no se hacen públicos.

¹²⁷ Sección 411 de la Ley de inmigración (reformada por la *USA Patriot Act*).

¹²⁸ Sección 236 de la Ley de inmigración (reformada por la *USA Patriot Act*). La *USA Patriot Act* amplía a siete días el plazo para comunicar los motivos de detención administrativa. El INS ha sustituido este periodo por un plazo razonable, que por lo general es de seis meses, pero el Fiscal General puede ampliar este periodo y, si la seguridad nacional lo exige, puede prorrogarlo diversas veces (Sección 412 *USA Patriot Act*). Como señala, Vervaele, “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: *inter arma silent leges*”, *op. cit.*, p. 131, el Fiscal General y el INS ostentan un poder de detención a largo plazo sin precedentes, sin posibilidad de defensa y sin obligación de declarar expresamente en qué consiste con exactitud la amenaza para la seguridad nacional. El procedimiento se aplica en el periodo anterior a la expulsión, en el periodo sucesivo a la expulsión y durante la propia expulsión. No obstante, el 12 de enero de 2005, el Tribunal Supremo decidió que los “no-ciudadanos” tienen derecho a no ser detenidos por un tiempo indeterminado, concluyendo que la detención sólo estará autorizada si es “razonablemente necesario” para obtener la expulsión. Esto significa que el Gobierno debe encontrar fundados motivos para ello, y de no ser así, el interesado debe ser puesto en libertad.

En el mismo orden de cosas, la doctrina del Derecho penal del enemigo justificaría también que la *Military Order*, dictada por el presidente Bush el 13 de noviembre de 2001, establezca que los tribunales militares son los únicos competentes para juzgar a extranjeros que son o han sido miembros de Al Qaeda por actos cometidos en contra de EEUU o de sus ciudadanos.¹²⁹

La cobertura que la teoría del Derecho penal del enemigo da a este tipo de medidas se produce a pesar de que las mismas conllevan una exclusión de la condición de ciudadano que el Estado realiza unilateral y discriminatoriamente, no sobre la base del carácter peligroso del ciudadano como quisiera pensar Jakobs, sino simplemente por el origen no nacional del mismo.¹³⁰

Es importante recordar que esta tendencia no es nueva puesto que la criminalización de los extranjeros enemigos, así como el perverso concepto de la investigación preventiva en el marco de la justicia, se fundamenta en postulados de los años 20 y 30, defendidos por Mezger,¹³¹ en los que el Derecho penal objetiviza algunas categorías de ciudadanos en base a la raza, a la fe religiosa, a la ideología o a la nacionalidad y no asume ninguna relevancia si el Derecho penal interviene *post o ante delictum*.

Además, a pesar de que en España somos conscientes de que el Derecho penal del enemigo no es un fenómeno que pueda entenderse nacido a la luz de las leyes antiterroristas surgidas tras el 11-S,¹³² sino que existe desde hace muchos años como un modelo de intervención penal utilizado por el Estado frente al terrorismo para tratar de aparecer ante la sociedad como inflexible frente a las ofensivas del terrorismo,¹³³ únicamente después del 11-S podría hablarse

de una expansión y normalización de la excepcionalidad democrática.

Esta normalización se demuestra con varios datos significativos: por una parte el que se realicen limitaciones a los derechos fundamentales propias de los Estados de emergencia, pero no a través de cambios constitucionales sino mediante leyes ordinarias o, incluso, decretos leyes u órdenes dictadas por el Ejecutivo;¹³⁴ por otra parte el que, aún tratándose de normas que por sus medidas excepcionales nacen aparentemente con una limitación temporal, las mismas acaban convirtiéndose en la forma de tratamiento general del terrorismo y no en un recurso extraordinario relacionado con una crisis momentánea del Estado.

De manera tal que si bien en los Estados democráticos la excepcionalidad siempre ha ido unida a las ideas de transitoriedad, en la actualidad no están limitadas en el tiempo, ni gozan de las garantías de un control judicial que mantenga en vigor real el principio de separación de poderes, ni buscan realmente la normalidad sino que, más bien, pretenden instaurar una excepcionalidad normalizada. Esto permite a los Estados utilizar la ideología de la normalidad para considerar la intervención frente a fenómenos criminales como el terrorismo, no como algo excepcional, sino como una aplicación ordinaria de las posibilidades que brinda la Ley penal para actuar frente a la delincuencia, y así negar la excepcionalidad democrática y la situación de emergencia que, en caso de ser afirmada, llevaría a la aplicación del Derecho de excepción.¹³⁵ Con ello se cae en el peligroso error de admitir que desde la normalidad democrática es imposible luchar contra las amenazas del fenómeno del terrorismo (y en particular del terrorismo internacional), y que el Derecho penal del ciudadano

¹²⁹ Este decreto estipula que el presidente será la única autoridad competente para formular cargos en contra de los sospechosos y que las actuaciones de dichos tribunales no serán recurribles ni ante un tribunal ordinario federal o estatal, ni tampoco ante un tribunal internacional. *Vid.*, con referencias al respecto, González Cussac, “El Derecho penal frente al terrorismo: cuestiones y perspectivas”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio* (coord. Gómez Colomer/González Cussac), Valencia, 2006, pp. 57 y ss.

¹³⁰ Miró Llinares, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”, *op. cit.*, p. 210 (nota 84).

¹³¹ Mezger, “Die Straftat als Ganzes”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57, 1938, p. 689.

¹³² Gracia Martín, “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo”, en *Homenaje al Profesor Dr. González Rodríguez Mourullo*, Thomson, Civitas, 2004, pp. 447 y ss.

¹³³ Hace años, Gómez Benítez, “Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo”, en *II Jornadas de Derecho penal, Colegio Universitario de Toledo*, Toledo, 1984, p. 45, ya señalaba “el terrorismo está ganando su batalla en este terreno, ya que su batalla no es otra que la de generar y estimular tendencias de inflexible autoritarismo en nuestros poderes públicos y en la sociedad, conseguir recortar las reglas del juego democrático, justificar, en definitiva, la limitación de los derechos y libertades públicas y, por tanto, convertir en excepcional el normal funcionamiento del Estado de Derecho”.

¹³⁴ La confusión entre los actos del poder ejecutivo y los del poder legislativo es una característica esencial de los estados de emergencia, y conlleva necesariamente una expansión del poder Ejecutivo a costa de crear un desequilibrio entre los tres poderes del Estado.

¹³⁵ *Vid.*, más ampliamente, Pérez Cepeda, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

es inútil frente al mismo, reconociendo, lo que constituye en última instancia la aceptación por el Estado de su impotencia o derrota frente a dicho fenómeno, que persigue precisamente la quiebra del Estado de Derecho.¹³⁶

Sin embargo, no podemos olvidar que los derechos fundamentales, y en especial el principio de igualdad, constituyen la esencia de la idea de la democracia y los pilares sobre los que se levanta el Estado de Derecho.¹³⁷ Así, en un Estado democrático la búsqueda de la seguridad de los ciudadanos no puede entenderse nunca como legítima si se realiza a costa de la libertad o de los derechos humanos básicos de algunos de ellos, de manera que condiciones de los ciudadanos como la ideología, las creencias religiosas o la nacionalidad no pueden ser nunca parámetros para la limitación de sus derechos fundamentales. Y es precisamente a este resultado al que nos lleva la tesis de que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho de las demás personas a la seguridad.

En realidad, la legislación contra el terrorismo, fundamentada en el Derecho penal del enemigo, se basa en la voluntad de proteger y reforzar la seguridad de los ciudadanos frente al fenómeno del terrorismo, determinando que la tutela de las libertades civiles está sometida a la misma. Con ello la seguridad adquiere un valor supremo al que todo comportamiento debe supeditarse, de manera que sirve de fundamento para justificar y legitimar la adopción de técnicas penales excepcionales en el ámbito de la seguridad ciudadana (provocando incluso que surjan corrientes como la tolerancia cero) cuando se trata ésta de una

materia genuina del derecho de policía y de las contravenciones administrativas.¹³⁸

Se trata, en definitiva, de una nueva aplicación de la antigua “doctrina de la seguridad nacional” como una guerra permanente contra enemigos pequeños e invisibles,¹³⁹ que reconoce un papel prioritario y esencial al poder penal estatal como consecuencia de la inseguridad en la convivencia social. En este sentido, el delito terrorista, como afirmó Bustos Ramírez,¹⁴⁰ “surge desde el poder penal estatal y no del Derecho penal”. Y el Derecho se convierte en puro Derecho de Estado, en el que el Derecho sirve para expandir y conservar el poder del Estado mediante el aseguramiento del dominio sobre un territorio y su población.¹⁴¹

Ahora bien, como afirma Zaffaroni,¹⁴² el discurso bélico aplicado al poder punitivo lleva a: (i) incentivar el antagonismo entre los débiles; (ii) impedir el acuerdo entre ellos; (iii) aumentar la incomunicación entre los distintos sectores sociales; (iv) potenciar los miedos, las desconfianzas y los perjuicios; (v) devaluar los discursos de respeto a la dignidad y a la vida; (vi) dificultar la alternativa de solucionar realmente los conflictos; (vii) desacreditar los discursos limitadores de la violencia; (viii) convertir en cómplices de los delinquentes a los críticos del abuso de poder; y (ix) habilitar igual o mayor violencia para acabar con la violencia.

Por ello se puede ver en las respuestas estatales tras el 11-S una auténtica crisis de las democracias en la que el nuevo contexto internacional¹⁴³ está siendo utilizado para justificar una vuelta a ciertos procedimientos no sólo comúnmente rechazados por el Derecho penal, sino también contradictorios con los principios y derechos estructuralmente necesarios para hablar de un Estado Democrático de Derecho.¹⁴⁴

¹³⁶ Gómez Benítez, “Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo”, *op. cit.*, p. 46.

¹³⁷ González Cussac, “El Derecho penal frente al terrorismo: cuestiones y perspectivas”, en *II Jornadas de Derecho penal, Colegio Universitario de Toledo*, Toledo, 1984, pp. 57 y ss.

¹³⁸ En esta línea, aunque defiende la idea de seguridad como derecho humano, Kindhäuser, “Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Dtrafrechts in der Risikogesellschaft”, en *Universitas*, 1992, p. 229.

¹³⁹ Parece como afirma Anitua, “Seguridad insegura, el concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico”, en *RGDP*, núm. 5, 2006, p. 13, que “de la misma forma que la guerra al terrorismo justifica que el Estado sea terrorista, la guerra al delito permite que el Estado sea criminal”.

¹⁴⁰ Bustos Ramírez, “Inseguridad y la lucha contra el terrorismo”, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo, “cedant arma togae”* (eds. Losano/Muñoz Conde), Valencia, 2004, p. 407.

¹⁴¹ *Vid.*, al respecto, Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, en *Estudios penales en Recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2003.

¹⁴² Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 17.

¹⁴³ Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo, “cedant arma togae”* (eds. Losano/Muñoz Conde), Valencia, 2004, p. 162.

¹⁴⁴ Miró Llinares, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”, *op. cit.*, p. 212.

Hay que subrayar que esta legislación excepcional contiene en realidad un buen número de normas meramente simbólicas cuya eficacia es sólo aparente. Se trata en definitiva más de una respuesta política al fenómeno del terrorismo que de un conjunto de medidas que pretenden incrementar la eficacia de la norma penal. Sin embargo, ni la legislación excepcional ni las guerras preventivas, se han demostrado capaces de combatir el terrorismo.¹⁴⁵ Por ello, la limitación de los derechos fundamentales que comporta esta legislación suele ser innecesaria.¹⁴⁶ A lo que hay que añadir la inseguridad generada por la misma, puesto que dicha legislación desmonta los límites al ejercicio del poder estatal (y no olvidemos que la idea de seguridad no nace del poder estatal en sí, sino precisamente de los límites al ejercicio de dicho poder) sobre la base de un concepto abierto en expansión como es el de “enemigo”, creando así un peligro demasiado elevado para aquello mismo que se dice querer defender: los principios básicos de la convivencia social en un Estado Democrático de Derecho.¹⁴⁷

V. Conclusiones

En estas páginas se pone de manifiesto cómo en el Derecho penal la postmodernidad exhibe simultáneamente dos caras opuestas. En una de ellas, el sujeto sólo responde por la lesión del valor tutelado, la pena adquiere funciones preventivas y no se interrumpen las garantías constitucionales. En la otra, por el contrario, el sujeto aparece como emancipación de peligro, como un riesgo para la seguridad del Estado.

Hablamos entonces de un singular Derecho penal de excepción cuyo fin es combatir peligros, esencialmente, a través de las medidas de seguridad; un Derecho en el que no se estima tanto la acción como el riesgo potencial para la seguridad y en el que se restringen determinados Derechos fundamentales por su supuesta traba a la razón de Estado.¹⁴⁸ Estos argumentos sirven de legitimación, de nuevo, para la expansión y el recrudecimiento de las medidas de control.¹⁴⁹ En otras palabras, se legitima la creación de un Derecho penal en el que rige no la evitación de resultados lesivos, sino la persecución de la condición de autor, de la maldad y de los enemigos del ordenamiento jurídico.¹⁵⁰ En este contexto se produce una transformación autoritaria del Derecho, donde la crisis y la excepcionalidad legislativa van estrechamente unidas y donde es posible percibir una politización de los derechos penales.¹⁵¹ Esto ha quedado claramente puesto de manifiesto en la legislación excepcional, que ha justificado en los países occidentales la creación de cuerpos especiales de policía, de jurisdicciones singulares y de cárceles de máxima seguridad.

Por otra parte, el Derecho penal pretende abarcar la aparición de nuevos riesgos, implícitos en los avances tecnológicos, que caracterizan a las sociedades modernas, con el fin de evitar que se conviertan en situaciones concretas de peligro para bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.¹⁵² Estos nuevos riesgos son característicos de la sociedad postindustrial del Estado del bienestar, ante los cuales la sociedad se configura como de clases pasivas, al restringir las esferas de actuación arriesgada y mostrar una resistencia

¹⁴⁵ Como tampoco son eficaces los asesinatos selectivos. Estas medidas sólo producen millones de víctimas inocentes. *Vid.*, en este sentido Serrano Piedecabras/Crespo, “Del Estado de derecho al Estado preventivo”, *op. cit.*, p. 34.

¹⁴⁶ Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, *op. cit.*, p. 162.

¹⁴⁷ Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *op. cit.*, p. 316.

¹⁴⁸ Portilla Contreras, “Prólogo”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales* (coord. Portilla Contreras), Akal, 2005, p. 10.

¹⁴⁹ Como ejemplo normativo de esta tendencia, podemos citar el Proyecto de Ley Orgánica de Defensa Nacional, remitido por el Gobierno español al Congreso en marzo de 2005 (todavía en tramitación al concluir este trabajo), y que propone reconocer, por primera vez en el Estado español desde la aprobación de la Constitución de 1978, la posibilidad de participación por parte de las Fuerzas Armadas en la lucha contra el terrorismo, «ante coyunturas excepcionales y alarmas específicas». Puede consultarse el texto completo en el BOCG núm. A-31-2, del 20 de abril de 2005.

¹⁵⁰ Portilla Contreras, “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, *op. cit.*, p. 71.

¹⁵¹ *Vid.*, Serrano Piedecabras, “Efectos de la crisis del Welfare State en el ordenamiento jurídico penal”, en *Revista General de Derecho penal*, 2005, IUSTEL, www.iustel.com.

¹⁵² Los bienes jurídicos supraindividuales suelen dividirse en dos grandes grupos: a) los bienes jurídicos intermedios, que se configuran como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales, y que, por tanto, pueden reconducirse directamente a un bien jurídico personal; b) los bienes jurídicos institucionales, los cuales comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son auténticos bienes públicos, instituciones esenciales para el desarrollo social basadas en la participación de sus integrantes, y que por ello su lesión es autónoma. De forma similar sigue esta clasificación, *vid.*, Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 299 y ss.

psicológica ante el caso fortuito.¹⁵³ Ante ésta la nueva criminalidad se restringe al ámbito del espacio permitido y el consiguiente incremento de la apreciación de infracciones de deberes de cuidado, los deberes de control, y, consecuentemente, el recurso preferente, con el fin de incrementar la capacidad de respuesta, no sólo de los delitos de peligro abstracto, con lo que se pretende obtener una protección total y sin lagunas frente a las nuevas situaciones de amenaza,¹⁵⁴ sino de otros nuevos, los delitos de acumulación, como instrumentos de lucha contra esta nueva criminalidad.¹⁵⁵ Puede constarse cómo frecuentemente se incriminan comportamientos que se encuentran lejos de los estados previos y posteriores de un daño concreto. No pocas veces se encuentran los ámbitos en cuestión, cargados en gran medida de aspectos políticos y morales. Estas conductas generalmente son designadas como criminalidad de bagatela, en cuanto que su peligrosidad surge únicamente por el denominado efecto de acumulación.

En este contexto, en el ámbito doctrinal se extiende el formalismo jurídico neofuncionalista, cuya finalidad es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado.¹⁵⁶ El Derecho, así entendido, se convierte en puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o la fuerza que controla el poder.¹⁵⁷ Por ende, el ordenamiento jurídico se convierte en puramente tecnocrático funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, cuyos valores tengan la fuerza y el poder para imponerlos, siendo necesario para ello minimizar los derechos fundamentales a través de un

Derecho penal del enemigo que pretende alcanzar su exclusión o inocuización.¹⁵⁸

Con este fin se desarrolla una normativización del concepto de persona, a partir de una construcción comunicativa, y no como sujeto universal de derechos, que ha permitido la separación del Derecho penal en función de la valoración entre las acciones de las personas y de las no personas (enemigos).¹⁵⁹ Surge así, el Derecho penal del enemigo, donde las personas son tratadas como meras fuentes de peligro, que deben ser neutralizadas, se retorna a legislaciones propias de etapas pasadas y oscuras, caracterizadas por su autoritarismo y deshumanización. Desde luego esta construcción termina convirtiendo al ser humano en uno de los subsistemas de la compleja red sistémica diseñada por las corrientes funcionalistas responsables de ellas, olvidando que —cualquiera que sea el nuevo orden mundial en los planos político, económico y jurídico— jamás se podrá arrasar con la dignidad del ser humano, con los Derechos del hombre, otro de los patrimonios de Occidente que ha nacido hace cinco siglos con una innegable vocación universalista.¹⁶⁰

Puede percibirse cómo comienza por prescindir de todos los derechos del hombre, colocando en su lugar una construcción comunicativa entre la persona y el ordenamiento jurídico. Y a partir de ahí, se ofrecen explicaciones sin duda muy diferentes para la culpabilidad, la pena, las garantías penales y procesales. Así, por un lado, la pena no es la coacción dirigida contra la persona en Derecho, sino a combatir el riesgo generado por el individuo peligroso a través de medidas de seguridad; de este modo la pena se concibe al servicio del ejercicio de la fidelidad al Derecho y, por otro, se estima que la culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico en función de la misma nece-

¹⁵³ Martínez-Buján Pérez, “Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del “Big Crunch” y la selección de bienes jurídico-penal”, en *La política criminal en Europa* (dir. Mir/Corcoy), Atelier, 2004, pp. 94 y ss.

¹⁵⁴ Mendoza Buergo, “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en al sociedad del riesgo”, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto* (Agra, Domínguez, García Amado, Hebberecht, Recasens eds.), Atelier, 2003, p. 83.

¹⁵⁵ *Vid.*, más ampliamente, Kuhlen, “Unweltstrafrecht, auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *ZStW*, 105, 1993, p. 720.

¹⁵⁶ Cfr., Portilla Contreras, “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, *op. cit.*, pp. 43 y ss., con las referencias bibliográficas de aquellos autores que sustentan y defienden esta tesis.

¹⁵⁷ Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, *op. cit.*, p. 814.

¹⁵⁸ De esta manera, tal y como señala Portilla Contreras, “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, *op. cit.*, p. 80, el Derecho queda así reducido “a una simple técnica y su legitimación limitada por la idea de la persona como construcción comunicativa, un subsistema que lo que le interesa es el control social para la satisfacción de las necesidades individuales de crecimiento económico”.

¹⁵⁹ Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, 2003, pp. 20 y ss.

¹⁶⁰ Velásquez, “Globalización y Derecho penal”, en *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, “cedant arma togae” (coords. Losano/Muñoz Conde), Valencia, 2004, p. 191.

sidad preventiva. En síntesis, el precio que se paga en esta nueva construcción es la supresión de lo político, la eliminación de cualquier espacio de discrepancia de valores, en definitiva, de cualquier conflicto que no se corresponda con las expectativas normalizadas,¹⁶¹ así como que, “conceptos que nacieron al calor de los derechos individuales son retorcidos hasta perder su valor o significación”.¹⁶²

Todo ello ha influido para que estemos viviendo en una época caracterizada por el expansionismo del poder punitivo y por el auge de corrientes de pensamiento que amenazan con diluir los propios edificios conceptuales de la dogmática jurídico penal, esos que presentaban, y aún pugnan por representar, barreras al avasallamiento de los derechos y garantías de los individuos por parte de ese creciente poder. La demolición del edificio conceptual de la teoría del delito se lleva a cabo a través de la flexibilización de las reglas de imputación así como de las garantías penales y procesales. Podría sintetizarse que, las características actuales de Derecho penal son: a) instrumentalización del Derecho penal; b) inoperativo, selectivo y simbólico; c) excesiva anticipación en la tutela penal (prevencionista), administrativizado, banalizado (utilización emocional y racional); d) exasperación punitiva; e) desformalización (flexibilidad de las garantías penales, procesales y de ejecución); f) prisionización (explosión carcelaria); g) excepcional y ser más severo, más represivo; h) premial (colaboración con la justicia).

Se constata que, dentro de la actual situación marcada por el fenómeno de la globalización, aunque la estructura del discurso penal no ha variado, lo mutable son los datos y la tecnología con que se reviste en cada momento histórico, y el programa sigue siendo idéntico y único.¹⁶³ Si bien, se plantea en la actualidad una involución penal en todos los órdenes que,

sin duda, coloca al Derecho penal en una delicada situación. Más aún, hay quien afirma que, el Derecho penal postmoderno que se nos impone no es ni siquiera Derecho penal, “es el infierno de Dante, estadios primitivos de evolución social ‘conmoción y espanto’”.¹⁶⁴ Realmente podría pensarse que está en una situación irreconocible, pero la cuestión es si es recuperable, precisamente éste ha sido nuestro objetivo en este estudio.

Entendemos que el Derecho penal del futuro sólo podrá enmarcarse dentro de los derroteros trazados por el viejo Derecho penal, aunque adaptados a las necesidades del presente siempre cambiante. Se debe, pues, acudir a tal modelo para ponerle cortapisas al llamado Derecho penal máximo, una de cuyas modalidades es el eficientismo o Derecho penal eficaz que, escudado en la prevención general positiva como único cometido de la pena, como estrategia de cara a los modernos desarrollos.¹⁶⁵ No olvidemos que la llamada a la eficacia, y la historia nos proporciona ejemplos, tiene el riesgo de podernos llevar a la situación que describen las palabras del pastor Martin Niemöller, que precedían a este estudio. Ahora bien, también deben rechazarse posturas maximalistas que anuncian la demolición de la Teoría del delito como de las garantías formales y materiales del Derecho penal y del Derecho procesal penal, en aras de combatir los modernos y globalizados brotes criminales. Y sobre todo, avanzar en la configuración de un Derecho penal como herramienta útil para la tutela de los Derechos humanos en todo el mundo y garantizar por esa vía la libertad individual de todas las personas, pero también debe tender a una amplia humanización, en el sentido de un Derecho penal, al mismo tiempo liberal y social, que comporte una atenuación general de la represión.

¹⁶¹ Y con ello, como subraya Barcellona, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, op. cit., p. 136, se deprecia toda idea de transformación radical y el concepto mismo de democracia.

¹⁶² Quintero Olivares, *Adónde va el Derecho penal. Reflexiones sobre leyes penales y los penalistas españoles*, op. cit., p. 129.

¹⁶³ Zaffaroni, “Derecho penal liberal y sus enemigos”, en *Investidura como Doctor “Honoris Causa” por la Universidad de Castilla-La Mancha del Excmo. Sr. D. Eugenio Raúl Zaffaroni*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, p. 28.

¹⁶⁴ Arroyo Zapatero, “Presentación”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (Arroyo/Neumann/Nieto coords.), Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p. 21.

¹⁶⁵ Velásquez, V.F., “Globalización y Derecho penal”, op. cit., pp. 201 y ss.



La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*

Alessandro Bernardi

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Ferrara

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

Resumen: Las Constituciones de los Estados de derecho modernos legitiman y limitan, al mismo tiempo, el derecho penal. Pero también el derecho penal de origen europeo debe respetar los principios constitucionales: tanto los principios previstos por las Constituciones nacionales como, y en primer lugar, aquellos emergentes en el ámbito del actual proceso de constitucionalización de la Unión Europea. El principio de subsidiariedad en el ejercicio de las competencias UE y el principio de legalidad, como han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte de justicia y la doctrina del naciente constitucionalismo europeo, constituyen “lugares privilegiados” para reflexionar sobre la construcción de un derecho penal europeo de impronta garantista.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal europeo, Constitución material europea, Constitucionalización del derecho penal, Principio de subsidiariedad, Principio de legalidad penal UE.

Abstract: Nei moderni Stati di diritto le Costituzioni, al contempo, legittimano e limitano il diritto penale. Anche il diritto penale di derivazione europea deve confrontarsi coi principi costituzionali: sia con quelli previsti dalle Costituzioni nazionali sia, prima ancora, con quelli emergenti nell'ambito dell'attuale processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Il principio di sussidiarietà nell'esercizio delle competenze UE e il principio di legalità, così come sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla dottrina del nascente costituzionalismo europeo, costituiscono “luoghi privilegiati” per riflettere sulla costruzione di un diritto penale europeo d'impronta garantista.

PAROLE CHIAVE: Diritto penale europeo, Costituzione materiale europea, Costituzione del diritto penale, Principio di sussidiarietà UE, Principio di legalità penale UE.

* Conferencia desarrollada el 8 de octubre de 2010 en el ámbito del Seminario hispano-italiano de Derecho penal sobre *La aproximación constitucional al Derecho penal del siglo XXI: comparación entre las experiencias italiana y española* (Universidad de Módena y Reggio Emilia, 8 y 9 de octubre de 2010).

Traducción realizada por Víctor Manuel Macías Caro (Universidad de Módena y Reggio Emilia/Universidad Humboldt de Berlín), Mariela Mazzon y Roberto Manuel Carlés (Universidad de Ferrara).

ABSTRACT: *The Constitutions of modern Rule-of-Law States (Rechtsstaaten) at the same time legitimize and limit criminal law. Also national criminal laws implementing EU acts must respect the constitutional rules: both the rules stated under national Constitutions and, foremost, the rules stemming from the present process of constitutionalization of the EU. The principle of subsidiarity of the exercise of EU competences and the principle of legality, in the way they are implemented by the European Court of Justice and by the literature related to the emerging European constitutionalism, represent a symbolic arena for a scrutiny over the construction of a European criminal law respectful of the rule-of-law.*

KEYWORDS: *Constitutionalization of criminal law, European criminal law, European Constitution, European principle of subsidiarity, European principle of legality.*

SUMARIO: *Sección I. Oportunidad de una “aproximación constitucional europea” a las fuentes penales de origen supranacional. 1. La moderna tendencia a una legitimación constitucional del Derecho penal y el problema de una “aproximación constitucional” a las fuentes penales europeas. 2. La tradicional aproximación constitucional de carácter autárquico a las fuentes penales de la Unión Europea. 3. Crítica a la concepción estatocéntrica que sostiene tal aproximación tradicional. 4. El Derecho penal de la Unión Europea en una perspectiva constitucional europea: consideraciones preliminares. 5. El proceso de constitucionalización de la construcción europea. Una extrema síntesis. 5.1. La llegada de los Tratados, su presunto carácter “constitucional” y los relativos principios evocativos de derechos fundamentales. 5.2. La tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia. 5.3. La proclamación de una Carta europea de los derechos fundamentales carente de validez formal. 5.4. La atribución de una plena jurisdicción a la Carta europea y la adhesión de la Unión a la CEDH. 6. Racionalidad de una aproximación constitucional de tipo supranacional al Derecho penal europeo. 7. Las fuentes penales europeas en el marco de los principios y derechos fundamentales previstos por la Unión y por cada país miembro. Un breve resumen. Sección II. El Derecho penal europeo en el marco de los principios y derechos fundamentales de la Unión. 8. Subsidiariedad y legalidad. Dos principios/derechos constitucionales europeos ricos de efectos en el ámbito penal. 9. Normas penales de origen europeo y principio de subsidiariedad de la intervención de la Unión. Premisa. 9.1. Los efectos en materia penal del principio de subsidiariedad: entre carencia de justiciabilidad e instancias de centralización de las opciones político-criminales. 9.2. Las razones que subyacen a un riguroso cumplimiento del principio de subsidiariedad en ámbito penal. 10. El principio de legalidad y sus dos perfiles principales. 10.1. El perfil “ahistórico-universal” de la legalidad penal de la Unión. El problema de la “calidad” de las fuentes penales europeas. 10.3. Los corolarios cualitativos de la legalidad y las fuentes penales europeas antes y después de Lisboa. 10.4. Taxatividad de las normas y razonabilidad de la interpretación en el Derecho penal europeo. 11. Consideraciones conclusivas.*

Sección I. Oportunidad de una “aproximación constitucional europea” a las fuentes penales de origen supranacional

1. La moderna tendencia a una legitimación constitucional del Derecho penal y el problema de una “aproximación constitucional” a las fuentes penales europeas

Un poco por todas partes, en Europa el Derecho penal ha estado sujeto a un creciente proceso de cons-

titucionalización. Las modernas constituciones a veces precisan (en especial en los estados federales) de los ámbitos de la intervención penal; pero sobre todo vinculan a los legisladores nacionales en sus opciones político-criminales a través de formas de control constitucional difusas y/o concentradas, preventivas y/o sucesivas, abstractas y/o concretas, de iniciativa parlamentaria y/o individual y/o jurisdiccional. En Austria, primer Estado europeo en adoptar el control de legitimidad constitucional de las leyes, el “legislador negativo” ideado por Hans Kelsen inci-

de significativamente sobre las fuentes penales; en Francia, el control de constitucionalidad, tras una reciente mayor articulación, se vincula con numerosos principios, contenidos sobre todo en el preámbulo de la Constitución y en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789; en Alemania, las leyes penales están sometidas al tamiz de los principios de legalidad en sus diversos corolarios, de culpabilidad, de humanidad y carácter reeducador de las penas; en España, el control del Tribunal Constitucional está organizado en dos niveles (recurso de inconstitucionalidad y recurso de amparo), con significativos efectos tanto sobre la legislación penal como, aún más, sobre las concretas violaciones de los derechos fundamentales. Además, como confirmación de la estrechísima relación existente entre Estado democrático y justicia constitucional, tras la caída de los regímenes comunistas, el control de constitucionalidad se ha afirmado en la mayoría de los países de la Europea oriental, con un fuerte impacto sobre los sistemas penales.

Pero es sobre todo en Italia donde el sistema de las garantías constitucionales en materia penal ha tenido su máximo desarrollo, condicionando profundamente el relativo derecho sustancial y procesal. El sistema italiano no se ha limitado a sancionar por vía constitucional los vicios de legalidad de las normas penales y los excesos represivos o las irracionalidades del legislador; la Constitución italiana impregna todo el Derecho penal a través de una miríada de principios y corolarios dotados de variados niveles de justificabilidad, en algunos casos explícitamente previstos por la Carta fundamental, en otros casos fruto de la actividad reconstructivo-argumentativa de la Doctrina, pero en cualquier caso destinados a influir significativamente sobre la interpretación de las normas penales. Se ha dado así vida a un verdadero “modelo constitucional” que concierne no sólo al proceso penal, sino también, por lo que a nosotros interesa, el injusto penal. En Italia, por lo menos a partir de la década de los setenta del siglo pasado, se ha afirmado una verdadera “lectura constitucional del Derecho criminal”, es decir, una “aproximación constitucional al Derecho penal” que legitima a este último impregnando la Teoría general del delito. De acuerdo con dicho enfoque, en particular, los derechos y más en general los bienes jurídicos de rango constitucional asumen, además de la función de *límite a la intervención penal*, la de *objeto de la tutela penal*.

Ahora bien, dicho esto, ¿existen actualmente los presupuestos para una aproximación constitucional al Derecho penal producida por las fuentes supranacionales europeas? Y, en caso de respuesta afirmativa, ¿cómo debe entenderse una aproximación de ese tipo? Son las preguntas que creo que me han sido hechas por los organizadores del congreso al encargarme la presente ponencia.

2. *La tradicional aproximación constitucional de carácter autárquico a las fuentes penales de la Unión Europea*

En extrama síntesis, sostengo que la aproximación constitucional a las fuentes penales producidas por instituciones supranacionales europeas (y por lo tanto, en definitiva, por la Unión Europea, teniendo en cuenta la naturaleza no *supranacional* sino *internacional* de otra organización europea productora de fuentes penales como es el Consejo de Europa) puede ser de dos tipos. El primer tipo se coloca en la esfera de la tradicional lectura constitucional del Derecho penal, y tiene por lo tanto un carácter puramente nacional; el segundo tipo presenta, por el contrario, perfiles sin duda más innovadores, en tanto que está orientado a pasar las fuentes penales europeas por el tamiz de un constitucionalismo supranacional.

Allí donde se adhiera a la aproximación del primer tipo, el Derecho penal originado por las fuentes e instituciones de la Unión Europea se examinará, en cada Estado miembro, a la luz de los principios, derechos y libertades fundamentales contenidos en las relativas constitucionales nacionales (y por lo tanto —en lo que concierne a Italia— a la luz de los principios, derechos y libertades fundamentales contenidos en la Constitución republicana de 1948 y en las otras fuentes nacionales equivalentes a la misma), con independencia de los enlaces previstos por éstas para permitir la recepción a nivel constitucional del Derecho de la Unión. Se tratará, naturalmente, de un examen sólo de vez en cuando confiado a los jueces de las leyes. Mucho más frecuentemente se tratará de un examen de carácter hermenéutico *latu sensu* operado de modo casi automático por los jueces internos para interpretar las normas penales europeas conforme a los clásicos principios contenidos en la Constitución nacional; o bien de un examen demandado a la Doctrina, con intención de identificar momentos de tensión entre las normas penales europeas y las

constituciones nacionales, momentos de tensión no necesariamente justiciables, pero en cualquier caso apreciables en una perspectiva crítica potencialmente rica de consecuencias sobre el plano tanto científico como político.

Debo reconocer que esta primera y más tradicional aproximación constitucional al Derecho penal europeo —aunque en ciertos aspectos respetuosa con los actuales equilibrios europeos e incluso fecundo— me genera dudas en otros aspectos, y en cualquier caso me parece, por sí sola, totalmente insuficiente. De hecho, en mi opinión, juzgar fuentes y mecanismos supranacionales con la mirada dirigida a las particularidades del propio sistema jurídico nacional, aunque fuese sólo a las de rango constitucional, favorece puntos de vista demasiado influenciados por la realidad local en la que se está sumergido desde siempre; implica pretensiones de adaptación de lo general (el sistema supranacional) a lo particular (el sistema nacional) en ciertos aspectos comprensibles pero nunca realizables completamente; incluso facilita el resurgimiento de una concepción de la soberanía nacional como entidad indivisible desmentida precisamente por la existencia de “fuentes e institucionales supranacionales” [sic] que producen Derecho; en consecuencia, sugiere valorar la legitimidad del Derecho penal de matriz supranacional utilizando como parámetro las constituciones nacionales mucho más allá de lo que no suceda en el ámbito de la llamada “teoría de los contralímites” (*teoria dei controlimiti*), a través de la cual, como se sabe, el espacio en el que el Estado continúa siendo plenamente soberano resulta circunscrito por sus principios supremos y derechos fundamentales en su núcleo esencial.

Cierto, no ignoro que (en línea con una reciente tendencia a repensar la teoría de los contralímites —por lo demás ya de por sí extraordinariamente problemática—) no faltan autorizadas tomas de posición que parecerían avalar, aunque sea indirectamente, la opción no sólo de reforzar y dilatar hasta el extremo, sino incluso de superar en una óptica más marcadamente chovinista, esa forma de “patriotismo constitu-

cional” constituida precisamente con la teoría de los contralímites; el todo, en la más general perspectiva de proteger con cualquier medio las identidades constitucionales nacionales de los riesgos representados para éstas por la constitucionalización de la Unión Europea. Pienso, en particular, en la conocidísima sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 30 de junio de 2009, que a juicio de muchos enfatiza la obligación de respetar la identidad constitucional de Alemania al atribuir a las normas de la Carta suprema “una inédita centralidad [...] no sujeta a la erosión del sistema europeo”.¹ Parece bastante claro que los argumentos del *Bundesverfassungsgericht* implican límites bien diversos de los establecidos por algunos Tribunales constitucionales (el italiano, en primer lugar) con referencia a la primacía del Derecho europeo. Como se ha afirmado puntualmente,

para el *Bundesverfassungsgericht* la Constitución alemana no pone particulares barreras o «contralímites» al Derecho europeo, sino que su particular identidad da forma a la «constitución europea». Es la Constitución nacional la que por lo tanto condiciona la Constitución europea y no viceversa. De este modo, se aleja totalmente de la teoría de los contralímites.²

De acuerdo con la concepción estatocéntrica hecha propia por el Tribunal Constitucional alemán (y compartida por la parte más tradicional y autárquica de la Doctrina constitucionalista y penalista europea), en el ámbito de la Unión los Estados miembros mantienen una soberanía plena, de forma tal que la Unión misma terminaría por no ser más que una organización internacional de Estados soberanos. En consecuencia, también cuando se reconociese la subsistencia de una «identidad constitucional europea», ésta se colocaría en un cuadro de conjunto compuesto por “una serie de sistemas concéntricos, cuyo «corazón» está representado por las constituciones nacionales”,³ por las constituciones de esos Estados que son y estarían destinados a permanecer por siempre, «los señores de los Tratados».

¹ M.P. Chiti, “Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsGericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania”, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell’Unione europea*, http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf, p. 2.

² *Idem*.

³ P. Chiti, “Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsGericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania”, art. cit., p. 7.

Tomando esta posición, en definitiva, el propio título de esta ponencia sería desorientador en cuanto se refiere a «fuentes e institucionales supranacionales» en lugar de «internacionales». Más allá de esta presunta inexactitud, en lo que respecta específicamente a la «aproximación constitucional al Derecho penal», estaría claro que, en cualquier caso, se refiere a la Constitución nacional en tanto que *Grundnorm* a la única Ley fundamental. A este punto, la Constitución europea, si se admitiese su existencia, resultaría tan impregnada de elementos de intergubernabilidad que ello desnaturalizaría irremediabilmente los tradicionales perfiles de las cartas fundamentales.

3. Crítica a la concepción estatocéntrica que sostiene tal aproximación tradicional

Sin embargo, no debe ignorarse que una autorizada parte de la Doctrina atribuye a la citada sentencia del *Bundesverfassungsgericht* contenidos menos disruptivos respecto a la estructura de la Unión y al devenir del proceso de construcción europea, totalmente inidóneos a hacer de Alemania un “país constitucionalmente «enemigo» (*feindlich*) de Europa”,⁴ y en cualquier caso, aparte de esto, no parece para nada pacífico que el actual punto de vista del Alto tribunal alemán (totalmente antagónico al del Tribunal de Justicia) deba compartirse. En otros términos, no parece para nada pacífico que un grupo de magistrados, por muy autorizados que sean, pueda marcar el fin de un recorrido que ha durado casi sesenta años y que se ha realizado con el impulso de todos los órganos legislativos y jurisdiccionales de la Unión, hasta ahora aceptado por los países miembros y explícitamente avalado por muchos tribunales constitucionales (entre ellos, el italiano).

La sentencia en cuestión, por otra parte, ha sido criticada tanto por eminentes juristas alemanes como, en general, de toda Europa; críticas llegadas por parte no sólo de nostálgicos federalistas, sino también por aquellos que por las más diversas razones (entre las que no tienen poca importancia las relacionadas con la progresión de un efectivo «Espacio de Libertad,

Seguridad y Justicia») son favorables a un ulterior desarrollo de la integración europea, de una integración europea que desde hace ya tiempo se ha extendido también al sector penal. Se trata de críticas demasiado numerosas y articuladas para poder ser discutidas o siquiera mencionadas en esta sede. Basta recordar aquí que la integración europea ha sido siempre considerada un proceso en etapas sin una meta última preestablecida, una sucesión de fases caracterizadas por el progresivo incremento de las competencias de la Unión y por un igualmente progresivo reforzamiento de la estructura de esta última. Como se ha observado desde otras partes, los propios Tratados europeos afirman expresamente el carácter progresivo de la construcción europea. Basta pensar al segundo apartado del Art. 1 TUE, según el cual “el presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”. Además de todo, es conocido que este “proceso creativo” ha sido considerado desde hace mucho tiempo en una perspectiva constitucional, y sobre todo ha asumido características de indiscutible matriz constitucional. Incluso, según algunos, el proceso de constitucionalización de Europa debe considerarse como un elemento originariamente constitutivo del ordenamiento comunitario.

Por lo tanto, incluso tras la caída del Tratado constitucional europeo de 2004, parece sin duda legítimo hablar, al unísono con lo sostenido desde hace tiempo por Häberle, de una «Constitución europea».⁵ Constitución que, “por las particulares características del ordenamiento de la UE ha sido definida [y estamos de acuerdo] —precisamente por los estudiosos alemanes— como una *Wandel-Verfassung*, una Constitución en transformación”; una Constitución influida, sí, por las constituciones nacionales, pero en medida ciertamente no menor apta también para condicionar estas últimas, y en cualquier caso no subordinada a ellas, ni siquiera en términos generales. Más en general, ya desde hace tiempo un gran número de juristas también (pero no sólo) alemanes están de acuerdo en afirmar que la UE disfruta de un «original poder público» cuyos componentes «constitucionales» son valorables.

⁴ G. L. Tosato, “L’integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente ‘Lissabon Urteil’”, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell’Unione europea*, loc. cit., p. 7.

⁵ P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione europea*, op. cit., p. 15; P. Badura, “Costituzione e diritto costituzionale in Europa”, en *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, coord. por E. Castorina, Torino, 2007, pp. 7 y ss.; G. de Vergottini, voz “Costituzione europea”, en *Enc. dir.*, 1, 2007, pp. 445 y ss.

4. El Derecho penal de la Unión en una perspectiva constitucional europea: consideraciones preliminares

Por todo lo visto hasta aquí, parece por lo menos plausible un diverso tipo de aproximación constitucional a las fuentes penales europeas, orientado a pasar por el tamiz de la legitimidad de estas últimas desde la perspectiva de un constitucionalismo supranacional; una aproximación de este tipo me parece incluso —por las razones que explicaré— más interesante, fundada y fructífera que la tradicional. Ésta requiere, sin embargo, una serie de *consideraciones preliminares*, necesarias para permitir a penalistas de formación clásica la aceptación de algo que hasta la mitad del siglo pasado —es decir, hasta la “edad del Estado-nación, de los sistemas de Derecho nacional y de las culturas jurídicas nacionales”—⁶ parecía totalmente inimaginable: la escisión de la idea de Constitución de la idea de Estado. Se trata de hecho de un cambio de perspectiva que pone en dificultad la (escasa) flexibilidad cultural de los penalistas, dado que la rama del Derecho de su competencia es la más marcadamente autárquica-estatal, que desde siempre expresa las tradiciones nacionales y por lo tanto poco abierto a las influencias «externas» y a los rápidos cambios de contenido y de estructura del sistema jurídico en su conjunto.

Primera consideración: todo proceso de supranacionalización de ese complejo de “garantías, límites, frenos y equilibrios”⁷ que expresa el constitucionalismo debe llegar sobre la base de presupuestos precisos que sean aptos para legitimarlo. Primero que todo, es necesario que la nueva y más amplia área geográfica interesada por un proceso de constitucionalización supranacional esté desde el principio formada por Estados caracterizados por un patrimonio de garantías al menos tendencialmente común. Ahora, bajo este perfil, así como falta completamente un patrimonio de este tipo común a los países miembros de la ONU, tanto que actualmente no parece ni siquiera hipotizable un proceso de constitucionalización de tan amplio alcance, ciertamente no se puede decir lo mismo respecto a los países que forman parte de la Unión Europea. Estos países, de hecho, no sólo

gozan todos de ordenamientos de tipo liberal-democrático, sino que han visto subordinado su ingreso en la Unión al cumplimiento de ciertos requisitos que manifiestan un nivel tendencialmente equivalente de cultura jurídica.

Segunda consideración preliminar: en una perspectiva supranacional la entidad geográfica objeto del proceso de constitucionalización no parecería que deba poseer algunas peculiaridades que frecuentemente se consideran indispensables en un proceso de este tipo, pero que carecen de valor absoluto e incluso de fundamento. En particular, se debe hacer desaparecer la idea de que el ente sometido a dicho proceso debe disfrutar de una *soberanía plena* y originaria. Por un lado, como es bien conocido, el concepto de soberanía plena e indivisa puede decirse a estas alturas superado también respecto a los propios Estados-naciones; por otro lado, la concepción según la cual la Constitución da origen al Estado parece revelarse inexacta cuando se compara con el hecho de que las Cartas fundamentales han sido a menudo creadas respecto a Estados ya formados, legitimándolos o si se prefiere refundándolos sobre la base de nuevos presupuestos institucionales. Así, el proceso de constitucionalización de la Unión Europea —no por casualidad realizado a través de la adopción de la que hemos recordado que es una «constitución en transformación»— mira precisamente a legitimar progresivamente esta organización internacional a medida que se le confíen nuevas competencias, cada vez más delicadas, entre las cuales está la materia penal.

Tercera consideración preliminar, estrechamente relacionada con la segunda: para poder mirar en una «perspectiva constitucional europea» al «Derecho penal de la Unión» sin ser acusados de excesiva utopía, hay que manifestar ser conscientes de que el Derecho constitucional europeo es todavía una disciplina embrionaria, y además con un difícil camino ante sí.

Cuarta y última consideración preliminar: reconocer la existencia de un proceso de constitucionalización en el ámbito europeo no equivale a anunciar el fin de las constituciones nacionales sino, como mucho, implica llamar la atención sobre la necesidad de que éstas adquieran una estructura diversa, en verdad

⁶ Schulze, “Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l’histoire du droit européen”, en *Rev. Hist. dr. franç. étr.*, 1992, p. 39.

⁷ P. G. Grasso, “Il costituzionalismo oltre lo Stato e la teoria generale del diritto pubblico”, en *Europa e Costituzione*, coord. por P. G. Grasso, Napoli, SEI, 2005, pp. 47 y ss.

ya ampliamente realizada en la mayoría de los casos. La llegada de dicho proceso, de hecho, requiere que las constituciones nacionales dejen de ser sistemas cerrados y autosuficientes, para abrirse paulatinamente a los aportes de «materiales constitucionales» externos a éstas, especialmente en materia de derechos fundamentales; todo ello en plena simetría con lo que se puede encontrar en la «Constitución europea», dado que a la edificación de esta última contribuyen —como veremos enseguida— «materiales constitucionales» de origen frecuentemente nacional (además de internacional). Todo ello implica la superación del dogma del monopolio estatal de los derechos, propio del constitucionalismo clásico, y la progresiva afirmación de un sistema multinivel de tutela de una especie de «ordenamiento interconstitucional», en el ámbito del cual se realiza un continuo intercambio apto para perfeccionar el desarrollo de los principios generales y de los derechos fundamentales en el signo de un *maximum standard* de tutela.⁸ *Maximum standard* que, si no ha sido ya alcanzado de forma adecuada en el interior de la Constitución (es decir, esa *Wandel-Verfassung* europea movida a transformar una comunidad económica en una *Grundrechtsgemeinschaft*), se podrá alcanzar —en última y sufrida instancia— recurriendo al mecanismo de los «contralímites».

5. El proceso de constitucionalización de la construcción europea. *Una extrema síntesis*

Antes de examinar la efectiva incidencia de una aproximación constitucional de tipo supranacional a las fuentes penales europeas, vale la pena hacer un breve resumen, sobre cómo ha ido evolucionando el proceso de constitucionalización de la Unión Europea, especialmente en referencia al reconocimiento y la salvaguarda de los principios y derechos fundamentales. Al respecto es posible delinear un sintético esquema basado en cuatro fases distintas que tienen, respectivamente, como objeto: el nacimiento de organizaciones internacionales reguladas por tratados asimilables en ciertos aspectos a las constituciones; el progresivo surgimiento de un sistema de tutela de

los derechos fundamentales por obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; la codificación de los derechos fundamentales de la Unión a través de la proclamación de una apropiada Carta europea; la atribución a dicha Carta del mismo valor jurídico que los Tratados y la adhesión de la Unión a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

5.1. La llegada de los Tratados, su presunto carácter “constitucional” y los relativos principios evocativos de derechos fundamentales

La primera fase del proceso constitucional europeo es aquella en la que, con la proclamación en los años cincuenta del siglo pasado de los Tratados europeos (CECA, Euratom y sobre todo CEE), ha surgido —aunque sea en modo meramente embrionario— un «sistema constitucional», capaz de expresarse “materialmente a través de órganos con competencias asimilables al ejercicio de poderes tradicionalmente considerados soberanos”.⁹ Obviamente, es imposible pararse en esta sede sobre la cuestión relativa al muy discutido «carácter constitucional» de los Tratados; carácter este, por otra parte, varias veces subrayado con énfasis por el Tribunal de Justicia, por lo menos respecto al Tratado de la CEE. A nuestros fines merece la pena recordar sobre todo que este último Tratado, aun careciendo de un catálogo de principios generales en materia de derechos fundamentales, preveía desde el primer momento algunos principios en cierto modo asimilables a éstos, además de principios de otro tipo, pero de todos modos (en lo que aquí interesa) capaces en abstracto de tener significativos efectos en ámbito penal: baste pensar en el principio de no discriminación, previsto *ab origine* en el Art. 7 TCEE y en el principio de paridad de tratamiento entre hombres y mujeres, previsto *ab origine* en el Art. 119 TCEE. A dichos «principios de derecho escrito», justiciables en ámbito supranacional, se han unido otros mediante los Tratados sucesivos: baste pensar en el principio de subsidiariedad, introducido con el Tratado de Maastricht de 1992 en el art. 3-B (luego 5) del Tratado CEE, sobre el que se volverá durante el análisis que sigue.

⁸ Cfr., A. Ruggeri, *Le fonti del diritto europeo ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, loc. cit., p. 16.

⁹ S. Gambino, “Prospettive e limiti del processo di costituzionalizzazione europeo”, en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegna/aic200510/gambino.html>

5.2. La tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia

La segunda fase del proceso *de constitucionalización de la construcción europea* ha tenido lugar entre los años sesenta y setenta del siglo pasado, cuando el Tribunal de Justicia —sobre la base de algunos artículos del Tratado CEE que parecían autorizar el recurso a principios generales del Derecho no escritos para colmar las lagunas del Derecho comunitario escrito— decidió utilizar dichos principios con el fin de tutelar los derechos fundamentales y así reconocer en vía definitiva la primacía de este último sobre el Derecho interno. Por lo tanto, a fin de que los países miembros pudiesen sentirse a salvo del riesgo de la promulgación por parte de los órganos comunitarios de textos normativos en contradicción con dichos derechos, no sólo legítimos a nivel comunitario sino también caracterizados por una posición de primacía sobre el Derecho interno (y como tales no sometibles al control de ningún tipo de juez interno), a partir de la sentencia Stauder¹⁰ el Tribunal de Justicia ha afirmado que “los derechos fundamentales constituyen parte integrante de los principios generales del Derecho, cuya observancia garantiza el Tribunal”. Sin embargo, para tranquilizar verdaderamente a los países miembros, no bastaba realizar la afirmación apenas mencionada; era necesario, además, hacer entender que el nivel de tutela de los derechos fundamentales asegurado por el Tribunal de Justicia era tal que evitaría la vigencia en el ordenamiento comunitario de textos normativos en conflicto con el nivel de desarrollo alcanzado por estos derechos en los sistemas constitucionales de los citados países. A tal fin, el propio Tribunal de Justicia precisó que en el interior del catálogo de principios en materia de derechos fundamentales implícitamente recibidos y tutelados por el Derecho comunitario (hoy en día, Derecho de la UE) debían considerarse contenidos tanto los derechos fundamentales previstos por las Cartas internacionales a las que se hubiesen adherido los países miembros de la Unión, como los que forman parte de las tradiciones constitucionales comunes de dichos países, identificados por el propio Tribunal a través de investigaciones de tipo comparativo.

Debe observarse, por otra parte, que son múltiples y muy heterogéneos los criterios teóricamente utiliza-

bles para identificar por vía comparativa los derechos fundamentales comunes, con la consecuencia de que, según el criterio utilizado, será diverso el catálogo de dichos derechos y el grado de desarrollo de cada uno de ellos. Ciertamente, en sede de identificación de las «tradiciones constitucionales comunes», se debe sin duda descartar el criterio del *minimum standard* (pese a estar avalado por quienes sostienen que el Tribunal de Justicia debe limitarse a garantizar el mínimo común denominador de tutela de los principios y derechos fundamentales identificables en las constituciones nacionales); de hecho, dicho criterio es absolutamente inidóneo para dar seguridad a los Estados miembros sobre el respeto del habitual nivel de desarrollo de los citados principios y derechos por parte de las fuentes de la UE y, por lo tanto, es inidóneo para favorecer el reconocimiento de la primacía de dichas fuentes sobre las internas. Igual de cierto es que el mejor criterio comparativo, abstractamente, es el llamado de *maximum standard*, sobre la base del cual a cada uno de los principios generales y derechos fundamentales se les asegura, en el interior de las fuentes de la UE, el más alto nivel de desarrollo y protección que se les haya reconocido comparando los sistemas constitucionales de cada uno de los países miembros. Dicho criterio —a pesar de que es sin duda el más correcto en el plano teórico y el más eficaz en el plano político— es, sin embargo, de difícil aplicación práctica, en primer lugar, por la dificultad de conciliar en el ámbito de la UE el más alto nivel de tutela de cada uno de los principios generales a veces en conflicto entre ellos y de derechos fundamentales (individuales y colectivos, civiles y políticos, económicos y sociales) a veces en relación de recíproca tensión. En la práctica, por lo tanto, los criterios comparativos más utilizados son esencialmente dos: el del *ordenamiento prevalente*, a partir del cual dichos principios y derechos serían reconocidos a nivel comunitario sobre la base y dentro de los límites de la “tendencia prevalente en los Estados miembros”; el de la *better law*, sobre la base del cual a partir de los múltiples desarrollos seguidos en cada sistema constitucional por los principios generales y los derechos fundamentales, los resultados obtenidos mediante el criterio del *orientamiento prevalente* pueden someterse a correctivos, teniendo en cuenta las peculiares exigencias del ordenamiento de la Unión Europea. El criterio de la

¹⁰ 12 de noviembre 1969, causa 29/1969, *Stauder*.

better law, a pesar de su «arbitrariedad», parece ser el preferido, de modo más o menos explícito, por los jueces de Luxemburgo; lo cual es plausible al tener en cuenta que su punto de vista es naturalmente distinto del de los jueces constitucionales nacionales, cuanto menos porque diverso es el contexto en el que son llamados a juzgar.

De todas formas es necesario reconocer que las variables inherentes en el método comparatístico trascienden la cuestión del criterio elegido, dados los notables niveles de discrecionalidad a los que puede conducir una actividad de comparación desarrollada (de forma, en verdad, bastante poco meticulosa la mayoría de las veces) a partir de veintisiete ordenamientos jurídicos nacionales. De ahí el surgimiento de graves problemas desde el punto de vista de la certeza del Derecho, problemas tanto más graves si se tiene en consideración que el control del Tribunal de Justicia en materia de principios generales y derechos fundamentales tiene lugar no sólo respecto a las fuentes europeas, sino también respecto a las fuentes internas que aplican aquéllas, revelando así la aptitud del actual sistema constitucional multinivel de sustraer el desarrollo en vía interpretativa de tales principios y derechos del control de los países miembros y de sus órganos jurisdiccionales, incluso cuando los mencionados principios y derechos operan en el interior de los sistemas jurídicos nacionales. De aquí el deseo, formulado por muchos, de que se redactase lo más pronto posible un catálogo escrito de derechos fundamentales, apto por lo menos para orientar mejor los relativos desarrollos jurisprudenciales.

Por otra parte, es cierto que el análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia evidenciaría cómo, a veces, valora con una cierta tolerancia el respeto de los principios generales y derechos fundamentales por parte de los Estados miembros en el ámbito de la transposición de las fuentes de la UE, teniendo en cuenta también las justificaciones esgrimidas por dichos Estados, en los casos en que los relativos sistemas jurídicos contrastan con el de la Unión. Es igualmente cierto que las incertezas sobre el real contenido

en el ámbito de la UE de los principios y derechos fundamentales recabados de los sistemas constitucionales nacionales (o establecidos en la CEDH) han estado siendo atenuadas gracias a la creciente interacción sea entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Derechos Humanos, sea entre dichos Tribunales supremos y las jurisdicciones internas. Actualmente, en lo concerniente a la materia específicamente penal, dichas incertezas han sido atenuadas por la escasez de principios y derechos fundamentales de carácter penal examinados por el Tribunal de Justicia: y ello a causa esencialmente de la persistente ausencia de competencia penal de la Unión Europea (ausencia, ésta, de carácter absoluto hasta el Tratado de Maastricht de 1992, y luego, limitada al pilar comunitario de la Unión, hasta 2008).¹¹ Así que, en definitiva, el único verdadero principio jurídico no escrito rico en pronunciamientos sobre el plano penal ha sido el de proporcionalidad, el cual (leído conjuntamente con algunos otros principios comunitarios contenidos en los Tratados, y en particular con el principio de cooperación leal en sus diversas articulaciones previstas en los apartados 1 y 2 del Art. 10 TCEE) ha permitido al Tribunal de Justicia declarar la ilegitimidad comunitaria de numerosas normas penales nacionales;¹² así como ha permitido al mismo Tribunal afirmar la admisibilidad de verdaderas obligaciones de incriminación a cargo de los Estados miembro en el ámbito de transposición de textos del primer pilar.¹³

5.3. La proclamación de una Carta europea de derechos fundamentales carente de validez formal

La tercera fase de constitucionalización de la construcción europea coincide con la llegada de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, solemnemente proclamada por primera vez el 7 de diciembre de 2000 en Nizza y por segunda vez el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, pero dotada durante muchos años de un carácter meramente político, en razón de las dudas de los Estados miembros frente a las consecuencias de orden constitucional que podía

¹¹ Como se sabe, el primer texto de Derecho penal europeo marcado por el método comunitario fue la Directiva 2008/99/CE del Parlamento europeo y del Consejo, del 19 de noviembre de 2008, sobre la tutela penal del Medio Ambiente.

¹² Cfr. A. Bernardi, “Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale”, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, coord. por T. Rafaraci, Milano, 2007, pp. 257 y ss., letra. a); *id.*, “L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: profili ricostruttivi”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 111 y ss.

¹³ Cfr. TJCE, ord. 13 de julio de 1990, causa C2/88 (*Zwartveld*), en *Racc.*, 1990, pp. 3365 y ss.; s. 28 de enero de 1999, C-77/97 (*Oesterreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*), en *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447.

generar una eventual elevación de la Carta al rango de Derecho comunitario originario.

El hecho de que la mencionada Carta haya sido concebida algunos años después de la proclamación de la Unión Europea y la paralela atribución a su tercer pilar de una explícita competencia penal, explica por qué se puedan recabar de ella no pocos principios garantistas fundamentales en materia penal, sólo parcialmente deudores de la CEDH o representativos de los más importantes «principios sectoriales» comunes a las constituciones de los Estados miembros. Además de las clásicas prohibiciones de la pena de muerte y de penas inhumanas y degradantes, respectivamente previstas en los Arts. 2, apartados 2 y 4 de la Carta, en el Título VI, en materia de “Justicia” se puede encontrar en su Art. 49 el principio de legalidad no carante de perfiles innovativos y el principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas no previsto, por lo menos expresamente, en la mayor parte de las Constituciones europeas y de los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales. A éstos se añade un desaparecido pero significativo catálogo de principios garantistas procesales, tales como: el derecho a un recurso efectivo y a un juez imparcial (Art. 47); la presunción de inocencia y los derechos de defensa (Art. 48); el principio del *ne bis in idem* (Art. 50).

Ciertamente, dada su originaria falta de jurisdicción, existían razones para temer que la Carta europea se constituyese en una especie de oxímoron, la noción de «derechos fundamentales» en comprometida relación con la ausencia de carácter vinculante de los mismos, o en cualquier caso implicando una especie de desvaloración. Los hechos han demostrado, sin embargo, que gracias a la Carta europea los derechos fundamentales han adquirido tal visibilidad y relieve en el ámbito de la UE como para influir en la actividad legislativa de la Unión Europea y, significativamente, en la actividad interpretativa de los jueces de Luxemburgo, de los nacionales e incluso de los de Estrasburgo.¹⁴

Sin embargo, los hechos han demostrado también que la Carta europea sólo en mínima parte ha conseguido canalizar adecuadamente los procesos interpretativos de las jurisdicciones europeas en materia de principios y derechos fundamentales. Es decir, mínimamente ha conseguido poner remedio a la in-

certeza sobre el contenido atribuido a los principios y derechos fundamentales de Derecho no escrito, como así también por reflejo, a la incerteza de sus efectos en cuanto control de «calidad» de la normativa europea o de origen europeo, y marcadamente en cuanto al control sobre los límites garantistas establecidos a las normas penales de la UE dirigidas a realizar un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (Art. 67 TFUE). Y ello es así, por lo menos, como consecuencia de tres órdenes distintos de razones. En primer lugar, a causa de la natural tendencia de los principios y derechos fundamentales a evolucionar libremente a nivel jurisprudencial, incluso estando inscritos en Cartas redactadas expresamente para dicho objetivo. En segundo lugar, por el hecho de que los principios y derechos fundamentales de la Carta europea, en tanto «no jurídicamente vinculantes», han sido llamados a convivir (so pena, en caso contrario, de una inadmisibles regresión del efectivo nivel de garantías individuales) con los principios y derechos fundamentales recabados de la CEDH y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y con sus, a veces, controvertidos desarrollos hermenéuticos. En tercer lugar, en razón de la persistente pluralidad de órganos jurisdiccionales habilitados a interpretar dichas múltiples fuentes (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, jueces nacionales ordinarios y constitucionales). Por lo tanto, lejos de manifestarse el riesgo de una «atrofia» del diálogo jurisprudencial entre los diversos tribunales y de una «estaticidad» de los respectivos resultados interpretativos tras la cristalización de los principios-derechos fundamentales en textos escritos, se ha asistido a una desordenada proliferación de interpretaciones jurisprudenciales que se entrecruzan, e incluso de fenómenos que se objetivizan en la invasión de los respectivos ámbitos de tutela jurisprudencial.

Todo ello no debería sorprender si se considera que el complejo sistema de derechos fundamentales que opera en el ámbito de la UE (debido a la coexistencia de la Carta, de la CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes) tiende casi inevitablemente a ver ampliado su ámbito natural. Es cierto que, de hecho, sobre la base del Art. 51 de la Carta europea, el campo de aplicación de los derechos de la Carta (e implícitamente también de los otros de-

¹⁴ Cfr., P. Costanzo, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, loc. cit., p. 380.

rechos recibidos en el ámbito de la UE) concierne tanto a las instituciones y organismos de la Unión como a los Estados miembros, pero en este último caso sólo cuando éstos actúen en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión; es igualmente cierto que tal campo de aplicación termina extendiéndose en el interior de los sistemas penales de los Estados miembros: sea, de forma limitada, en las competencias compartidas de la Unión, bastante ampliadas actualmente por los Arts. 82 y ss. TFUE; sea, más radicalmente, en el conjunto de los mencionados sistemas penales, teniendo en cuenta los efectos expansivos producidos por las «normas sobre Europa» previstas por las Constituciones nacionales, además de tener en cuenta aun anteriormente la dificultad de dar vida a formas de tutela diferenciada de los derechos fundamentales en el interno de un mismo sistema nacional.

Si, por lo tanto, el campo de aplicación de los derechos previstos por la Carta europea aparece destinado a variadas formas de dilatación, vale la pena subrayar que están destinados a quedar diferenciados los órganos jurisdiccionales de control: los jueces de Luxemburgo, limitadamente, en el campo de aplicación fijado por el Art. 51 de la Carta y los jueces nacionales europeos en las otras hipótesis.

Una última observación en cuanto a esta tercera fase de constitucionalización de la construcción europea. En el ámbito de la tendencia a considerar los derechos fundamentales no sólo como instrumentos limitativos de la intervención penal, sino también como bienes primarios necesitados de tutela penal, la recepción de los derechos fundamentales en una Carta europea, proclamada casi al mismo tiempo que la explosión del terrorismo internacional, y que el consecuente crecimiento de la inseguridad colectiva podría focalizar la atención, más que nada, sobre este segundo aspecto. Por lo demás, el tema de la salvaguardia de los derechos fundamentales a través del instrumento penal está íntimamente ligado al progresivo desarrollo de un espacio europeo pensado en función no sólo de la libertad y la justicia, sino también la seguridad. Se entiende bien, entonces, cómo la codificación de los derechos fundamentales pueda favorecer fenómenos de extensión de la intervención penal; fenómenos tanto más problemáticos si son impulsados por la Unión y con modalidades tales como para hacer dudar de que el principio de subsidiariedad se haya respetado plenamente.

5.4. La atribución de una plena jurisdicción a la Carta europea y la adhesión de la Unión a la CEDH

La cuarta fase de constitucionalización de la construcción europea se ha iniciado recientemente, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que ha conllevado una compleja redefinición de la estructura y de los ámbitos de competencia de la Unión Europea.

En lo que concierne específicamente a los derechos fundamentales, es notorio que el Tratado en cuestión, pese a renunciar a insertar la Carta europea dentro de los Tratados, le ha atribuido pleno valor jurídico, inscribiéndola entre las fuentes originarias del Derecho de la UE. De tal modo, los principios y derechos contenidos en la Carta europea devienen, al igual que aquellos previstos por la CEDH y recabables de las tradiciones constitucionales, en parámetros para valorar la legitimidad del Derecho de la UE derivado y de las normas nacionales de transposición.

El Tratado, además, prevé la adhesión de la Unión a la CEDH, con el consecuente refuerzo de la tutela de los derechos humanos a través del sometimiento del sistema jurídico de la UE al control externo e independiente de los jueces de Estrasburgo.

Esta doble reforma, sin embargo, no ha implicado una significativa simplificación del sistema de tutela de los derechos fundamentales dentro de la Unión, por dos órdenes distintos de razones.

a) En primer lugar, de acuerdo con el Art. 6.3 TUE, los derechos de la CEDH y los resultantes de las tradiciones constitucionales comunes continúan formando “parte del Derecho de la Unión en tanto que principios generales”. En caso contrario, por lo demás, se habría generado el riesgo de un vistoso empobrecimiento del catálogo de los principios y derechos fundamentales reconocidos en el seno de la Unión. De hecho, a pesar de que no hayan faltado voces de aviso al contrario, la Carta está lejos de retomar todos los derechos de la CEDH y de representar la mejor cristalización de las tradiciones constitucionales comunes.

Más precisamente, la Carta no contiene algunos de los principios y derechos previstos por la CEDH o, si los contiene, es de una forma más débil que la que les confiere la CEDH. Además, obviamente, la Carta europea no consigue prever todos los principios y derechos recabables por las Constituciones de los países miembros y en todo caso —cuando los prevé— no llega siempre a atribuir a dichos principios y derechos los múltiples perfiles que se les puede conferir sobre

la base de un análisis de las tradiciones constitucionales comunes algunas veces inspirado en los criterios del *maximum standard*, del orientamiento prevalente y de la *better law*.

Ahora bien, la permenencia dentro de la Unión de tres conjuntos distintos de principios y derechos fundamentales contenidos respectivamente en la Carta europea, en la CEDH y en las tradiciones constitucionales de los países de la UE deja abierta una serie de cuestiones ya planteadas en el periodo en el que a la Carta europea no se le reconocía plena relevancia jurídica: antes que todo, el que concierne al rol de los principios y derechos recabados de las tradiciones constitucionales comunes dentro de un sistema actualmente marcado por la juridificación de la Carta. La respuesta sin duda preferible, de todos modos, continúa siendo la misma: es decir, que los derechos y principios de matriz constitucional deben elevarse al nivel de fuente complementaria no sólo para suplir a la eventual radical ausencia en la Carta europea de algunos principios y derechos fundamentales, sino también para integrar el contenido de los principios y derechos fundamentales previstos en ella. Parece evidente que esta última solución sea la mayormente garantista y la más idónea a favorecer la evolución jurisprudencial en el Tribunal de Justicia de una constante ampliación “por vía comparativa” del catálogo de los principios / derechos fundamentales y de sus corolarios.

b) En segundo lugar, las mencionadas novedades introducidas en materia de derechos fundamentales por el Tratado de Lisboa no se muestran capaces de atenuar la tasa de problemáticas que ha marcado, en los últimos años, el diálogo mantenido al respecto entre el Tribunal de Justicia, el TEDH y los tribunales nacionales. Es más, dicho diálogo parece destinado a hacerse todavía más difícil cuando se haga operante el control del TEDH sobre los actos de la Unión, con el consecuente riesgo de contrastes entre los jueces de Estrasburgo y los de Luxemburgo respecto a la conformidad de la normativa de la UE con los principios y derechos de la CEDH, todavía reconocidos —como se ha recordado *supra*, *sub a*)— como principios generales del Derecho de la Unión. Más en general, las dificultades relacionadas al intensificado diálogo previsto por el Tratado de Lisboa entre jueces pertenecientes cada uno a órganos internacionales, supranacionales y nacionales parecen vinculadas con una multiplicidad de factores. Considérese, a tal fin, que los mecanismos de dicho diálogo no están precisados ni por los Trata-

dos ni por la Carta europea; que continúan siendo inciertas las «relaciones de fuerza» entre las respectivas jurisprudencias, tanto es así que sólo una férrea voluntad de recíproco apoyo entre los respectivos órganos jurisprudenciales (que a menudo se da, pero que no está garantizada *a priori*) puede limitar las contradicciones; que en todo caso una implemetención distónica de los principios y derechos fundamentales resulta favorecida —más allá de toda voluntad de armonización— por la diversidad de contextos institucionales en los que los respectivos órganos jurisdiccionales operan para la identificación de los citados principios y derechos fundamentales; que el contenido de estos últimos queda condicionado en concreto por diversas ponderaciones en gran medida incontrolables, especialmente cuando tienen lugar por obra del Tribunal de Justicia, es decir, de un órgano que puede tomar en consideración principios y derechos muy diversos en cuanto a su proveniencia y contenido.

Por todos estos motivos, y por otros imposibles de recordar aquí, se puede sostener verosimilmente que el mayor recurso, en ámbito europeo, de los derechos fundamentales, en su doble función de instrumento de control o bien de impulso de la intervención penal, pese a ofrecer valiosos aportes y cada vez más intensos para el progreso del sistema jurídico de la Unión mediante un control sobre la calidad de sus productos normativos, no estará carente de costes bajo el perfil de la seguridad jurídica.

6. Racionalidad de una aproximación constitucional de tipo supranacional al Derecho penal europeo

Por lo tanto, el proceso de constitucionalización de la Unión Europea ha implicado la progresiva estratificación y solapamiento de principios y derechos fundamentales expresamente previstos o extraídos por vía interpretativa de fuentes muy heterogéneas entre ellas, y en particular de los Tratados constitutivos primero de las Comunidades y después de la Unión, de la CEDH y de las Constituciones de los Estados miembros.

La multiplicidad de fuentes; una inminente duplicación de los órganos jurisdiccionales europeos con funciones de tutela de tales principios y derechos en el ámbito de la UE; un creciente riesgo de contradicciones en el ámbito del diálogo entre jurisdicciones nacionales, supranacionales e internacionales tendencialmente equiparadas entre ellas en cuanto al presti-

gio y rango jerárquico; las persistentes dudas sobre los criterios privilegiados por el Tribunal de Justicia en el ámbito de aplicación de principios / derechos fundamentales (sean escritos o no escritos) aptos tanto para limitar como para sostener las opciones punitivas de la Unión: todo parece inducir a que se mire con desconfianza una «aproximación al Derecho penal de la UE» orientada desde una perspectiva constitucional europea; desde una perspectiva constitucional, por lo tanto, no de carácter nacional. Sobre todo porque el Derecho penal, independientemente de sus fuentes y de su ámbito de aplicación, persigue un grado de certeza difícilmente compatible con formas de control constitucional basadas sobre principios y derechos que siendo pretendidamente compartibles, a veces se manifiestan inciertos y mutables según el tiempo y el espacio.

Sin embargo, a pesar de todo, no hay duda de que la aproximación constitucional al Derecho penal producida por las fuentes y las instituciones supranacionales debe llevarse a cabo como señal de rechazo, en la medida de lo posible, de toda autarquía nacionalista. A este respecto, cabe señalar que la progresiva afirmación de principios y derechos fundamentales comunes, por lo demás situados ahora en gran parte dentro de una Carta jurídicamente relevante a nivel europeo, tiende de modo inevitable (a pesar de las garantías al respecto de los propios Tratados) a afectar el reparto de competencias entre Unión y Estados miembros, fomentando un «movimiento centrípeto»¹⁵ destinado a influir también y sobre todo en el control jurisdiccional. Parece además superfluo observar que sólo una aproximación constitucional europea del Derecho penal europeo, restituye a la totalidad del discurso una simetría que de lo contrario estaría totalmente ausente allí donde se hiciese una aproximación al Derecho penal de este tipo utilizando esquemas constitucionales de matriz puramente interna. De hecho, parecería intrínsecamente contradictorio contraponer a un proceso de homogeneización sectorial de la jurisprudencia penal formas de control parceladas a escala nacional, por los menos cuando éstas no sean funcionales para la tutela del irrenunciable núcleo de principios y derechos propios de cada ordenamiento constitucional, es decir, no sea expresión de la teoría de los contralímites. Del mismo modo, parece con-

tradicir los propios fines del Derecho penal europeo la sumisión de la política criminal de la Unión a opciones orientadas a la tutela de principios-derechos expresivos no ya de intereses y valores compartidos, sino de intereses y valores peculiares de uno o algunos Estados miembros, y por lo tanto incompatibles con una visión en conjunto: siempre que, naturalmente, las decisiones político-criminales de la Unión no contradigan aspectos fundamentales del ordenamiento penal nacional para cuya tutela han sido previstos los «frenos de emergencia» de los Arts. 82.3 y 83.3 TFUE.

Siempre desde la óptica del respeto de una exigencia de coherencia entre centralización de los espacios de producción de normas de carácter penal vinculantes (aunque sea indirectamente) para los Estados miembros y centralización de las fuentes constitucionales sobre la base de las cuales operan los relativos controles de legitimidad, merece la pena recordar que la europeización del constitucionalismo expresa exigencias muy homogéneas, o por lo menos convergentes, con las que subyacen a la europeización del Derecho penal, constiuyendo ambos procesos de supranacionalización una reacción respecto a la insuficiencia del Estado nacional para asegurar la paz interna, el bienestar colectivo, la protección frente a formas de agresión externa; reacción que, por otra parte, implica la obvia renuncia —salvo los casos extremos que autorizan el recurso a los «frenos de emergencia» y a los «contralímites»— a una aproximación de tipo particular.

Pero, sobre todo, el hecho de que el Derecho penal europeo deba beneficiarse de una aproximación constitucional de tipo al menos prevalentemente supranacional se justifica por cuanto, sobre la base del sistema de control en su conjunto de las fuentes de la UE, la legitimidad de las normas penales ideadas en Bruselas se examina prevalentemente en relación con los principios y derechos fundamentales previstos o recabados en el ámbito del sistema jurídico de la Unión, y sólo excepcionalmente —a partir de la teoría de los contralímites— sobre la base de los derechos fundamentales previstos por las Constituciones nacionales. De hecho, es notorio que los contralímites revisten una importancia casi exclusivamente teórica, habiéndose recurrido a ellos en casos extraordinariamente raros.¹⁶

¹⁵ M. Cartabia, «I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?», en *Giornale di dir. amm.*, 3, 2010, pp. 221 y ss.

¹⁶ *Conseil constitutionnel* francés, 10.6.2004, n.496; Tribunal constitucional español, 13.12.2004, 1/2004; *Bundesverfassungsgericht*, 18.7.2004, 2BvR 2236/04, *Darkanzali*; Tribunal constitucional polaco, 27.4.2005, P 1/05. *Consiglio di Stato* italiano, núm. 4207 del 2005 (*Federfarma*).

En definitiva, se puede afirmar que, por una pluralidad de razones, el naciente Derecho penal europeo debe legitimarse, en primer lugar, en la constitución material europea. De este modo, y antes que nada, es dicha constitución —como se ve con el tiempo, construida gracias también a la contribución de los distintos sistemas constitucionales nacionales— la que se pone como límite general a los eventuales excesos del legislador penal europeo, en orden a la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia respetuoso “de los derechos fundamentales además de los diversos ordenamientos jurídicos y de las diversas tradiciones jurídicas de los Estados miembros” (Art. 67.1 TFUE). En una perspectiva más general, capaz de expresar las múltiples valoraciones inherentes en una «aproximación constitucional al Derecho penal europeo», tal sistema constitucional debería estar destinado a desarrollar una obra de total orientación de la política criminal europea, con el fin de que las normas de relevancia penal que operan en el interior de la Unión no sólo no contradigan los principios y derechos fundamentales elaborados a escala europea, sino que se dirijan también a la tutela de dichos derechos y más en general de los bienes que el sistema constitucional europeo pone de relieve como merecedores de salvaguarda.

7. Las fuentes penales europeas en el marco de los principios y derechos fundamentales previstos por la Unión y por los distintos Estados miembros. *Un breve resumen*

Como se ha venido expresando hasta aquí, la aproximación constitucional al Derecho penal de la Unión debe centrarse prevalentemente sobre principios y derechos fundamentales de la UE, en la perspectiva de la construcción de un modelo penal-constitucional supranacional.

Ello no excluye que las normas penales de matriz europea, incluidas las normas penales nacionales de transposición, pese a ser conformes con los principios y derechos previstos por el sistema constitucional de la Unión, puedan considerarse ilegítimas sobre la base de las Constituciones nacionales en los casos en que los relativos principios supremos y derechos

fundamentales no sean respetados por dichas normas: la teoría de los contralímites, a partir de la cual se consiente un control nacional constitucional de dicho tipo, parte precisamente del presupuesto de que en algunas hipótesis extremas el sistema constitucional europeo puede no garantizar el núcleo esencial de los distintos sistemas constitucionales nacionales.

Sin embargo, es claro que en otros supuestos podría verificarse una situación opuesta, en la que las normas europeas de carácter penal y las respectivas normas penales nacionales de transposición, pese a ser conformes con los tradicionales principios y derechos del sistema constitucional del Estado miembro, resulten ilegítimas con base en el sistema constitucional de la Unión. Este último supuesto presupone, obviamente, que algunos principios y derechos fundamentales elaborados en ámbito de la UE sean desconocidos por el sistema constitucional nacional,¹⁷ o bien que presenten un nivel de desarrollo mayor que el de los homólogos principios y derechos nacionales, y por lo tanto, terminen poniendo, a su vez, límites a las normas internas que comprenden la esfera de tutela asegurada por el sistema constitucional europeo. Ahora bien, todo hace pensar que este último supuesto sea más frecuente que el opuesto. Ya a nivel teórico, por lo demás, el complejo y problemático método formativo del catálogo de los principios y derechos fundamentales de la UE tiende a conferirles contenidos más articulados, en definitiva más garantistas, que los atribuidos a los «paralelos» principios y derechos fundamentales nacionales; a nivel práctico aplicativo, parece evidente que los casos en que las normas (penales) nacionales de transposición se contradicen con los principios y derechos fundamentales de la UE son bastante más numerosos que aquellos en los que las normas europeas (de carácter penal) se contradicen con los principios y derechos fundamentales de la Constitución interna, de tal forma que impliquen la activación del mecanismo «nacionalista» de los contralímites.

En definitiva, como ya se ha mencionado anteriormente,¹⁸ el sistema de tutela de los principios y derechos fundamentales actualmente existente en relación con el Derecho (penal) de la Unión y con las respectivas normas nacionales de implementación

¹⁷ Si naturalmente, como ya se ha dicho, no se reconduzca a este sistema también los “materiales constitucionales de origen exterior” vehiculados por las “normas constitucionales sobre Europa” (en Italia, Arts. 11 y 117 de la Constitución).

¹⁸ *Cfr.*, *supra*, sub par. 4, *in fine*.

que consisten en un doble filtro constitucional, o si se prefiere, constan de dos filtros, ambos de tipo constitucional. Surge así con claridad la insuficiencia del filtro garantista ofrecido por una sola Constitución, ya sea la nacional o la europea. Desde ahora, por lo tanto, se puede considerar vigente un sistema *interconstitucional* de control de las fuentes normativas de la Unión, basado en la constitución (material) europea y en la constitución nacional: constituciones ambas incompletas, llamadas a integrarse y apoyarse recíprocamente en una perspectiva de tutela optimizada de los derechos fundamentales.

También como se mencionó anteriormente, el complejo sistema de tutela de los principios y derechos fundamentales elaborado en el seno de la Unión está destinado a enriquecerse con el aporte de los órganos jurisdiccionales de la CEDH, pronto llamados a controlar la legitimidad de las mismas fuentes de la UE y de las normas nacionales de transposición respecto a las normas de principio contenidas en la Convención Europea de Derechos Humanos. A nivel teórico, también una vez ampliados los ámbitos de operatividad de los jueces de Estrasburgo, como formas más penetrantes de control en relación con la legitimidad de las fuentes penales europeas, deberían de cualquier modo quedar aquéllas centradas sobre los principios y derechos fundamentales fruto de la actividad de reconocimiento e interpretación del Tribunal de Justicia; de hecho, los principios/derechos fundamentales de la UE son más numerosos y, al menos tendencialmente, más desarrollados respecto a los homólogos principios-derechos previstos por la CEDH, los primeros comprendiendo a los segundos, pero no viceversa. Por lo demás, el objetivo primigenio de la Convención europea y de sus órganos jurisdiccionales era simplemente el de realizar, a través de la predisposición de garantías mínimas comunes, esa «unión más estrecha» entre los Estados deseada por el Consejo de Europa; mientras que el objetivo de la UE y de los jueces de Luxemburgo es más ambicioso, ya que se vincula con el del progresivo desarrollo político-jurídico de una comunidad integrada. Por otra parte, es cierto que en lo que afecta a las normas de la UE y a las relativas normas nacionales de aplicación, el control desarrollado por el Tribunal de Justicia sobre la base de los principios/derechos fundamentales de la UE tiende a ser distinto por método y funciones

del control paralelo que se desarrollará en el futuro por el Tribunal de Estrasburgo a partir de los principios/derechos fundamentales de la CEDH, lo cual terminará así condicionando el contenido atribuido por vía de interpretación a dichos principios/derechos. Se comprenden bien, por ello, las dificultades que se presentan para hacer toda predicción sobre futuros equilibrios entre las jurisprudencias de los dos supremos Tribunales europeos, siendo la única previsión factible aquélla según la cual el tipo de debate destinado a existir entre dichos órganos debería ser reflejo del ya existente hoy en día en los Tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Estrasburgo.

A este punto, insistir sobre el insuficiente nivel de seguridad jurídica relacionado con las actuales formas de control propias del sistema constitucional de la Unión es por supuesto legítimo, pero no se puede olvidar cuán joven y en evolución es dicho sistema. Por lo demás, bastaría dar una mirada hacia atrás y observar cómo han evolucionado los controles de constitucionalidad nacionales a partir de los años inmediatamente sucesivos a la segunda guerra mundial y la aparición de las primeras Constituciones republicanas europeas, para poder considerar con cierta indulgencia los paralelos controles predisuestos en el ámbito de la Unión. Es cierto, sin embargo, que la flexibilidad es un dato intrínseco a todo control de las leyes que es confiado a los jueces, y por lo tanto, el mayor poder de control de estos últimos dentro del sistema jurídico (y en especial del sistema jurídico europeo) implica casi inevitablemente una mayor capacidad de evolución del Derecho que la obtenible a través de la sola intervención del legislador. El problema no es, entonces, el de eliminar esa capacidad para evolucionar, sino el de sujetarla a mecanismos racionales, capaces de hacer predecibles, cuanto sea posible, los desarrollos de la jurisprudencia constitucional. Por lo demás —no está de más repetirlo— hay que ser conscientes de que los mismos mecanismos para verificar la conformidad de las leyes a la Constitución están en continua evolución en todas partes; que dicha evolución está obviamente destinada a ser particularmente rápida dentro del sistema constitucional europeo, como se ha expresado, en constante transformación;¹⁹ que de todos modos, en el ámbito de la Unión Europea, el *ius commune* en materia de tutela de los principios y derechos fundamentales constituirá siempre

¹⁹ Cfr., *supra*, sub par. 3, *in fine*.

algo extremadamente precario y “continuamente por reconquistar”, relacionado con la evolución general del continente, con las transformaciones de las respectivas sociedades nacionales así como con los “desarrollos de los casos concretos”.²⁰

Sección II. El Derecho penal europeo en el marco de los principios y derechos fundamentales de la Unión

8. Subsidiariedad y legalidad. Dos principios/ derechos constitucionales europeos ricos de efectos en ámbito penal

Si por lo tanto el vistoso proceso de constitucionalización de la construcción europea, conjuntamente con el progresivo refuerzo de las competencias penales de la Unión, impone en este momento una «aproximación constitucional europea» a las fuentes penales de la UE, ha llegado el momento de examinar el impacto ejercido sobre dichas fuentes por los principios y derechos fundamentales contenidos en los Tratados, en la CEDH, en la Carta europea y en las tradiciones constitucionales comunes. En esta sede, sin embargo, nos limitaremos a una sintética reseña de los perfiles asumidos por algunos de los mencionados principios dotados de efectos particularmente significativos sobre el Derecho penal europeo. Aludimos al principio de subsidiariedad de la intervención de la Unión y al principio de legalidad de los delitos y de las penas. Se trata de principios caracterizados por un contenido destacadamente garantista, los cuales por lo tanto se traducen en verdaderos derechos fundamentales destinados a vincular al legislador y al intérprete.

9. Normas penales de origen europeo y principio de subsidiariedad de la intervención de la Unión. Premisa

El principio de subsidiariedad es, como se sabe, un generalísimo principio organizativo del poder acogido, en particular, en el Derecho constitucional y en

el Derecho europeo. Sobre la base de este principio —reconducible a los grandes temas de la democracia, de la representatividad, de las relaciones entre ejercicio del poder y libertad, y por tanto caracterizado por indudables valores garantistas— la intervención de una entidad mayor y/o superior en lugar de una entidad menor y/o inferior es legítima sólo cuando esta última no es capaz de desarrollar suficientemente la intervención en cuestión.

Como se sabe, en el ordenamiento de la Unión el principio de subsidiariedad está expresamente mencionado ya en el Preámbulo del Tratado de la UE cuando se afirma que, de conformidad con dicho principio, las decisiones funcionales al “proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa deben ser «tomadas lo más cerca posible del ciudadano»”. Está además previsto en Art. 5.3 TUE,²¹ sobre la base del cual

en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión interviene sólo en el caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o de los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

En el marco del ordenamiento de la UE la subsidiariedad ha sido considerada desde siempre un principio fundamental,²² destinado a asumir particular relieve en los sectores del Derecho penal de competencia compartida, jugando a favor de los órganos nacionales de producción normativa, los cuales (sean de carácter central o regional) resultan sin duda más cercanos a los ciudadanos que los paralelos órganos europeos. No es menos cierto que precisamente la Doctrina penal no ha cesado de subrayar las carencias del principio en cuestión en lo que se atiene tanto al relativo debate teórico como a su misma formulación normativa.²³ Estas últimas carencias se han visto resueltas sólo parcialmente en el Protocolo (núm. 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, anexo al TUE y al TFUE: de

²⁰ M. Cartabia, “I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?”, en *Giornale dir. amm.*, 2010, 3, par. 3, *in fine*.

²¹ Anteriormente, en Art. 5 (3B) TCE.

²² *Cfr.* los Arts. A y B de la versión original del TUE.

²³ *Cfr.* N. Pastor Muñoz, “Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der europäischen Union. Zugleich: einige Ueberlegungen zu den Grenzen und Grundlagen einer legitimen europäischen Kriminalpolitik”, in *GA*, 2010, pp. 84 y ss., par. VI.

hecho, éste se limita a prever que todo proyecto de acto legislativo de la Unión debe estar motivado con relación a los mencionados principios (Art. 5), a precisar los mecanismos a través de los cuales los Parlamentos nacionales pueden interactuar con los órganos de la Unión para oponerse a la violación de tales principios (Arts. 6 y 7) y a afirmar la competencia del Tribunal de Justicia “a pronunciarse en los recursos por violación, mediante un acto legislativo, del principio de subsidiariedad” (Art. 8). Ya anteriormente, por lo demás, las carencias definitorias del principio de subsidiariedad contenidas en el Art. 3B TCE no habían sido colmadas adecuadamente por las Conclusiones de la Presidencia en ocasión del Consejo europeo de Edimburgo del 12 de diciembre de 1992, el cual, sin embargo, había especificado los fines a seguir para la verificación del respeto del principio en cuestión por parte de textos normativos europeos.²⁴

La verdad es que, como se recuerda en las mismas Conclusiones de la Presidencia, “la subsidiariedad es un concepto dinámico que debería aplicarse sobre la base de los objetivos enunciados por el Tratado. Ello permite extender las acciones de la Comunidad cuando lo requieran las circunstancias y, viceversa, rechazarlas o interrumpirlas cuando éstas ya no estén justificadas”,²⁵ con todas las dificultades ligadas a la valoración de las circunstancias que hacen necesarias las acciones a nivel comunitario, que la solicitud de “indicadores cualitativos o, si es posible cuantitativos”²⁶ no son ciertamente suficientes para superar.

9.1. Los efectos en materia penal del principio de subsidiariedad: entre carencia de justiciabilidad e instancias de centralización de las decisiones político-criminales

En sustancia, por lo tanto, al principio europeo de subsidiariedad se le puede atribuir también un valor extensivo para el refuerzo de la acción «centralizada» de los órganos de la UE: si y cuando los objetivos de la acción prevista no pueden conseguirse de modo

suficiente por los Estados miembros y pueden ser realizados mejor por la Unión, la acción de esta última debe considerarse sin duda justificada.

Pero admitiendo también que, con la evolución de los Tratados, la eventual valoración extensiva de la intervención de la Unión ínsita en el principio de subsidiariedad haya caído progresivamente en desgracia, parece pacífico que —a pesar de la persistente solicitud de “indicadores cualitativos y, si es posible, cuantitativos” que deberían anexarse a los actos legislativos de la UE para demostrar el respeto de dicho principio—²⁷ la “tasa de discrecionalidad política de la valoración sobre la suficiencia o no de las normativas nacionales” queda muy elevada.²⁸ Como consecuencia, el recurso al Tribunal de Justicia por violación del principio de subsidiariedad es practicable con éxito sólo respecto a las violaciones macroscópicas, siendo probablemente más factible la acción de obstaculización preventiva operable por los Parlamentos nacionales respecto a proyectos de actos legislativos de la UE considerados no respetuosos con el principio en cuestión.²⁹

Ahora, precisamente en relación con las normas europeas de carácter penal podría subsistir un riesgo particularmente elevado de que las dificultades de un eficaz control judicial sobre la subsidiariedad puedan excederse en la tendencia a centralizar en la sede europea las decisiones penales en los sectores de competencia compartida. De hecho las decisiones políticas en ámbito penal parecen desde siempre refractarias a cualquier exigencia de “cercanía” con los destinatarios. Es más, las mencionadas decisiones tienden desde siempre a radicarse preferentemente en sedes normativas centralizadas, lejos por lo tanto de estos sujetos; de tal modo pueden ser respetadas mejor tanto las exigencias de eficacia preventivo-represiva de los textos penales, como los deseos de máxima cognoscibilidad de los hechos prohibidos, como sobre todo las pretensiones de igualdad sustancial, es decir, de paridad de tratamiento de los ciudadanos frente a violaciones que, precisamente porque son penales,

²⁴ Cfr. “Impostazione generale dell’applicazione, da parte del Consiglio, del principio di sussidiarietà e dell’art. 3B del trattato sull’Unione europea”, in *Codice dell’Unione europea*, coord. por A Tizzano, Padova, 1995, pp. 334 y ss.

²⁵ *Ibid.*, pp. 335-336.

²⁶ *Ibid.*, p. 337.

²⁷ Cfr., el Art. 5 del Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

²⁸ M. Donini, “Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria”, en M. Donini, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 136.

²⁹ Art. 7 del Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

implican respuestas punitivas particularmente gravosas. Así, en lo que concierne a Italia, es ante todo a la luz del principio constitucional de igualdad del Art. 3 de la Constitución, la razón por la que las leyes regionales (pese a caracterizarse por una elevada tasa de carácter democrático) carecen de competencia penal.

Sin duda, las razones que históricamente han llevado a centralizar en ámbito nacional las decisiones de política criminal podrían mantener su actualidad, también, desde una perspectiva de centralización a escala europea. Basta pensar cuánto más eficaces resultarían, en muchos sectores penales, decisiones fuertemente armonizadas o incluso uniformes dentro de la Unión, en cuánto más fácil sería, en la Europa sin fronteras, conocer los hechos prohibidos en presencia de disciplinas penales nacionales tendencialmente homogéneas,³⁰ en cómo estaría más en línea con el principio de igualdad que los autores de los delitos sujetos a la competencia compartida de la Unión, en lugar de ser expuestos a una Torre de Babel de disciplinas nacionales muy heterogéneas entre ellas, fuesen castigados de modo suficientemente uniforme y las víctimas fuesen protegidas de modo análogo.³¹ Por tanto, en referencia a la llamada competencia penal autónoma de la Unión, no debería ser demasiado difícil justificar a la luz del principio de subsidiariedad la opción de producir directivas de armonización penal dirigidas a prevenir y reprimir de modo homogéneo las formas de “criminalidad particularmente graves que presentan una dimensión transnacional” específicamente elencadas en el Art. 83.1, apdo. 2º, TFUE. Del mismo modo, de forma limitada a la llamada competencia penal accesoria de la Unión prevista por el Art. 83.2 TFUE, teniendo en cuenta la dificultad de considerar “no indispensable” la armonización de los delitos y de las sanciones en sectores normativos que ya son objeto de procesos de aproximación de carácter extrapenal, no parece fácil sostener que el principio de subsidiariedad sea violado por toda normativa europea que prevea dichas formas de armonización

penal. Sobre todo, como la Doctrina no ha cesado de subrayar, ha de tenerse presente que en el caso de la intervención penal de la Unión el principio de subsidiariedad sería respetado también cuando sólo un Estado miembro no pudiese conseguir adecuadamente, con sus propios medios, los mismos objetivos.³²

9.2. Las razones que subyacen a un riguroso observamiento del principio de subsidiariedad en ámbito penal

Por todo lo que se ha dicho hasta aquí, en definitiva, no faltarían argumentos para considerar que en el ámbito penal el principio de subsidiariedad no constituya una barrera adecuada a las tendencias expansionistas de la Unión, o que incluso pueda llevar a asumir, en los hechos, ese valor extensivo de la acción «centralizada» de los órganos de la UE en su tiempo ventilado por una parte de la Doctrina.³³

Sin embargo, existen argumentos no menos significativos para considerar que, al contrario, precisamente en el ámbito penal, sea necesario valorar con particular rigor el repeto del principio de subsidiariedad, con el fin de que lleve a limitar al máximo los casos de interferencia de la Unión en las decisiones político-criminales nacionales.

Al respecto, ha de observarse antes que nada que, de acuerdo con parte de la Doctrina, para que el principio de subsidiariedad pueda considerarse respetado no basta que la acción de la Unión se justifique a la luz de una exigencia de armonización europea, sino que es necesario que, en un juicio de ponderación, esta exigencia prevalezca sobre la opuesta exigencia nacional de conservación de la estructura del ordenamiento interno. Ahora, no hay duda de que los deseos de conservación del relativo sistema nacional se adviertan con particular fuerza en el sector penal, en cuanto rama del Derecho mayormente expresiva de las tradiciones y de la cultura nacional propias de los distintos Estados miembros, es decir, expresiva de esa

³⁰ Cfr. U. Sieber, “Unificazione europea e diritto penale europeo”, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 983; A. Bernardi, “Strategie per l’armonizzazione dei sistemi penali europei”, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 815

³¹ Cfr. A. Bernardi, “La armonización de las sanciones en Europa”, en *Los Caminos de la Armonización Penal*, coord. por Mireille Delmas-Marty, Mark Pieth, Ulrich Sieber, Valencia, 2009, p. 380; C. Haguenu, *L’application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruxelles, 1995, pp. 542 y ss.

³² Cfr. B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, 2010, p. 291; H. Satzger, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001, p. 447.

³³ Cfr. A. Bernardi, ““Europeizzazione” del diritto penale commerciale?”, en *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, 1996, pp. 36 y ss.; M. Donini, “Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria”, en M. Donini, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, pp. 139 y ss.

«identidad nacional», que la Unión, de acuerdo con el Art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea (versión de Lisboa), debe expresamente salvaguardar.³⁴ Por tanto, la Unión debería intervenir en este sector con especial cautela; con una cautela, por ejemplo, mucho mayor que la requerida en el sector comercial, desde siempre abierto a hibridaciones de todo tipo.³⁵ También hay que considerar que en el sector penal, más que en cualquier otro, cada una de las normas europeas de armonización puede determinar efectos colaterales a veces difícilmente previsibles en relación tanto con algunos institutos de parte general como con la propia disciplina procesal: tanto es así, que incluso prescindiendo de las soluciones ofrecidas por el Tratado de Lisboa a través de la introducción de los llamados «frenos de emergencia», sería aun así clara la oportunidad de un uso convencional de las directivas en materia penal. Ello sobre todo si se considera que un atento examen de conjunto de la producción normativa del tercer pilar que tuvo lugar hasta 2009 rebelaría, según algunos, un recurso a las decisiones marco en algunos casos excesivamente espontáneo,³⁶ apoyado por genéricas afirmaciones sobre el respeto formal al principio de subsidiariedad carentes de bases empíricas capaces de demostrar la efectividad incapacidad de los Estados miembros de alcanzar de modo autónomo los mismos objetivos.³⁷ Por lo demás, siempre de acuerdo con una parte de la Doctrina, las mismas propuestas de directivas lanzadas con posterioridad a las conocidísimas sentencias del Tribunal de Justicia que ya antes del Tratado de Lisboa habían reconocido en casos excepcionales una competencia penal indirecta en el primer pilar,³⁸ parecen a veces inspirarse en lógicas de criminalización poco respetuosas del principio en cuestión.³⁹

En todo caso, con independencia de la mayor o menor conformidad de la previa normativa penal de la Unión con respecto al principio de subsidiariedad, se puede estar de acuerdo con el hecho de que en el

marco de la reciente actividad de reforma general de los Tratados no faltan señales normativas sintomáticas de una particular exigencia de atención al mencionado principio en ámbito penal. En particular, el mencionado Art. 67 TFUE⁴⁰ recuerda que la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia debe tener lugar en el respeto no sólo de los derechos fundamentales, sino también “de los diversos ordenamientos jurídicos y de las diversas tradiciones jurídicas de los Estados miembros”. Además, el Art. 7.2 del Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad prevé que, con la finalidad de reexaminar los proyectos de actos legislativos europeos, el umbral cuantitativo de los informes transmitidos por los Parlamentos nacionales sobre la violación del principio de subsidiariedad por parte de tales proyectos sea más bajo cuando estos últimos afectan al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.⁴¹

La valorización del principio de subsidiariedad como muro de contención frente a la producción de normas europeas de carácter penal ha tocado techo, sin duda, en las varias veces recordada sentencia del Tribunal constitucional alemán del 30 de junio de 2009 sobre la legitimidad constitucional de la ley de adhesión al Tratado de Lisboa. Así, en lo que afecta a la competencia penal autónoma de la Unión, dicha sentencia subraya antes que nada que la exigencia de una interpretación restrictiva surge del propio catálogo de los delitos previstos por el Art. 83.1 TFUE, y de la referencia a “ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las implicaciones de dichas infracciones o de una particular necesidad de combatirlas según criterios comunes.”⁴²

Más tarde da evidencia también de cómo en relación con dicho catálogo de delitos sólo se le permite a la Unión fijar normas mínimas “que dejen a los Estados miembros márgenes sustanciales de elección.”⁴³ Pero es sobre todo en referencia a la compe-

³⁴ “Manifiesto sulla politica criminale europea”, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, p. 739.

³⁵ A. Klip, *European Criminal Law*, Antwerpen-Oxford-Portland, 2009, p. 36.

³⁶ *Cfr.*, los casos sobre los que se informa en el “Manifiesto sulla politica criminale europea”, art. cit., pp. 744 y ss.

³⁷ *Cfr.*, de nuevo, el “Manifiesto sulla politica criminale europea”, art. cit., p. 745.

³⁸ *Cfr.*, s. 13 de septiembre de 2005, C-176/03 (*Comisión c. Consejo*); s. 23 de octubre de 2007, C-440/05 (*Comisión c. Consejo*).

³⁹ E. Herlin Karnell, “Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law - A Lost Cause?”, en *European Law Journal*, *vd.* 15, núm. 3, 2009, p. 353.

⁴⁰ *Cfr.*, *supra*, *sub par.* 6, *in fine*.

⁴¹ *Cfr.*, C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 111.

⁴² S. 30 de junio de 2009, punto 363.

⁴³ *Idem*.

tencia penal accesoria de la Unión, donde el *Bundesverfassungsgericht* exalta los valores restrictivos del principio de subsidiariedad, ínsitos en el requisito de indispensabilidad de la aproximación de las normativas penales nacionales “para garantizar la actuación eficaz de una política de la Unión en un sector que ha sido objeto de medidas de armonización” (Art. 83.2 TFUE). De hecho, afirma que

para satisfacer los requisitos de este supuesto de excepción y poder considerar que se ha atribuido una competencia de legislación penal accesoria, debe haberse comprobado de modo documentable que existe efectivamente un déficit de ejecución tan importante que pueda ser eliminado sólo por medio de la amenaza de la sanción penal.⁴⁴

Ciertamente, esta tendencia a restringir al extremo la competencia penal europea nace de la dificultad de aceptar que los Tratados puedan impedir a los Estados “decidir, según las propias ideas sobre los valores, sobre la ofensividad de determinados tipos de conducta e incluso sobre la aplicación de penas detentivas”,⁴⁵ dificultad, ésta, por lo demás compartida por una gran parte de la Doctrina alemana, favorable a una tendencia restrictiva de este tipo.⁴⁶ Sin embargo, parece difícil pretender del legislador europeo que presente convincentes demostraciones empíricas, que normalmente no se requieren al legislador nacional. De forma diversa, la ponderación entre las exigencias de armonización penal interestatales por un lado y de preservación de las opciones político-criminales de los distintos Estados en vista de la conservación de la identidad nacional por otro lado,⁴⁷ terminaría privilegiando *de facto* siempre las segundas, con la consecuente inutilización de las formas de armonización y cooperación penal previstas por los Tratados.

Es cierto, sin embargo, que cuando para la legitimación del proceso de europeización del Derecho penal descrito en el Art. 83.2 TFUE bastase una “necesidad para alcanzar los objetivos de la Unión” simplemente proclamada y no, por el contrario, apoyada también por datos empíricos convincentes, el princi-

pio de subsidiariedad perdería de hecho todo valor restrictivo, apropiándose nuevamente, en la práctica, de esa ambigüedad de contenido que lo caracterizaba en los años inmediatamente sucesivos a su introducción en el ordenamiento jurídico de la Unión. En definitiva, por lo tanto, todavía hoy el principio en cuestión parece oscilar incontrolablemente entre dos extremos igualmente insatisfactorios: el primero que implica efectivos y severos tests empíricos sobre el carácter indispensable de toda norma europea de armonización penal, en verdad, difícilmente pretendibles; el segundo resignado a una justiciabilidad circunscrita, como mucho, a los casos más evidentes de innecesariedad de la intervención de la Unión en materia penal. La esperanza es que, en el ámbito de los procedimientos previstos por el Protocolo (núm. 2), el diálogo entre las instituciones europeas y los parlamentos nacionales sepa conferir al principio en cuestión los perfiles de equilibrio difícilmente alcanzables a través de fórmulas definitorias.

10. El principio de legalidad penal y sus dos perfiles fundamentales

En una perspectiva constitucional europea, la legitimidad de las normas de carácter penal producidas por Bruselas no está ciertamente condicionada sólo por el hecho de que intervengan en sectores de competencia de la Unión y respeten el principio de subsidiariedad descrito anteriormente. Dichas normas, de hecho, deben resultar también conformes al principio de legalidad de la UE. Ahora bien, el problema de la observancia de dicho principio por parte de las fuentes penales europeas ha sido desde siempre muy debatido, y parece cada vez más reflejado dicho debate en el plano de aplicación tras la reciente reforma de los Tratados. Esta última ha implicado de hecho, en particular: la ampliación de las competencias de la Unión en materia penal; un crecimiento del poder de control del Tribunal de Justicia sobre la legitimidad de las fuentes penales de la UE y de las relativas normas nacionales de transposición; el pleno valor jurídico de la Carta europea

⁴⁴ *Ibid*, punto 362.

⁴⁵ *Ibid*, punto 363.

⁴⁶ *Cfr.*, M. Kubiciel, “Das ‘Lissabon’-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht”, in *GA* 2010, p. 105; F. Zimmermann, “Die Auslegung künftiger EU-Strafrechtskompetenz nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts”, in *Jura*, 2009, p. 850.

⁴⁷ *Cfr.* N. Pastor Muñoz, “Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der europäischen Union. Zugleich: einige Überlegungen zu den Grenzen und Grundlagen einer legitimen europäischen Kriminalpolitik”, art. cit., par. VIII, núm. 2 *in fine*.

de los derechos fundamentales, la cual prevé expresamente un principio de legalidad enriquecido por el corolario de la retroactividad favorable.

Las razones por las que dentro de la Unión el principio de legalidad penal constituye un tema complejo e interesante son fácilmente comprensibles, cuando se considera por un lado que el presunto déficit democrático europeo —entendido como déficit de legalidad— ha sido durante mucho tiempo el argumento privilegiado por quienes se declaraban contrarios a una competencia penal supraestatal y, por otro lado y más en general, que el principio en cuestión asume perfiles con no poca frecuencia muy distintos entre ellos en los Estados miembros,⁴⁸ tanto que es difícil atribuir al mismo características que no generen el descontento de ninguno de dichos Estados.

Puesto que al tema de la legalidad penal europea se le han dedicado numerosos ensayos y monografías⁴⁹ cuyo contenido no es ni siquiera resumible en esta sede, nos limitaremos aquí a realizar algunas observaciones sintéticas, distinguiendo el perfil «histórico-político» de dicho principio (que concierne las cuestiones relativas a los órganos legitimados a producir textos penales a las fases de formación de dichos textos) del perfil «ahistórico-universal» del mismo (que concierne el problema de la «calidad» de las normas penales, es decir, de su accesibilidad, cognoscibilidad, claridad en el contenido, prevedibilidad de los resultados interpretativos).⁵⁰

10.1. El perfil «histórico-político» de la legalidad penal en la perspectiva de la Unión. Órganos y procedimientos para una legitimación democrática de las normas penales de origen europeo

En lo que respecta al corolario del principio de legalidad tendiente a vincular las normas penales a procesos formativos expresivos del máximo coeficiente de legitimidad de las decisiones político-criminales,

se sabe que en Europa subsisten todavía posiciones fuertemente divergentes, especialmente (pero no sólo) entre los sistemas de *civil law* más atentos a la salvaguarda de la «reserva de ley» y los sistemas de *common law* más sensibles a la dimensión aplicativa del Derecho, y por lo tanto a una «justicia del caso concreto». Por ello, se entiende bien cómo no sólo los Tratados, sino también el Art. 7 CEDU y el Art. 49 de la Carta de los derechos de la UE, ignoran el perfil «histórico-político» de la legalidad penal. Por lo tanto, la esperanza de que en el ámbito de la Unión surjan vínculos precisos sobre los órganos habilitados para la producción de las normas penales de origen europeo y sobre los procedimientos para la adopción de estas últimas reside sólo en la valoración de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros realizada por el Tribunal de Justicia. De hecho, no pocas de las Constituciones de los países de la UE, además de los tradicionales corolarios «ahistórico-universales» de la legalidad, prevén también los relativos corolarios «histórico-políticos». Sin embargo, la concreción de estos últimos a través del recurso a las «tradiciones constitucionales comunes» depende grandemente del criterio mediante el cual éstas son identificadas. Al respecto, hemos visto anteriormente que, una vez excluido el criterio del «mínimo común denominador», queda la alternativa entre los criterios del *maximum standard*, de la «orientación prevalente» y de la *better law*,⁵¹ diversas veces acogidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ahora, los tres criterios mencionados presentan la característica común de permitir —aunque sea de distintos modos— no sólo el acogimiento del perfil «histórico-político» de la legalidad que concierne a la identificación de los órganos legitimados para la creación de normas penales europeas, sino también la concreción de dicho perfil en la «democraticidad» de dichos órganos. Por lo demás el corolario de la «reserva de ley» —que, aunque sea con varios matices, es acogido dentro de

⁴⁸ Cfr. A. Bernardi, “All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale”, en *Quaderni costituzionali*, 2009, pp. 43 y ss.

⁴⁹ A. Bernardi, “‘Riserva di legge’ e fonti europee in materia penale”, in *Annali dell’Università di Ferrara, Nuova Serie, Scienze Giuridiche*, 2006, pp. 1-90; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; M. Muñoz de Morales Romero, *El Legislador Penal Europeo. Legitimidad y Racionalidad*, tesis de doctorado, Ciudad Real, 2010.

⁵⁰ El carácter «ahistórico-universal» de este perfil de la legalidad hay que reconducirlo al hecho de las diversas exigencias de «calidad» de la norma penal que aparecen estrechamente funcionales a la misma naturaleza del mecanismo punitivo. Dichas exigencias, pese a ser advertidas de modo no uniforme de un sistema jurídico a otro, presentan un ámbito tendencialmente universal y en absoluto contingente, que les hace menos sensibles a condicionamientos de matriz histórico-política, y por lo tanto menos inclinados a asumir desarrollos completamente diversos dentro de cada ordenamiento constitucional.

⁵¹ Cfr. *supra*, sub par. 5.2.

la mayor parte de los sistemas constitucionales de los países de la UE— expresa precisamente la exigencia de que las normas penales sean creadas por el más democrático de los órganos nacionales, es decir, por el Parlamento. Sustancialmente, pues, el perfil «histórico-político» de la legalidad aparece en Europa permeado de la instancia democrática, la cual no puede por lo tanto ignorarse ni con base en el *maximum standard* ni con base en la orientación prevalente. En cuanto al criterio de la *better law*, en su perspectiva «funcionalista», el reconocimiento de la democraticidad de las normas europeas de carácter penal se demuestra muy útil con vistas a la consecución de los objetivos de la Unión, dado que sólo en presencia de este requisito se puede esperar que a la legitimidad de dichas normas no se oponga la mayor parte de los Estados miembros.

Incluso si el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tendiente a implementar el principio de legalidad penal europeo mediante el recurso a las tradiciones constitucionales nacionales se manifiesta, en conjunto, desilusionante,⁵² no parece por ello legítimo dudar de que en ámbito europeo el principio de legalidad contenga el corolario de la democraticidad. Bajo este perfil, por lo tanto, al menos en principio, respecto a las normas penales de origen europeo, las de origen nacional estarían dotadas de un nivel superior de legitimación, dada la mayor representatividad y la mayor cercanía a los ciudadanos de los Parlamentos nacionales respecto al Parlamento europeo y más en general respecto a los órganos de la UE implicados en el procedimiento de codecisión.

Cierto es, sin embargo, que no todos los Estados de la Unión demuestran, en los hechos, particular sensibilidad sobre el problema de democraticidad de las leyes penales: y ello no sólo cuando el principio de legalidad acogido en éstos no comprende el corolario de la reserva de ley, sino también, a veces, cuando el respectivo sistema jurídico, pese a acoger formalmente el mencionado corolario, se manifiesta en los hechos capaz de traicionar la *ratio* democrática. Es emblemático al respecto el ejemplo de Italia, donde la reserva de ley ha sido materialmente comprometida, dejando por un lado un espacio cada vez más amplio a las aportaciones del Ejecutivo en sede de formación de los textos penales, vaciando por otro lado con cada

vez mayor frecuencia su carácter democrático incluso en el proceso formativo de la ley ordinaria mediante distorsiones dirigidas a empobrecer o incluso excluir el debate en el seno del Parlamento.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, por influencia de la construcción europea, los procesos formativos de las normas de la UE se han ido afinando progresivamente, hasta caracterizarse —tras el Tratado de Lisboa— por un procedimiento en tres fases (ascendiente, centralizada, descendiente) ciertamente susceptible de ulteriores mejoras, pero desde ahora para nada insensible al requisito de la democraticidad.

Dicho requisito, a decir verdad, se cumple ya parcialmente en la primera fase, en la que los órganos de la UE habilitados para la producción normativa (la Comisión y el Consejo) interpelan a los Parlamentos nacionales, con el fin de evitar —en la medida de lo posible— la producción de textos que luego se encuentren con el desacuerdo de los Estados miembros. Baste aquí recordar que sobre la base del primero de los Protocolos anexos al Tratado de Lisboa —que concierne precisamente el “papel de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea”— se les asegura la transmisión directa por parte de la Comisión de todos los documentos de consulta, de los actos programáticos de acción de la Unión y de los proyectos de actos legislativos de la Unión. De tal modo se favorece el procedimiento de control sobre la correcta aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad al que se dedica el ya recordado Protocolo n° 2.

Una notable atención a la democraticidad se da también en la segunda fase del *law making process* europeo, en el cual los textos propuestos por la UE, que han sido ya objeto de discusión entre órganos europeos y órganos nacionales, entran en el meollo del proceso normativo de Bruselas. Con la reciente reforma de los Tratados, de hecho, el “procedimiento legislativo ordinario” se ha convertido en el mecanismo general de adopción de los actos de Derecho derivado, en particular en lo que afecta a la materia penal (Arts. 82 y ss. TFUE). Sobre la base del Art. 294 TFUE, dicho procedimiento subordina la aprobación del texto propuesto al voto favorable del Parlamento europeo, el cual por otra parte no dispone sólo del poder de veto, sino que puede por otra parte su-

⁵² Cfr. A. Bernardi, “‘Riserva di legge’ e fonti europee in materia penale”, art. cit., pp. 82 y ss. *Ibid.*, “All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale”, art. cit., pp. 53 y ss.

gerir modificaciones o aportar enmiendas al texto en cuestión, produciéndose con ello un general y vistoso incremento de la legitimación democrática de los productos normativos de la Unión.

Finalmente, el requisito de la democracticidad se refuerza (o mejor dicho, podría reforzarse) en la tercera fase, que afecta a la actividad de transposición-concreción de los textos penales de la UE por parte de órganos normativos nacionales,⁵³ siempre que, naturalmente, las normas europeas que los Estados miembros están llamados a transponer sean verdaderamente mínimas, para aportar un refuerzo de legitimación a la norma penal de origen europeo. Ahora, bajo ambos perfiles parece lícito no dar riendas sueltas a excesivos optimismos. Bajo el primer perfil, de hecho, la práctica de las directivas detalladas está hoy muy enraizada en el ámbito europeo, pudiendo suponerse que la tendencia a crear dentro de la Unión preceptos que dejan exigüos márgenes de maniobra a los Estados miembros puede mantenerse también allí donde dichos preceptos están expresamente previstos como penales por las directivas en cuestión. Y bajo el segundo perfil, el ejemplo italiano sobre el efectivo papel desarrollado por el Parlamento nacional en sede de transposición de las directivas de la UE⁵⁴ demuestra cuánto se descuida en los hechos el principio de la reserva de ley.⁵⁵

En todo caso, se puede considerar que, si el Tribunal de Justicia fuese llamado a valorar la legitimidad de las normas penales de origen europeo a la luz del nivel de democracticidad de los relativos procedimientos de adopción, el juicio del Tribunal estaría marcado por una gran tolerancia en lo que respecta a la tercera fase del procedimiento normativo europeo. De hecho, como se ha recordado,⁵⁶ el control del Tribunal en materia de principios y derechos fundamentales presenta (o al menos debería presentar) un mayor grado de flexibilidad cuando dicho control concierne no a las normas de Derecho derivado, sino a las normas nacionales que transponen el Derecho europeo, ya que los jueces de Luxemburgo no podrían no tener en cuenta

las peculiaridades de los distintos sistemas nacionales, además del propio interés de la Unión. Ahora bien, en el ámbito de la UE no parece subsistir ningún interés concreto en someter las normas nacionales de transposición al respeto del corolario de la reserva de ley, dado que la única preocupación verdadera de la Unión será probablemente la de no obstaculizar la actividad nacional de transposición de los textos de Derecho derivado pretendiendo el respeto de procedimientos normativos extraños a algunos ordenamientos jurídicos internos, además de verificar la efectividad y la adecuación de la disciplina nacional que transpone las imposiciones (penales) europeas.⁵⁷ Ciertamente es, por otro lado, que precisamente en vista de este último objetivo, el Art. 12 TUE, c) prevé una particular valorización de la actividad de los Parlamentos nacionales en cuanto al control de la aplicación de las políticas de la Unión en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. En sustancia, por lo tanto, también en la tercera fase del proceso normativo europeo se confirma la especial atención al dato de la democracticidad en el sector penal: eso sí, siempre que esta atención se exprese no tanto en un control sobre la democracticidad de los mecanismos nacionales de transposición o aplicación penal de los textos normativos de la UE, sino sobre la democracticidad de los órganos llamados a valorar la aplicación por parte de los Estados miembros de las políticas de la Unión en ámbito penal.

Una última observación al margen del perfil «histórico-político» de la legalidad penal en perspectiva europea. El corolario de la democracticidad de las normas penales de origen europeo se deduce, como se ha visto, tanto del coeficiente de representatividad democrática de algunos de los órganos implicados en la producción de las normas penales de la UE, como de los procedimientos utilizados para la adopción de estas normas. Sólo que, bien visto, tanto los mencionados órganos como los procedimientos legislativos en los que están implicados son funcionales a la persecución no sólo de la democracticidad sino también de algunos posteriores principios y de la «calidad» de las decisio-

⁵³ Sólo Reglamentos de la UE que contuviesen tanto el precepto como la sanción penal podrían prescindir de esta fase nacional de transposición-precisión.

⁵⁴ Pero también en sede de implementación penal de los Reglamentos de la UE carentes de expresas indicaciones sobre la tutela sancionatoria que los Estados miembros están llamados a garantizarles.

⁵⁵ Cfr. A. Bernardi, "I principi e criteri direttivi in tema di sanzioni nelle recenti leggi comunitarie", in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XIV, 2000, pp. 85 y ss.

⁵⁶ Cfr., *supra*, sub par., 5.2, nt. 81.

⁵⁷ Cfr. A. Bernardi, "Riserva di legge e fonti europee in materia penale", art. cit., pp. 79 y ss.

nes penales de matriz europea. Al respecto, ya se ha recordado el papel de los Parlamentos nacionales en vista del respeto del principio de subsidiariedad por la intervención de la Unión; pero no hay que olvidar que la interacción entre los Parlamentos nacionales y los órganos de la Unión (Parlamento europeo, Consejo y Comisión) implicados en el proceso de producción de las normas penales de origen europeo, así como las mismas etapas de este proceso, tienden a favorecer también la circunspección, la racionalidad, la proporcionalidad e incluso la claridad-precisión de dichas normas. En definitiva, por lo tanto, merece la pena subrayar que los perfiles «histórico-político» y «ahistórico-universal» de la legalidad, pese a ser netamente distinguibles, no están totalmente desvinculados, en cuanto los procesos formativos de las normas penales no son irrelevantes en vista de la «calidad» sustancial de las normas en juego.⁵⁸

10.2. El perfil «ahistórico-universal» de la legalidad penal de la Unión. Las garantías en materia de vigencia temporal de las fuentes penales europeas

A diferencia de lo que podemos encontrar en relación con el perfil «histórico-político» de la legalidad penal de la UE, su perfil «ahistórico-universal» no puede ser recabado sólo de las tradiciones constitucionales comunes, sino también, e incluso en primer lugar, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Art. 7), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Art. 49), así como también de la jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo y de Estrasburgo.

Como se sabe, tales normas tienden antes que nada a dictar principios-corolarios garantistas con respecto a la vigencia temporal de las disposiciones penales. Sin embargo —gracias sobre todo al dinamismo interpretativo del TEDH y, aunque de manera más reducida, del Tribunal de Justicia— consagran además la prohibición de aplicación extensiva o analógica de la ley penal y, más en general, la «calidad» de ésta; «calidad» que consistida, respectivamente, en la asequibilidad y la reconocibilidad externa del texto nor-

mativo, en la precisión y claridad de dicho texto, en la racionalidad y previsibilidad de su interpretación.

a) Comenzando por lo tanto por las cuestiones relativas a la vigencia temporal de las normas penales de origen europeo, cabe recordar en primer lugar que antes de la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la única norma común a los Estados miembros en materia de legalidad era el Art. 7 CEDH, que en su primer apartado fija el principio de irretroactividad desfavorable de la norma penal, sobre el que por otra parte existía un generalizado acuerdo por parte de todos los Estados de Derecho. Es por lo tanto en el marco de dicha norma y de la relativa actividad hermenéutica de los jueces de Estrasburgo, que el Tribunal de Justicia ha consagrado de modo expreso el principio de legalidad penal, reconduciéndolo al interno de los principios europeos de Derecho no escrito y afirmando que la irretroactividad *in malam partem* de las normas penales constituye un imprescindible corolario de tal principio destinado a vincular también las normas de la UE.⁵⁹

Por otro lado, no se puede ignorar que el propio Tribunal de Justicia, confirmando una actitud “reduccionista” ya evidenciada en sede de interpretación de otros principios y derechos de la CEDH, ha conferido en varias ocasiones al principio de irretroactividad una interpretación formalista y, en definitiva, poco garantista. Ciertamente, no es posible detenerse en las razones de orden general por las que los jueces de Luxemburgo, más allá de su afirmación sobre la configuración de los principios y derechos de la CEDH como límites imprescindibles de legitimidad de las normas de la UE, demuestran en los hechos no valorar adecuadamente tales principios y derechos e incluso erosionar parcialmente —en lo que interesa aquí específicamente— el núcleo esencial del principio de legalidad.⁶⁰ Bastará en esta ocasión subrayar que ello ha sucedido especialmente cuando los mencionados juicios, mediante el recurso a argumentos poco convincentes, han considerado legítima la aplicación por parte de la Comisión de sanciones más severas que las realísticamente previsibles en el momento de la comisión del ilícito.⁶¹ El hecho de que tales sanciones

⁵⁸ Cfr. C. Grandi, *Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale o europeo*, en prensa.

⁵⁹ Tribunal de Justicia, s. 10 de julio de 1984, 63/83, “Kirk”, en *Racc.*, 1984, p. 2689.

⁶⁰ Para un análisis de dichas razones cfr. Bernardi, “‘Riserva di legge’ e fonti europee in materia penale”, art. cit., pp. 56 y ss.

⁶¹ Sent. 28.6.2005, causa C-189/02, C-202/02, C-205102, C-206/02, C-207/02, C-208/02, C-213/02 (*Dansk Rørindustri*), punto 229; sent. 5.4.2006, causa T- 279/02, *Degussa AG*; sent. 18.5.2006, causa C-397/03, *Archer Daniels*; sent. 27.9.2006, causa T-329/01, *Archer Daniels*; sent. 27.9.2006, causa 59/02, *Archer Daniels*).

sean formalmente no penales, sino administrativas, no afecta al juicio negativo suscitado por esta toma de posición de los órganos jurisdiccionales de la UE: tan es así, que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, a la que el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia están llamados a atenerse,⁶² el principio de legalidad del Art. 7 CEDH no se aplica sólo al Derecho penal en sentido estricto, sino también a la entera “materia penal” tal y como es conceptualizada por los jueces de Estrasburgo.⁶³ Por lo demás, con específicas referencias a la corriente jurisprudencial en examen, los jueces de Luxemburgo han reconocido que el principio de legalidad del Art. 7.1 CEDH rige tanto las normas de carácter penal como “los instrumentos administrativos específicos que imponen o permiten imponer sanciones administrativas”.⁶⁴

b) Sin duda, un replanteamiento en clave garantista de las cuestiones relacionadas con el tema de la vigencia en el tiempo de las normas penales de origen europeo ha tenido lugar tras la adopción en diciembre de 2000 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el principio de legalidad penal ha dejado de constituir en el ámbito de la UE una mera fuente de Derecho no escrito confiada a la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia. Cierto es que el Art. 49 de la Carta, que concierne a los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas, reproduce en la primera parte del primer párrafo la formulación del Art. 7.1 CEDH. Cierto es que a la luz de los Arts. 52.3 y 53 de la propia Carta, en relación con el principio de irretroactividad del mencionado Art. 49.1 *ab initio*, subsiste un vínculo tal de interpretación conforme a la jurisprudencia del TEDH en la materia, por el cual podría afirmarse que no se ha producido ningún cambio significativo en materia de retroactividad con la proclamación de la Carta.

No hay que olvidar, sin embargo, que el Art. 49.1 de la Carta ha tenido el gran mérito de hacer mucho más «visible» el principio de legalidad / irretroactividad penal hasta entonces limitado, en el ámbito de la UE, al nivel de principio “implícito”.⁶⁵ Pero lo que no hay que olvidar sobre todo es que la segunda parte del Art. 49.1 de la Carta concede una protección legal mucho más extendida que la permitida a través del Art. 7.1 CEDH, introduciéndose expresamente el ulterior corolario garantista de la retroactividad favorable.

En este momento merece la pena subrayar que el nuevo corolario de la legalidad penal previsto en la segunda parte del Art. 49.1 de la Carta ha tenido significativos efectos a nivel jurisprudencial antes incluso de que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, dicha Carta adquiriese plena juridicidad. De hecho, el Tribunal de Justicia, en una conocidísima sentencia de 2005,⁶⁶ ha afirmado que el principio de retroactividad favorable “forma parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”,⁶⁷ y por lo tanto “debe ser considerado como parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario que el juez nacional debe observar cuando aplica el Derecho nacional adoptado para implementar el ordinamiento comunitario”.⁶⁸ Más allá de toda afirmación del Tribunal de Justicia, el reconocimiento por parte de dicho órgano jurisdiccional supremo del corolario de la retroactividad favorable, siempre descuidado anteriormente por el mismo,⁶⁹ parece explicarse no tanto a la luz de las «tradiciones constitucionales comunes» (que en verdad no concuerdan en absoluto sobre el mencionado corolario), sino más bien a la luz de la incorporación del corolario en cuestión en el Art. 49.1 de la Carta de Derechos Fundamentales. Esta hipótesis parece tanto más realista si se considera que, al momento de la sentencia en cuestión, la Carta había

⁶² *Cfr.*, antes del Tratado de Lisboa, Art. 6.2 TUE y, después del Tratado de Lisboa, Art. 6.3 TUE.

⁶³ *Cfr.*, “La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, flou du droit pénal”, a cura del *Groupe de recherche des Droits de l’homme et logiques juridiques*, dir. por Delmas-Marty, en *Rev. Sc. crim.*, 1987, pp. 819 y ss. En referencia al filón jurisprudencial en examen, la s. de 5 de abril de 2006, causa T- 279/02 (*Degussa AG*), cit., precisa que el principio de legalidad del Art. 7 CEDH informa tanto a las normas de carácter penal como a “los instrumentos administrativos específicos que imponen o permiten imponer sanciones administrativas” (punto 67).

⁶⁴ *Cfr.*, sent. 5 de abril de 2006, causa T- 279/02 (*Degussa AG*), cit., punto 67.

⁶⁵ *Cfr.*, Bernardi, “Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive”, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, pp. 673 y ss.

⁶⁶ S. 3.5.2005, causas reunidas 387/02, 391/02, 403/02 (*Berlusconi*).

⁶⁷ *Ibid.*, punto 68.

⁶⁸ *Ibid.*, punto 69.

⁶⁹ *Cfr.*, A. di Martino, “Le direttive CE non possono ostare all’applicazione della ‘pena più mite’ anche se ritenuta comunitariamente illegittima”, en *Guida al diritto*, núm. 20, 2005, pp. 105 y ss.

sido colocada en la segunda parte del Tratado constitucional europeo, que no entraría nunca en vigor por los «no» de Francia y Holanda, pero cuya adopción era entonces considerada próxima en el tiempo por la mayoría; es decir, se considera que la Carta europea era sólo *soft law*, pero que poseía aun así una alta tasa de persuasividad peculiar de muchos actos de *pre-law*. Por lo tanto, por una vez el Tribunal de Justicia, como ya se ha dicho, tradicionalmente orientado a restringir el ámbito garantista de los principios y derechos de la CEDH y en especial de los corolarios del principio de legalidad, ha precedido al TEDH en el desarrollo por vía interpretativa de las garantías penales en materia de sucesión de leyes. Dado que a estas alturas —precisamente al amparo del Art. 49.1 de la Carta y de los avances jurisprudenciales de Luxemburgo—, también los jueces de Estrasburgo han acogido, con una sentencia de 2009,⁷⁰ el principio de retroactividad *in bonam partem*, el cual por lo tanto se establecerá en el futuro como parámetro de legitimidad de las fuentes penales de la UE en el ámbito del control «externo» de los órganos jurisdiccionales de Estrasburgo. Por consiguiente, el principio de retroactividad favorable constituye actualmente un elemento definitivo de la constitución material europea; tanto más definitivo en cuanto, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales ha sido elevada a fuente primaria del Derecho de la Unión.

10.3. Los corolarios «cualitativos» de la legalidad y las fuentes penales europeas antes y después de Lisboa

Un recorrido análogo parece destinado a tener los corolarios del principio de legalidad que expresan la atención prestada al problema de la «calidad» de las normas penales.

a) Es notorio que, al menos hasta que el sistema jurídico de la Unión no ha poseído una norma propia en materia de legalidad penal, los jueces de Luxemburgo no han disfrutado de las posibilidades ofrecidas ni por las «tradiciones constitucionales comunes» ni por el propio Art. 7 CEDH para enriquecer el principio de legalidad de los corolarios que afectan la «calidad» de las fuentes penales. En sustancia, el Tribunal de

Justicia se había limitado a afrontar la cuestión relativa a la prohibición de interpretación analógica o extensiva de las disposiciones penales o, en general, sancionadoras, de origen europeo: cuestión, ésta, al mismo tiempo distinta pero relacionada con las de carácter estrictamente «cualitativo» que conciernen la accesibilidad y taxatividad de dichas disposiciones, en cuanto a que la prohibición de analogía y de interpretación extensiva participa junto con el principio de taxatividad en asegurar la previsibilidad de los comportamientos penal relevantes y de los respectivos procesados. En particular, en una sentencia de 1979 el Tribunal de Justicia había afirmado —sin, por otra parte, acudir al Art. 7 CEDH— que las disposiciones de Derecho comunitario de contenido sancionatorio tenían que interpretarse restrictivamente, especialmente en el caso en el que no fuesen plenamente satisfactorias bajo el perfil de la taxatividad.⁷¹ Más tarde, en una sentencia de 1996, había precisado que un corolario tanto del principio de legalidad de los delitos y de las penas del Art. 7 CEDH como, más en general, del principio de seguridad jurídica, impone, en sede de determinación de la responsabilidad penal resultante de una ley interna adoptada para transponer una directiva, no aplicar las normas penales de modo extensivo en perjuicio del imputado; y que tal corolario, por lo tanto, obsta al establecimiento de “procedimientos penales posteriores a un comportamiento cuyo carácter censurable no resulte de modo evidente de la ley”.⁷² En este caso, como es evidente, los jueces de Luxemburgo se han limitado a reproponer, en relación con el Art. 7 CEDH, la consolidada jurisprudencia de Estrasburgo sobre la *interpretación razonable* (al ser restrictiva) de la norma penal; *interpretación razonable* que a su vez constituye, para el TEDH, un corolario del principio de previsibilidad de la norma penal.

Por el contrario, por lo menos en el largo periodo transcurrido entre el nacimiento de la Comunidad y la proclamación de la Carta europea, los jueces de Luxemburgo no han encontrado nunca el modo de afrontar los fundamentales corolarios del principio de legalidad que tienen por respectivo objeto la *accesibilidad* y la *taxatividad* de las normas penales de origen europeo. Lo cual puede suscitar sorpresa si se considera que en el mismo periodo el TEDH —mediante formas de

⁷⁰ S. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*.

⁷¹ S. 13.2.1979, causa 85/76 (*Hoffmann-La Roche c. Commissione*), pp. 461 ss., donde por otra parte no se hacía ninguna referencia al Art. 7 CEDH.

⁷² S. 12.12.1996, causas reunidas C-74/95 y C-129/95, cit., p. I-6609, punto 25.

interpretación del Art. 7 CEDH extraordinariamente dinámicas, capaces de colmar las lagunas de dicho artículo respecto al perfil «histórico-universal» de la legalidad— se había dedicado a fondo al desarrollo del primero⁷³ y sobre todo del segundo⁷⁴ de los mencionados corolarios «cualitativos» de la legalidad; y si se considera también que las normas penales de origen europeo, por su propia génesis, estructura y (a veces breve) duración⁷⁵ resultan muy frecuentemente de problemático acceso y de insuficiente claridad y precisión.⁷⁶ Probablemente, la infrutilización por parte de los jueces de Luxemburgo de los éxitos hermenéuticos del TEDH en materia de «calidad» de la ley penal se debiera sobre todo a la menor «tendencia» (respecto a los de Estrasburgo) a la valorización de los principios y derechos fundamentales,⁷⁷ a su pertenencia a un órgano judicial «interno» en lugar de «externo» a la Unión Europea; finalmente y sobre todo, a la ausencia de un principio de legalidad expresamente sancionado a nivel de Derecho originario de la Unión que estimulase al Tribunal de Justicia a implementar los corolarios «ahistóricos» de la legalidad a los que el TEDH (gracias, precisamente, al Art. 7.1 CEDH) ha dedicado siempre la máxima atención.

b) Bien se entienda, por lo tanto, la probable contribución dada por la Carta europea a la mayoritariamente advertida necesidad de que el Derecho de la Unión respete los principios de la constitución material europea, y sobre todo los corolarios «cualitativos» del principio de legalidad. En todo caso, en los últimos años es posible notar una mayor atención de los órganos de la Unión a las exigencias de accesibilidad y taxatividad de las normas penales de fuente europea. Y ello incluso si, a decir verdad, el Art. 49.1 de la Carta es un calco del Art. 7.1 CEDH en tanto

que no menciona expresamente los referidos corolarios «cualitativos», dejando así que dicho vacío normativo sea colmado tanto por el dinamismo de los jueces habilitados para su interpretación como, más en general, por el aumento de la sensibilidad de todos los órganos de la Unión hacia el tema de la «calidad» de los productos normativos de Bruselas y de los textos nacionales de transposición.

Siendo imposible analizar los múltiples textos de *soft law* adoptados en el ámbito de la UE⁷⁸ con el fin de mejorar la accesibilidad, la taxatividad, la recíproca coherencia de los actos jurídicos de origen europeo⁷⁹ y la previsibilidad de los relativas decisiones, en esta sede nos limitaremos a algunas breves anotaciones en tema de *taxatividad* y de *interpretación razonable* de las normas penales de origen europeo.

10.4 Taxatividad de las normas y razonabilidad de la interpretación en el Derecho penal europeo

a) En referencia al corolario de la *taxatividad*, puesto que también tras el Tratado de Lisboa la Unión ha ampliado en gran medida su poder de intervención en materia criminal, es cada vez más importante aclarar qué obligaciones de claridad y precisión pesan, respectivamente, sobre el legislador europeo y eventualmente sobre el legislador nacional llamado a transponer en el Derecho interno las normas penales creadas por el primero. A tal fin, parece necesario distinguir si la norma penal de origen europeo está contenida en un texto que necesita ser transpuesto (es decir, en una *directiva*, pero también, en referencia a los actos del tercer pilar todavía vigente, en una *decisión marco*) o bien en un texto directamente aplicable (es decir, en un *reglamento*).

⁷³ Sent. 26.4.1979, *Sunday Times c. Regno Unito, Serie A*, núm. 30, par. 49; sent. 25.3.1983, *Silver e altri c. Regno Unito, Serie A*, núm. 61, par. 87; sent. 29.3.2006, *Achour c. Francia*, cit., par. 42.

⁷⁴ A. Bernardi, “‘Riserva di legge’ e fonti europee in materia penale”, art. cit., pp. 45 y ss.

⁷⁵ Cfr. G. Dannecker, “Armonizzazione del diritto penale all’interno della Comunità europea”, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, pp. 981 y ss.

⁷⁶ Cfr. A. Bernardi, *Codificazione penale e diritto comunitario, I - La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996, pp. 85-96.

⁷⁷ De hecho —especialmente hasta la llegada de la Carta europea— es la CEDH y no la UE el “lugar” por excelencia de los principios y derechos fundamentales.

⁷⁸ Cfr. “Risoluzione del Consiglio, dell’8 giugno 1993, relativa alla qualità redazionale della legislazione comunitaria”, in *GU C*, 166 del 17.6.1993, p. 1; “Accordo interistituzionale del 22 dicembre 1998 sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria”, in *GU C*, 73 del 17.3.1999, p. 1-4; “Progetto interistituzionale — ‘Legiferare meglio’”, in *GU C*, 321 del 31.12.2003, p. 1-5; Communautés européennes, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l’intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs au sein des institutions communautaires*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2003.

⁷⁹ Ulteriores finalidades distintas aunque relacionadas con las penas recordadas son también la simplificación y la reducción cuantitativa de la legislación europea: *cfr.*, en particular, el “Progetto interistituzionale — ‘Legiferare meglio’”, en *GU C*, 321 del 31.12.2003, pp. 4-5, núm. 35 y ss.

a1) Cuando la norma penal tiene origen en una *directiva* (o en un acto de tercer pilar), parece claro que el legislador europeo —llamado a describir, mediante “normas mínimas relativas a la definición de los delitos y de las sanciones”, las características más importantes de los tipos penales— no está obligado a conferir a dichos tipos un grado de claridad y precisión comparable al que se pretende respecto de los órganos nacionales para la creación de tipos penales de origen interno. En caso contrario, el nivel de taxatividad de las normas penales contenidas en las directivas sería incompatible con el margen de discrecionalidad que las directivas deben dejar al legislador nacional llamado a implementarlas.

De todas formas, queda por aclarar hasta qué punto se pueda renunciar al requisito de la taxatividad respecto a las normas penales contenidas en directivas o en otros textos europeos que requieren implementación. A tal fin, en general, parece posible estar de acuerdo con quienes⁸⁰ sostienen que, cuanto más detallada sea la norma penal y deje por lo tanto un modesto margen de discrecionalidad al órgano nacional habilitado para la transposición y precisión en el Derecho interno, tanto más recaerá también sobre el legislador europeo el vínculo de la taxatividad. Ello, teniendo en cuenta que el legislador nacional deberá, de todas formas, hacer todo lo posible para estructurar la norma penal de transposición de modo que quede clara y precisa. En todo caso, sin embargo, aunque las normas penales contenidas en directivas resulten muy poco detalladas, no podrían prescindir totalmente del canon de la taxatividad; en caso contrario, de hecho, dichas normas no podrían ni siquiera dar cumplimiento a su objetivo de armonización.⁸¹ Además, las respectivas normas penales de implementación tenderían, a su vez, a ser no sólo distintas de un Estado a otro, sino también escasamente atentas a las exigencias de claridad y precisión de las que el legislador nacional está llamado a hacerse cargo.

A las mismas conclusiones respecto de la exigencia de claridad que pesa sobre el legislador europeo, se llega también considerando que las jurisprudencias nacionales resultan, cada vez más frecuentemente,

condicionadas por la obligación de interpretación de las respectivas legislaciones internas en conformidad con las fuentes europeas. Dicha obligación, de hecho, para traducirse en una clarificación de los confines de lo penalmente relevante y no constituir por el contrario fuente de incertidumbres de todo tipo, postula que las mencionadas fuentes europeas estén provistas de un suficiente grado de taxatividad.

De todos modos, el vínculo de taxatividad de las normas penales contenidas en directivas o en actos del tercer pilar debería ser meramente funcional a los objetivos específicos del acto en el que se coloca. Parece que apunta en tal sentido la conocidísima sentencia del Tribunal de Justicia⁸² que —tras una cuestión prejudicial efectuada por la *Cour d'arbitrage / Arbitratgehof* belga— excluye el vicio de claridad-precisión de algunas normas europeas de relieve penal contenidas en la decisión marco sobre la orden de arresto europea, a la luz del hecho de que “las normas en examen no constiuyen tipos penales de aplicación directa”.⁸³ En el mismo sentido, una ulterior sentencia del Tribunal de Justicia⁸⁴ parece confirmar la legitimidad del recurso, en una norma penal europea, a términos no taxativos si es que se refieren a instituciones de Parte general. En sustancia, ambas sentencias, aunque sobre la base de argumentos diversos y bastante complejos, subrayan que frecuentemente las fuentes penales europeas pueden estar afectadas por una cierta imprecisión, destinada a ser sanada sólo en sede de transposición. Al mismo tiempo, sin embargo, las mencionadas sentencias dejan entender, o afirman expresamente, que en el caso en el que los textos penales europeos contengan las que, con moderna terminología, definimos como “normas mínimas relativas a la definición de los delitos y las sanciones”, se reclama un cierto grado de taxatividad.

a2) Muy diverso es el vínculo de taxatividad que pesa sobre una norma penal que tiene origen en un *reglamento*. En estos casos hay que distinguir entre *reglamentos penales en sentido estricto* (que contienen tanto el precepto como la sanción) y *reglamentos no penales* cuyos preceptos reciben implementación penal por parte de los Estados miembros.

⁸⁰ Cfr. “Manifiesto sulla politica criminale europea”, art. cit., p. 738.

⁸¹ Objetivo este necesariamente relacionado con las normas penales contenidas en una directiva de armonización o en una decisión marco de armonización; pero por el contrario no siempre presente en todos los textos penales de origen europeo.

⁸² S. 3.5.2007 C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*.

⁸³ A. Martufi, *Qualità intrinseche delle norme penali europee e controllo di legalità*, en prensa.

⁸⁴ S. 3.6.2008, causa C-308/06, *Intertanko*.

En cuanto a los *reglamentos penales en sentido estricto*, la cuestión de si el Art. 86 TFUE prevé la atribución de una competencia penal directa para la Unión, recibe en la Doctrina tres soluciones diversas: la primera solución está dirigida a negar dicha competencia,⁸⁵ la segunda a admitirla,⁸⁶ la tercera a admitirla sólo para los preceptos, con la consecuente exclusión de que el reglamento penal indique también el tipo y entidad de las sanciones aplicables.⁸⁷ Pues bien, si nos adherimos a la segunda de estas soluciones, parece evidente que el nivel de taxatividad de los tipos penales contenidos en reglamentos de la UE deberá ser totalmente análogo al de los tipos penales de origen nacional; mientras que si nos adherimos a la tercera solución, dicha exigencia de taxatividad concierne sólo al precepto, quedando sólo sobre las espaldas del legislador nacional (y no por el contrario sobre las del legislador europeo) el peso de precisar el marco penal aplicable. Más en general, estamos de acuerdo con quienes sostienen que siempre que “un acto normativo europeo se dirija a la unificación («plena armonización») de las disposiciones penales de los Estados miembros, dicho acto deberá observar en cuanto tal, como si fuese un tipo penal, el principio europeo de taxatividad”,⁸⁸ principio cuya violación no podría ser sanada por ninguna norma, europea o nacional, de implementación.

Paradójicamente, muy similar resulta el requisito de certeza respecto a los preceptos contenidos en *reglamentos no penales*, a los cuales los Estados miembros brindan formas de implementación sancionatoria de carácter penal. También en este caso, en efecto, el pre-

cepto previsto por el reglamento queda la mayoría de las veces sin ninguna modificación, por cuanto —por una serie de factores reconducibles a las difíciles relaciones de integración que existen entre el Derecho comunitario y el Derecho penal⁸⁹— la ley nacional que “penaliza” las violaciones de estos preceptos se limita la mayoría de las veces⁹⁰ a efectuar una “remisión total” al precepto de la UE y, por lo tanto, nada agrega a su originario grado de claridad y precisión.

Al respecto, merece ser precisado que, con relación a algunos preceptos contenidos en reglamentos comunitarios no penales privados de autónoma tutela sancionatoria, la combinación del principio de leal cooperación, previsto en el art. 4.3, inc. 2 TUE (anteriormente art. 10.1 TCE) y del principio general de proporcionalidad de la sanción, establece en cabeza de los Estados verdaderas y propias obligaciones de incriminación, es decir, hace que en el ámbito de aplicación sancionatoria del precepto contenido en el reglamento, el Estado deba necesariamente recurrir al instrumento penal. En tales casos, obviamente, el precepto del reglamento de la UE “expresado como una forma de tutela penal nacional” deberá poseer el grado de certeza conforme a su “destino penal”.

En muchos otros casos, sin embargo, el Estado queda libre de elegir, respecto a los preceptos contenidos en los reglamentos de la UE, la forma de implementación sancionatoria que prefiera (penal o administrativa), pudiendo ambas resultar no conflictivas para los principios de leal cooperación y de proporcionalidad. No obstante ello, también en estos casos,

⁸⁵ *Cfr.*, aunque sea en referencia al Art. III-415 del Tratado por el que se adopta una Constitución para Europa, G. Grasso, “La Costituzione per l’Europa e la formazione di un diritto penale dell’Unione europea, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*”, I, pp. 381-382.

⁸⁶ *Cfr.*, de nuevo en referencia al Art. III-415 del Tratado por el que se adopta una Constitución para Europa, A. Bernardi, “Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea”, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 8-9; Manacorda, “Los estrechos caminos de un derecho penal de la Unión Europea. Problemas y perspectivas de una competencia penal ‘directa’ en el Proyecto de Tratado Constitucional”, in *Criminalia*, 2004, pp. 208 y ss.; L. Picotti, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d’attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l’Europa, op. cit.*, pp. 85 y ss. S. Riondato, “Dal mandato di arresto europeo al libro verde sulle garanzie, alla Costituzione europea. Spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo”, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4/2004, pp. 1128 y ss.

⁸⁷ *Cfr.* C. Sotis, “Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea”, in *Cas. pen.*, 2010, pp. 1146 y ss., par. 6.2.

⁸⁸ *Cfr.* “Manifiesto sulla politica criminale europea”, art. cit., p. 738.

⁸⁹ De hecho, en razón de la primacía de dichos reglamentos sobre la normativa interna y de su directa aplicabilidad, a los órganos legislativos de los Estados miembros está prohibido no sólo reelaborar las prescripciones comunitarias en el ámbito de un nuevo precepto penal “nacionalizado”, sino incluso reproducir textualmente estas últimas en un acto normativo interno (*cfr.*, por todas, s. del Tribunal de Justicia del 18 de febrero de 1970, causa 40/69, *Bollmann*, in *Racc.*, 1970, p. 69), debiendo por lo tanto limitarse a remitir a éstas. Sólo de dicho modo, por lo demás, puede salvarse la exigencia tanto de reservar al Tribunal de Justicia el monopolio de la interpretación de las normas reglamentarias, como de sustraer estas últimas al control nacional de constitucionalidad (como mucho, salvo en los casos en los que dichas normas estén en tensión con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional. *Cfr.* s. de la *Corte cost.* de 21 de abril de 1989, núm. 232, en *Giur. cost.* 1989, I, pp. 1001 y ss.; sent. 18 de diciembre de 1995, núm. 509, en *Foro it.*, I, c. 783 ss.), como finalmente de garantizar el efecto inmediato y directo de toda eventual modificación.

⁹⁰ De hecho, está bien precisarlo, en sede de implementación de normas reglamentarias comunitarias sancionadoras se puede recurrir también, en algunos casos, a técnicas normativas distintas de la de “remisión total”. *Cfr.*, *amplius*, Bernardi, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, loc. cit., pp. 99 y ss.

el precepto del reglamento deberá tener, sin embargo, un elevado grado de certeza, ya que puede siempre transformarse —en algunos, en muchos o en todos los países de la UE— en un precepto penal. En sustancia, la Unión Europea, no pudiendo saber *a priori* cuál será la forma de tutela sancionatoria que recibirán en cada país miembro sus preceptos, debería dotarlos de un elevado nivel de claridad y precisión, coherente con su posible tutela penal.

El problema será, entonces, el de comprender los remedios posibles en los casos en que los preceptos penales de origen reglamentario resultaren carentes de precisión. En los casos concernientes a *reglamentos penales en sentido estricto* (que, debe subrayarse, al momento sólo existen en poquísimos, particularísimos y prácticamente ignorados casos de los años sesenta/ochenta del siglo pasado),⁹¹ dado que el legislador nacional no podría sanar tal carencia de certeza, el remedio primario será el recurso de invalidez o aquel que proporciona la teoría de los contralímites, una vez que eventualmente se haya admitido que la precisión de las normas penales se configura como un principio supremo o un derecho fundamental. Viceversa, en los casos concernientes a los *reglamentos no penales* dotados de preceptos carentes de certeza y destinados a ser tutelados penalmente por los países miembros, se tratará, antes que nada, de comprender si son posibles, por parte de los legisladores nacionales, formas de intervención sobre los preceptos de los reglamentos en cuestión que mejoren el grado de determinación, sin por esto negar los principios del primado y del efecto directo del Derecho europeo.

Como es fácil comprender, tanto las eventuales futuras normas de incriminación contenidas en reglamentos penales, como las normas penales derivadas de la interacción entre reglamentos de la UE y las fuentes penales nacionales encargadas de la tutela de los primeros, pueden plantear problemas muy complejos, todavía no adecuadamente investigados.

b) Con referencia, pues, al corolario de la *interpretación razonable* de las normas penales de origen europeo, por lo tanto, de la *previsibilidad* de los relativos antecedentes, nos limitaremos a realizar en este trabajo dos brevísimas consideraciones.

En primer lugar, estas normas son, en ocasiones, particularmente expuestas al riesgo de contradicciones jurisprudenciales. Esto sucederá, en particular, cuando éstas sean consideradas conflictivas respecto de algunos principios inspiradores del sistema jurídico nacional (emblemática es al respecto la norma —por lo demás, prevista por la normativa europea como no vinculante para los Estados—⁹² que sanciona la tenencia de material pornográfico infantil virtual, lo que resulta claramente inconciliable con el principio de ofensividad y de materialidad, no siendo posible probar ni siquiera su peligrosidad, sino sólo su indiscutible inmoralidad. Lo mismo puede afirmarse, *mutatis mutandis*, respecto a ciertas normas en materia de terrorismo caracterizadas por formas de anticipación de la punibilidad tan ampliamente anticipada que conllevan a hablar de un “Derecho penal pre-preventivo”⁹³ en contraste con los principios de proporcionalidad y de *extrema ratio*). Obviamente, en relación con normas así creadas, tanto carentes de lesividad como ricas de componentes ético-ideológicos, todo tipo de interpretación forzada aparece como posible, produciendo un daño total a la garantía de la “interpretación razonable”.

En segundo lugar, merece ser subrayado que respecto a las normas penales de origen europeo, pero también respecto a las normas penales nacionales llamadas a interactuar con el Derecho europeo, el deber de “interpretación razonable” no pesa ya solamente sobre los jueces nacionales, no obstante éstos sean los únicos que conservan el poder punitivo en relación con tales normas. Generalmente, también, los jueces de Luxemburgo, a través de sus sentencias interpretativas, concurren a determinar o invalidar la razonabilidad de las elecciones de los jueces internos. Ahora bien, desde hace tiempo se ha notado que en ocasiones la interpretación de las normas europeas llevada a cabo por los jueces de Luxemburgo, no sólo no ofrece respuestas claras y unívocas al juez interno sino que, en verdad, resulta ser esta misma la fuente de ulteriores dudas e inseguridades.⁹⁴ Ciertamente, todos saben que cuando se decide sobre los recursos interpretativos, los jueces “europeos” no deben tomar posición sobre la compatibilidad o no de la normativa interna y la nor-

⁹¹ Reg. 28/62 art. 5; reg. 188/64, art. 5; reg. 1468/81, art. 19.

⁹² *Cfr.*, decisión marco 2004/68/GAI, art. 1, letr. b), iii), art. 3 apdo. 1, art. 5 apdo. 4.

⁹³ “Manifiesto sulla politica criminale europea”, art. cit., p. 741.

⁹⁴ *Cfr.* C. Pedrazzi, “Droit communautaire et droit pénal des Etats membres”, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981, pp. 67 y ss.

mativa de la UE, sólo deben dar la interpretación de la norma europea objeto de la cuestión prejudicial, de este modo, el juez nacional no resulta privado de su rol interpretativo, es decir, no resulta privado de sus (a veces problemáticas) elecciones. Por otra parte, no es extraño que las respuestas de los jueces de Luxemburgo resulten sustancialmente inútiles, o incluso engañosas, u ofrezcan al juez interno “criterios tan elásticos y opinables que dejan, verosímilmente, abierto el camino a toda posible solución”.⁹⁵ Cuando, en casos de estas características, la jurisprudencia penal nacional se tornara “irracional”, en cuanto particularmente contradictoria,⁹⁶ cuál sería hoy (y sobre todo, cuál será mañana, en vista de la adhesión de la Unión Europea a la CEDH) la actitud de los jueces de Estrasburgo para valorar la violación del principio de legalidad tal como ha sido desarrollado por ellos? Ciertamente, se trata de problemáticas nuevas y todavía no estudiadas, sobre las cuales resulta actualmente difícil dar una respuesta.

c) Una última observación debe realizarse con respecto a la aproximación constitucional europea a los corolarios “ahistórico-universales” de la legalidad, y a la tendencia a la ampliación de éstos por vía interpretativa. En una sentencia del TEDH de 2009, la profundización de los contenidos garantistas inherentes a los requisitos de accesibilidad, determinación e interpretación razonable de las normas penales reconocidos por el Art. 7 CEDH, ha conducido a los jueces de Estrasburgo a una verificación sobre los criterios de imputación de la responsabilidad, estableciendo como requisito subjetivo mínimo de imputación la “conciencia y voluntad” del hecho. En extrema síntesis, el TEDH da a entender que los anteriormente mencionados requisitos cualitativos serían vanamente requeridos si luego se pudiese condenar al autor de un delito a título de una simple responsabilidad objetiva, es decir, sin ningún coeficiente cognitivo-volitivo.

Puesto que, como otras veces se ha recordado, la jurisprudencia de Estrasburgo se identifica con la CEDH en cuanto al Derecho originario de la Unión, es posible suponer, entonces, que también el corolario de la “conciencia y voluntad” del hecho ingrese en el principio constitucional europeo de legalidad. Tal vez por esta vía podrían ser —al menos en parte— satisfechas las pretensiones de aquellos juristas que

en mérito al principio de culpabilidad parecen no contentarse con la previsión contenida en el art. 48 de la Carta europea de los derechos fundamentales y con la misma norma prevista, en relación con las sanciones administrativas de la Unión, en el art. 5 del regl. (CE, Euratom) 2988/95. Recuerdan que tal principio tiene “su base en la garantía de la dignidad humana”, y por lo tanto forman “parte de la identidad constitucional indisponible”⁹⁷ del Estado, no tolerando por lo tanto ninguna erosión a nivel europeo en virtud de la teoría de los contralímites.

II. Conclusiones

La progresiva afirmación de un Derecho penal europeo, fruto de las competencias sectoriales en materia criminal atribuidas al legislador europeo por los Tratados, pero en primer lugar por la actividad pretoriana de los jueces de Luxemburgo, postula la necesidad de que este Derecho sea sometido a un camino de constitucionalización similar al verificado, también en medida variable, en la mayor parte de los sistemas jurídicos de los países miembros. Asimismo, el particular Derecho penal europeo, fruto de la interacción entre preceptos contenidos en reglamentos de la UE y las sanciones penales nacionales previstas para sus respectivas violaciones, requiere un camino análogo. No por causalidad el Tratado de Lisboa, cuando sanciona en forma definitiva la competencia penal de la Unión, ha ampliado y valorizado los derechos fundamentales de la UE, previendo para éstos, ulteriormente, más refinados mecanismos de tutela y desarrollo. En este trabajo nos hemos limitado a examinar los perfiles asumidos en el ámbito europeo por los principios de subsidiariedad de la intervención de la Unión y de legalidad, además de señalar algunos problemas relativos a los contenidos de tales principios y a su respeto por parte de la normativa penal de origen europea.

El estudio de estos problemas evidencia que la construcción de un sistema penal supraestatal de carácter garantista implica una continua obra de perfeccionamiento de los procesos legislativos y del sistema multinivel de tutela de los derechos. Esta obra representa un desafío tan ambicioso como arduo para las nuevas generaciones de juristas.

⁹⁵ A. Bernardi, “Profili penalistici della commercializzazione dei prodotti agro-alimentari”, in *Il sistema agro-alimentare e la qualità dei prodotti*, coord. por E. Rook Basile, Milano, 1992, p. 252.

⁹⁶ Cfr. G. Sgarbanti, “Corte Costituzionale e Corte di Giustizia: un dissidio sanato?”, in *Riv. Dir. Agrario*, 1987, p. 314.

⁹⁷ Bundesverfassungsgericht, S. 30.6.2009, *cit.*, punto 364.



La reforma procesal penal francesa en curso.

El informe de la Comisión Léger*

Iñaki Esparza Leibar

Catedrático de Derecho Procesal
UPV/EHU

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

RESUMEN: En su camino de modernización del proceso penal —presupuesto de la futura y necesaria globalización— Francia ha dado el primer paso, superando así el punto de inflexión que hace la reforma irreversible. El informe de la Comisión Léger, que supone un análisis integral de los problemas esenciales del proceso penal, es el resultado de un compromiso directo del Presidente de la República Nicolas Sarkozy. Las páginas que siguen son la síntesis de dicho documento, cuya completa implementación supondrá el abandono definitivo del modelo procesal penal basado en la figura del juez de instrucción.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal, Comisión Léger, Globalización del sistema legal.

ABSTRACT: On its way to modernization of the criminal procedure – condition of the future and necessary globalization of the legal system - France has taken the first step, reaching a tipping point that makes the reform irreversible. The report of the Léger Commission, representing a comprehensive analysis of key issues in the criminal process, is the result of a direct commitment from the President of the Republic Nicolas Sarkozy. The following pages are the summary of this document, whose whole implementation will mean the definitive abandonment of the model based on the figure of the juez de instrucción.

KEYWORDS: Criminal procedure, Léger Commission, Globalization of the legal system.

* Este trabajo ha podido ser realizado con motivo de una estancia en la École Nationale de la Magistrature francesa, en su sede principal de la ciudad de Burdeos, durante los meses de agosto y septiembre de 2009 y fue publicado en la *Revista Penal*, núm. 26, de julio de 2010. Queremos expresar nuestro agradecimiento a sus responsables y al resto del personal del centro por su valiosa ayuda. La posibilidad de materializar la mencionada estancia ha sido también posible gracias a los recursos procedentes de los siguientes proyectos de investigación cuyos equipos integramos:

1. Proyecto titulado “El Derecho penal frente a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación”, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia. Referencia: SEJ2007-64691.

2. Proyecto titulado “Derechos Fundamentales y Unión Europea”, financiado por el Gobierno Vasco. Referencia: GIC07/86-IT-448-07.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El procedimiento preliminar. Propuestas:* 1. *Transformación del juez de instrucción actual en juez de la investigación y de las libertades, con funciones exclusivamente jurisdiccionales.* 2. *Simplificación del procedimiento preliminar, instituyendo un modelo único de investigación.* 3. *Instauración de un juez de la investigación y de las libertades con relevantes poderes.* 4. *Garantizar y reforzar a todo lo largo de la investigación los derechos del imputado y de la víctima.* 5. *Reforzamiento del respeto de los derechos y libertades individuales en la fase preparatoria del proceso penal. En particular las medidas cautelares personales.* 6. *Supresión del secreto de la investigación y mantenimiento del secreto profesional.* III. *El juicio oral. Propuestas:* 1. *El presidente del tribunal como árbitro del debate judicial.* 2. *Desarrollo del jurado escabinado.* 3. *Reforzamiento de los derechos de las partes civiles en la fase de enjuiciamiento.* 4. *Armonización de plazos en el curso del procedimiento.* IV. *La ejecución.*

I. Introducción

La razón que nos impulsa a escribir las páginas que siguen es que consideramos de suma importancia lo que en relación con la reforma procesal penal está ocurriendo en Francia. Pensamos que bien podría servir de modelo y acicate para los responsables políticos españoles situados ante análoga tesitura histórica, que requiere inaplazablemente, en nuestra opinión, el impulso político que permita canalizar y dar fruto a las reflexiones que durante muchos años se han realizado —por parte de los diversos actores comprometidos con el modelo procesal penal— previamente a la toma de decisiones.

Veremos a continuación cuáles son las cuestiones que más preocupan, y por qué razones, a los responsables de realizar, al otro lado de los Pirineos, las propuestas nucleares del nuevo modelo de proceso penal. Conoceremos también las soluciones que para su óptima implementación, en el marco de una justicia eficiente y de calidad, se proponen. Todo ello podría, o debería, proporcionarnos una valiosa pauta, útil en cualquier caso para el momento en el que nos hallamos.

La secuencia se inicia en septiembre de 2009, cuando se hizo público un informe realizado por diversos expertos sobre las líneas maestras de la reforma procesal penal en Francia, de cuyos contenidos más relevantes me dispongo a dar cuenta, aunque sea de forma sintética.¹

Hay una advertencia que siempre debe —en mi opinión— hacerse cuando nos referimos al Derecho Comparado, de cuya utilidad, por otra parte, no albergo duda alguna. La advertencia es que no es posible encontrar instituciones y conceptos idénticos (aunque se denominen de la misma manera), incluso aunque el origen sea común, la evolución en cada uno de ellos es característica, en desarrollo de una perspectiva nacional (aunque eso está cambiando ahora, en favor de la globalización de los valores esenciales). Quizá el caso francés sea de los que, aparentemente al menos, nos ofrece un mayor número de similitudes, conceptuales, institucionales, etc., por lo que nos hace sentir inmediatamente cómodos, pero también hay sensibles diferencias que no podemos dejar de considerar, bajo riesgo de deficiente comprensión de la realidad.

El Code de Procédure Pénale² (en lo sucesivo CPP) francés tiene su origen en el Código de Instrucción Criminal de 1808, que entró en vigor el primero de enero de 1811. Incesante e intensamente modificado, el CPP vigente, entró en vigor el 2 de marzo de 1959, una vez acomodado a la vigente Constitución francesa de 1958 que, a diferencia de lo que ocurre en España, no se refiere sino muy excepcionalmente a los derechos fundamentales y a las garantías procesales en torno a las que se construye el proceso penal. El texto vigente consta de más de mil artículos (contando los que han sido duplicados), gran cantidad de los cuales han sido modificados, muchos de ellos en varias ocasiones.

¹ El contenido de estas páginas ha sido objeto de una conferencia dictada dentro del programa del Congreso Internacional sobre “Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y sistema adversarial”, dirigido por el prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer y celebrado en la UJI de Castellón los pasados 17 y 18 de diciembre de 2009.

² *Id.*, Renucci, J.F., “Code de Procédure Pénale”, 51ª ed. (Édition 2010) Éditions Dalloz, París 2009. Puede ser consultada también la traducción del “Code de Procédure Pénale”, a cargo de Esparza Leibar, I., en: www.legifrance.gouv.fr

El CPP diseña un proceso penal estándar para la época y el continente, un proceso que, en la actualidad, no plantea fricciones con las exigencias del TEDH, que por tanto preserva todos los derechos y garantías exigibles al proceso penal de un Estado de Derecho, como es Francia. Se trata en suma de un proceso respetuoso con el principio del proceso debido, algunos de cuyos aspectos esenciales son:

1. Monopolio en el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Fiscal (en lo sucesivo MF).
2. Existencia de un juez instructor, encargado de la investigación previa a la fase de juicio oral. Juicio oral a cargo de distinto órgano jurisdiccional.
3. Presunción de inocencia, derecho a la defensa.
4. Principios de contradicción, igualdad, celeridad, publicidad.

Considerando esta situación y su difícil acomodo con la realidad y las tendencias contemporáneas en la materia, el actual Presidente de la República, N. Sarkozy, incorporó a su programa electoral una oferta de profunda reforma en el ámbito procesal penal. De la primera fase de ejecución de dicho compromiso es fruto el Informe Léger, que constituirá el elemento nuclear de estas páginas.

Con el reinicio de la actividad política tras la pausa estival, el pasado 1 de septiembre se presentó (con un ligero retraso en relación con el plazo inicialmente concedido, que era antes del primero de julio) al presidente francés el llamado informe Léger —denominado así por ser el apellido del presidente de la comisión que lo ha elaborado, Philippe Léger antiguo abogado general en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas—, las 59 páginas del documento recogen las líneas maestras de la gran reforma procesal penal que el Presidente francés ya anunció en su programa y desea vivamente materializar. Dicha presentación supone de hecho el pistoletazo de salida de la reforma.³

El procedimiento subsiguiente y la agenda para impulsar dicha reforma quedan, a partir de ahora, en manos de la, en la actualidad, Ministra de Justicia (Madame le Garde des Sceaux), quien ya ha anunciado una intensa actividad al respecto, lo que permitiría contar, en el mejor de los casos previstos, con un borrador de texto articulado para principios de 2010, de manera que para la primavera de 2010 pudiera

ser presentado ante el Parlamento el correspondiente Proyecto de Ley. En este preciso momento se está trabajando en ello en el país vecino, se está preparando en Francia un borrador de texto articulado con fundamento en las propuestas del Informe Léger.

El contenido en lo relativo al derecho procesal (también se ocupa de cuestiones de derecho penal) del informe Léger —cuya elaboración, como no podía ser menos según una correcta metodología, ha precisado de la consulta por parte de la Comisión a numerosas instituciones, organizaciones y personalidades con directa implicación en la materia (entre las que no figura la universidad)— ha suscitado vivas discusiones, para empezar en su propio seno, entre los 19 miembros que lo han integrado. El documento se refiere, entre otras cuestiones de gran relevancia —acortamiento de los plazos de la prisión provisional y fomento de alternativas, una detención más aquilata, un modelo único de instrucción, etc., en general, podríamos decir que se persigue un refuerzo sistemático de las garantías procesales y de la eficiencia—, a una reforma de enorme calado, se pretende introducir en el Código Procesal Penal francés un elemento que de fructificar hará, final y completamente, cambiar el modelo que durante prácticamente dos siglos ha regido en los tribunales del orden penal, y que ha sido exportado a otros países, incluido España, y también a otros continentes, fundamentalmente América, y no meramente de manera anecdótica.

Pero vayamos por partes. Los trabajos de la Comisión se han realizado con la conciencia de la vastedad del campo de reflexión, a lo que hay que añadir lo particularmente delicado de sus contenidos, y de la consiguiente necesidad de centrarse en lo esencial y de formular al respecto propuestas eficaces, innovadoras, coherentes y factibles. “La justicia penal es —se afirma en el informe— el espejo de nuestra sociedad.”

Considera la Comisión que la justicia y la libertad dependen menos de la definición del delito que de los procesos seguidos para llevar a un presunto delincuente ante los tribunales, por lo que se centra en el proceso penal, que debe sintetizar y conciliar el interés de la sociedad (represión rápida y segura de las infracciones) con el interés del individuo y el respeto de sus derechos fundamentales. Aspecto que en ningún momento se pierde de vista.

³ Resulta llamativa la constatación de que de los 19 integrantes de la Comisión, sólo dos son profesores universitarios de disciplinas jurídicas.

El informe encara sucesivamente las tres grandes fases del proceso penal, el procedimiento preliminar, el juicio oral y la ejecución. Respecto de las dos primeras formula distintas propuestas.

II. El procedimiento preliminar. Propuestas

Es el principal campo de estudio de la Comisión y objeto a su vez de 6 propuestas que buscan rediseñar el control jurisdiccional en el desarrollo de la investigación, además de reforzar los derechos de los imputados y las víctimas, subrayando que la investigación debe dejarse en manos del MF y ser tanto de cargo como de descargo. Se busca además simplificar el procedimiento.

En los últimos años esta fase procesal ha sido objeto en Francia de más de 20 reformas legales que generan una sensación de inseguridad jurídica en un contexto de confusión, que alimenta denuncias por ineficiencia. Seguramente como consecuencia de ello se constata con claridad un desapego y una nítida incompreensión social en relación con el funcionamiento de los tribunales.

1. Transformación del juez de instrucción actual en juez de la investigación y de las libertades, con funciones exclusivamente jurisdiccionales

Considera la opinión mayoritaria en la Comisión que se atribuye al juez de instrucción, de forma ambigua, una doble función, acumula las tareas de un juez con las de un investigador, no siendo plenamente ni una cosa ni la otra (“la vez Maigret y Salomon” R. Badinter). En su origen fue concebida la figura del instructor como un auxiliar del MF y sólo en 1959 sus prerrogativas jurisdiccionales son incrementadas y su independencia materializada. Todo ello no puede finalmente garantizar su estricta neutralidad, generando además confusión de roles, de manera que según el procedimiento que resulte adecuado para tramitar un asunto, prácticamente las mismas funciones se ejercerán bien por un juez de instrucción, bien por un representante del ministerio fiscal o incluso por la policía judicial, que actúa bajo la autoridad del juez de instrucción o del representante del ministerio fiscal.

Al respecto y a manera de resumen, reza el informe: “En definitiva, la mayoría de los miembros de

la comisión estima que el procedimiento de instrucción —que apenas tiene equivalente en Europa— ya no está adaptado a nuestro tiempo y que ni mejora la eficacia de la investigación, ni la protección de los derechos fundamentales de los imputados ni de las víctimas. No obstante, una minoría de miembros expresa, con variantes, opiniones diferentes”.

La cuestión esencial en lo que a la polémica se refiere es la supresión de la figura del juez instructor, de tal manera que en lo sucesivo la instrucción de los sumarios recaería en un representante del ministerio fiscal —la modificación de cuyo estatuto no se propone, de hecho se rechaza, en el informe Léger— supervisada su actuación durante la investigación, especialmente en la medida en que suponga la afectación de derechos fundamentales (interceptación de comunicaciones, registros, intervenciones corporales, etc.), por un juez de las libertades. Lo que literalmente reza la propuesta es “transformar el juez de instrucción en juez de la investigación y las libertades, investido exclusivamente de funciones jurisdiccionales”. Lo cierto es que el resultado no será, de producirse de esta manera, nada inédito en el mundo, es una de las variantes que podríamos encuadrar en el modelo anglosajón, sistema acusatorio, que ya tiene una larga implantación en países europeos que nos son próximos como Alemania o Italia, pero rompe con una tradición largamente asentada.

Esta propuesta generó un notorio debate en los medios de comunicación, inmediatamente se esgrimieron argumentos, yo diría que sobre todo se han visualizado los formulados en contra, siendo el principal de ellos que la nueva situación supondrá, de facto, el desembarco del ejecutivo en el proceso penal, de la mano del ministerio fiscal. Ya que mientras los jueces de instrucción son, precisamente por ser jueces, independientes (lo que les permite resistir las presiones que eventualmente pudieran producirse), no ocurre lo mismo con el ministerio fiscal que tiene una manifiesta dependencia del ejecutivo, vía ministerio de justicia. Se ha llegado a hablar, en términos metafóricos, por parte del eximio jurista y político R. Badinter, de “un primer acto de una OPA del ejecutivo sobre los asuntos más importantes de la Justicia”.

Una cuestión interesante y digna también de ser tomada en cuenta en este momento, es que en la actualidad, en Francia, sólo un 5% de los asuntos, los delitos más graves o “sensibles” son instruidos por un juez de instrucción, según los datos estadísticos más

recientes. Existe por tanto un modelo de transición implementado, pero la cuestión cualitativa, el símbolo, permanece al menos por ahora.

Otra cuestión relevante y característica del ordenamiento francés, es la relación entre magistrados y representantes del ministerio fiscal. Hay que tener en cuenta que en su seno, la magistratura francesa agrupa con naturalidad —de hecho su formación, acceso, capacitación en la *École Nationale de la Magistrature* (ENM), juramento, etc., son idénticos, incluso se computan todos ellos como magistrados a todos los efectos— a dos categorías de profesionales del derecho, que en nuestro sistema están mucho más alejadas, claramente separadas tras superar la oposición. Por un lado los magistrados propiamente/*magistrats du siège*, y por otro los representantes del ministerio fiscal/*magistrats du parquet*. Los primeros ejercen la función jurisdiccional y, en consecuencia, dictan resoluciones desde una posición de independencia. Son además garantes del correcto desarrollo del proceso. Los segundos (aproximadamente un tercio en cada promoción de la ENM) no resuelven litigios; en lo esencial, gestionan el ejercicio de la acción penal (en régimen de monopolio) y velan por la defensa de los derechos de las personas más vulnerables, se ocupan también de la defensa del interés colectivo. No se hallan en una posición de independencia sino que jerárquicamente dependen, en última instancia, del ministro de justicia. Es destacable que en la práctica y en ambos casos, magistrados y representantes del ministerio fiscal, a lo largo de su carrera profesional cambian, en ambas direcciones y frecuentemente no en una sino en varias ocasiones, de función.

2. Simplificación del procedimiento preliminar, instituyendo un modelo único de investigación

En la actualidad existen dos modelos de investigación, en ambos casos llevada a cabo por los servicios de policía judicial, pero bajo la dirección del ministerio fiscal uno y bajo la dirección del juez de instrucción el segundo. Lo que la Comisión propone al respecto es la supresión de la instrucción judicial, de manera que se produciría una unificación del procedimiento preliminar, otorgando plenamente al MF el papel que desde su perspectiva naturalmente le corresponde, es decir, dirigir la investigación en su condición de autoridad de persecución, en ambos casos en régimen de monopolio.

La opción planteada elimina los inconvenientes derivados del relativamente frecuente cambio en la dirección, para acomodarse al procedimiento adecuado, en los asuntos más complejos (v. gr., plural interlocución de los servicios de investigación, interrupciones en la tramitación, etcétera).

Estima la Comisión que el ministerio fiscal es la “autoridad natural” de persecución. De manera que será una resolución de su representante la que determinará el archivo o la continuación de la investigación. En caso de que se produzca una decisión de archivo, las víctimas deberán poder acudir al juez para, eventualmente, oponerse a la misma.

Se desea, como lógico corolario de la propuesta que nos ocupa, que la ley procesal establezca con meridiana claridad, expresamente, que la investigación dirigida por el representante del MF es tanto “de cargo como de descargo”, principio que en el CPP vigente sólo se impone al juez de instrucción.

Para completar las reglas del juego, la Comisión entiende (tras considerar la alternativa consistente en la aplicación del principio de legalidad) que debe mantenerse el principio de oportunidad en la persecución. En el mismo sentido y en relación con el estatus de la policía judicial, concluye la comisión que no es conveniente su dependencia exclusiva de la autoridad judicial, ni la creación de un cuerpo único de policía judicial que agrupe a la policía y a la gendarmería (la primera de carácter civil y la segunda de naturaleza militar). Por tanto se mantendría la doble dependencia judicial (control) y del MF (funcional), quien podrá elegir en cada caso, entre ambos cuerpos, su servicio de investigación.

Finalmente, con respecto a la cuestión de modificar el estatus de los miembros del MF, la Comisión concluye, de manera unánime, que es conveniente y necesario el mantenimiento del vínculo entre el ministerio fiscal y el poder ejecutivo, es decir, la situación actual.

El verdadero contrapeso en el proceso ante la nueva situación del MF vendrá de un nuevo equilibrio basado en:

- La instauración de un juez dotado de amplias prerrogativas de control del MF.
- El significativo refuerzo de los derechos del imputado.
- El aumento de los derechos de la víctima.
- La supresión del secreto de la investigación.

3. *Instauración de un juez de la investigación y de las libertades con relevantes poderes*

No es concebible, en opinión de la Comisión, un incremento en las competencias del MF como el descrito, sin la correlativa instauración de un juez dotado de prerrogativas que le permitan controlar o supervisar las medidas limitadoras de derechos y libertades que se adopten en el curso de la investigación, asegurando así el respeto a la integridad de los derechos de las partes, durante el procedimiento preliminar.

De tal suerte que las medidas más intrusivas, interceptación de las comunicaciones, registros fuera de situaciones de flagrancia y sin acuerdo del interesado, etc., sólo podrán ser acordadas por un juez, como en la actualidad. Por ello, el MF deberá dirigirse al juez de la investigación y de las libertades, cuando necesite realizar dichos actos de investigación. Igualmente requerirá de la intervención judicial, la adopción de medidas cautelares personales como la detención o la prisión provisional.

Corresponderá al juez de la investigación y de las libertades, realizar un juicio de necesidad y proporcionalidad, desde la perspectiva de la licitud de la limitación de las libertades individuales, en relación con las medidas que eventualmente se adopten en esta fase procesal.

Las partes podrán dirigir peticiones al juez cuando el MF rechace su toma en consideración, y éste podrá imponer al MF su cumplimiento. En tales casos, la publicidad y la contradicción del debate ante el juez de la investigación y de las libertades se constituyen como una garantía suplementaria, en relación con cuestiones especialmente sensibles. De esta manera actuará como garante de la lealtad (limpieza) de la investigación. Sus resoluciones serán además apelables.

4. *Garantizar y reforzar a todo lo largo de la investigación los derechos del imputado y de la víctima*

Manifiesta la Comisión que la supresión de la instrucción no debe en ningún caso entrañar una minora- ción de los derechos del imputado o de la víctima durante el procedimiento preliminar; es más, entien- de ésta que un proceso penal moderno y equilibra- do justifica un respeto acrecentado del fundamental

principio de contradicción, por lo que se propone un proceso en el que las partes puedan beneficiarse con mayor amplitud de los derechos derivados de dicho principio.

En relación con el imputado, la Comisión plantea que el procedimiento preliminar se rija por un modelo de investigación único, sin que ello suponga que los derechos del mismo vayan a ser garantizados en la misma medida en todos los procesos, al contrario, se modularán según las situaciones. Es preciso hallar un equilibrio entre el principio de contradicción, la eficacia de la investigación y el tratamiento en un plazo razonable, breve (verdadero empeño de los últimos años). Para ello se proponen dos regímenes distintos:

a) Simple, aplicable a toda persona incurso en un procedimiento preliminar consecuencia de una infracción menos grave.

b) Reforzado, en el que el imputado dispondrá de forma integral de los derechos derivados de la contradicción. El acceso al régimen reforzado puede solicitarse por el propio imputado, lo que deberá otorgarse, *v. gr.*, en caso de serios indicios de participación, también podrá el MF asignarle de oficio el beneficio del régimen reforzado.

En suma, la Comisión desea, en relación con esta cuestión, que sean conciliadas en el futuro CPP, la flexibilidad de un procedimiento poco caracterizado por el formalismo con una amplia protección de los derechos del imputado.

Propone igualmente la Comisión que cualquier persona a la que se haya tomado declaración como imputada, en el régimen simplificado, sea informa- da de que puede solicitar el beneficio del régimen reforzado, en el caso de que la investigación deba continuar.

En relación con la víctima, entiende la Comisión que sus derechos deben ser igual e integralmente protegidos. Al respecto es cardinal la posibilidad para toda víctima de desencadenar una investigación —y la correlativa de acudir a la jurisdicción si la investi- gación no se inicia por la fiscalía, pudiendo el Juez ordenar al representante del MF que investigue— que será dirigida, eso sí, por el MF, con derecho a impug- nar la resolución del mismo cuando ésta sea, tras la investigación, de archivo.

La víctima podrá constituirse como “parte” en la investigación y beneficiarse de los mismos derechos derivados de la plena contradicción y del derecho a la defensa.

En suma, los derechos de las partes se verán así reforzados dado que podrán interponer sus pretensiones con facilidad ante un Juez ajeno a la dirección de la investigación, cuyas resoluciones podrán imponerse al MF y, a su vez, ser objeto de apelación ante un tribunal colegiado.

5. Reforzamiento del respeto de los derechos y libertades individuales en la fase preparatoria del proceso penal. En particular las medidas cautelares personales

a) *La detención* es la típica medida en la que se dan cita, ilustrándola, las tensiones que caracterizan al proceso penal en la medida en que debe conciliar las libertades individuales con la eficacia de las investigaciones penales.

Legalizada en 1958, a pesar de las garantías que rodean su adopción, no permite un despliegue integral del derecho a la defensa. Por otra parte es constatable un incremento en su uso.

La Comisión considera que es necesaria una reforma de la detención, siguiendo tres directrices principales:

5.a.1. El incremento de los derechos del detenido.

5.a.2. La restricción en el uso de la medida.

5.a.3. La creación de una medida cautelar de menor duración.

5.a.1. Como pauta se adopta la posición del abogado del detenido en el curso de la misma y la eventualidad de su acceso al expediente (obligatorio, facultativo, permanente, ocasional) en Derecho Comparado.

Se considera necesario reforzar la presencia del abogado durante la detención, de tal forma que le permita desarrollar realmente su función de defensor. Ello significa —aunque no es opinión mayoritaria en el seno de la Comisión— su presencia desde el primer momento y de forma integral durante las declaraciones del detenido. La mayoría se opone con el argumento de que perjudicaría la eficacia de la investigación, ya que las primeras investigaciones son, a menudo, determinantes.

Las reglas para fortalecer la posición del abogado durante la detención, preservando la eficacia de la investigación, serían:

a) Garantizar la intervención del abogado desde la adopción para una breve entrevista (1/2 hora aproximadamente).

b) Posibilidad de una nueva entrevista transcurridas 12 h, habiendo podido el abogado acceder a las actas de las declaraciones realizadas.

c) Posibilidad de presencia del abogado en las tomas de declaración, si se prolonga la detención o transcurrida la vigésima cuarta hora.

Estas reglas se limitarían para casos de grave criminalidad, para los que se mantendrían las regulaciones específicas existentes, evitando así que la justicia quede en una peligrosa situación de impotencia. No obstante, la mayoría considera que sería deseable que la intervención del abogado en estos casos pueda adelantarse de las 72 actuales a las 48 horas.

Finalmente, los miembros de la Comisión valoran positivamente la grabación obligatoria de toda la secuencia de actuaciones consecuencia de la detención.

5.a.2. La restricción en el empleo de la medida cautelar. En los últimos años, el número de detenciones acordadas por los servicios policiales, reguladas con liberalidad por el vigente CPP, se ha incrementado. Esto es un hecho estadísticamente constatable. La Comisión considera que se impone una reflexión al respecto.

Debe ser expresamente recordado que la detención es una medida cautelar, por lo que nadie debe ser detenido si la coacción no es absolutamente imprescindible, en caso contrario debe prevalecer la libertad. Por ello y para el caso de que se regulara en un nuevo CPP, la Comisión propone que sería oportuno precisar que la adopción de dicha medida será sólo posible en relación con infracciones para las que se prevea una pena privativa de libertad. Además se impone una restricción adicional, ya que la detención de 24 horas, prolongable hasta 48 horas, puede ser una medida cautelar potencialmente desproporcionada para procesos iniciados en relación con determinados delitos levemente penados. Por ello la Comisión propone la prohibición de adoptar la detención de una persona sospechosa de haber cometido un delito por el que puede ser sancionado con una pena de prisión inferior a un año.

No obstante y para garantizar la eficacia de la actividad policial en relación con dichas infracciones, la Comisión desea completar la propuesta de restringir el uso de la detención, con la de crear una nueva medida cautelar personal, de menor duración que la detención.

5.a.3. La retención judicial. El análisis del Derecho Comparado en este punto ha dado como resultado que los miembros de la Comisión se hayan fijado en el derecho holandés, en el que una persona puede ser retenida durante 6 horas, antes del eventual inicio de la detención.

Tomando dicho modelo, la Comisión propone que cualquier persona sospechosa de haber cometido una infracción que comporte una pena privativa de libertad inferior a 5 años como máximo —se excluye por lo tanto para las infracciones más graves— pueda ser, si la coacción es imprescindible, puesta en situación de retención judicial, con una duración máxima de 6 horas. Desde el inicio podrá entrevistarse con su abogado. Sólo excepcionalmente podrá ser adoptada por el oficial de policía judicial. Podrá, en función de las circunstancias, transformarse en detención, con las garantías ya mencionadas, grabación y plenitud de derechos. Finalmente, las horas transcurridas en situación de retención se descontarían del plazo de detención.

b) *La prisión provisional*, esta medida permite privar de libertad a una persona que es presumida inocente, por lo que es frecuente fuente de debate. Se desea subrayar la excepcionalidad de esta medida. La Comisión desea fomentar la ruptura con la práctica actual, y fomentar la cultura de la libertad, como regla, durante el procedimiento preliminar. Ello es posible en la actualidad debido a la existencia de la vigilancia electrónica —fija o móvil— que permite el control de una persona sin necesidad de adoptar frente a ella la medida de la prisión provisional.

En consecuencia, la Comisión propone la modificación de los criterios, los plazos, las condiciones y el régimen penitenciario de la persona provisionalmente privada de libertad.

En síntesis, la Comisión entiende que la verdadera reforma de la prisión provisional pasa por una importante simplificación de la regulación relativa a su duración, que hoy en día es excesivamente compleja y casuística. De la misma manera se deben reducir los plazos de la prisión provisional. Al respecto se entiende por parte de la Comisión, que los plazos límite extremadamente reducidos son la mejor garantía de cambio cultural en relación con la práctica de la prisión provisional. El mínimo actual es de 10 meses y el máximo (siempre en relación con la gravedad de las infracciones y de las correspondientes penas) podría llegar a los 6 años y 8 meses, para los supuestos de mayor gravedad.

La Comisión propone unos plazos máximos de entre 6 meses para los casos de mayor levedad, y hasta 3 años para los supuestos de terrorismo o criminalidad organizada. Si transcurrido dicho periodo el imputado no ha comparecido ante el tribunal enjuiciador, deberá ser puesto en libertad. Podrá ser, no obstante, objeto de control judicial, eventualmente combinado con medidas de vigilancia electrónica.

Habida cuenta de la notable reducción de los plazos y de la inexistencia de posibilidad de prolongación de los mismos, una parte de la Comisión desea la implementación de un mecanismo que impida las peticiones mero dilatorias realizadas por el imputado cuyo único fin sea la puesta en libertad del mismo previa a su enjuiciamiento. No obstante otra parte de la Comisión, que se muestra dividida en este punto, entiende que un mecanismo así menoscabaría el derecho a la defensa.

La Comisión propone además algunas garantías adicionales en cuanto a la constitución y mantenimiento de la prisión provisional.

La cuestión relativa a la autoridad competente para adoptar esta medida cautelar en relación con una persona es crucial. La Comisión desea preservar cierta flexibilidad en el procedimiento, en consecuencia y en relación con la adopción, propone que sea —facultativamente, si el imputado o el propio juez así lo solicitan— una autoridad judicial colegiada, de la que forme parte el juez de la investigación y de las libertades, quien lo haga. En el caso de que no se solicitara la intervención de dicha autoridad colegiada, sería el juez de la investigación y de las libertades el competente para adoptar la medida.

A la vista de lo ya dicho no será necesario prever una resolución de renovación de la medida cautelar. Lo que sí debe preverse es que tanto el imputado como el MF puedan en cualquier momento solicitar la puesta en libertad. Con previsión de impugnación por medio de apelación en caso de resolución desfavorable. Como consecuencia de la petición de una parte, el juez podrá de oficio poner en libertad a cualquier otra persona en situación de prisión provisional en el mismo proceso.

En cualquier caso, la víctima será informada de cualquier decisión de puesta en situación de prisión provisional, o en libertad, que se haya adoptado en un proceso en el que sea parte.

Las condiciones de ejecución de la resolución de prisión provisional (hasta ahora competencia en

gran medida del juez de instrucción) quedarán, con la reforma propuesta, como prerrogativa del MF, con posibilidad integral (hoy hay excepciones) de recurso ante el juez de la investigación y de las libertades.

c) *La orden de entrega* permite en ocasiones la detención de la persona objeto de la misma durante un máximo de 24 horas, lo que supone una afectación de las libertades individuales. En consonancia con lo visto en relación con las medidas cautelares personales, y con el fin de respetar el principio de proporcionalidad, la Comisión propone que sólo pueda dictarse esta orden cuando los hechos investigados y reprochados al imputado lleven aparejada una pena de prisión.

6. *Supresión del secreto de la investigación y mantenimiento del secreto profesional*

El CPP vigente prevé en su artículo 11 el secreto de la investigación y de la instrucción y precisa además que cualquier persona que intervenga en el procedimiento está obligada a guardar el secreto profesional, incurriendo en responsabilidad penal en caso de violación.

Inicialmente concebido como una protección del imputado y de su presunción de inocencia, el secreto del sumario es percibido en la actualidad como un obstáculo a la libertad de información, derecho que ha sido especial objeto de atención y refuerzo por parte del TEDH.

Dicho secreto es frecuentemente considerado ficticio o inexistente, habida cuenta de las numerosas filtraciones que, con regularidad, se producen llegando a los medios de comunicación en proporcional medida a la gravedad y sensibilidad del asunto. Y todo ello sin que los autores de las mismas sean identificados, ni mucho menos perseguidos y, en su caso, sancionados.

Sin embargo, la Comisión no puede pasar por alto la contradicción original en la que incurre el secreto del sumario. Al proclamar el principio del secreto, el legislador ha exonerado de él a las personas que no intervienen directamente en el proceso, el imputado, la víctima, y también los medios de comunicación.

Desde otra perspectiva y desde hace ya algunos años, el legislador ha organizado las llamadas ventanas de publicidad *fenêtres de publicité*, cuyo objeto es proporcionar información fiable al público. El MF

puede también, de oficio o a petición del instructor o de las partes, hacer públicos elementos objetivos extraídos del proceso.

Con la finalidad de clarificar la situación, la Comisión propone por mayoría, suprimir el secreto de la investigación, pero manteniendo el secreto profesional, y las correspondientes sanciones vinculadas a su vulneración, en relación con las personas que directamente concurren en el proceso.

III. El Juicio oral. Propuestas

Pese a su primordial importancia, o quizá precisamente por ello, la fase de enjuiciamiento —que es la que determina el desenlace del proceso penal, y la que es además más visible y solemne— ha sido relativamente poco modificada a lo largo de los últimos años, en lo que las reformas se han concentrado en el procedimiento preliminar. La Comisión elabora al respecto algunas propuestas, basándose en la constatación de que los principios fundamentales en torno a los que se construye esta fase procesal están sólidamente anclados, desde hace tiempo, en el ordenamiento y correlativamente plasmados en el proceso penal. Se refieren en particular al principio de contradicción, el respeto a los derechos de la defensa, la publicidad, la oralidad de los debates y la indisponibilidad del proceso penal.

Se planteó entre los debates de la Comisión, el de modificar las reglas de valoración de la prueba penal, llegando a la supresión de la noción “íntima convicción” profundizando más en la protocolización del proceso de decisión del juez. Finalmente se rechaza, por mayoría, dicho planteamiento conservando la libertad como criterio de valoración de la prueba y la íntima convicción como materialización del mismo. No obstante, la Comisión propone que se formalice explícitamente en el futuro CPP, el principio *in dubio pro reo* para todo el orden jurisdiccional penal.

Para mejorar la fase de juicio oral, la Comisión propone la intervención en los siguientes ejes:

a) Afirmer el rol del juez mediante el fortalecimiento de la imparcialidad por medio del fomento de la neutralidad.

b) Acercar la justicia a los ciudadanos. Ampliación de la competencia del tribunal del jurado (modelo escabinado).

c) Reforzar la contradicción y los derechos de las partes, en especial de la víctima.

1. El presidente del tribunal como árbitro del debate judicial

En la misma línea seguida en relación con la instrucción, se propone la modificación del rol del presidente de la sala de justicia, además de reforzar la contradicción en esta fase.

El CPP es muy preciso en cuanto que numerosos preceptos (más de cien) se ocupan de la dirección de los debates ante los tribunales. Corresponde al presidente con carácter general, la policía de estrados y la dirección de los debates. Además es competencia suya el interrogatorio del acusado y de los testigos. Habida cuenta del carácter inquisitorial del proceso, el juez participa activamente en la búsqueda de la verdad, especialmente en la fase de instrucción, pero también durante el juicio oral, donde el presidente actúa como juez y, en cierta medida, como investigador.

La mayoría de los miembros de la Comisión considera perjudicial esta acumulación de funciones, tanto durante el procedimiento preliminar como en el juicio oral, ya que impide, o al menos dificulta, al presidente mantener su imparcialidad, lo que puede llevar a la defensa a cuestionar su actuación, perjudicando también el desarrollo del juicio oral. También el principio de contradicción puede verse afectado por dicha concepción en el sentido del art. 6 CEDH, derecho a un proceso penal contradictorio y a un tribunal imparcial, tanto objetiva como subjetivamente.

Por ello, la Comisión cree necesario reforzar la neutralidad del presidente, en la línea del modelo anglo-americano, en el que el presidente no participa en la elaboración de la prueba sino que actúa como un árbitro que debe garantizar la regularidad y lealtad para con la actividad procesal. La Comisión propone en consecuencia que el presidente actúe, prescindiendo de la dirección de los debates, como un árbitro que debe velar únicamente por el correcto desarrollo de la audiencia. Adquiriendo el MF el rol de la dirección de los debates, en consecuencia con las modificaciones propuestas en sede del procedimiento preliminar. El sistema debe asegurar la neutralidad del presidente, garantizando a la vez que éste quede plenamente ilustrado antes de dictar una resolución.

Una reforma en parecidos términos se produjo en 1993, sin que su aplicación pudiera calificarse de exitosa, por lo que fue derogada. Pese a ello y en el con-

texto de una reforma integral, la Comisión insiste en su necesidad, por lo que su aplicación deberá, antes de la efectiva entrada en vigor, acompañarse de una acción formativa específica.

2. Desarrollo del jurado escabinado

Con diferentes composiciones, desde 1791 existe en Francia el jurado escabinado en materia penal, para el enjuiciamiento de los delitos más graves, conformando así un modelo de tribunal mixto. Desde 1945 también los menores son juzgados por órganos jurisdiccionales de composición mixta. En 2005 se extendió el modelo escabinado a la jurisdicción correccional, con una composición de 2 magistrados profesionales y un juez de proximidad. En este caso y a diferencia de las regulaciones sectoriales anteriores, prevalecen en su composición los magistrados profesionales.

La mayoría de los miembros de la Comisión son partidarios del jurado escabinado por considerar que es un sistema que aproxima a los ciudadanos a su justicia, y a los magistrados profesionales los lleva a estrechar el contacto con la sociedad civil, a través de los ciudadanos. Se desea desarrollar el modelo existente de jurado, a la vista de su escasa utilización. El Consejo Constitucional francés resolvió, en enero de 2005, que “la proporción de jueces no profesionales debe permanecer minoritaria”, por razones de independencia y de capacidad. La Comisión aparece dividida en este punto, ya que algunos de sus miembros plantean un escabinado con prevalencia de jueces no profesionales para la jurisdicción correccional, tal y como ocurre con la jurisdicción criminal o la de menores, donde los jueces no profesionales son mayoría, sin que ello haya planteado problemas.

Finalmente, la Comisión se pronuncia contra la introducción de tribunales mixtos en segunda instancia.

3. Reforzamiento de los derechos de las partes civiles en la fase de enjuiciamiento

La víctima tiene un estatus real en el proceso penal, a todo lo largo de su desarrollo. Durante el juicio oral la víctima puede constituirse como parte civil, asistida por un abogado, pudiendo intervenir en tal calidad de forma integral. Por el contrario, le

está vedado recurrir las disposiciones de las resoluciones que se refieran a aspectos penales, cuestión criticada por diversas asociaciones de víctimas, que lo califican de vulneración del principio de igualdad de armas.

La Comisión se plantea la ampliación del derecho a apelar de la parte civil en relación con las disposiciones penales de una resolución. No obstante, se estima que ello constituiría un profundo cambio que vendría a alterar el equilibrio existente en el proceso, planteando graves problemas prácticos. Por ello, la mayoría de los integrantes de la Comisión rechaza dicha posibilidad, constatando (al comparar la situación francesa con la de otros sistemas europeos) que la legislación francesa ya garantiza un estatus relevante a la víctima, solamente superado por el sistema español en el que el estatus de la víctima es aún más completo ya que se puede constituir también como parte penal.

La justicia penal francesa se fundó inicialmente en un sistema acusatorio en el que el derecho de acción pertenecía al lesionado por el hecho delictivo. La evolución histórica ha llevado a un sistema inquisitivo basado en el ejercicio de la acción penal exclusivamente por parte del MF a quien corresponde la defensa del interés general (art. 1 CPP). En dicho sistema, a la víctima le queda, como parte en el proceso penal, el ejercicio de la acción civil y un rol, que sólo cabe calificar de secundario o residual, en relación con la acción pública.

No obstante, la Comisión formula algunas propuestas, que podríamos calificar de menores, tendientes a incrementar los derechos de la víctima tras la fase de juicio oral. *V. gr.*, la obligación de informar a la parte civil de la fecha de la vista del recurso de apelación, aunque el contenido civil de la resolución recurrida no haya sido objeto de impugnación.

4. Armonización de plazos en el curso del procedimiento

Existen en el CPP una multitud de plazos distintos tanto en su duración como en su cómputo, lo que hasta cierto punto tiene justificación, dado que se refieren a situaciones diferentes. No obstante la multiplicidad no es en ocasiones más que la consecuencia de una evolución, quizá incluso sea sólo el resultado de la sedimentación legislativa, no siendo por tanto necesaria. Los ejemplos son muy numerosos en el CPP.

En un contexto de reforma global del CPP, la búsqueda de una armonización del conjunto de plazos procedimentales es percibida como una oportunidad de cara a reforzar la seguridad jurídica y la eficiencia. En un intento de simplificación, se piensa en un plazo único estándar de 10 días para la mayoría de las actuaciones, con excepciones justificadas.

Igualmente, los miembros de la Comisión lamentan la pluralidad de reglas de cómputo de plazos, algunos en días, otros en días hábiles, o en días *francs*. Por ello, consideran que debería aplicarse una regla única para el cómputo de plazos procedimentales, así como para la fijación indubitada del *dies a quo*.

IV. La ejecución

La Comisión decide no formular propuestas en relación con la fase de ejecución de las penas, debido a las recientes modificaciones legislativas producidas al respecto, en 2005, 2007 y 2008, principalmente relativas a la reincidencia; además de a otras reformas en curso.

La Comisión subraya, en consecuencia y en relación con la ejecución, la necesidad de que sea realizado un balance de la aplicación de dichas leyes en un plazo en torno a dos años, de manera que puedan ser detectadas con nitidez situaciones o aspectos susceptibles de mejora.



Universidad y guerra civil*

Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva

*Del enemigo siempre se dice que viola a las monjas
—replicó Gregory con condescendencia—.
Eso ayuda a los civiles a soportar mejor la guerra.*

KEN FOLLETT, *Un mundo sin fin*

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

RESUMEN: *Se analiza el papel de algunos penalistas y psiquiatras en la guerra civil española. Los más mediocres y extremistas se hicieron con el control de la Universidad, mientras que los que destacaban por sus inquietudes intelectuales fueron fusilados, o tuvieron que resignarse a un exilio latinoamericano, dejando su huella en las principales universidades de América Latina.*

PALABRAS CLAVE: *Guerra civil, Penalistas, Psiquiatras, Exilio.*

ABSTRACT: *The role of some criminologists and psychiatrists in the Spanish Civil War is analyzed. The control of the Spanish University was in the most mediocres and extremists hands, while people who stood out by their intellectual interests were executed or had to resign themselves to a Latin American exile, leaving their mark in major Latin American Universities.*

KEYWORDS: *Civil War, Criminologists, Psychiatrists, Exile.*

* Conferencia inaugural del Curso Académico 2009/2010, pronunciada en la Universidad de Huelva el día 28 de septiembre de 2009. El texto publicado por Ediciones de la Universidad de Huelva ha sido objeto de una reseña por parte del Prof. Francisco Muñoz Conde, que se encuentra en la sección Bibliografía de esta misma Revista.

Introducción: ¡Viva la muerte!

Aún hoy parecen seguir resonando, aunque han pasado más de setenta años, los gritos del General José Millán Astray rodeado de sus legionarios armados, en el Paraninfo de la Universidad de Salamanca, en pleno y solemne acto académico conmemorativo del 12 de octubre de 1936, “Día de la raza”, ante el Rector Unamuno, la mujer del Generalísimo Carmen Polo, el claustro de profesores, alumnos y autoridades:

¡Viva la muerte!
¡Mueran los intelectuales!

Como afirmó allí mismo Unamuno, se estaba profanando impunemente el *Templo del Saber*. ¡Qué tiempos más duros se avecinaban para toda España! Pero también, ¡Qué tiempos más difíciles para la Universidad, la ciencia y el pensamiento!

A partir de la restauración democrática han sido escasos —por lo menos hasta estos últimos años— los esfuerzos por aportar luz acerca de muchos sucesos acontecidos durante la Guerra Civil y en la inmediata postguerra. Como destaca Paul Preston, esta situación es el corolario del *legado de miedo*, que se creó deliberadamente a través de la represión y la política de Franco, que impulsó la glorificación de los vencedores y la humillación de los vencidos. Con los años, un *pacto de olvido* permitió una pacífica transición democrática, amparada por la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre, que supuso un modelo de reconciliación a través de la impunidad, ya que amnistiaba expresamente todos los delitos cometidos por funcionarios públicos “contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos en las leyes”.¹ La transición fue llevada a cabo directamente por los últimos protagonistas de la dictadura, que procuraron así limpiar su pasado antidemocrático y quedar exentos de cualquier responsabilidad. Francisco Franco conservó el poder absoluto hasta el momento mismo de su muerte, manteniendo a la oposición política en la ilegalidad.² Los abusos y crímenes come-

tidos durante la Guerra Civil y en los largos años del Régimen dictatorial quedarán impunes para siempre. Sin embargo, el tránsito de la dictadura a la democracia y el precio político que en ocasiones se debe pagar para alcanzar cambios pacíficos no pueden sellar para siempre la historia y el recuerdo de lo que efectivamente ha acontecido.

La Guerra Civil española y el Régimen posterior nos dejan la imagen de unos vencedores poco misericordiosos y bastante incultos, ocupados fervientemente en la represión de los vencidos y en echar todas las culpas al comunismo, a la francmasonería y a la Institución Libre de Enseñanza. En este proceso colaboraron activamente algunos universitarios —en particular, reconocidos penalistas y psiquiatras de la época—, que contribuyeron a aportar fundamentos político-criminales, sociológicos, criminológicos y dogmáticos para intentar justificar científicamente esta represión. La Guerra Civil también se libró dentro de la Universidad española, con el resultado del fusilamiento, destierro o expulsión de muchos académicos disidentes o simplemente incómodos para el Régimen. Con los más afines se construyó la “*Nueva Universidad*” para el “*Nuevo Estado*”, contando con la incondicional adhesión de muchos docentes mediocres u oportunistas, que aprovecharon los espacios que quedaban libres para hacer carrera académica, aunque para alcanzar sus objetivos debieran renunciar a la libertad de cátedra, ajustando las enseñanzas e investigaciones a las pautas oficiales marcadas por los nuevos gobernantes.

El proceso de sometimiento de la Universidad al totalitarismo no fue un fenómeno aislado ni exclusivamente español. El ejemplo más evidente lo encontramos en Alemania, en la afamada Universidad de Friburgo, cuyo Rector el filósofo Martin Heidegger pronunció el 27 de mayo de 1933 un “Discurso del Rectorado” titulado “La autoafirmación de la Universidad alemana”, en el que pedía a la Universidad y a la ciencia el sometimiento al nuevo Régimen que

¹ Cfr. Preston, P., *Las tres Españas del 36*, Barcelona, 1998, p. 211. En relación con los aspectos penales de la transición, cfr. Terradillos Basoco, “Die Aufarbeitung der Vergangenheit in Spanien und das Gesetz zur geschichtlichen Erinnerung”, *Journal Juristische Zeitgeschichte*, 1/2009, pp. 1 y ss.

² Cfr. Muñoz Conde, F., “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho”, *Revista Penal*, núm. 22, 2008, p. 70. Uno de los casos más evidentes fue el del ex Ministro Manuel Fraga Iribarne, negociador de los Pactos de la Moncloa, firmados el 26 de octubre de 1977 con la participación de Adolfo Suárez, Felipe González, Santiago Carrillo y el propio Fraga, quien se negó a suscribir la parte política de estos acuerdos. Fraga aseguró su propia impunidad ante los múltiples excesos cometidos, como por ejemplo el fusilamiento del militante antifranquista Julián Grimau, que el propio Fraga defendió ante la prensa internacional en los años sesenta. Cfr. Lacasta-Zabalza, “La idea de la responsabilidad en la actual cultura constitucional española”, *Rev. Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 2001. p. 134.

se acababa de instaurar. En esos días aciagos Heidegger llegó a firmar que “El *Führer* mismo y sólo el *Führer* es la realidad, actual y futura, de Alemania y su ley”.³

Los acontecimientos

La Guerra Civil, que comenzó el 18 de julio de 1936, fue sin duda uno de los episodios más sangrientos y trágicos de la historia de España. Durante la contienda, los sistemas penales de referencia fueron aquellos que practicaban la apología de la violencia: la Alemania nazi, la Italia fascista y la Rusia soviética.⁴ Estos tres regímenes, junto con el de Franco, pusieron en práctica conscientemente todos los parámetros del autoritarismo. El Estado era todopoderoso y su papel se magnificaba. Invocando el interés supremo del Estado todo era admisible. Mientras tanto, el individuo empequeñecía, viendo desaparecer todo el marco de garantías instaurado a partir de la Revolución Francesa.

En España, la actividad universitaria, como en general toda la enseñanza, se fue paralizando conforme iba avanzando la contienda. Esta situación terminó afectando a las doce universidades entonces existentes: Salamanca, Valladolid, Zaragoza, Santiago de Compostela, Oviedo, Sevilla, Granada, Barcelona, Madrid, Valencia, Murcia y La Laguna. Todo ello culminó con los procesos de depuración universitaria, sin perjuicio del fusilamiento de un buen número de profesores, entre ellos algunos cargos académicos como Decanos, Vicerrectores y los Rectores de tres universidades: Oviedo, Granada y Valencia.

Que el ataque a la intelectualidad proviniera de un personaje como el General Franco, que poseía una pobre formación intelectual, renegaba de la lectura y como destaca Josep Fontana, escribía con horribles faltas de ortografía,⁵ o de un Millán Astray embrutecido en el marco de su máxima creación, esto es, la

Legión Española, no puede sorprendernos demasiado. Pero también existieron Catedráticos muy afines al Régimen, que colaboraron brindando su apoyo a esta *cruzada* contra el saber.

Finalizada la guerra, dio comienzo a una represión en gran escala. Se estableció una incomprensible “*justicia al revés*”, ya que como sostuvo Marino Barbero Santos, “Se dio de esta forma la amarga paradoja de que quienes precisamente no se levantaron en armas contra la República, permaneciendo fieles a ella, fueron condenados por adhesión a la rebelión”.⁶ Algunas investigaciones cifran en 260.000 los republicanos fusilados, y la existencia de alrededor de cien campos de concentración que permanecieron abiertos entre 1936 y 1962, considerados como auténticos centros de detención y tortura, en los que no se respetaba garantía alguna. Sin embargo, es todavía imposible conocer el número exacto de ejecutados por el Régimen franquista, lo que demuestra la entidad del aniquilamiento sistemático del “enemigo republicano”.⁷ Esta depuración o exterminio del sector republicano se complementó con la más amplia exoneración de responsabilidad para los crímenes cometidos por los simpatizantes del bando nacional. La Ley de 23 de septiembre de 1939, “considerando no delictivos determinados hechos de actuación político-social cometidos desde el catorce de abril de mil novecientos treinta y uno hasta el dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis”, exculpa los más graves delitos —incluso los homicidios—, cometidos por personas que “obedecieron a impulso del más fervoroso patriotismo y en defensa de los ideales que provocaron el glorioso Alzamiento contra el Frente Popular”. Debía tratarse de “personas respecto de las que conste de modo cierto su ideología coincidente con el Movimiento Nacional y, siempre de aquellos hechos que, por su motivación político-social, pudieran estimarse como protesta contra el sentido antipatriótico de las organizaciones y gobierno que con su conducta

³ Cfr. Dahrendorf, R., *La libertad a prueba*, Madrid, 2009, pp. 17 y ss.

⁴ Cfr. Barbero Santos, *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977, p. 62.

⁵ Cfr. Fontana, J., “Prólogo a Claret”, *El atroz desmoche*, Barcelona, 2006, p. X. Ratifica la idea de que Franco no era un hombre culto y que más bien comenzó a construirse un pasado intelectual al final de su vida. Paul Preston, al afirmar que “Es razonable descartar los halagos de sus aduladores, según los cuales era uno de los mejores novelistas, periodistas, pintores y arquitectos de todos los tiempos”. Cfr. *Las tres Españas*, op. cit., p. 54.

⁶ Cfr. Barbero Santos, *Política y Derecho penal*, op. cit., p. 68. En esta misma línea, destaca Portilla Contreras que resultaba “irónico contemplar cómo eran considerados rebeldes aquellos que defendieron la legalidad constitucional frente a los que la destruyeron”. Cfr. Portilla Contreras, “La ideología del Derecho penal durante el nacional catolicismo franquista”, en AAVV, *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Frankfurt, 2008, p. 102.

⁷ Cfr. Portilla Contreras, “La ideología...”, op. cit., p. 101, y en particular nota 3.

justificaron el Alzamiento”.⁸ Esta injusta solución fue bautizada por Barbero Santos como una *amnistía a la inversa*, porque no se dictó a favor de los vencidos, como es lo normal, sino de los vencedores.⁹

¿Cómo se plasmaron las responsabilidades penales en ese momento? Se aplicó una solución muy sencilla: sustraer al Código Penal común —con todo su marco de derechos y garantías— una serie de delitos que se consideraron competencia propia de la Justicia Militar, asimilándolos a la rebelión militar, debiendo los civiles sospechosos ser juzgados por Consejos y Tribunales de Guerra.¹⁰ Así, lo estableció el Bando de 28 de julio de 1936, disponiendo que la jurisdicción militar era competente para decidir los casos que debían pasar a la jurisdicción ordinaria. La pena de muerte, generosamente aplicada por expeditivos Consejos de Guerra, estaba condicionada al “*Ente-rado*” de Franco, quien firmaba centenares a diario. En realidad, aplicando a los civiles estos Consejos de Guerra se generó un *vacío legal* similar al que se establecería en la Alemania nazi con la actuación de la Gestapo, los Cuerpos de Protección o SS, y la Policía Secreta o SA.¹¹ La pena de muerte volvería al Código Penal común el 5 de julio de 1938, aunque momentáneamente limitada a tres delitos: parricidio, asesinato y robo con homicidio.

Los Consejos de Guerra serían posteriormente complementados por Tribunales Especiales, como la Jurisdicción de Responsabilidades políticas, creada por Ley de 9 de febrero de 1939, de *aplicación retroactiva*.¹² Este Tribunal fijaba la “deuda” del acusado con la sociedad, que se concretaba en sanciones distintas a la privación de libertad, como las de naturaleza económica o la pérdida de la nacionalidad española. El Tribunal Especial para la represión de la masonería y el comunismo, creado a partir de la Ley de 1 de marzo de 1940, también de *aplicación retroactiva*, complementó a los tribunales castrenses, contando con competencias para imponer auténticas penas privativas de libertad de muy larga duración.

En virtud de esta Ley, se sancionaba penalmente por el mero hecho de pertenecer a la masonería, al comunismo y demás sociedades clandestinas (art. 1º) con pena de reclusión menor o, si existían agravantes, reclusión mayor (art. 5º). Según el art. 4º

Son masones todos los que han ingresado en la masonería y no han sido expulsados o no se han dado de baja en la misma o no han roto explícitamente toda relación con ella y no dejan de serlo aquellos a quienes la secta ha concedido autorización anuencia o conformidad, bajo cualquier forma o expediente, para aparentar alejamiento de la misma. A los efectos de esta Ley se consideran comunistas a los inductores, dirigentes y activos colaboradores de la tarea o propaganda soviética, trotskistas, anarquistas o similares.

Se trataba de una reedición del Tribunal del Santo Oficio, fundamentalmente por sus procedimientos inquisitivos e ideología:¹³ no existía asistencia letrada, las actuaciones eran secretas, se podía condenar en rebeldía, en síntesis no existían garantías de ninguna naturaleza. De este Tribunal fue vocal el Catedrático de Derecho Penal Isaías Sánchez Tejerina, firme partidario de reimplantar la Inquisición.¹⁴ En lo fundamental se sanciona en virtud de esta ley por el simple hecho de ser masón (los comunistas normalmente eran juzgados y ejecutados por los tribunales castrenses), dejando en manos del tribunal la más absoluta libertad en la apreciación de los hechos, la valoración de las pruebas y la medida de la pena. En este marco jurídico, un sujeto podía ser imputado por los mismos hechos ante varios de estos tribunales, violándose el principio fundamental *non bis in idem*. Toda esta actividad jurisdiccional suponía un control extremo de cada sujeto, pues la información que manejaban las investigaciones administrativas, jurisdiccionales y castrenses se compartía, pudiendo llevar ante el pelotón de fusilamiento a todo aquel considerado desafecto al nuevo Régimen. Ese Tribunal Especial para la represión de la masonería y el comunismo fue

⁸ Cfr. Ley de 23 de septiembre de 1939, *BOE*, núm. 273, de 30 de septiembre de 1939.

⁹ Cfr. Barbero Santos, *Política y Derecho penal*, op. cit., p. 70.

¹⁰ Cfr. Antón Oneca, J., “El Derecho penal de la postguerra”, en *Obras*, t. II, Santa Fe, 2002, p. 256. Cfr. también Portilla, G., “La ideología”, op. cit., p. 102.

¹¹ Cfr. sobre la situación en Alemania, Cfr. Ambos, K., Meyer-Abich, M., “La superación jurídico-penal de las injusticias y actos jurídicos nacionalsocialistas y real-socialistas en Alemania”, *Revista Penal*, núm. 24, 2009, p. 4.

¹² Cfr. Barbero Santos, M., *Política y Derecho penal*, op. cit., p. 68.

¹³ Cfr. Pérez, J., *Crónica de la Inquisición en España*, Barcelona, 2002, pp. 322 y ss.

¹⁴ Cfr. Pérez Delgado, T., “El Siglo XX – 2: La Guerra Civil”, en AAVV, *La Universidad de Salamanca I – Historia y proyecciones*, Salamanca, 1989, p. 292.

reconvertido, en 1963, en el temible “Tribunal de Orden Público”, encargado de la persecución de delitos políticos hasta el final de la dictadura.

En el plano político, Franco logró una enorme concentración de poder al contar con el apoyo incondicional del ejército, la Falange Española y la Iglesia. El dictador fue sin duda un hombre con suerte y con una habilidad política extraordinaria. Salió enormemente favorecido por las oportunas muertes en distintos accidentes aéreos de los Generales José Sanjurjo (20 de julio de 1936) y del brutal Emilio Mola (3 de junio de 1937). También por la ejecución en Alicante de José Antonio Primo de Rivera. A través de su cuñado y Ministro de Relaciones Exteriores Ramón Serrano Suñer aproximó a España a la que debería ser su aliada natural, que contribuyó decisivamente a la victoria contra la República, la Alemania de Hitler. Sin embargo, negoció con habilidad para no entrar directamente en la Segunda Guerra Mundial, de tal forma que a partir de la batalla de Stalingrado en 1943, advirtiendo una muy posible derrota de Hitler, pudo cambiar a tiempo su alineación política internacional. En su propio beneficio siempre supo mantenerse como un dictador conceptualmente confuso con base en la defensa de un férreo nacionalismo, un ferviente anticomunismo, la exaltación de la raza española, la recuperación de un Imperio, el rechazo a la democracia y a la francmasonería y el apoyo al catolicismo como única fe verdadera. Cuando llegaron las horas bajas de Mussolini y Hitler, hizo caer en desgracia a Serrano Suñer y abandonó su estrategia de completo apoyo a Falange, desmarcándose en buena medida de la ultraderecha fascista. A partir de allí siguió volcándose en favor de un ejército que le apoyaba ciegamente, y del nacionalcatolicismo. Para rubricar este cambio hizo promulgar, el 17 de julio de 1945, el Fuero de los Españoles. Esta habilidosa ma-

niobra unida al fortuito comienzo de la guerra fría y el frente común de Europa occidental contra el comunismo soviético le permitieron sobrevivir en política hasta su muerte, viendo desaparecer sucesivamente a Mussolini, Hitler, Stalin y muchos otros. Pudo perpetuarse en el poder, pese a haber favorecido que miles de “voluntarios” lucharan junto al ejército alemán, conformando la División azul en el frente ruso, compensando la contribución que le prestara Alemania en la Guerra Civil a través de la Legión Cóndor. Y todo ello tras haber consentido auténticos crímenes de guerra, pues sólo en el campo de concentración nazi de Mauthausen fueron sacrificados con su anuencia siete mil republicanos españoles.¹⁵

Un cambio urgente se produjo efectivamente en Alemania a través del proceso de desnazificación, en el que bajo la supervisión del Consejo de Control de las potencias Aliadas en sólo cuatro años (1945-1949) se reestructuró el marco normativo estatal. Como destaca Vormbaum,¹⁶ se derogaron las leyes esenciales del Régimen nazi (leyes racistas, leyes de persecución de los llamados parásitos sociales o las que permitieron el exterminio masivo de enfermos mentales, judíos y miembros de otros pueblos y grupos étnicos). Se revisaron sentencias judiciales y en muchos casos se redujeron penas o anularon condenas. En general el proceso de desnazificación procuró reducir la influencia de las ideas nacionalsocialistas en la sociedad germana, asentándose en la democracia y en el Derecho,¹⁷ lo que tuvo consecuencias directas en la Universidad.¹⁸ Sin embargo, *en España nada cambió*. Prevalcieron las doctrinas que postulaban el aislacionismo internacional y el sueño de un imperio perdido siglos antes, por culpa de la cultura, el liberalismo, los masones y los separatistas. Para restaurar la continuidad histórica perdida durante siglos el Régimen siguió imponiendo sus fórmulas

¹⁵ Lacasta-Zabalza, J., “La idea de la responsabilidad en la actual cultura constitucional española”, *Rev. Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 2001, p. 143.

¹⁶ *Cfr.* Vormbaum, Th., “La transformación jurídica de Alemania tras la segunda guerra mundial”, comunicación al Congreso Internacional Humboldt-Kolleg, Sevilla, 2008.

¹⁷ *Cfr.* Ambos, K., Meyer-Abich, M., “La superación”, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸ Así, por ejemplo, el prestigioso constitucionalista nazi Carl Schmitt nunca pudo retornar a la Universidad. Pero el proceso de desnazificación tampoco fue completo, porque por distintos motivos se permitió el regreso a la Universidad de destacados nazis, como los penalistas Friederich Schaffstein y Edmund Mezger. Sobre el pasado nazi de Mezger, *cfr.* la impresionante obra de Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª ed., Valencia, 2004, *passim*. Por si alguien aún alberga dudas sobre la adscripción de Mezger a las doctrinas nacionalsocialistas, *vid.* las claras palabras del entonces Catedrático de Barcelona Eugenio Cuello Calón, pronunciadas en 1934: “Mezger, uno de los penalistas más reputados de Alemania y adepto de las doctrinas del nacionalsocialismo”. *Cfr.* Cuello Calón, *El Derecho Penal de las dictaduras*, Barcelona, 1934, p. 74. Sobre las relaciones que los máximos representantes de las doctrinas causalista y finalista tuvieron con el régimen nazi, como Heinrich Henkel, Reinhard Maurach, Hans Welzel, Eduardo Kohlrausch y Richard Lange, *cfr.* Muñoz Conde, F., “Una nueva imagen de la historia contemporánea del Derecho Penal Alemán”, en *Revista Penal*, núm. 20, pp. 294 y ss.

nacionalcatolicistas a sangre y fuego, persiguiendo a las personas por sus convicciones políticas durante toda la dictadura y practicando cotidiana e impunemente la tortura. Se cerraba así cualquier posibilidad de retorno para la intelectualidad en el exilio, que había sido desplazada de sus cátedras y cargos académicos.

Abordaremos esta investigación en dos partes. En primer lugar, analizaremos el papel que desempeñaron juristas, penalistas y psiquiatras para cuestionar o apoyar al Régimen que se alzó contra la Segunda República. Comenzaremos con uno de los juristas españoles más trascendentales del Siglo XX, Luis Jiménez de Asúa. Conforme se desarrollaron los acontecimientos, su escuela fue en su conjunto condenada al exilio exterior e interior. Pero también veremos brevemente el papel que cumplieron los ideólogos del Derecho penal franquista, como Isaías Sánchez Tejerina, Federico de Castejón, Juan del Rosal y Eugenio Cuello Calón. Todos ellos, vencedores y vencidos, tenían mucho en común. Habían compartido Departamentos Universitarios, claustros, tribunales de tesis, concursos y oposiciones. Lo que no impidió que se desarrollara la más terrible de las animadversiones: el *odio universitario*. También analizaremos el pensamiento de otro docente de renombre, el psiquiatra Antonio Vallejo Nágera, quien intentó demostrar científicamente la existencia del “gen rojo”.

La segunda parte girará en torno a la destrucción de la Universidad y la ciencia española por el franquismo. La depuración de la Universidad, como la de todas las instancias educativas españolas, supuso un ataque directo a la libertad de pensamiento, que afectó a muchos catedráticos y profesores anónimos, incluso a Rectores y Vicerrectores, en unos años en los que había pocas universidades y todos los docentes, casi sin excepción, se conocían. Más allá de las tareas de las comisiones depuradoras, que normalmente culminaban con la pérdida del puesto de trabajo, fueron pasados por las armas más de un centenar de profesores. La matanza pudo haber sido mucho mayor, en caso de haber permanecido en España aquellos que marcharon resignadamente al exilio francés, británico o latinoamericano.¹⁹

Primera Parte: penalistas y psiquiatras

Los instrumentos represivos del Estado se materializan legislativamente en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Son textos jurídicos que cuentan con una gran carga política, porque sus disposiciones señalan quienes deben sufrir los castigos estatales (en esa época: pena de muerte, prisión, destierro, multas, etc.), qué garantías asisten a los sospechosos y bajo qué condiciones probatorias actúa la Administración de Justicia. Aquí es donde mejor pueden advertirse los avances del planteamiento liberal, tras la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, pues se consagra un modelo de garantías ante el poder absoluto del Estado. En la dirección opuesta se encuentran los postulados autoritarios, en los que existe una absoluta preponderancia del Estado frente al individuo. Así, se estructura el sistema represivo con base en un Derecho Penal de autor, eliminando el principio de legalidad penal, la aplicación de analogía *contra reo*, la retroactividad de las leyes penales desfavorables y la ausencia de un catálogo de garantías procesales. Todo ello se vio reflejado con meridiana claridad en las legislaciones de Rusia, Alemania y en menor medida Italia en los años '30.²⁰ Debemos preguntarnos cómo repercutieron estos planteamientos en una España en plena Guerra Civil.

Luis Jiménez de Asúa, penalista de la Segunda República

Luis Jiménez de Asúa (Madrid, 1889, Buenos Aires, 1970) accedió a la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Madrid en 1918, cuando contaba con 28 años de edad. Ya había realizado importantes y reconocidas investigaciones en Alemania y por el conjunto de su obra fue posteriormente calificado como el máximo penalista español de todos los tiempos.²¹ Efectivamente, fue el primer penalista de habla hispana en asumir la teoría jurídica del delito, que supone el eje central de la moderna ciencia jurídico-penal. Lo hizo al pronunciar el Discurso Inaugural del Curso Académico 1931-1932 en la Universidad de Madrid.

¹⁹ Cfr. Barbero Santos, *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977, p. 67.

²⁰ Cfr. Cuello Calón, E., *El Derecho Penal de las dictaduras*, op. cit., *passim*.

²¹ Cfr. Barbero Santos, M., “Presentación de Estudios de Derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa”, *Rev. Fac. Derecho Universidad Complutense*, Monográfico 11, 1986, p. 10.

Su prolífica literatura culmina con los siete tomos de su *Tratado de Derecho Penal*, que quedó inconcluso y aún así es considerado como una auténtica enciclopedia del Derecho Penal. A lo largo de su vida destacó como hombre de principios. Por ello se mostró muy beligerante con todo tipo de dictaduras, desde la de Primo de Rivera, que combatió con ahínco, la del General Franco que le llevó al exilio de por vida e incluso la autoproclamada “Revolución” Argentina del General Juan Carlos Onganía, que en 1966 le hizo dimitir de su Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires, como protesta por la represión del Régimen militar contra la autonomía universitaria, en la conocida como noche de los bastones largos. Las dictaduras siempre han tenido especial predilección por atacar a las universidades, poniendo en su punto de mira a estudiantes y profesores, destruyendo laboratorios y bibliotecas, provocando significativas diásporas académicas. Jiménez de Asúa jamás estuvo dispuesto a tolerar estas agresiones contra la libertad de pensamiento y de cátedra.

Nadie fue capaz de acallar sus protestas contra el sistema penal de la dictadura de Primo de Rivera, pues consideraba que el sistema violaba claramente las garantías de los ciudadanos conculcando el principio de legalidad. Rechazó la invitación para formar parte de la Comisión redactora del Código Penal de la dictadura, conocido como Código de 1928, tarea a la que accedieron con satisfacción los penalistas afines al Régimen, Quintiliano Saldaña, Catedrático también de la Universidad de Madrid, y Eugenio Cuello Calón, en esa época Catedrático de Barcelona. Para Jiménez de Asúa un Código Penal que no hubiera pasado por el parlamento, aunque fuera bueno técnicamente, carecía de todo valor, era una norma ilegal.²² Así, afirmaba que “contra el Código Penal de 1928 levantáronse nutridas protestas. Nadie le daba el usurpador título de Código Penal, sino que se le designó con los nombres de ‘Código gubernativo’ y ‘Estatuto penal faccioso’”.²³ En esos años Jiménez de Asúa, siempre dispuesto a rebelarse contra todo gobierno autoritario, padeció destierro en las islas Chafarinas, por el único cargo de haber apoyado activamente a Miguel de Unamuno, en

un proceso abierto por combatir la dictadura. En todo caso, el régimen penal de la dictadura de Primo de Rivera será recordado por instaurar un Estado policial, al pasar a la jurisdicción militar los delitos políticos y otros comunes como los robos a mano armada. La Administración de Justicia estuvo permanentemente amenazada por la irrestricta posibilidad gubernativa de remover a jueces y fiscales.²⁴

Con el advenimiento de la Segunda República, los gobernantes comprendieron que la posibilidad de modernizar España e integrarla en el contexto de los países del entorno europeo pasaba por invertir en cultura y educación. Para alcanzar estos objetivos incrementó su influencia el modelo elaborado por la Institución Libre de Enseñanza. En estas circunstancias Jiménez de Asúa tuvo un destacadísimo papel. En primer lugar, era necesario contar con una nueva Constitución con contenido social, que tuviera en cuenta los Derechos de los trabajadores y el propio Estado de Bienestar. Siguiendo la línea trazada por las constituciones de México de 1917 y Weimar de 1919, se encomendó a una comisión presidida por el propio Jiménez de Asúa la redacción del texto que se convertiría en la Constitución republicana de 1931, que pretendía “estructurar un Estado democrático, regionalista, laico y abierto a amplias reformas sociales”.²⁵ Jiménez de Asúa fue en esos años Vicepresidente del Congreso de los Diputados sin descuidar su labor académica, pues fue el creador, en la Universidad de Madrid, del Instituto de Estudios Penales, “vivero de futuros profesores de Derecho Penal”.²⁶

La República también debía contar con un apropiado cuerpo legal represivo, es decir, un Código Penal conforme con la Constitución y su sistema de garantías. Adviértase que el Código Penal quedaba supeditado a la Constitución y no a los caprichos o arbitrios de los gobernantes, como había sido costumbre en las épocas monárquicas precedentes. Por ello, una de las más urgentes reformas legislativas supuso, en 1932, la modificación del Código Penal, tarea a la que se abocaron los más prestigiosos catedráticos del momento (el propio Jiménez de Asúa, muchos de sus discípulos, como José Antón Oneca, de la Universi-

²² Cfr. Martín, S., “Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)”, *Quaderni Fiorentini*, núm. XXX-VI”, 2007, pp. 549 y ss.

²³ Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, Buenos Aires, 1950, p. 778.

²⁴ Cfr. Martín, S., “Penalística”, *op. cit.*, p. 548.

²⁵ Cfr. Barbero Santos, *Política y Derecho penal*, *op. cit.*, p. 60.

²⁶ Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado*, *op. cit.*, p. 225.

dad de Salamanca y José Arturo Rodríguez Muñoz de la Universidad de Valencia, y también Mariano Ruiz Funes, de la Universidad de Murcia, y el procesalista Niceto Alcalá Zamora-Castillo —entonces en la Universidad de Santiago—). Se trataba de derogar el Código Penal de la dictadura de Primo de Rivera o Código de 1928, para lo cual se optó por remozar el Código Penal de 1870, adecuándolo a la nueva Constitución republicana.

Debemos destacar que el Código Penal de la Segunda República fue el primero en la historia de España en suprimir la pena de muerte, promoviendo una humanización general del catálogo de delitos y la medida de las penas. Sin detenernos puntualmente en sus múltiples reformas, debemos destacar el tratamiento que recibe uno de los temas más polémicos, la delincuencia en el ámbito de la sexualidad. En el texto de 1928 se contemplaba el delito de adulterio, preferentemente si se trataba de una infidelidad por parte de la mujer. En dicho texto recibía tratamiento privilegiado una curiosa figura: el *uxoricidio por adulterio*, que limitaba o exoneraba de pena al marido que mataba a su mujer o a su amante, si los encontraba *in fraganti*. En cambio, la exoneración o limitación de responsabilidad no se trasladaba a la mujer que realizara idéntica conducta delictiva. Estos preceptos eran totalmente incompatibles con la igualdad de sexos que consagraba la Constitución republicana, por lo que fueron derogados. Otra importante modificación se refiere a los aspectos que se relacionan con los cultos, que pasan a ser igualitarios a partir de la Constitución de 1931. En consecuencia, la protección penal debía ser idéntica para todos ellos. El Código Penal de 1932 resultó complementado por la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933. Fue un mecanismo criticado, por establecer medidas de seguridad predelictuales y posdelictuales, es decir, se criminalizaron estados peligrosos sin delito como la vagancia o la prostitución, llevados a cabo por delincuentes habituales.²⁷ Sin embargo, como destaca Sebastián Martín, debe reconocerse a sus redactores Mariano Ruiz Funes y Luis Jiménez de Asúa el mérito “de haber hecho aflorar al terreno de la legalidad un submundo gestionado en exclusiva por la policía”.²⁸

El destino unió, de una forma muy curiosa, a Luis Jiménez de Asúa con el trágico final de José Antonio Primo de Rivera.²⁹ En 1935 José Antonio decidió, tras recibir financiación por parte de Mussolini, emprender la lucha armada para derrocar a la República. El 12 de marzo de 1936 un comando falangista, bajo la supervisión de José Antonio, intentó asesinar a Luis Jiménez de Asúa. El Catedrático no sufrió daños, pero falleció uno de los policías que conformaban su escolta. José Antonio fue procesado por estos hechos, y condenado como cómplice a la pena de seis años de cárcel. En cumplimiento de esta condena y para evitar su fuga fue trasladado a la prisión de Alicante. Tras el alzamiento, el autor material del homicidio y otro de los colaboradores que cumplían sus penas en las prisiones de Huelva y Vitoria se encontraron rápidamente en la zona nacional, a un paso de la libertad. Pero José Antonio no tuvo esa suerte, porque Alicante no se plegó al alzamiento militar. Fue allí juzgado por contribuir a dicho alzamiento y condenado a muerte, ejecutándose la sentencia el 20 de noviembre de 1936. El más favorecido por su muerte fue sin duda Francisco Franco, que pudo aprovechar a su favor toda la militancia de falange y se libró de la única persona que podría haberle hecho sombra desde el punto de vista político.

El camino final de Jiménez de Asúa fue el exilio y su máximo dolor el no haber podido regresar nunca a España. Refugiado desde 1939 en Buenos Aires, desempeñó tareas docentes a lo largo y ancho de toda América Latina, difundiendo la teoría del delito y los principios de un Derecho penal garantista y democrático. Conservó todo su prestigio internacional, pues fue designado Vicepresidente mundial de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). En 1962, a la muerte de Diego Martínez Barrios, asumió la presidencia de la República española en el exilio.³⁰

Isaías Sánchez Tejerina, penalista del “Nuevo Estado”

Isaías Sánchez Tejerina (1892-1959), Catedrático de la Universidad de Salamanca, tuvo la fortuna

²⁷ Cfr. Antón Oneca, “El Derecho penal de la postguerra”, *op. cit.*, p. 259.

²⁸ Cfr. Martín, S., “Penalística”, *op. cit.*, p. 579.

²⁹ Para estos incidentes, Cfr. Preston, P., *Las tres Españas*, *op. cit.*, pp. 128 y ss.

³⁰ Cfr. Saez Capel, Luis Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 8.

de que el alzamiento con el que comulgaba ideológicamente diera comienzo por tierras salmantinas, por lo que pudo escribir libremente en favor del bando nacional desde la primera edición de su *Manual de la asignatura*, en 1937, obra que fundamentaba el Derecho Penal en un orden moral impuesto por el mismo Dios.³¹ Manifestó entonces que deseaba poder continuar diariamente en contacto con sus alumnos, “cuando el final, ya cercano, de esta magnífica cruzada, permita a los estudiantes cambiar el fusil por el libro”. En este contexto se desarrollan los principios técnicos de la asignatura, pero en muchos temas se perciben claramente sus rasgos autoritarios.

En primer lugar, nos encontramos con la pena de muerte, que había sido derogada por el parlamento durante la Segunda República, en el Código Penal de 1932. Sánchez Tejerina, se manifiesta expresamente en favor de dicha pena. En primer lugar, la considera insustituible, intimidante y ejemplar, siempre que no se incurra en el error de los indultos y se ejecute rápidamente, “no dejando transcurrir demasiado tiempo entre el delito y la ejecución de la pena”.³² Adviértase que el Catedrático de Salamanca recomienda en el *Manual de la asignatura* —uno de los poquísimos de la época— fusilamientos inmediatos sin posibilidad de recursos ni de indultos. Una recomendación que *casualmente* se aplicó al pie de la letra a partir de entonces por todos los Consejos de Guerra. Para fundamentar la legitimidad de la pena de muerte, recurre al concepto jurídico penal de legítima defensa, pero no de una persona, sino del propio Estado. Afirma así que

Si un hombre puede dar muerte a otro obrando en propia defensa, ¿cómo vamos a negar al Estado el derecho a defenderse, contra sus enemigos interiores, cuyo peligro actual e inminente está demostrado y sus ataques injustos son ciertos? No habrá más que examinar cuidadosamente este requisito: *Necesidad* racional de la pena de muerte para defenderse el Estado.³³

Años más tarde fundamentaría no sólo la pena de muerte, sino toda la Guerra Civil en la legítima defensa colectiva, en el marco de una pretendida “Guerra de liberación”.³⁴

Pero Tejerina también se manifestó en favor de las penas corporales, fundamentalmente los azotes, aunque limitados a lo que llamaba el “apachismo” y a los profesionales del hurto en las grandes poblaciones. Así,

la fustigación o azotes, administrados humanamente, es decir, sin poner en peligro la salud o la integridad física de quien los sufre, es una medida eficacísima como se ha demostrado en ocasiones [...] También es castigo adecuado contra los borrachos, blasfemos, autores de actos impúdicos, contra la moral y las buenas costumbres [y] Como medida disciplinaria se mantiene en algunos establecimientos penitenciarios.³⁵

Aprovechando la invitación para pronunciar la lección inaugural del curso académico 1940-1941 de la Universidad de Salamanca (que se llamó entonces *Oración inaugural*), puso por título a su exposición: “El Alzamiento Nacional Español comenzó siendo un caso magnífico de legítima defensa”. En su intervención no hace otra cosa que intentar justificar, con cierta apariencia de científicidad, la actitud de los que se alzaron en armas contra la República, reiterando machaconamente su tesis de la legítima defensa del Estado, según la cual los pretendidos crímenes cometidos por las fuerzas nacionales no podían ser imputados a sus autores sino a las víctimas, quienes habían provocado previamente la situación y por lo tanto incitado una respuesta que no les había resultado favorable.³⁶

Pasados estos momentos, Sánchez Tejerina recibió un gran premio: la Cátedra de la Universidad Central en Madrid, que había quedado vacante por el inoportuno fallecimiento, refugiado en una embajada extranjera, de quien se perfilaba hasta entonces como el auténtico penalista del Régimen, Don Quintiliano Saldaña (León, 1878, Madrid, 1938). En esta Universidad impartirá tranquilamente su docencia, profundizando hasta límites asombrosos su ideología antidemocrática. En las sucesivas entregas de su *Manual* se aprecia una evolución respecto a las ideas de 1937. Así, en la edición de 1947 pueden estudiarse sus *principios de sociología criminal*, en los que dice: “afirmamos de

³¹ Cfr. Martín, S., “Penalística”, *op. cit.*, p. 589.

³² Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Derecho Penal Español*, Parte General-Parte Especial, 1ª ed., Salamanca, 1937, p. 340.

³³ Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Derecho Penal Español*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 340.

³⁴ Cfr. Sánchez Tejerina, I., “Nuevos problemas de Derecho Penal”, *Anuario de Derecho penal*, 1948, p. 240.

³⁵ Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Derecho Penal Español*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 342.

³⁶ Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Oración Inaugural del curso 1940 a 41 en la Universidad de Salamanca*, Salamanca, 1940.

acuerdo con la realidad que el régimen socialista y la educación (¿?) socialista es el manantial inagotable de la criminalidad, de la criminalidad más grave”.³⁷

Entre las causas más importantes de la criminalidad encuentra la irreligión, la política, la economía y la cultura. En relación con la política, considera que

una autoridad débil y desprestigiada es causa de gran criminalidad: por el contrario, una fuerte y recta autoridad es el mejor medio preventivo de la delincuencia [...] El estado liberal que consagra todas las libertades y no toma medidas preventivas contra hombres e ideas contrarias a su propia organización, favorece la criminalidad, casi podríamos decir, la protege [...] Nada decimos del sufragio universal, del jurado, etcétera, porque siendo instituciones abolidas en España no vale la pena de señalar los delitos de toda clase a que daban lugar tales instituciones políticas extinguidas; por otra parte, es materia conocida de todo el que tenga una regular cultura. Tampoco es necesario comentar los infinitos crímenes cometidos por una prensa prostituida al servicio de los peores instintos y apetitos.³⁸ Los Estados de tipo liberal y democrático después de provocar el incendio con la libertad de pensamiento y prensa (propaganda de doctrinas anarquistas, comunistas, socialistas, etc.) se han declarado impotentes para sofocarlo y han tenido forzosamente que abandonar la defensa de la *Sociedad* y del *Estado* en otras manos.³⁹

En cuanto a la economía, considera que los socialistas erraban

al suponer que el régimen socialista transformaría a los hombres en ángeles. En Asturias se pagaban los jornales más elevados de toda España [...] Los mineros se lavaban las manos con champagne; se abrieron muchos cabarets, se edificaron pocas casas (no se tenía amor al hogar) y no se construyó ninguna Iglesia. Muchos pueblos de España menos ricos y otros francamente pobres, mantuvieron la espiritualidad en medio de aquel ambiente antisocial.⁴⁰

Para Sánchez Tejerina, la cultura también era fuente de delitos.

Ya se ha dicho que la escuela laica es un semillero de delitos. Al hombre culto inmoral se puede aplicar aquella frase de Maudsley: “La cultura sólo conseguirá convertir a los hombres en brutos, y brutos más peligrosos que en el estado salvaje”. En efecto, sin una formación religiosa y moral humanas, esa frase es exacta. ¿Hace falta dar nombre de españoles cultos que han cometido o impulsado a cometer crímenes gravísimos?.⁴¹

¿El hecho de saber leer y escribir favorece o es un obstáculo al delito? El solo hecho de saber leer y escribir favorece, en general, la aparición del crimen, en países de régimen liberal en los que se lee más malo que bueno. Depende, por lo tanto, de lo que se lea y de cómo se interpreta lo que se lee. Aquellas famosas universidades obreras, que funcionaron en algún distrito, que reunía a obreros y catedráticos para discutir cuestiones sociales políticas o filosóficas, fue[ron] uno de los mayores disparates que se pudo realizar [...] No son elementos de cultura los temas pseudocientíficos o francamente obscenos, sobre materias sexuales; ni la prensa, en régimen de absoluta libertad; ni el teatro, ni el cine no censurados debidamente y sujetos a normas de moralidad: ni los libros o folletos que no respondan verdaderamente a un propósito honrado de enseñar la verdad.⁴²

En 1948 sigue insistiendo —ya en solitario— con sus estrafalarias tesis. Así, manifiesta que

Las palabras traición y traidor me han producido siempre una penosa impresión. Aún más que otras: homicida, estafador, asesino. Sólo se equipara en mi conciencia el término traidor con el de parricida. Y eso es el traidor: un parricida. Uno da muerte al padre o a la madre; otro a su Patria. Aún resulta más grave el delito de traición, si no por más criminal por producir males mayores.⁴³

Incluso considera que existen delitos de traición dolosos, que realizan los jefes del partido, y otros culposos, de aquellos que “producen grave quebranto para la Patria, ya se cometan por negligencia, imprudencia o por impericia o ineptitud; a veces por equivocación”. Estos delitos culposos no se encontraban tipificados entonces, por lo que propone que reciban “las condignas sanciones”, fundamentalmente si se

³⁷ Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Derecho Penal Español, Parte General - Parte Especial*, 4ª ed., Madrid, 1947, p. 109.

³⁸ Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Derecho Penal Español*, 4ª ed., op. cit., pp. 112 y ss.

³⁹ Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Derecho Penal Español*, 4ª ed., op. cit., p. 386.

⁴⁰ Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Derecho Penal Español*, 4ª ed., op. cit., p. 115

⁴¹ Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Derecho Penal Español*, 4ª ed., op. cit., pp. 116 y ss.

⁴² Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Derecho Penal Español*, 4ª ed., op. cit., p. 117.

⁴³ Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Nuevos problemas de Derecho penal*, op. cit., p. 243.

trata de una traición por seguir la doctrina comunista o pertenecer al partido comunista”.⁴⁴

En definitiva, Sánchez Tejerina no fue un oportunista sino un convencido. Se encontraba en la última etapa de su vida Académica. Fue un reaccionario consecuente y patológico, con evidentes rasgos de fanatismo incontrolado. Jiménez de Asúa optó por ignorarlo en su monumental *Tratado*, aunque lo menciona incidentalmente al colocarlo dentro del grupo de penalistas más grises. Sin embargo, sus estrambóticas tesis fueron de utilidad para consolidar el sistema penal autoritario.

Federico Castejón y Martínez de Arizala, adulador de todos los regímenes

El Catedrático de Sevilla y Magistrado del Tribunal Supremo Federico Castejón y Martínez de Arizala (Córdoba, 1889- Jerez de la Frontera, 1972) participó en la redacción del Anteproyecto de Código Penal formulado por Falange, en 1938⁴⁵ que junto al Proyecto del Ministerio de Justicia de 1939 inspiraron el texto definitivo del Código Penal de 1944, en el que también tomó parte. Fue caracterizado extraordinariamente por el propio Luis Jiménez de Asúa como un “Servidor sin escrúpulos de todos los regímenes, quiso ser diputado en la monarquía, aduló a la república y luego se hizo, al triunfo de Franco, decidido falangista”.⁴⁶ Consideraba Jiménez de Asúa que Castejón era un hombre sin talento, que formaba parte del “atropellado haz de penalistas” que llegó a las prensas durante el Régimen autoritario “a pesar de sus muchos años, que le exigían formalidad”.⁴⁷

El Anteproyecto de Código Penal de Falange de 1938 no gozó de mucha difusión. Coincidiendo con el ideario falangista, su contenido era claramente totalitario. Por traer a colación algún ejemplo recordamos que su texto consagraba expresamente la analogía en contra del reo (art. 1º) y establecía como acto contrario a la raza española el matrimonio con persona de raza inferior,⁴⁸ lo que en el contexto multirracial español no dejaba de ser una propuesta completamente

estrafalaria. Con soluciones de este tipo el texto punitivo de Falange quería aproximarse a las disposiciones penales vigentes en la Alemania nazi, en la que se había reemplazado el principio *nullum crimen sine lege* por el *nullum crimen sine poena*. Sin embargo, el texto de Falange no pasó de ser un mero instrumento de trabajo, sin aprobación legislativa.

Castejón también fue redactor del Código Penal de 1944, que efectivamente fue aprobado y se estructuraba sobre principios claramente autoritarios, aunque algo más moderados que los del texto de Falange. Es un Código que se construye sobre la base del programa político del nacional catolicismo. Se reestructuran los delitos sexuales procurando que toda desviación del sentido católico del matrimonio se convirtiera en delito.⁴⁹ Según Jiménez de Asúa, Castejón aparece en este contexto como paladín del tradicionalismo, favoreciendo la reincorporación de una figura muy atenuada para el marido homicida, es decir, el ya comentado *uxoricidio por adulterio*, que para el propio Castejón “restaura la venganza de la honra, de tan rancio abolengo en la legislación española”.⁵⁰ Se realizan continuas referencias al Cristianismo y al sentido católico de la vida. El texto mantiene los tres supuestos de pena de muerte incorporados por la Ley de 5 de julio de 1938, pero incrementa la aplicación de dicha pena capital a un buen número de delitos políticos, como el delito de traición y otros contra la seguridad exterior del Estado (art. 120 y sig. CP). También se sanciona con pena de muerte el magnicidio, como delito contra el jefe del Estado (art. 142 CP).

Ya en el tramo final de la Segunda Guerra Mundial, pero sin que hubieran caído los regímenes autoritarios europeos, el texto del Código Penal de 1944 se asemeja más al autoritarismo italiano que al alemán. Así, mientras los nazis se preocuparon por derogar los principios penales más elementales (principio de legalidad, admisión de la analogía), el texto español solamente se caracterizaba por su severidad, y por consagrar algunos supuestos de responsabilidad objetiva. Un cambio importante se aprecia en la tutela penal de los cultos, porque en coherencia con los

⁴⁴ Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Nuevos problemas de Derecho penal*, op. cit., p. 243.

⁴⁵ Cfr. Castejón, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, Madrid, 1946, p. 4.

⁴⁶ Cfr. Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, t I, Buenos Aires, 1950, p. 809.

⁴⁷ Cfr. Jiménez de Asúa, L., *Tratado*, op. cit., p. 899.

⁴⁸ Cfr. Barbero Santos, M., *Política y Derecho penal*, op. cit., p. 72.

⁴⁹ Cfr. Portilla, G., *Franquismo*, op. cit., p. 113.

⁵⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, L., *Tratado*, op. cit., p. 815.

planteamientos hegemónicos del nacionalcatolicismo, sólo se prevé la defensa de la religión oficial del Estado.⁵¹

No deja de llamar la atención que mientras el Régimen se encontraba aislado internacionalmente, los penalistas más afines se preocuparan permanentemente por el Derecho Penal internacional y las fórmulas jurídicas que debería adoptar una futura Corte Penal Internacional. ¿Sería para salir en defensa del Jefe del Estado, si fuera necesario? Ya Isaías Sánchez Tejerina, quien como vimos era un hombre *intelectualmente poco fino*, había incursionado en el Derecho Penal internacional con objetivos políticos claros, cuestionando los tratados internacionales suscritos por España —mayoritariamente durante la Segunda República—, que impedían la extradición de delincuentes por motivos políticos o sociales. Se obstaculizaba así la entrega de los miles de republicanos españoles que habían optado por el exilio. Tejerina se muestra indignado, echando todas las culpas de esta situación al derogado art. 30 de la Constitución de la República, considerando este criterio limitador “totalmente absurdo”.⁵² Consecuente con sus ideas antiliberales y antigarantistas, Tejerina propuso un Proyecto de Código Penal internacional que otorgara la facultad al Tribunal para imponer las penas que *se estimaran justas*.⁵³

Castejón también tocó estos espinosos temas, no mostrándose muy de acuerdo con las tendencias de los penalistas extranjeros que en el marco de distintos proyectos liderados por la ONU procuraban en la postguerra mundial la creación de una Corte Penal Internacional permanente, para evitar guerras de agresión, delitos contra la humanidad, genocidios y crímenes de guerra, lo que incluía responsabilidades penales aplicables a los propios Jefes de Estado. Si el Proyecto de Código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU el 7 de junio de 1951 hubiera salido adelante, seguramente muchos representantes franquistas hubieran sido perseguidos

internacionalmente. Por ello Castejón defendía otras propuestas, como

la unificación teórica del Derecho penal internacional en sus elementos tradicionales (...) dejando toda materia nueva para ser regulada por leyes o acuerdos especiales que, cuando logren la deseada sedimentación y lleguen a formar cuerpo de doctrina, constituyan la base de un Código Penal internacional que reúna los deseados caracteres de generalidad y eficacia.⁵⁴

Eugenio Cuello Calón, el penalista tosco

Eugenio Cuello Calón (Salamanca, 1879 – Santander, 1963) fue otro de los penalistas representativos del Régimen, que fue bautizado por Jiménez de Asúa como un “bienquisto del franquismo” o un sujeto que “prestó al franquismo servicios que le eran gratos”.⁵⁵ Aunque sus biógrafos lo consideran discípulo de Pedro Dorado Montero, responde Jiménez de Asúa a Marino Barbero Santos:

A pesar de lo que dice Antón, y lo que en cierto modo dice Vd. jamás puede considerarse a Cuello como discípulo [y subrayaba discípulo] de Dorado. No lo es por llamarle “maestro” sino por seguir su doctrina, y Cuello, tan tosco, tan poco preocupado del sistema, no puede llamarse discípulo de aquél.⁵⁶

Califica Asúa la obra de Cuello Calón como volúmenes asistemáticos, “que carecen de la estructura de un auténtico Tratado, por su inorgánica factura y por su absoluta falta de originalidad”.⁵⁷ Es bastante comprensible la evidente animadversión de Jiménez de Asúa hacia Cuello Calón, pues justamente Cuello fue quien se apropió de su Cátedra en la Universidad Central de Madrid, que tuvo que dejar imperiosamente vacante al emprender el exilio.

Cuello Calón ejerció largos años como Catedrático en Barcelona y Madrid, y algún tiempo en Salamanca. Había colaborado activamente con la dictadura del General Primo de Rivera, participando

⁵¹ Cfr. Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, 3ª ed., Madrid, 1990, p. 120.

⁵² Cfr. Sánchez Tejerina, I., *Derecho Penal Español*, 4ª ed., op. cit., p. 153.

⁵³ Cfr. Castejón, F., *Proyecto de Código Penal Internacional*, ADPCP, p. 241.

⁵⁴ Cfr. Castejón, F., *Proyecto de Código Penal*, op. cit., p. 241.

⁵⁵ Cfr. Jiménez de Asúa, L., *Tratado*, op. cit., pp. 813 y 824.

⁵⁶ Cfr. Barbero Santos, M., “Rememoración de don Luis Jiménez de Asúa en el centenario de su nacimiento”, *Doctrina Penal*, núm. 13, 1990, p. 25.

⁵⁷ Cfr. Jiménez de Asúa, L., *Tratado*, p. 13.

en la Comisión redactora del Código Penal de 1928, caracterizado por su excesivo rigor y la previsión de pena de muerte para un generoso número de delitos. Su colaboracionismo con la dictadura no le exoneró de ser investigado por la Comisión depuradora universitaria, ante la que declaró su total adhesión al movimiento nacional, jurando haber impartido todas sus clases en la Universidad de Barcelona en idioma castellano.⁵⁸

Fue fundador y director de la revista más relevante de Derecho Penal en idioma español durante todo el Siglo XX, el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Y su compromiso con el Régimen franquista ha sido siempre muy evidente. Sus opiniones sobre la pena de muerte o la homosexualidad lo dejan muy claro. En relación a la pena máxima, se pregunta si: “¿Llegará un día en que esta sangrienta *ultima ratio* deje de ser necesaria, para asegurar a la sociedad una vida tranquila y sosegada?”⁵⁹ Y en un artículo dedicado al estudio de la represión penal de la homosexualidad en la historia y el Derecho comparado afirma

el hecho, sobre el que insisten constantemente biólogos, psiquiatras y criminalistas de todos los países, que la conducta sexual anormal de gran número de homosexuales, proviene de factores biológicos, de anomalías y defectos glandulares congénitos, y, a veces, de perniciosos influjos de ambiente familiar o social. Junto a éstos existen grandes masas de prostituidos, hondamente depravados, muchos de ellos habituales de los bajos fondos criminales. La justicia exige una cuidadosa discriminación entre ambas categorías, entre los necesitados de curación y ajuste de su personalidad física, psíquica y moral y los que por su peligrosidad deben ser sometidos a eficaces medidas de protección social.⁶⁰

Cuello Calón escribe en *Anuario de Derecho Penal* en 1954 un curioso artículo sobre “El Derecho penal de la postguerra” que puede considerarse una obra maestra de la ambigüedad jurídica, pretendiendo justificar un sistema penal español en el que confluirían rasgos liberales y autoritarios. Con rigor científico describe

la evolución del Derecho penal liberal frente al autoritario. Serían claros ejemplos de este último modelo el régimen penal soviético (sobre el que descarga las más feroces críticas), el sistema nacionalsocialista alemán y en menor medida el sistema penal fascista de la época de Mussolini. El Derecho penal español de la postguerra no se menciona expresamente, aunque puede deducirse que tendría al mismo tiempo rasgos liberales y autoritarios. Por una parte, y en concordancia con las líneas político-criminales trazadas por el Régimen, consideraba al Derecho penal autoritario como un instrumento para fortalecer y reforzar la autoridad del Estado, a expensas de las garantías individuales que inspiran el Derecho penal liberal.⁶¹ Esto se manifestaba en particular en materia de delitos políticos, porque “La mano dura con los reos políticos, en franco contraste con el modo suave del Derecho liberal, es rasgo genuino del Derecho autoritario”.⁶² La persecución penal de los delitos políticos en España, plenamente viva hasta la muerte del dictador en 1975, nada tuvo que envidiar a los regímenes penales soviéticos, nazis o fascistas. Pero para el resto de responsabilidades penales consideraba prevalente un modelo liberal, lo que debe deducirse de la frase que concluye el artículo: “Como el dios Jano de la mitología romana, el Derecho penal de nuestros días ostenta dos rostros: uno humano y comprensivo, otro rígido, adusto, de inflexible dureza”.⁶³

*Juan del Rosal, la inteligencia
al servicio del Régimen*

Discípulo de Jiménez de Asúa,⁶⁴ Juan del Rosal Fernández (Granada, 1908-1973) prefirió, junto a Arturo Rodríguez Muñoz (1899-1955), no seguir el camino del exilio junto a sus maestros y alinearse con los penalistas del Régimen. Del Rosal luchó en el frente nacional durante la guerra, y posteriormente fue premiado con las Cátedras de Valladolid y Madrid, hasta su jubilación. En la capital de España fue Decano de la Facultad de Derecho y aún hoy una

⁵⁸ Cfr. Martín, S., “Penalista”, *op. cit.*, p. 588.

⁵⁹ Cfr. Cuello Calón, *Vicisitudes y panorama legislativo de la pena de muerte*, ADPCP, 1953, p. 493.

⁶⁰ Cfr. Cuello Calón, E., *Referencias históricas y de Derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad*, ADPCP, 1954, pp. 500 y ss.

⁶¹ Cfr. Cuello Calón, E., *Sobre el Derecho Penal de la postguerra*, ADPCP, 1954, p. 240.

⁶² Cfr. Cuello Calón, E., *Sobre el Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 242.

⁶³ Cfr. Cuello Calón, E., *Sobre el Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 251.

⁶⁴ Cfr. Cuerda Riezu, *Tabla genealógico-científica*, *op. cit.*, pp. 110 y ss. Cfr. Cobo del Rosal, J., “Presentación”, en AAVV, *Política criminal y reforma penal. Libro homenaje a Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. XVI.

calle le recuerda en plena Ciudad Universitaria, distinción de la que carece por completo Luis Jiménez de Asúa.

Para comprender el posicionamiento penalista de Juan del Rosal en la inmediata postguerra es necesario conocer a su principal fuente de inspiración, el Catedrático de Derecho civil Alfonso García-Valdecasas y García-Valdecasas (Granada, 1904-1993). Durante el Régimen autoritario del General Primo de Rivera García-Valdecasas formó parte activa en la rebelión universitaria contra el dictador. Posteriormente fue elegido diputado en la candidatura socialista por la provincia de Granada, aunque finalmente se convirtió en uno de los fundadores y directores, junto a José Antonio Primo de Rivera, de la Falange española, tomando parte activa destacadísima el día de su constitución en el Teatro de la Comedia de Madrid el 29 de octubre de 1933.⁶⁵ Con los años García-Valdecasas se convertiría en un prominente monárquico, en el entorno de D. Juan de Borbón, llegando a ser miembro de la Real Academia de la Lengua a partir de 1963. José Antonio Primo de Rivera y Alfonso García-Valdecasas sustentaron muchas ideas del maestro de este último, el filósofo José Ortega y Gasset, aunque como sostiene Paul Preston, José Antonio “nunca le perdonase al autor de *La Rebelión de las masas* que no abrazara por completo la causa del fascismo español”.⁶⁶ No podemos pasar por alto que siendo diputado García-Valdecasas, fue Secretario de la Comisión Parlamentaria que redactó la Constitución de 1931, justamente presidida por D. Luis Jiménez de Asúa, compartiendo ambos juristas larguísimas jornadas de trabajo. Una vez producida su *metamorfosis política*, publicó en 1942 en la *Revista de Estudios Políticos* un artículo que alcanzó un impresionante impacto: “Los Estados totalitarios y el Estado español”. Juan del Rosal elogia repetida y constantemente dicho artículo, considerándolo “el único y pensado trabajo que se ha hecho sobre el Estado español”.⁶⁷ Allí sostenía claramente Valdecasas que para Falange el Estado es un “instrumento

totalitario al servicio de la integridad de la patria” en el que no existen, como proclamaba la Declaración de Derechos de la Revolución francesa, unos derechos naturales del hombre. Existen en cambio unos “derechos del espíritu, labrados gloriosamente por una cultura dos veces milenaria, obra del cristianismo”.⁶⁸

Del Rosal escribe una monografía titulada “Acerca del pensamiento penal español”, en la que sólo existen palabras de agradecimiento para Alfonso García-Valdecasas y José Arturo Rodríguez, olvidando por completo al maestro proscrito Luis Jiménez de Asúa. Este último, aunque reconoce el talante autoritario de Del Rosal, es curiosamente al único a quien respeta, pues considera que destaca por su talento, “del que carecen todos los demás”.⁶⁹ En la mencionada obra Del Rosal critica el Código Penal de la República, porque responde “a los supuestos *demo-liberales* del régimen republicano”.⁷⁰ Al tratar la criminología, aunque haciendo referencia a la teoría del delito, se manifiesta en favor de la superación de la lucha de Escuelas entre penalistas que presidió la década de los años ’30, contienda científica que según este autor daba una impresión “triste y lamentable”. Para él y siguiendo a García-Valdecasas, la ciencia del Derecho penal *auténticamente española* debe incardinarse en el *Nuevo Estado*: “El Estado español no es una institución más de aquel pluralismo político en el que se descomponía la propia conciencia política española, sino que es un instrumento totalitario al servicio de la integridad de la Patria”.⁷¹

Pero, ¿cómo debía ser ese Derecho penal, instrumento totalitario y genuinamente español? Dice Del Rosal que

Un Derecho penal de este abolengo deberá de velar, con su poderoso sistema de amenazas y coacciones, por la seguridad y la propia existencia del Estado, considerando el Estado como un medio instrumental para la realización de la idea española. Por eso, la misión que ha de cumplir el Derecho penal español de estos días es la

⁶⁵ Cfr. Vallet de Goytisolo, J. Alfonso García-Valdecasas y García-Valdecasas, *Actas de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 80, 2003, p. 452.

⁶⁶ Cfr. Preston, P., *Las tres Españas*, op. cit., pp. 161 y ss.

⁶⁷ Cfr. Del Rosal, J., *Acerca del pensamiento penal español*, Madrid, 1942, p. 269.

⁶⁸ García-Valdecasas, A., “Los estados totalitarios y el Estado español”, *Revista de Estudios Políticos*, 1942, pp. 25 y ss.

⁶⁹ Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado*, op. cit., p. 899.

⁷⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado*, op. cit., p. 808.

⁷¹ Cfr. Del Rosal, *Acerca del pensamiento*, op. cit., p. 269, con continuas referencias a constitucionalistas nazis como Karl Larenz y Carl Schmitt.

siguiente: plantearse, de un lado, la responsabilidad de la persona humana, frente al superior concepto político de Comunidad; de otro, la separación de esta persona humana como miembro de esta determinada Comunidad política, tan pronto como se haya comprobado la obstinación, por parte de la persona, de no convivir en esta Comunidad.⁷²

Aquí se perfila claramente otro precedente histórico del Derecho penal del enemigo.

Más adelante se pregunta por la esencia y misión de la pena en el *Nuevo Estado*: “Nosotros, como españoles que somos, no estamos en paraje de averiguar cuál es la esencia de la pena en el Estado actual, cuando aún no sabemos a ciencia cierta el perfil y la estructura de la teoría orgánica del Estado”. Sin embargo, atendiendo a las leyes penales que ya se habían aprobado en el marco del *Nuevo Estado* (Ley para la Seguridad del Estado y Ley del aborto) considera que

En general —y esto conviene a todos los Estados totalitarios de estructura un tanto similar— la esencia de la pena *descansa en un juicio desvalorativo ejercido en la persona del autor del delito, por virtud del cual y a causa de la acción cometida o intentada experimenta una disminución su modo de existencia personal y social*. Porque este juicio se verifica en nombre de la Comunidad política en la que convive la persona autora, en sentido amplio de una tal acción; disminución que abarca casi todos los extremos de la vida de la persona, desde la pérdida de la vida hasta la de sus derechos.⁷³

Con estas ideas queda justificado un modelo basado en el Derecho penal de autor, al que se le asocian todas las penas posibles, incluida lógicamente la pena capital. En síntesis, si el anterior Derecho penal respondía a las bases del Iluminismo, las garantías o la filosofía de los valores, en el nuevo sistema “el penalista se sacude de todo el pesado lastre de sutilezas y distinciones especulativas”.⁷⁴

Otros penalistas y procesalistas afines al Régimen

Queda todavía por tratar el papel desempeñado por un buen número de juristas —en particular, penalistas y procesalistas— que colaboraron activamente para permitir el funcionamiento de la maquinaria punitiva del Régimen, desde la Universidad hasta la Administración de Justicia. El estudio de sus obras excede esta intervención. Simplemente mencionaremos algunos hechos relevantes.

Entre los penalistas españoles debemos destacar, en primer lugar, a José Guallart y López de Goicoechea, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza, quien propuso disolver la Escuela de Criminología por sus planteamientos afines a la República.⁷⁵ Guallart accedió a la primera Cátedra convocada por el *Nuevo Estado* en 1940, sin obra científica alguna, habiendo sido rechazado en tres concursos anteriores y con el único mérito de poseer antigüedad, ser fiel expositor de lo extranjero y buen conocedor de lo nacional.⁷⁶ También sobresale particularmente José María Rodríguez Devesa (1916-1987), Catedrático de la Universidad Complutense, siempre recordado por Jiménez de Asúa por vestir uniforme militar, “pues es Comandante del Cuerpo Jurídico”.⁷⁷ Previamente había luchado en el frente ruso, formando parte de la *Einheit spanischer Freiwilliger* o División Azul. En el ámbito del Derecho Procesal destaca Miguel Fenech Navarro (Málaga, 1912-Madrid, 1987) Catedrático de la Universidad de Barcelona. Escribió una obra con gran repercusión en la época, titulada *La posición del juez en el Nuevo Estado* (Madrid, 1941), con la que pretendió trasladar a España los principios del régimen procesal penal nacionalsocialista. Culmina su libro diciendo “En resumidas cuentas, podemos comprobar que la España nacional-sindicalista rechaza los Derechos fundamentales” y que “El desprecio de la mitología constitucional es, pues, una piedra sillar de nuestro ideario”.⁷⁸ En la Administración de Justicia se encontraba el autor de obras jurídico-penales —aunque más bien se trataba de textos para preparar oposiciones—

⁷² Cfr. Del Rosal, *Acerca del pensamiento penal*, op. cit., p. 270.

⁷³ Cfr. Del Rosal, *Acerca del pensamiento penal*, op. cit., pp. 280 y ss. [Las cursivas pertenecen al texto original.]

⁷⁴ Cfr. Del Rosal, *Acerca del pensamiento penal*, op. cit., p. 35.

⁷⁵ Cfr. Terradillos Basoco, J., “Die Aufarbeitung”, op. cit., p. 13.

⁷⁶ Cfr. Marín, S., “Penalística”, op. cit., pp. 594 y ss.

⁷⁷ Cfr. Jiménez de Asúa, L., *Tratado*, op. cit., p. 900.

⁷⁸ Cfr. Barbero Santos, M., *Política y Derecho Penal*, op. cit., p. 74. Cfr. también Terradillos Basoco, J., “Die Aufarbeitung”, op. cit., p. 13.

Federico Puig Peña, quien afirmaba que “Desde el plano, pues, esencialmente político, la dura censura se impone y el *Nuevo Estado* se ha tenido que encargar de ir poco a poco, restableciendo la verdadera doctrina”.⁷⁹ Futuras investigaciones deberán encargarse de trazar el perfil de otros penalistas afines al Régimen, como Jaime Masaveu, Antonio Ferrer Sama, Manuel Serrano Rodríguez,⁸⁰ Octavio Pérez Vitoria, Valentín Silva Melero y José Ortego Costales.

Antonio Vallejo Nágera y la higiene racial

El médico militar Antonio Vallejo Nágera (Palencia, 1889-Madrid, 1960) fue nombrado en la zona rebelde Jefe de los Servicios Psiquiátricos del Ejército. Años antes había tomado contacto directo con la ciencia psiquiátrica germana, pues desempeñó tareas diplomáticas en Alemania, durante la Primera Guerra Mundial. A partir del último tercio del siglo XIX muchos científicos europeos y norteamericanos habían comenzado a defender seriamente la *eugenesia*, como una forma de mejorar los rasgos hereditarios humanos. Estos estudios entroncaban directamente con la teoría evolutiva de Charles Darwin sobre el origen de las especies, y en particular con la obra de su primo Sir Francis Galton, quien a partir del libro *Hereditary Genius (El genio hereditario)* de 1869 pasó a ser considerado como el auténtico *padre* de la eugenesia.⁸¹ Estas propuestas científicas procuraban poner freno a la degeneración progresiva de las razas, evitando taras y enfermedades. Se propugnaba una selección artificial de los seres humanos para el mejoramiento de la especie. Pero como resulta a simple vista, propuestas de esta naturaleza podían derivar tarde o temprano en postulados racistas. Por una parte, la solución más extendida en aquella época se centraba en la *esterilización forzosa* de una serie de sujetos, como incapaces, epilépticos y dementes, pero también otros

que eran considerados degenerados o alcohólicos crónicos. Pero si ésta era la solución más sustentada por los científicos en el plano internacional, de ella se apartaron relevantes investigadores alemanes, que propusieron recetas más efectivas para evitar el peligro de una decadencia de la raza aria, incluso muchos años antes del advenimiento del nacionalsocialismo.

Así, el recurso a soluciones extremas por motivos eugenésicos empañó notablemente el prestigio de muchos penalistas alemanes, y en particular el de uno de los padres de la ciencia penal alemana, el Catedrático de la Universidad de Leipzig Karl Binding, a partir de la aparición en 1920 de un libro póstumo, escrito junto al Catedrático de psiquiatría de la Universidad de Freiburg, Alfred Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens (La autorización del exterminio de las vidas sin valor vital)*.⁸² En este texto proponen que se autorice la eliminación de distintos tipos de sujetos. En particular el exterminio de los enfermos mentales irrecuperables, siendo irrelevante su consentimiento. En relación con estos sujetos, tal solución no se debía considerar algo negativo sino un acto de liberación para ellos, sus familias y la sociedad. Efectivamente, con la aparición de este libro que acuña el terrible concepto de “vidas sin valor vital” se abrió el camino para que los nazis llevaran a la práctica, entre 1939 y 1941, la masacre sistemática de más de 100.000 discapacitados físicos o psíquicos, por tratarse de vidas improductivas (Programa conocido como “Aktion T4”). Este programa de exterminio fue interrumpido en 1941 por las protestas populares,⁸³ pues muchos ciudadanos arios no consentían que se asesinara impunemente a sus familiares también arios, que padecían enfermedades físicas o psíquicas. Sin embargo, el propio Hitler consideraba que los anormales no debían ver limitada ni excluida su responsabilidad, sino que la anormalidad debía ser tratada como una circunstancia agravante.⁸⁴ Pero, ¿se

⁷⁹ Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado, op. cit.*, p. 831.

⁸⁰ Manuel Serrano fue profesor en distintas universidades, entre ellas las de Sevilla y Salamanca. Acabó trágicamente con su vida cuando se le negó la ansiada Cátedra de Madrid. Me relata un reconocido abogado de Huelva, que fue su alumno en Sevilla en los años '60, que no se comprendía cómo podía ser Catedrático de Derecho Penal una persona con sus conocimientos jurídicos. En los corrillos se murmuraba que su único mérito había sido dar cobijo en Madrid a Eugenio Cuello Calón, en plena guerra civil, cuando era buscado por exaltados afines a la República. En todo caso, pasados los años, los estudiantes de Sevilla no olvidan la incursión en plena clase de un joven familiar del Catedrático, que provisto de una guitarra entonó con su anuencia y ante gran algarabía la copla de la que sólo se ha conservado el estribillo:

“Objetivo y subjetivo / con el Código en la mano / si quieres saber qué es / preguntásetelo al gran Don Manuel Serrano”.

⁸¹ Cfr. *Hereditary Genius*, Macmillan, Londres, 1869.

⁸² Cfr. *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Felix Meiner Verlag, Leipzig, 1920.

⁸³ Cfr. Ambos, K., Meyer Abich, N., “La superación”, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁴ Rivaya, B., “La revolución jurídica del fascismo alemán”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 19, 2002, p. 413.

defendió también en España un modelo eugenésico similar?

Vallejo Nágera importó desde Alemania y en plena Guerra Civil muchos de estos planteamientos eugenésicos pero con una serie de peculiaridades, que contribuyeron a dar fundamento a la represión y el exterminio de la disidencia política. Fue un decidido defensor de la *higiene racial*, y su papel fue tan relevante que obtuvo grandes premios y todo el apoyo oficial, moviéndose durante años en el entorno más próximo al General Franco. Una vez terminada la guerra se convirtió en uno de los Catedráticos de Psiquiatría de la Universidad española más internacionales y reconocidos. En Alemania, el ascenso al poder del régimen nazi en 1933 supuso que una de las preocupaciones más elementales fuera alcanzar la pureza racial. El objetivo de lograr la supremacía de la raza aria se incorporó rápidamente a la política criminal y al sistema penal, sancionándose los matrimonios interraciales, fundamentalmente los celebrados entre arios y judíos. En plena contienda civil (1937) Vallejo sigue la estela racista germana al escribir su obra *Eugenesis de la Hispanidad y regeneración de la raza* en la que aprovecha para recuperar las ideas lombrosianas de atavismo o herencia del hombre salvaje. Toma como punto de partida que el atavismo en los animales se favorecería “por el cruzamiento entre razas diferentes”.⁸⁵

¿Cuáles son los factores por los que degenera una raza? Para los psiquiatras británicos y norteamericanos de la época este fenómeno se asociaba con indebidos cruzamientos genéticos, cuando alguno de los intervinientes padecía enfermedades mentales o se apreciaba en él cualquier tipo de anormalidad. Desde su peculiar punto de vista, encuentra Vallejo a los principales enemigos de la raza hispana: *la democracia y el comunismo*. Así, dice expresamente que: “Son los jóvenes quienes deben dar un ejemplo que no puede esperarse de una masa social contaminada por los virus democrático y marxista”.⁸⁶

En primer lugar, las razas degeneran por la *democracia*. Vallejo se muestra decididamente dictatorial.

La democracia sería una tendencia social psicopática, que ha hecho aumentar la criminalidad mundial.

El crimen social tiene sus glorificadores, los mismos que han desterrado la pena de muerte de los códigos. Las razas selectas todavía han podido contrarrestar en alguna manera la invasión democrática antisocial. Otras razas, no tan fuertes, como la nuestra, corren grave peligro de ser anegadas por el predominio de las tendencias sociales psicopáticas.⁸⁷

Su rechazo a la democracia dentro del Estado se traslada también a la democratización de la cultura y la educación, los principales baluartes de la Segunda República. Expone claramente una serie de ideas elitistas, procurando evitar el cruzamiento racial entre seres superiores e inferiores. Así, en primer lugar, considera que “La estandarización cultural de los humanos mediante los métodos democráticos de educación termina por degenerar las razas”.⁸⁸ Rechaza los intentos republicanos de nivelar la cultura general del pueblo, pues “constituye una quimérica ilusión: siempre habrá superdotados e imbéciles”.⁸⁹ Siguiendo con sus razonamientos, no sólo reconoce haber protestado oficialmente contra las facilidades para lograr títulos universitarios, sino que explica por qué los títulos universitarios deben ser elitistas: “Se ha roto la secular tradición de que el hijo siga el oficio del padre, seguramente su mejor maestro”, pues no se ha tenido en cuenta que según su criterio “el genotipo tiene incrustadas tendencias difícilmente eliminables en la primera generación”.⁹⁰ Como corolario a su carácter antidemocrático, propuso que se diferenciara a la población en castas, conforme a la actitud que había mantenido cada uno durante la Guerra Civil.⁹¹

En segundo lugar, para Vallejo Nágera las razas degeneran por el *marxismo*. Se pregunta si las propiedades individuales hereditarias de un grupo social humano pueden ser influidas por las condiciones de vida externa del grupo. Afirma que “el comunismo, por ejemplo, ha determinado en Rusia un cambio radical en las condiciones del medio ambiente, que qui-

⁸⁵ Cfr. Vallejo Nágera, *Eugenesis de la Hispanidad y regeneración de la raza*, Burgos, 1937, p. 17.

⁸⁶ Cfr. Vallejo Nágera, *Eugenesis*, op. cit., p. 6.

⁸⁷ Cfr. Vallejo Nágera, *Eugenesis*, op. cit., pp. 129 y ss.

⁸⁸ Cfr. Vallejo Nágera, *Eugenesis*, op. cit., p. 124.

⁸⁹ Cfr. Vallejo Nágera, *Eugenesis*, op. cit., p. 123.

⁹⁰ Cfr. Vallejo Nágera, *Eugenesis*, op. cit., p. 122 y ss.

⁹¹ Cfr. Bandrés, J. y Llavona, R., “La psicología en los campos de concentración de Franco”, *Psicothema*, vol. 8, núm. 1, 1996, p. 3.

zás haya influido en las cualidades biopsíquicas de la raza eslava”.⁹²

Habiéndose establecido por las autoridades nacionales un importante número de campos de concentración de prisioneros de guerra, fue Vallejo Nágera un destacado aunque incruento precursor de las investigaciones del Dr. Josef Menguele en materia de experimentación con los detenidos en esos campos. Sus pesquisas se desarrollaron en el “Gabinete de Investigaciones Psicológicas de la Inspección de Campos de concentración de prisioneros de guerra”, que estuvo a su cargo. Este Gabinete funcionaba en Burgos, en el Campo de San Pedro de Cardeña, destinado a prisioneros provenientes de las Brigadas Internacionales.⁹³ En estos centros de detención y tortura también realizaron experimentaciones e interrogatorios algunos científicos alemanes y miembros de la Gestapo, anticipando las tareas que desarrollarían libremente en Alemania a partir del comienzo de la Segunda Guerra Mundial en 1939.

A través de estos trabajos se pretendía demostrar la existencia de un “gen rojo”, es decir, la relación entre las características psíquicas de estos sujetos y su predisposición hacia el “fanatismo político-democrático-comunista”.⁹⁴ Existían algunos precedentes, ni más ni menos que de Cesare Lombroso, quien en 1890 había estudiado la criminalidad política, concretamente los delitos cometidos por comunistas y anarquistas, considerando a ambos grupos como parte de los *delinquentes natos*.⁹⁵ Sin embargo, las tesis lombrosianas habían sido unánimemente rechazadas por la comunidad científica a principios del siglo XX, treinta años antes de que Vallejo formulara sus estrafalarias tesis. Con los estudios de Vallejo se intentaba comprobar una predisposición al marxismo de los inferiores mentales y de los psicópatas antisociales,⁹⁶ que con base en esas dolencias pretendían trastocar el orden social existente. Así, por una parte se sostuvo

que los marxistas buscan la igualdad de clases porque son conscientes de su inferioridad, y como no son capaces de prosperar trabajando, lo hacen a través de la revolución. Pero por otra parte, sólo los enfermos mentales podían oponerse críticamente al Régimen franquista. Diferenciaba a aquellos fanáticos marxistas que habían combatido con armas (esquizotímicos) de los propagandistas y vividores del marxismo (ciclotímicos).⁹⁷

Vallejo Nágera realizó otro estudio, esta vez con un grupo de mujeres marxistas detenidas en la prisión de Málaga, dando rienda suelta a toda su misoginia. Consideraba que el psiquismo de las mujeres tiene muchos puntos de contacto con el infantil y el animal, pero cuando desaparecen los frenos inhibitorios que contienen sexualmente a la mujer, se liberan los instintos, fundamentalmente la crueldad, porque para Vallejo las mujeres por su propia constitución carecen de inhibiciones inteligentes y lógicas.⁹⁸ En definitiva afirmaba que el marxismo español se nutría de las personas menos inteligentes de la sociedad, concluyendo con que existen factores genotípicos o fenotípicos que llevaban al marxismo revolucionario extremista. Sin embargo, no ha sido difícil demostrar que todos estos planteamientos carecen de rigor científico y metodológico, por lo que no poseen la más mínima credibilidad.⁹⁹ Para evitar la degeneración propone una esperpéntica teoría: potenciar la eugamia o selección de novios antes del matrimonio.¹⁰⁰

En opinión de Vallejo Nágera, ¿cuál sería la *solución* para todos estos problemas?, o en otros términos, ¿cómo segregar a los “parásitos de la sociedad”? Dice textualmente que “El método más sencillo y fácil de segregación consiste en internar en penales, asilos y colonias a los tarados, con separación de sexos”. Pero este método se considera insuficiente, pues no ha producido resultados satisfactorios.¹⁰¹ En definitiva, la democracia y el marxismo no tienen solución.

⁹² Cfr. Vallejo Nágera, *Eugenesis*, op. cit., p. 39.

⁹³ Cfr. Bandrés, J. y Llavona, R., “La psicología”, op. cit., p. 4.

⁹⁴ Cfr. Vallejo Nágera, A., “Biopsiquismo del fanatismo marxista”, *Revista española de Medicina y Cirugía de guerra*, núm. 3, 1938, pp. 189 y ss. Cfr. también Bandrés, J. y Llavona, R., “La psicología”, op. cit., p. 3 y Huertas, R., “La psico-biología del marxismo como categoría antropológica en el ideario fascista español”, *Llull*, núm. 19, 1996, pp. 113 y ss.

⁹⁵ Cfr. Huertas, R., “La psico-biología”, op. cit., p. 114.

⁹⁶ Cfr. Bandrés, J. y Llavona, R., “La psicología”, op. cit., p. 4.

⁹⁷ Cfr. Huertas, R., “La psico-biología”, op. cit., p. 115.

⁹⁸ Cfr. Pons Prades, *Los niños republicanos en el exilio*, Madrid, 2005, p. 153. Cfr. también Huertas, R., “La psico-biología”, op. cit., p. 122.

⁹⁹ Cfr. Bandrés, J. y Llavona, R., “La psicología”, op. cit., pp. 8 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. Vallejo Nágera, *Eugamia: selección de novios*, San Sebastián, 1938.

¹⁰¹ Cfr. Vallejo Nágera, *Eugenesis*, op. cit., pp. 49 y ss.

A diferencia de las medidas que aplicaría años después el Régimen nazi, basado en llevar a cabo distintas formas de eugenesia para consolidar la supremacía de la raza aria —desde el genocidio de las razas inferiores, hasta la prohibición absoluta del aborto de mujeres arias—, no se aprecia en la obra de Vallejo Nágera una propuesta expresa de una política de exterminio, aunque sí de esterilización forzosa. Así podemos leer en *Eugenesia de la Hispanidad*:

Agradecemos al filósofo Nietzsche la resurrección de la ideas espartanas acerca del exterminio de los inferiores orgánicos y psíquicos, de los que llaman *parásitos de la sociedad*. La sociedad moderna no admite tan crueles postulados en el orden material, pero en el moral no se arredra en llevar a la práctica medidas incruentas que coloquen a los tarados biológicos en condiciones que imposibiliten su reproducción y transmisión a la progenie de las taras que les afectan [...] La segregación del grupo numeroso de psicópatas antisociales es la que ofrece mayores escollos. Estos individuos inestables, vagabundos, estafadores, dipsómanos, cleptómanos, pendencieros, paranoides, pululan en los bajos fondos sociales, llevan una vida ajustada a sus tendencias instintivas, sin estar sometidos a ley alguna, mirados con indiferencia, si no con complacencia, por la sociedad, para la que son peligrosos, no obstante lo cual tolera sus malos hábitos.¹⁰²

Sin embargo, el no haber propuesto expresamente una “solución final” para los demócratas y marxistas no le exime de que el Régimen aplicara métodos violentos como los fusilamientos para la purificación de la raza. Pues evidentemente lo que estaba avalando Vallejo Nágera no era un fenómeno psiquiátrico sino una auténtica depuración política. A partir de 1947 se convirtió en Catedrático de la Universidad de Madrid, y desde 1951 fue Miembro de la Real Academia Nacional de Medicina.

El exilio exterior e interior

En este contexto, ante el evidente riesgo de perder la vida, se produjo una auténtica *diáspora universitaria*. La guerra mundial en Europa hizo que México se convirtiera en el destino temporal o definitivo para todos estos intelectuales. Fue justamente en ese país en

el que se constituyó a finales de la década de los ‘40 la Unión de Profesores Universitarios Españoles en el extranjero, provenientes de las doce universidades españolas y de casi todas las áreas de conocimiento. Estos universitarios en el destierro pidieron colaboración a los gobiernos de Gran Bretaña y Estados Unidos, en una misiva en la que expusieron la situación española:

[...] la Universidad ha sido mutilada en el 45% de sus efectivos, si bien más tarde se han aumentado hipertróficamente sus cátedras, para utilizarlas como premios de servicios políticos, sin preocupación alguna por la calidad ni por el bagaje intelectual de sus titulares. En contraste con ello, la obra de los profesores españoles emigrados es ejemplar. Por toda Europa y América queda patente esta obra. Nos enorgullece por su calidad y por el esfuerzo con que ha habido que vencer obstáculos de urgencia. Todo ello nos confiere una autoridad excepcional para enfrentar el problema de España con la mente libre de prejuicios y con una franqueza en el hablar que ponga en claro todas las ignominias. Nuestro decoro es la mayor garantía de nuestra protesta.¹⁰³

El *exilio exterior* fue el camino obligado para los penalistas más brillantes, que vieron seriamente amenazadas sus vidas. En primer lugar, es conveniente volver a destacar la figura de Luis Jiménez de Asúa, que construyó la ciencia penal a lo largo y ancho de América Latina hasta su muerte, acaecida en Buenos Aires, en 1970. Pero también fue muy fecunda la labor en México de Mariano Ruiz Funes (Murcia, 1889- México, 1953), Catedrático, Vicerrector de la Universidad de Murcia y Ministro de Justicia en la República, había escrito en 1928 que

Una política de marcada orientación reaccionaria gusta de plantear problemas que no existen, para satisfacer con su supuesta solución, la apetencia de ciertos medios específicamente cavernarios. Con pretexto de esas soluciones se constriñe la libertad de pensamiento y de opinión y se complacen ansias insaciables de tiranía.¹⁰⁴

En el ámbito del Derecho Procesal destacó Niceto Alcalá Zamora-Castillo (Madrid, 1906-1985), Catedrático de las Universidades de Santiago, Murcia y Valencia e hijo del presidente de la República Niceto

¹⁰² Cfr. Vallejo Nágera, *Eugenesia*, op. cit., pp. 49 y ss.

¹⁰³ Cfr. Mancebo, op. cit., p. 180 y en particular, p. 182.

¹⁰⁴ Cfr. Ruiz Funes, M., *El delincuente y la justicia*, op. cit., p. 71.

Alcalá Zamora y Torres. Pese a estar casado con Ernestina Queipo del Llano, hija de uno de los generales más poderosos y temidos del franquismo y al mismo tiempo enemigo acérrimo de su padre, Alcalá Zamora debió partir con su familia hacia el exilio —en un viaje en barco que duró 441 días, permitiéndoseles finalmente desembarcar en Buenos Aires— llevando los más significativos avances de la ciencia del Derecho Procesal a Argentina y México. Manuel López Rey y Arrojo fue Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Laguna. Su exilio no pasó por México, sino que comenzando por Chile, Bolivia y Argentina recaló finalmente en Washington, a donde trabajó desde 1947 para Naciones Unidas y dirigió, a partir de 1952, la Sección de defensa social y prevención del crimen. Falleció en los Estados Unidos, en 1979. Constantino Bernaldo de Quirós (Madrid, 1873-México, 1959) fue el auténtico Maestro de D. Luis Jiménez de Asúa y su exilio le llevó a República Dominicana, Cuba y finalmente México.¹⁰⁵

Mariano Jiménez Huerta (1905-1987) se exilió en México, impartiendo docencia en la Facultad de Derecho de la UNAM, en la que dejó una sólida obra presentada en varios volúmenes. Francisco Blasco Fernández de Moreda (1908-1974) se exilió en Argentina, siendo contratado como profesor por la Universidad Nacional del Nordeste. El actual Instituto de Derecho Penal de dicha Universidad lleva su nombre.¹⁰⁶ Emilio González López (A Coruña, 1903-Nueva York, 1991), Catedrático de Derecho Penal en las Universidades de La Laguna, Salamanca y Oviedo, se exilió en los Estados Unidos de América.

Lógicamente, el exilio llegó para cientos de profesores de todas las asignaturas. Fue depurado el padre de la física española, D. Blas Cabrera Felipe (Arrecife, 1878, México, 1945), Catedrático de Electricidad y magnetismo de la Universidad Central de Madrid, persona caracterizada por un gran compromiso humano y que había sido Rector de la incipiente Universidad de Verano de Santander por designación del Patronato presidido por Don Ramón

Menéndez Pidal. Cabrera Felipe se exilió en México hasta su muerte.¹⁰⁷ Asimismo, debió partir al exilio americano quien posteriormente sería galardonado con el Premio Nobel de Medicina, Severo Ochoa (Luarca, 1905, Madrid, 1993). También se encuentra el caso del Profesor Luis Gabriel Portillo, auxiliar de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, Viceministro de Justicia durante la República y amigo personal de D. Miguel de Unamuno. Encontró refugio en Gran Bretaña. Trabajó en Londres como traductor y co-fundador de Izquierda Republicana. Su hijo, Michael Portillo, ha sido en los últimos años uno de los máximos dirigentes del Partido Conservador británico. Igualmente conoció el exilio mexicano el catedrático de Derecho Romano, traductor de *El Capital* de Karl Marx y amigo personal de Miguel de Unamuno, Wenceslao Roces Suárez (1897-1992). México acogió a muchos catedráticos de la Universidad de Sevilla, como Demófilo de Buen (Derecho Civil), Manuel Martínez Pedrosó (Derecho Político) o Rafael de Pina (Derecho Procesal).

Para otros quedaba reservado el *exilio interior*. Así, Don José Antón Oneca (1897-1981) fue sin duda la figura más destacada entre los penalistas que permanecieron en España. Discípulo directo de D. Luis Jiménez de Asúa, conformó una gran escuela regida por los valores democráticos y garantistas, en la que destacaron entre otros D. Marino Barbero Santos, D. José Cerezo Mir y D. Ruperto Núñez Barbero.¹⁰⁸ Antón Oneca accedió a la Cátedra de la Universidad de Salamanca a los 25 años de edad, sucediendo a un ilustre penalista de la época, don Pedro Dorado Montero.¹⁰⁹ Intervino en la redacción del Código Penal de 1932, y fue nombrado Magistrado del Tribunal Supremo durante la Segunda República. Al producirse el alzamiento en 1936 se encontraba de vacaciones en Segovia, por lo que fue detenido sufriendo un largo periodo de prisión y trabajos forzados. En otras palabras, el Magistrado del Tribunal Supremo sobre el que no se formularon acusaciones ni cargos de ninguna naturaleza fue obligado a trabajar como

¹⁰⁵ Dice Marino Barbero Santos que “El 11 de agosto de 1959 fallece en Méjico, octogenario, Bernaldo de Quirós. De la necrología escrita por Asúa, que apareció en la revista *Estudios de Derecho Penal y Criminología*”, en 1963, son estas palabras: “fue en España el único maestro mío, digno de tal nombre”. Cfr. Barbero Santos, M., “Rememoración de don Luis Jiménez de Asúa”, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁶ Cfr. Otero Carvajal, *La destrucción*, *op. cit.*, p. 135.

¹⁰⁷ González Redondo, F. y Villanueva Valdés, M., “La depuración de los científicos españoles entre 1936 y 1939. Un caso de estudio: Blas Cabrera Felipe”, *Llull*, 24, 2001, pp. 692 y ss.

¹⁰⁸ Fundamentalmente esa escuela se construyó desde la Universidad de Salamanca, aunque se expandió hacia Madrid, Zaragoza, Castilla-La Mancha, etc. Otros discípulos directos destacados fueron Francisco Bueno Arús y Alfonso Serrano Gómez.

¹⁰⁹ Cfr. Barbero Santos, M., “Don José Antón Oneca. In memoriam”, en Antón Oneca, *Obras*, vol. I., Santa Fe, 2000, p. 21.

albañil en la construcción de una carretera y en la ampliación del cementerio. Salvó su vida a cambio de sufrir la política franquista de explotación de la mano de obra del preso republicano. Estos hechos fueron para Antón muy traumáticos, aunque ironizara sobre ellos afirmando que para ser un buen penalista era necesario haber pasado por prisión.¹¹⁰ En todo caso, aprendió que sobrevivir a una dictadura es muy difícil para los verdaderos intelectuales. Jamás regresaría a la Magistratura, y mucho le costó recuperar su Cátedra, lo que aconteció en 1941 en la Universidad de Salamanca, y a partir de 1961 en la de Madrid. A partir de 1967 fue codirector de la revista científica más relevante, el *Anuario de Derecho Penal*. Sin embargo, fue expulsado de la dirección en 1975, “por no acceder a ejercitar la censura política sobre las colaboraciones”.¹¹¹

La metamorfosis

Uno de los hechos más increíbles de los años ‘30 y ‘40 del siglo XX fue la facilidad con la que muchos intelectuales optaron por cambiar radicalmente su posicionamiento político, dejando a todo el mundo consternado. Ya analizamos los vaivenes políticos de Alfonso García-Valdecasas y posteriormente trataremos las incertidumbres existenciales de Miguel de Unamuno. En el plano internacional, uno de los más grandes penalistas italianos, con enorme influencia entre los docentes españoles, Enrico Ferri, efectuó un increíble cambio del socialismo al fascismo, aunque idéntica transformación había sido experimentada años antes por el propio Benito Mussolini. Escribía respecto a Ferri en 1928 Mariano Ruiz Funes que “El maestro de varias generaciones de penalistas, que nos había enseñado a odiar la pena de muerte como espantajo grotesco y como productora de una repugnancia visceral, la considera viable para la defensa del Estado”. Añade Ruiz Funes que “El socialista que defendió los derechos de los campesinos y combatió los defectos y desafueros de la Marina de su país, sufriendo un proceso y una condena, es ahora un con-

formista y un ortodoxo en un régimen aliberal, donde la expansión del pensamiento humano está constreñida”.¹¹²

Sin gran convicción pero con enorme oportunismo político muchos mudaron de piel tras el traspie de Hitler en Stalingrado, en 1943, descalabro que se convirtió en derrota definitiva en 1945. En ese instante, ser fascista no era jugar con cartas ganadoras. En España llegaba la hora del nacional catolicismo. El cambio es descrito magníficamente por Jiménez de Asúa.

La derrota de los países del Eje ha quebrado la brújula de los epígonos totalitarios que hicieron incursión en el Derecho punitivo de España. Es harto probable que sus afanes de reformar el Código Penal se hayan cambiado de rumbo para no ofrecer al mundo, con un Código totalitario, una muestra más de aquel parentesco con los Imperios de Hitler y Mussolini, que ahora desearían hacer olvidar.¹¹³

En general, los penalistas más significados con el fascismo y el nacionalsocialismo, tanto en Alemania, Italia y España, cambiaron rápidamente su discurso. El ejemplo más significativo, por su proyección internacional, fue el del Catedrático de Múnich Edmund Mezger, cuya activa colaboración con los nazis llegó a caer durante muchísimos años en el olvido, según las investigaciones llevadas a cabo por Francisco Muñoz Conde.¹¹⁴ Mezger pasó a dedicarse, como si nada hubiera pasado, al análisis apolítico de una pulcra teoría jurídica del delito. En el mismo sentido, es difícil o imposible rastrear la ideología fascista en las obras posteriores de Eugenio Cuello Calón, Federico Castejón o Juan del Rosal, dedicándose este último a la redacción técnica de un Anteproyecto de Código Penal español en 1964. Sólo el anciano Sánchez Tejerina, poco enterado de los acontecimientos mundiales, siguió defendiendo a capa y espada sus delirantes planteamientos extremistas. Casi todos estos penalistas fallecieron por causas naturales durante la dictadura —¡A ellos también les sobrevivió Francisco Franco!—.

¹¹⁰ Cfr. Barbero Santos, M., “Don José Antón Oneca”, *op. cit.*, p. 23.

¹¹¹ Cfr. Barbero Santos, M., “Don José Antón Oneca”, *op. cit.*, p. 26. Dice Barbero Santos que “El ardor censorio alcanzó al patriarca del Derecho penal hispano, que fue fulminantemente cesado de su cargo de Codirector. Se olvidaron la eminencia de sus méritos científicos, prestigio universitario, categoría humana”. Cfr. *Política y Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 21.

¹¹² Cfr. Ruiz Funes, M., *El delincuente y la justicia*, Buenos Aires, 1944, p. 288.

¹¹³ Cfr. Jiménez de Asúa, L., *Tratado*, *op. cit.*, p. 832.

¹¹⁴ Cfr. Muñoz Conde, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, 4ª ed., Valencia, 2004, *passim*.

Segunda Parte: ¡Mueran los intelectuales!

La “depuración” en la Universidad

El panorama científico español vivió un profundo cambio en el primer tercio del siglo XX. Si en 1900 la ciencia española atravesaba una situación de gran precariedad, al poco tiempo daría comienzo un importante proceso que culminaría con la época conocida como la *Edad de Plata* de la ciencia y cultura españolas, justamente durante la Segunda República.¹¹⁵ En el seno del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes se creó en 1907, bajo el impulso del propio monarca Alfonso XIII, la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones científicas (JAE), muy influida por el espíritu del krausismo español que tuvo su máxima representación en la Institución Libre de Enseñanza y que convocaba a los máximos investigadores españoles de la época. La Institución pudo contar, a lo largo de su historia, con vocales de gran renombre, como su presidente Santiago Ramón y Cajal, Joaquín Sorolla, Marcelino Menéndez Pelayo, Ignacio Bolívar, Ramón Menéndez Pidal o María de Maeztu, siendo su secretario y *eminencia gris* el Catedrático de Derecho Romano José Castillejo Duarte.¹¹⁶ Esta Institución se ocupó de potenciar las estancias en el extranjero de profesores y científicos, permitiendo por vez primera internacionalizar la investigación española entrando en contacto con los institutos universitarios más importantes del mundo. Al mismo tiempo, logró que en España abrieran sus puertas nuevos centros de investigación, como el Instituto Cajal o el Centro de Estudios Históricos.¹¹⁷ Estas acciones provocaron tal revulsivo, que en pocos años cambió el perfil y la actitud del profesorado universitario. Caras nuevas, jóvenes e ilusionadas accedían a las Cátedras, contando con antecedentes académicos importantes, contruidos con esfuerzo tras estancias de investigación en los principales centros universitarios extranjeros. Todo ello despertó celos profesionales entre el profesorado más tradicional e inmovilista, que se verán reflejados a partir de 1936 en las Comisiones

de depuración universitaria y en los Consejos de Guerra.

En el contexto educativo de la Segunda República se había considerado como prioridad absoluta la lucha contra el analfabetismo, que a principio de los años '30 seguía arrojando cifras alarmantes. En sentido opuesto, los vencedores de la contienda vieron en la educación y en las influencias extranjeras el origen de todos los males de España. A principios de 1938 fue la Universidad de Salamanca, la institución más afín al alzamiento —considerada como la *Cátedra de la España Nacional*— el espacio elegido para constituir el Instituto de España, que con nuevas perspectivas reemplazó y disolvió a la denostada Junta de Ampliación de Estudios. Como recoge Pérez Delgado, se sostuvo en el acto de juramento y aceptación de Académicos que los intelectuales universitarios “deberían abrir con su trabajo trincheras mentales que impidieran en el futuro el contacto del pueblo con las ideas que habían llevado al país a la decadencia y a la Guerra Civil”.¹¹⁸

La depuración fue un duro proceso que se instauró para comprobar el grado de afinidad con el Movimiento Nacional de todos y cada uno de los docentes españoles, afectando a maestros, profesores de instituto y profesores universitarios. Estos últimos, aunque menos numerosos, fueron el blanco de muchas de estas iras, al situarse en la cúspide de una intelectualidad sistemáticamente rechazada. Algunos salvaron sus vidas optando por el exilio, llevando consigo todo su saber y provocando, lógicamente, un gran empobrecimiento científico para España. Como señaló Marino Barbero Santos, “Esta inmensa expatriación la explica, sin duda, el hecho de que “uno de los seres más odiados” en la España nacionalista fue, con expresión de Gibson, el ‘intelectual rojo’, al que se juzgaba responsable de haber ‘corrompido’ a las masas predicando las torcidas doctrinas del liberalismo y la democracia”.¹¹⁹ Puede resultar anecdótico, pero ilustra el perfil de esta nueva inquisición el hecho de que la depuración educativa fue llevada a cabo por sujetos que prohibieron, entre los primeros libros, los cuentos de Perrault.¹²⁰

¹¹⁵ Cfr. Otero Carbajal, L.E., “Introducción”, en AAVV, *La destrucción de la ciencia en España*, Madrid, 2006, p. 1.

¹¹⁶ Cfr. Otero Carbajal, L.E., *La destrucción de la ciencia*, op. cit., pp. 21 y ss.

¹¹⁷ Cfr. Otero Carbajal, L.E., *La destrucción de la ciencia*, op. cit., p. 2.

¹¹⁸ Cfr. Pérez Delgado, T., “El Siglo XX – 2: La Guerra Civil”, en AAVV, *La Universidad de Salamanca I – Historia y proyecciones*, Salamanca, 1989, pp. 313 y ss.

¹¹⁹ Cfr. Barbero Santos, *Política y Derecho Penal*, op. cit., p. 67.

¹²⁰ Cfr. Fontana, J., “Prólogo a Claret”, op. cit., nota 12.

El proceso de depuración en las instituciones docentes fue dispuesto por el propio Franco en Salamanca, en el Decreto 66, de 8 de noviembre de 1936, dirigiendo la lucha contra estas “ideologías e instituciones disolventes” cuyos “apóstoles han sido los principales factores de la trágica situación a que fue llevada nuestra Patria”.¹²¹ En relación con la depuración universitaria, se dispuso crear una comisión compuesta por cinco miembros, conocida como Comisión “A”, tres de los cuales debían ser Catedráticos de Universidad, que tendrían a su cargo recoger informes, instruir expedientes y proponer las sanciones oportunas, en particular la separación definitiva del Servicio. No tenían competencia para imponer penas, que quedaban reservadas a los Tribunales y Consejos de Guerra. Pero sin duda la información obtenida era compartida por todas las instancias represivas. Los integrantes de estas comisiones serían elegidos por el Excelentísimo Presidente de la Comisión de Cultura y Enseñanza de la Junta Técnica del Estado, cargo que recayó en el destacado miembro de acción española y poeta gaditano José María Pemán y Pemartín, siendo vicepresidente el Catedrático de Pediatría de la Universidad de Madrid y miembro de la Real Academia de Medicina Enrique Suñer (Burgos, 1878- Madrid, 1941). Este último era enemigo acérrimo de la República, cuyas autoridades llegaron a privarlo de su Cátedra en la Universidad. Su rencor y fanatismo eran evidentes, y le llevaron a defender una “limpia” general en la enseñanza. En 1937 escribió un libro titulado *Los intelectuales y la tragedia de España*, que comienza con un feroz ataque a la Institución Libre de Enseñanza y en particular al Secretario de la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones científicas, el ya mencionado Catedrático de Derecho Romano José Castillejo, a quien dedica innumerables páginas acusatorias. Suñer atribuye a la Institución Libre de Enseñanza buena parte de los “orígenes de la catástrofe actual”, pues se arrancaba “del alma de los niños la creencia en Dios” y se trataba de una “secta que, simplemente por serlo, ha dañado inmensamente a la Patria”. Acusa a la Institución de disimular “bajo el calificativo de altos y diversos ideales, esencialmente culturales, un proteccionismo a los afiliados de carác-

ter esencialmente masónico, con olvido absoluto del valor de los adversarios”. Cuestiona la inactividad del clero ante estos acontecimientos y le recrimina haber olvidado por completo la castiza frase: “A Dios rogando y con el mazo dando”.¹²²

Suñer valoraba las inútiles actuaciones que se habían llevado a cabo para enderezar estas situaciones durante la Dictadura de Primo de Rivera, pues este Régimen no había sabido obrar

cuando las oportunidades se presentaron propicias, con métodos *dictatoriales*, en los que la justa represión alcanzara el grado necesario. No obstante el sistema de multas, destituciones y otras medidas parecidas, el noble corazón de Primo de Ribera mostróse débil para derramar sangre. Hubiera entonces bastado con la pérdida de vidas de uno de los días actuales, para que el imperio de la ley y el respeto sagrado a las autoridades hubiesen sido hechos tangibles. Con unas cuantas docenas de penas capitales impuestas a los de arriba, y las necesarias expulsiones del territorio nacional, muchos de los energúmenos, agitadores y cobardes revolucionarios causantes de nuestras presentes desdichas hubiesen callado con silencio absoluto.¹²³

En el texto se menciona en distintas ocasiones a Luis Jiménez de Asúa como uno de los miembros de la “Secta”. Con base en estos antecedentes y el talante de este sujeto, no era difícil prever que la Universidad española estaba a punto de ser completamente desmantelada.

Pemán dictó una circular a los vocales, que se publicó en el *BOE* en Burgos, el 10 de diciembre de 1936, en la que exigía la depuración del Magisterio en todos sus grados. Se establecieron sanciones ejemplares, como el traslado forzoso o la separación definitiva del servicio, para los docentes que hubieran sido “envenenadores del alma popular” y por lo tanto “responsables de todos los crímenes y destrucciones que sobrecogen al mundo y han sembrado de duelo la mayoría de los hogares honrados de España”. Consideraba a estos docentes como “hijos espirituales de catedráticos y profesores que, a través de instituciones como la llamada “Libre de Enseñanza”, forjaron generaciones incrédulas y anárquicas”.

¹²¹ Cfr. *BOE*, núm. 27, 11-11-1936. Al respecto, González Redondo y Villanueva Valdés, “La depuración de los científicos españoles entre 1936 y 1939. Un caso de estudio: Blas Cabrera Felipe”, en *Lull*, 24, 2001, pp. 686 y ss.

¹²² Cfr. Suñer, E., *Los intelectuales y la tragedia española*, Burgos, 1937 pp. 13 y ss.

¹²³ Cfr. Suñer, E., *Los intelectuales*, op. cit., p. 94. Adviértase que escribe incorrectamente el apellido Primo de Rivera.

Prácticamente todas las Universidades se encontraban cerradas o carecían de alumnos desde el principio de la guerra, pues los estudiantes y docentes habían sido movilizados, ante la prioridad de los objetivos militares.¹²⁴ Por lo tanto el proceso depurador fue materializándose una vez constituido el primer gobierno de Franco, pero continuaría durante muchísimos años, incluso tras el fin de la contienda, recayendo en todos aquellos educadores con conocidas ideas de izquierdas o liberales, bajo el argumento de haber colaborado con el gobierno republicano a partir del comienzo del enfrentamiento armado. La ya mentada Comisión “A” fue reemplazada en marzo de 1939 por cuatro jueces depuradores, uno para cada Institución que había permanecido en zona republicana (Madrid, Barcelona y Valencia) y el cuarto para el resto de universidades.¹²⁵ Para ser depurado era suficiente una conducta omisiva, como por ejemplo haberse encontrado en territorio “no liberado” y, pudiendo haber colaborado con el Movimiento Nacional, no haberlo hecho.¹²⁶ En estos expedientes no siempre se tenían en cuenta las actuaciones políticas de los profesores. Era muy frecuente que se valorara la vida privada del docente, sus opiniones o en general su forma de pensar.¹²⁷ Y esto no debería extrañar a nadie, cuando el organismo jurisdiccional que se había creado estaba a cargo de personajes como José María Pemán, Enrique Suñer o Isaías Sánchez Tejerina. Quien conozca los entresijos de la Universidad estará al tanto de los apasionados debates, filias y fobias que generan la adjudicación de plazas de profesorado o los temas más banales de la ordenación académica. Todos los educadores terminaron implicados de una u otra forma. Unos, como acusadores, otros, como acusados. El resto, como testigos en las actuaciones y procedimientos. Existía la obligación de denunciar a todos los docentes del en-

torno sobre los que pudiera existir cualquier sospecha. En definitiva, nadie pudo ser considerado totalmente neutral.¹²⁸ El proceso de depuración y purga instaurado a partir de 1936 permitió liberar cientos de plazas, para lo que se contaba con la colaboración e incluso la complicidad de ambiciosos docentes que veían un mecanismo eficaz para promocionar a Cátedras, sin importar si estaban teñidas de sangre.

Las universidades que fueron quedando en zona rebelde se significaron de inmediato con el alzamiento y la depuración de intelectuales. La situación fue particularmente patética en la Universidad de Salamanca y en su Facultad de Derecho. Con la finalidad evidente de apoyar la imagen internacional de Franco y su rebelión, se pronunció por el Claustro presidido por el Rector Unamuno el 20 de septiembre de 1936 un “Mensaje a las Academias y Universidades del mundo acerca de la Guerra Civil española” en el que se justificaba el alzamiento y se condenaban las actuaciones de la República, solicitando al mismo tiempo solidaridad y apoyo.¹²⁹ Éste no sería un hecho aislado. En 1937 la Universidad de Salamanca organizó una asamblea de Rectores de la zona nacional, de la que salieron nuevos mensajes procurando convencer a la opinión pública internacional y en particular al mundo científico de la justicia del alzamiento, “en cuyas filas luchaban profesores y estudiantes universitarios”.¹³⁰ La adhesión expresa de la Universidad junto al clero no sólo benefició a Franco ante las instancias internacionales, sino que incluso dentro de España permitió su consolidación como líder aglutinante de todas las fuerzas opuestas a la República.¹³¹

El profesorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca se presentó como un grupo ardientemente dispuesto a colaborar con la legitimación de la insurrección. La mayor parte de su

¹²⁴ Cfr. Claret, J., *op. cit.*, p. 34. Por Disposición de 4 de enero de 1937 se establecieron las obligaciones y servicios que debían cumplir los catedráticos. Así, los de medicina cumplirían sus servicios “en hospitales de sangre, provinciales, municipales o particulares, situados en la capital de su residencia oficial”, mientras que los de ciencias físico-químicas “en servicios químicos de guerra, observatorios astronómicos o meteorológicos, laboratorios de mecánica, de balística y en cuantas aplicaciones se creyera de utilidad para el país”, mientras que los de derecho “en la administración de justicia para suplencia de magistrados y fiscales, así como asesores jurídicos en los organismos regionales o locales del Distrito Universitario”. Cfr. *BOE* de 7 de enero de 1937.

¹²⁵ Cfr. Claret, J., *op. cit.*, p. 66. Estos jueces se coordinaban a través de los propios rectorados. Cfr. González Redondo y Villanueva Valdés, *op. cit.*, p. 689.

¹²⁶ Cfr. González Redondo y Villanueva Valdés, *op. cit.*, p. 690.

¹²⁷ Cfr. Pérez Delgado, T., “El siglo XX”, *op. cit.*, p. 297.

¹²⁸ Cfr. González Redondo y Villanueva Valdés, *op. cit.*, p. 689.

¹²⁹ Cfr. Salcedo, *Vida de don Miguel*, *op. cit.*, p. 410. En ese momento ya presidía como rector las comisiones depuradoras en la Universidad. Cfr. Salcedo, *op. cit.*, p. 412.

¹³⁰ Cfr. Pérez Delgado, T., “El Siglo XX”, *op. cit.*, p. 313.

¹³¹ Cfr. Pérez Delgado, T., “El Siglo XX”, *op. cit.*, p. 290.

claustro, encabezado por el Catedrático de Derecho Canónico Teodoro Andrés Marcos, asumió cargos políticos en el *Nuevo Estado*, realizó diversas tareas de asesoramiento jurídico o asumió responsabilidades jurisdiccionales. El propio Andrés Marcos e Isaías Sánchez Tejerina fueron dos de los tres Catedráticos que conformaron la Comisión “A”, encargada de la depuración universitaria.¹³² Este último se incorporó posteriormente al Tribunal Especial para la represión de la masonería y el comunismo. Destacó también en esta Facultad de Derecho el apoyo al bando nacional que se brindó desde la Asociación, la Cátedra y el Instituto de Derecho Internacional Francisco de Vitoria. Fundamentalmente la Asociación, de la que era miembro José María Pemán, aportó todos los apoyos posibles para legitimar el alzamiento reforzando el Régimen creado en torno a un cada vez más poderoso Francisco Franco.¹³³

También tuvo gran relevancia en estas actuaciones quien fue entre 1927 y 1931 Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, el ya varias veces mencionado Alfonso García-Valdecasas, referente intelectual del penalista Juan del Rosal. Valdecasas instó los procesos de depuración universitaria como Subsecretario del Ministerio de Educación.¹³⁴ Por su parte, la Ley de Ordenación Universitaria de 19 de julio de 1943 estableció que el Rector debía pertenecer a la Falange Española y de la JONS.¹³⁵ Según esta ley, la educación universitaria debía tener un claro perfil desde el punto de vista religioso y político. Con esta reforma se quiso volver a lo más tradicional y moralizante, imponiendo a los estudiantes la obligación de residir en colegios mayores, salvo que vivieran con sus familias.¹³⁶

Merece especial atención la biografía de José María Pemán y Pemartín (Cádiz, 1897-1981). Licenciado en Derecho, abogado penalista durante dos años, este aristócrata gaditano no será recordado como jurista,

sino por su extensísima obra como poeta y escritor —fue el narrador oficial de la Guerra Civil—, político, Presidente en dos ocasiones de la Real Academia Española, prolífico columnista de *ABC*, durante muchos años Presidente del Consejo Privado del Conde de Barcelona y, tal como hemos dicho, máximo depurador de la Universidad en la postguerra. El mismo Pemán declaró que no le gustaba mucho el papel de “Torquemada de esta inquisición”.¹³⁷ Su historia no acaba allí. Fue nombrado Doctor *honoris causa* por la Universidad de Sevilla y finalmente recibió en 1981, el mismo año de su muerte, de manos del Rey D. Juan Carlos el Collar de la insigne orden del Toisón de Oro, la orden dinástica de mayor prestigio que concede la Casa Real Española en contadísimas ocasiones. Este curioso y fanático personaje caracterizaba la realidad de una forma insólita, como puede advertirse en su columna de *ABC*, de 26 de noviembre de 1964, en la que bajo el título “La verdad de aquel día” relata sesgadamente los sucesos históricos en los que él mismo tomó parte, que se desarrollaron en el Paraninfo de la Universidad de Salamanca, el 12 de octubre de 1936 y que relataremos a continuación. En esta columna afirmó rotundamente: “Yo tampoco soy fascista, ni lo era José Antonio Primo de Rivera, que se negó a ir al Congreso fascista de Montreux”. Seguramente para Pemán el fascismo nunca había existido. Pero lo verdaderamente preocupante es la ausencia de memoria histórica en nuestra sociedad, que conociendo su pasado ha colmado de premios al gran inquisidor universitario, hasta el mismo momento de su muerte.¹³⁸ En síntesis, lleva toda la razón Juan Terradillos al afirmar que “resulta imprescindible que algunas universidades limiten las reiteradas políticas de exaltación de José María Pemán, acreedor posiblemente de aplauso por sus tareas literarias, pero incompatible, en su historia política, con el concepto de Universidad”.¹³⁹

¹³² Cfr. Pérez Delgado, T., “El Siglo XX”, *op. cit.*, p. 291.

¹³³ Cfr. Pérez Delgado, T., “El Siglo XX”, *op. cit.*, p. 295.

¹³⁴ Cfr. González Redondo y Villanueva Valdés, *op. cit.*, p. 689.

¹³⁵ Cfr. Cuerda Riezu, *Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de Derecho Penal en el siglo XX*, APDCP, 1990, p. 106.

¹³⁶ Cfr. Cuerda Riezu, *Tabla genealógico-científica, op. cit.*, p. 106.

¹³⁷ Cfr. Claret, *op. cit.*, p. 63.

¹³⁸ El periódico *ABC* publica un artículo, el 19 de julio de 2006, titulado: “Pemán: 25 años sin el divino literario”, según el cual se puede leer: “Veinticinco años después de su muerte, Pemán sigue más vivo que nunca entre sus gaditanos e innumerables amigos, ente sus discípulos y admiradores de todo el mundo. Pero Pemán no existe ni para el Ministerio de Cultura ni para la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía: ni un homenaje, ni un ciclo, ni una representación teatral... Nada de nada”. Éste es un buen síntoma de salud democrática.

¹³⁹ Cfr. Terradillos, J., “Die Aufarbeitung”, *op. cit.*, p. 13.

*Miguel de Unamuno, espíritu tortuoso
y Rector desconcertante*

Miguel de Unamuno y Jugo (Bilbao, 1864-Salamanca, 1936) fue sin duda un hombre de ideas tortuosas y cambiantes. Catedrático de Griego y de Historia de la Lengua española y Rector de la Universidad de Salamanca, gozaba de un enorme prestigio científico a nivel internacional, lo que quiso ser aprovechado por los dos bandos durante la contienda civil, aunque conforme a lo retorcido de su personalidad, fue siempre una figura incómoda para todos ellos.¹⁴⁰ Debemos destacar, en primer lugar, su desacuerdo con la dictadura de Primo de Rivera y, lógicamente, con el mantenimiento de la Monarquía de Alfonso XIII. Por Real Orden de 20 de febrero de 1924 se decide su destierro a Fuerteventura, su cese como Vicerrector de la Universidad de Salamanca, y la suspensión de empleo y sueldo de su cargo de catedrático.¹⁴¹ Su deportación funcionó como un detonante contra la dictadura, iniciándose una ola de protestas, huelgas estudiantiles y actos de solidaridad a ambos lados del Atlántico. Por manifestar su apoyo a Unamuno, fue expedientado y deportado a las Islas Chafarinas D. Luis Jiménez de Asúa. Desde el primer instante Unamuno mostró su total adhesión a la Segunda República. Al instaurarse, habló en nombre de los partidos republicanos festejando el comienzo de una nueva era y el final de una dinastía monárquica borbónica que “nos ha empobrecido, envilecido y entontecido”.¹⁴²

Pasaron los años y cambiaron los aires. Unamuno terminó desencantado con el Gobierno legítimo de la República. Fue muy comentada su invitación al Presidente Manuel Azaña, su amigo durante más de treinta años, para que se suicidara como acto patriótico, para evitar males mayores. Colaboró con el alzamiento contra la República, aportando 5000 pesetas al ejército del General Mola. Además, promovió desde la Universidad de Salamanca el ya referido “Mensaje a las Universidades y Academias del mundo acerca de la Guerra Civil española”. Con este conjunto de actuaciones pudo apreciarse en el plano internacional

que las intervenciones de Unamuno causaron un impacto más positivo para los rebeldes que el conjunto de declaraciones periodísticas realizadas por todos los jefes militares del alzamiento.¹⁴³ Este cambio radical de posición le valdría una oleada de críticas por parte de sus mejores amigos, que no podían salir de su asombro. Pero casi de inmediato, son los afines a Franco quienes le desilusionan, fusilando sin causa alguna a su gran amigo, el Catedrático de Anatomía, ex Decano de la Facultad de Medicina y Alcalde de Salamanca Casto Prieto Carrasco, el 29 de julio de 1936. Y deteniendo bajo el cargo de masonería a otro de sus grandes colegas, el pastor anglicano Atilano Coco, quien posteriormente sería fusilado. Por ello volvió a cambiar de opinión, incluso recriminando personalmente estos hechos a Franco, quien reservaría para Unamuno una fría venganza.

Uno de los acontecimientos cuya crónica daría la vuelta al mundo, mostrando el auténtico perfil del alzamiento militar que se vivió el 12 de octubre de 1936 en el Paraninfo de la Universidad de Salamanca.¹⁴⁴ Se trataba de la apertura del curso académico 1936-1937, que se hizo coincidir con “Día de la raza”, el aniversario del “Descubrimiento” de América. En un Paraninfo abarrotado de público, entre los que no faltaban escoltas armados, ocupó la presidencia el propio Rector Unamuno, en representación del General Franco. A su derecha se encontraba la mujer del caudillo, Carmen Polo. Se ubicaba en el extremo derecho de la presidencia el General José Millán Astray, el “glorioso mutilado” y fundador de la Legión.¹⁴⁵ El incidente y su puesta en escena ha sido calificado como uno de los momentos más emblemáticos de todo el siglo XX.

Una de las intervenciones más incendiarias fue pronunciada por un personaje que ya conocemos, casualmente invitado por el propio Rector Unamuno dado que era su amigo, el poeta gaditano José María Pemán y Pemartín, fógoso especialista en pronunciar proclamas épicas, no exentas de garrafales errores conceptuales. Así, Pemán sostuvo en su intervención que la confrontación civil era una guerra contra el marxismo

¹⁴⁰ Cfr. Claret, *El atroz desmoche*, op. cit., p. 85.

¹⁴¹ Cfr. Salcedo, E., *Vida de don Miguel*, Salamanca, 1970, p. 259.

¹⁴² Cfr. Claret, *El atroz desmoche*, op. cit., p. 86.

¹⁴³ Cfr. Pérez Delgado, T., “El Siglo XX”, op. cit., p. 290.

¹⁴⁴ Sobre los incidentes que se desarrollaron en el Paraninfo de la Universidad de Salamanca el 12 de octubre de 1936, vid. Preston, *Las tres Españas del 36*, op. cit., pp.85 y ss.

¹⁴⁵ Cfr. Salcedo, E., *Vida de don Miguel*, op. cit., p. 413.

ruso, una defensa de la civilización cristiana contra el *libre pensamiento*, que era el sedimento último del *comunismo contemporáneo*.¹⁴⁶ Ante los discursos y comentarios que se desarrollaban Unamuno, que no pensaba intervenir, comenzó a hacerlo con gran sensatez, cuestionando la idea de la “Anti-España”. Millán Astray le interrumpió, entre gritos populares de “Viva la muerte”, para exaltar el fascismo como remedio de España, ante los acontecimientos que se vivían en Cataluña y el País Vasco. Unamuno respondió diciendo “Acabo de oír el grito necrófilo e insensato de ¡Viva la muerte! Esto me suena lo mismo que ¡Muera la vida!”. A continuación, con gran valentía, cuestionó los planes belicistas para España del general Millán Astray. Millán respondió con un grito que le definía claramente: ¡Mueran los intelectuales! Pemán volvió a intervenir intentando matizar la crítica situación, que él mismo había contribuido a crear, gritando ¡Mueran los falsos intelectuales! ¡Traidores!

Unamuno culminó con un histórico discurso:

¡Éste es el templo de la inteligencia! ¡Y yo soy su supremo sacerdote! Vosotros estáis profanando su sagrado recinto [...]. Venceréis, pero no convenceréis. Venceréis porque tenéis sobrada fuerza bruta; pero no convenceréis, porque convencer significa persuadir. Y para persuadir necesitáis algo que os falta: razón y derecho en la lucha. Me parece inútil pedir os que penséis en España.

En ese instante, Millán Astray mandó a sus escoltas que bajaran las armas, que ya apuntaban al Rector, y ordenó al anciano Unamuno que abandonara la sala del brazo de Carmen Polo, cuya presencia allí seguramente salvó su vida.¹⁴⁷

Franco alabó el comportamiento de Millán Astray en este incidente, aunque no consideró prudente ordenar la ejecución de un anciano Rector de 72 años. La fría venganza de Franco supuso, en primer término, el cese de Unamuno de su cargo, el día 22 de octubre de 1936 (previa petición por parte del Claustro de la Universidad de Salamanca, conformado por sus colegas y amigos: “Son sus propios compañeros quienes le expulsaron de la Universidad”).¹⁴⁸ En segundo término, el dictador ordenó la ejecución por fusilamiento

ese mismo día de su querido discípulo, Salvador Vila, Rector de la Universidad de Granada.

La reprochable actitud política de Unamuno, que moriría a los pocos meses, planteó situaciones sin duda irrepetibles. En primer lugar, ambos bandos se disputaron su memoria. Pese a los acontecimientos del Paraninfo, la noche de su muerte cuatro falangistas se llevaron el féretro del funeral, con la intención de homenajearlo públicamente. Su nieto, desconocedor de los avatares y cambios políticos de su ilustre y camaleónico ancestro, salió gritando: ¡Que se llevan al abuelo, a tirarlo al río! Otra situación peculiar es que fue el único Rector destituido por ambos bandos. Ya vimos cómo fue cesado por Franco el 22 de octubre de 1936. Pero el 22 de agosto, dos meses antes, tras los comentarios sobre el “suicidio” de Azaña, había sido separado de su cargo como Rector vitalicio por el Gobierno de la República, considerándolo “desafecto”.

Los fusilamientos

Salvador Vila Hernández, Rector de Granada

Nacido en Salamanca en 1904, este Catedrático de Cultura árabe y costumbres musulmanas de la Universidad de Granada estuvo permanentemente ligado a su ciudad natal, en cuya Universidad se licenció en 1924 en dos titulaciones cursadas simultáneamente: Filosofía y Letras y Derecho, doble formación que aprovecharía para sus investigaciones posteriores. Realizó estudios posdoctorales en Berlín, ciudad en la que conoció a la que sería su esposa, Gerda Leimdörfer, perteneciente a una acomodada familia de origen judío. Destaca su gran amistad con Miguel de Unamuno, quien lo consideraba discípulo. Durante la dictadura de Primo de Rivera, aprovechando el destierro de Unamuno en Fuerteventura, la Universidad adjudicó su Cátedra a un sacerdote salmantino. La protesta que materializó Vila le costó también una breve deportación a las islas Chafarinas, coincidiendo ni más ni menos que con otro ilustre deportado, don Luis Jiménez de Asúa.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Tomado del texto taquigráfico de la intervención de José María Pemán por Tomás Pérez Delgado. *Cfr.* “El Siglo XX”, *op. cit.*, p. 309.

¹⁴⁷ *Cfr.* Preston, P., *Las tres Españas*, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

¹⁴⁸ *Cfr.* Salcedo, E., *Vida de don Miguel*, *op. cit.*, p. 417.

¹⁴⁹ *Cfr.* Claret, J., *El atroz desmoche*, *op. cit.*, p. 239.

Muchos se preguntan los motivos de su trágico final, siendo Rector de la Universidad de Granada, por fusilamiento en Víznar, el 23 de octubre de 1936. En este caso, han incidido factores de distinto orden. Según resulta del estudio realizado por Mercedes del Amo,¹⁵⁰ los hechos y las fechas explican por qué se fusiló a este Rector por orden personal y directa de Franco. El 6 de octubre de 1936, seis días antes de los incidentes del Paraninfo de la Universidad de Salamanca, Unamuno pidió a Franco la libertad de algunos amigos, y adoptó un tono crítico con los procedimientos que se estaban empleando. Al día siguiente fue detenido Vila en Salamanca, donde se encontraba de vacaciones, siendo de inmediato trasladado a Granada.¹⁵¹ El día 22 Franco cesó a Unamuno como Rector —como hemos dicho, previa solicitud de sus propios compañeros del Claustro de la Universidad de Salamanca—, y esa misma noche fue fusilado Vila en Granada. Esta coincidencia temporal ha sido interpretada como una venganza personal hacia Unamuno. Pero seguramente también influyó en el rápido desenlace el hecho de que el Rector al que Salvador Vila había sucedido y que con su ejecución recuperó plenamente el cargo, Antonio Martín Ocete, era completamente afín al alzamiento.¹⁵²

Su viuda estuvo a punto de ser fusilada por su relación sentimental con Vila y su origen judío. Salvó la vida porque intercedió por ella Manuel de Falla, aunque Gerda Leimdörfer fue obligada a abjurar del judaísmo, abrazar la fe cristiana y cambiar su nombre de pila por el de la Patrona de Granada, María de las Angustias.¹⁵³

*Leopoldo García Alas,
Rector de Oviedo*

El hijo del escritor Leopoldo Alas, “Clarín”, nació en Oviedo en 1883. Siendo catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, fue elegido Rector en 1931. Fue fusilado el 20 de febrero de 1937,

tras un breve consejo de guerra llevado a cabo el día anterior, que ha sido calificado como una “parodia de juicio”.¹⁵⁴ Aunque era públicamente reconocido como un Rector irreprochable, no hubo argumentos serios en su contra, sino que prevaleció el odio que un sector de la sociedad asturiana conservaba aún hacia su padre. En definitiva, fue fusilado por ser un hijo destacado del autor de *La Regenta*.¹⁵⁵

*Juan Peset Aleixandre,
Rector de Valencia*

El Catedrático de Toxicología y Medicina Legal y Rector de la Universidad de Valencia Juan Peset Aleixandre fue fusilado en las tapias del cementerio de Paterna, el 24 de mayo de 1941. Durante su mandato había luchado activamente por la democratización de la Universidad y la mejora de sus instalaciones. Según relata María Fernanda Mancebo: “La prueba decisiva aportada por falange fue una conferencia académica impartida en el paraninfo de la Universidad el 27 de abril de 1937 con el título ‘Las individualidades y la situación de las conductas actuales’”.¹⁵⁶

*Otros profesores universitarios
ejecutados*

Desgraciadamente, los fusilamientos llegaron también para más de un centenar de profesores universitarios, en un momento en el que existían sólo doce centros de educación superior que contaban con muy pocos docentes y alumnos, si los comparamos con las cifras actuales. En Granada, además del Rector Vila fueron ajusticiados el Vicerrector Palanco Romero y otros tres Catedráticos, junto a un numerosísimo grupo de intelectuales.¹⁵⁷ En el ámbito del Derecho Penal, Luis Rupilanchas Salcedo murió fusilado en La Coruña el 11 de julio de 1937 por su compromiso político y por ser Adjunto de la Cátedra de D. Luis Jiménez de Asúa en Madrid.¹⁵⁸ También fueron eje-

¹⁵⁰ Cfr. Del Amo Hernández, M. *Salvador Vila, El rector fusilado en Víznar*, Granada, 2005.

¹⁵¹ Cfr. Claret, J., *El atroz desmoche*, op. cit., p. 240.

¹⁵² Cfr. Claret, J., *El atroz desmoche*, op. cit., pp. 244 y ss.

¹⁵³ Cfr. Claret, J., *El atroz desmoche*, op. cit., p. 240.

¹⁵⁴ Cfr. Claret, J., *El atroz desmoche*, op. cit., p. 196.

¹⁵⁵ Cfr. Claret, J., *El atroz desmoche*, op. cit., p. 196.

¹⁵⁶ Cfr. Mancebo, M.F., “Consecuencias de la guerra civil en la universidad valenciana: depuraciones y exilios”, *Cuadernos Instituto Antonio de Nebrija*, 4, 2001, p. 174.

¹⁵⁷ Cfr. Claret, J., *El atroz desmoche*, op. cit., p. 237.

¹⁵⁸ Cfr. Claret, J., *El atroz desmoche*, op. cit., p. 317. Cfr. también Otero Carvajal, *La depuración*, op. cit., p. 131.

cutados varios profesores de la Facultad de Medicina de la Universidad de Madrid, que se encontraban por diversos motivos en la zona nacional cuando comenzó la contienda.¹⁵⁹ Una investigación más detallada podrá descubrirnos sus nombres propios, las áreas a las que pertenecían y seguramente los inconfesables motivos últimos que los llevaron a la muerte. A todos estos casos comprobados, deben sumarse los muertos por las duras condiciones de supervivencia que existían en cárceles y campos de concentración, que por ejemplo costaron la vida al Catedrático de Lógica, antiguo Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Madrid y Presiente de las Cortes Republicanas, Julián Besteiro. Incluso podrá llegar a demostrarse algún suicidio inducido.¹⁶⁰

Conclusiones

La Guerra Civil española y la posterior represión (1936-1945) marcaron un difícil periodo que debe ser valorado con la serenidad que exige la distancia temporal de los acontecimientos. Sin duda, hubo excesos por parte de ambos bandos en lucha. Pero nuestro cometido se limita a valorar las consecuencias para la Universidad, la investigación y la ciencia, es decir, el empobrecimiento intelectual que se vivió en toda España. Como primera conclusión podemos afirmar que nunca debería haberse convertido el espacio de educación superior, las doce universidades entonces existentes, en un campo de combate. En este medio se libraron crueles batallas, intelectuales y humanas. También otras guerras más miserables y rastreras, relacionadas con la generación de plazas vacantes para poder promocionar dentro de la carrera universitaria. La depuración de la educación superior fue dirigida por tres grandes inquisidores, un poeta, José María Pemán y Pemartín, un pediatra, Enrique Suñer y un penalista, Isaías Sánchez Tejerina. Ellos y sus fervientes colaboradores lucharon incansablemente contra un *virus* llamado *democracia*. Por ello la historia terminará olvidándolos para siempre. La Universidad que intentaron destruir ha renacido de sus cenizas y goza de buena salud, una vez aprendida la lección de rechazar la intolerancia y los ataques a la libertad de pensamiento.

En esta intervención hemos manejado muchos nombres propios de uno y otro bando. Casi todos estos hombres se conocían, eran vidas entrecruzadas. José Antonio Primo de Rivera intentó asesinar a Luis Jiménez de Asúa, que fue deportado por solidarizarse con Miguel de Unamuno. Allí, en las Islas Chafarinas en 1926 Jiménez de Asúa compartió deportación con Salvador Vila, el Rector de Granada posteriormente fusilado. Jiménez de Asúa e Isaías Sánchez Tejerina formaron parte en Salamanca, codo con codo, del Tribunal que juzgó la tesis doctoral de José Antón Oneca. Isaías Sanchez Tejerina fue incorporado por José María Pemán a la Comisión Depuradora de la Universidad y luego fue nombrado miembro del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, que inició procesos contra muchos de los que aquí fueron nombrados. García-Valdecasas, que había trabajado como diputado socialista en las comisiones parlamentarias con Luis Jiménez de Asúa, fue el fundador de falange junto a José Antonio Primo de Rivera. El propio García-Valdecasas era amigo de Juan del Rosal, discípulo directo de Luis Jiménez de Asúa. Podríamos continuar, pero, ¿acaso es posible presentar un panorama más confuso y revuelto?

La memoria histórica universitaria se ha ido perdiendo, porque todos los que sobrevivieron a estos acontecimientos y sufrieron el exilio murieron dispersos, y los que pertenecieron al Régimen paulatinamente se fueron convirtiendo en mansos representantes de la dictadura. Muchos de ellos llegaron a ser, con posterioridad, “convencidos demócratas”.

Sin embargo, la memoria histórica vuelve a despertar. En épocas recientes destaca el documento aprobado el 10 de mayo de 2006 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (partiendo de una recomendación previa de la Asamblea Parlamentaria de 17 de marzo de 2006), sobre la necesidad de condenar al franquismo a nivel internacional. El texto desapruaba las graves y reiteradas violaciones de los Derechos Humanos cometidas por el Régimen de Franco. También destaca la necesidad de recordar estos crímenes para evitar que puedan repetirse los errores del pasado.¹⁶¹ También la Ley 52/2007 de Memoria Histórica ha supuesto un gran avance en la reparación moral a

¹⁵⁹ Así lo consigna Otero Carvajal, *La destrucción de la ciencia*, op. cit., p. 83 y ss.

¹⁶⁰ Cfr. Claret, J., *El atroz desmoche*, op. cit., p. 355.

las víctimas del franquismo. En el art. 2.1 de dicha ley se declaran radicalmente injustas “todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa” durante la Guerra Civil y la posterior Dictadura. Además, el art. 3.1 declara la “ilegitimidad de los tribunales, jurados o cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones”. Además, “Por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, se declara en todo caso la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa” (art. 3.2 de la Ley). Lleva razón Terradillos Basoco cuando asegura que estas rotundas descalificaciones no han sido acompañadas de consecuencias jurídicas tangibles.¹⁶²

La recuperación de la memoria histórica nos lleva a afirmar que la Universidad española vivió, entre 1936 y 1945, un enorme retroceso intelectual que ha costado muchas décadas corregir y superar. El exilio de los intelectuales tuvo como principal destino México, país presidido por Lázaro Cárdenas, mandatario que se implicó personalmente en acoger a estos docentes, garantizando su inserción en las Universidades mexicanas, e incluso facilitando la creación de institutos universitarios, los mismos que fueron cerrados en Madrid y en el resto de España. Allí pudieron desarrollar con tranquilidad sus tareas inves-

tigadoras.¹⁶³ Sin desconocer algunas imprecisiones en la conformación de cualquier *ranking* mundial de universidades, es posible comprobar que en este año 2009 la Universidad Nacional Autónoma de México, poblada de Institutos creados por el exilio intelectual republicano español ocupa el puesto 44, mientras la más destacada de España, la Universidad Complutense, se encuentra en el puesto 138 y la de Barcelona en el 155.¹⁶⁴ Cada cual puede extraer sus propias conclusiones.

Es difícil llegar a entender por qué ciertos intelectuales se dejaron seducir por la tentación totalitaria, mientras otros la rechazaron de plano, aún a costa de su puesto de trabajo, su libertad, su patria o su propia vida. Podemos considerar que se trata de una decisión moral, en virtud de la cual algunos intelectuales optan por el racionalismo en el sentido empleado por Karl Popper, para quien lo razonable se basa en un argüir que incluye la crítica y el arte de prestar oídos a esa crítica. Aquellos que se decidieron por el totalitarismo se basaron en el fenómeno opuesto, en un irracionalismo antigualitario y antihumanitario, que conduce a la violencia, al poder brutal, a no tolerar opiniones que contradigan las suyas y, en definitiva, a dividir la humanidad entre amigos y enemigos.¹⁶⁵ Pero también hay que apuntar, como señala Dahrendorf, que los seres humanos no siempre actúan con la frialdad de la razón, sino que frecuentemente obran impulsados por el ardor de la pasión.¹⁶⁶

¡Razón o pasión: a estas alturas lo mismo da!

La incomprensible destrucción de la universidad española exige que estos hechos sean conocidos y censurados, y que esta reflexión nos lleve a aprender y a mirar hacia el futuro.

¹⁶¹ Cfr. Doc. 10930, de 10 de mayo de 2006, de respuesta del Comité de Ministros a la Asamblea Parlamentaria, adoptado en su 963ª reunión. La Asamblea debatió y aprobó la condena al régimen franquista, lo que consta en dos importantes documentos. Por una parte, el informe redactado por el parlamentario M. Bricant, el 4 de noviembre de 2005 (Doc. 10737) sobre las graves violaciones contra los Derechos Humanos constatadas en España, entre 1939 y 1975. La Comisión Permanente, actuando en nombre de la Asamblea Parlamentaria, adoptó las recomendaciones el 17 de marzo de 2006 (Recomendación 1736).

¹⁶² Terradillos Basoco, “Die Aufarbeitung”, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶³ Cfr. López Sanchez, “El exilio científico republicano en México: La respuesta a la depuración”, en AAVV, *La destrucción de la ciencia en España*, Madrid, 2006, p. 188.

¹⁶⁴ Fuente: Top 500 Webometrics Ranking of World Universities, enero 2009.

¹⁶⁵ Cfr. Dahrendorf, R., *La libertad a prueba*, *op. cit.*, pp. 81 y s.

¹⁶⁶ Cfr. Dahrendorf, R., *La libertad a prueba*, *op. cit.*, p. 84.

Bibliografía

- AAVV (Otero Carvajal, L. dir.), *La destrucción de la ciencia en España*, Madrid, 2006.
- Ambos, K. y Meyer-Abich, N., “La superación jurídico-penal de las injusticias y actos jurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania”, *Revista Penal*, núm. 24, 2009.
- Antón Oneca, J., “La generación española de la política criminal”, en *Libro Homenaje a Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970; el mismo, “El Derecho penal de la postguerra”, en *Obras*, t. II, Santa Fe, 2002.
- Bandrés, J. y Llavona, R., “La psicología en los campos de concentración de Franco”, *Psicothema*, vol. 8, núm. 1, 1996.
- Barbero Santos, M., *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977; el mismo, “Alocución en Estudios de Derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa”, *Rev. Fac. Derecho*, Universidad Complutense, Monográfico 11, 1986; el mismo, “Rememoración de don Luis Jiménez de Asúa en el centenario de su nacimiento”, *Doctrina Penal*, núm. 13, 1990; él mismo, “José Antón Oneca. *In memoriam*”, en José Antón Oneca, *Obras*, t. I, Santa Fe, 2000.
- Claret, J., *El atroz desmoche. La destrucción de la Universidad española por el franquismo, 1936-1945*, Barcelona, 2006.
- Castejón, F., *Derecho Penal*, t. I, Madrid, 1931; el mismo, *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, Madrid, 1946; el mismo, *Proyecto de Código Penal Internacional*, ADPCP, 1953.
- Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, t. I, 3ª ed., Madrid, 1990; el mismo, “En memoria de don José Antón Oneca”, en José Antón Oneca, *Obras*, t. I, Santa Fe, 2000.
- Cobo del Rosal, J., “Presentación”, en AAVV, “Política criminal y reforma penal”, *Libro homenaje a Juan del Rosal*, Madrid, 1993.
- Cuello Calón, E., *El Derecho penal de las dictaduras*, Barcelona, 1934; el mismo, *Vicisitudes y panorama legislativo de la pena de muerte*, ADPCP, 1953, el mismo, *Sobre el Derecho Penal de la postguerra*, ADPCP, 1954; el mismo, *Referencias históricas y de Derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad*, ADPCP 1954.
- Cuerda Riezu, A., *Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de Derecho penal en el siglo XX*, ACPCP, 1990.
- Dahrendorf, R., *La libertad a prueba. Los intelectuales frente a la tentación totalitaria*, Madrid, 2009.
- Del Amo Hernández, M., *Salvador Vila. El Rector fusilado en Viznar*, Granada, 2005.
- Del Rosal, J., *Acerca del pensamiento penal español*, Madrid, 1942; el mismo, “*Principios de Derecho Penal español*”, Valladolid, 1945; el mismo, “Esquema de un Anteproyecto de Código Penal español (1964)”, en AAVV, “Política criminal y reforma penal”, *Libro homenaje a Juan del Rosal*, Madrid, 1993.
- Donini, M., “La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica y la elaboración del pasado ‘mediante el Derecho Penal’”, *Revista Penal*, núm. 23, enero 2009.
- Dualde Beltrán, F., “La profilaxis de la enfermedad mental en la psiquiatría franquista: esquizofrenia, eugenesia y consejo matrimonial”, *Revista Asoc. Española de Neuropsiquiatría*, núm. 92, 2004.
- García-Valdecasas, A., “Los estados totalitarios y el estado español”, *Revista de Estudios políticos*, 1942.
- González Redondo, F. y Villanueva Valdés, M., “La depuración de los científicos españoles entre 1936 y 1939. Un caso de estudio: Blas Cabrera Felipe”, *Llull*, núm. 24, 2001.
- Hoyer, A., “Ciencia del Derecho Penal y nacionalsocialismo”, *Revista Penal*, núm. 23, enero 2009.
- Huertas, R., “La psico-biología del marxismo como categoría antropológica en el ideario fascista español”, *Llull*, núm. 19, 1996.
- Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, t. I, 5ª. ed., Buenos Aires, 1950.
- Lacasta-Zabalza, J., “La idea de la responsabilidad en la actual cultura constitucional española”, *Rev. Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 2001.
- Lamarca, C., “Formación histórica y significado político de la legalidad penal”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 2, 1987.
- López Sánchez, J.M., “El exilio científico republicano en México: La respuesta a la depuración”, en AAVV, *La destrucción de la ciencia en España*, Madrid, 2006.
- Malamud Goti, J., “La respuesta a un Estado terrorista: entre el castigo y la impunidad”, Comunicación al Congreso internacional Humboldt Kolleg,

- celebrado en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, del 7 al 9 de febrero de 2008.
- Mancebo, M.F., “Consecuencias de la Guerra Civil en la Universidad valenciana: depuraciones y exilios”, *Cuadernos Instituto Antonio de Nebrija*, núm. 4, 2001.
- Martín, S., “Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)”, *Quaderni Fiorentini*, XXXVI, 2007.
- Muñoz Conde, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª ed., Valencia, 2004; él mismo, “Una nueva imagen de la historia contemporánea del Derecho penal alemán”, *Revista Penal*, núm. 20, 2007; él mismo, “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho”, *Revista Penal*, núm. 22, 2008.
- Otero Carvajal, L.E., “Introducción, La destrucción de la ciencia en España y la depuración en la Universidad de Madrid”, en AAVV, *La destrucción de la ciencia en España*, Madrid, 2006.
- Pérez Delgado, T., “El Siglo XX – 2: La Guerra Civil”, en AAVV, *La Universidad de Salamanca I-Historia y proyecciones*, Salamanca, 1989.
- Petit Calvo, C., “Lombroso en Chicago”, *Quaderni Fiorentini*, 36, 2007.
- Pons Prades, E., *Los niños republicanos en el exilio*, Madrid, 2005.
- Portilla Contreras, G., “La ideología del Derecho penal durante el nacional catolicismo franquista”, en AAVV, *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Frankfurt, 2008; él mismo, *Orígenes de la ley de 1 de marzo de 1940 y criterios penales y procesales adoptados por el Tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo* (en prensa).
- Preston, P., *Las tres Españas del 36*, Barcelona, 1998.
- Rivaya, B., “La revolución jurídica del fascismo alemán”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 19, 2002.
- Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho Penal Español, Parte General*, 18ª ed., Madrid, 1995.
- Ruiz Funes, M., *El delincuente y la justicia*, Buenos Aires, 1944.
- Saez Capel, J., “Luis Jiménez de Asúa, profesor de profesores”, www.cienciaspenales.net.
- Salcedo, E., *Vida de don Miguel*, Salamanca, 1970.
- Sánchez Tejerina, I., *Derecho Penal Español, Parte General – Parte Especial*, 1ª ed., Salamanca, 1937; el mismo, “Oración Inaugural del curso 1940 a 41 en la Universidad de Salamanca”, Salamanca, 1940; él mismo, *Derecho Penal Español, Introducción y Parte General*, t. I, 4ª ed., Madrid, 1947; él mismo, *Derecho Penal Español, t. II, Parte Especial*, 4ª ed., Madrid, 1947; el mismo, *Nuevos problemas de Derecho Penal*, ADPCP, 1948.
- Suñer, E., *Los intelectuales y la tragedia de España*, Burgos, 1937.
- Terradillos Basoco, J., “Die Aufarbeitung der Vergangenheit in Spanien und das Gesetz zur geschichtlichen Erinnerung”, *Journal Juristische Zeitgeschichte*, núm. 1, 2009.
- Vallejo Nágera, A., *Eugenésia de la hispanidad y regeneración de la raza*, Burgos, 1937; el mismo, “Biopsiquismo del fanatismo marxista”, *Revista española de Medicina y Cirugía de guerra*, núm. 3, 1938; el mismo, *Eugamia: selección de novios*, San Sebastián, 1938.
- Vallet de Goytisolo, J., Alfonso García-Valdecasas y García-Valdecasas, *Actas de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 80, 2003.
- Vormbaum, Th., “La transformación jurídica de Alemania tras la segunda guerra mundial”, Comunicación al Congreso internacional Humboldt Kolleg, celebrado en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, del 7 al 9 de febrero de 2008.



El Derecho penal del enemigo en México

Miguel Ángel Mancera Espinosa

Procurador General de Justicia del Distrito Federal

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

Introducción

La seguridad pública y la lucha contra la delincuencia organizada son temas que adquieren cada vez más relevancia en la agenda de todos los países. Para ello se analizan y plantean una serie de reformas legislativas que buscan asegurar que esa lucha sea la más efectiva, es decir, que el Estado cuente con los instrumentos necesarios para enfrentarla. Pero igualmente, todo sistema jurídico debe asegurar que los principios generales del Derecho y que las características de sus leyes puedan ser compatibles con un Estado democrático de Derecho,¹ para ello, éste debe asegurar las libertades y garantías del régimen político y al tiempo proteger los derechos individuales de toda la población. Debe contener claramente ese vínculo entre Estado y sociedad, cristalizado con el afán de que las libertades sean auténticas, que garanticen los derechos civiles, la existencia de una ciudadanía y una red de responsabilidad cívica y política.

Es precisamente ese “Estado democrático de Derecho” el que se tiene que enfrentar con un aumento de la delincuencia organizada, particularmente, en su modalidad de narcotráfico, con los altos niveles de violencia que implica, y con la amenaza que representa. Son estructuras delictivas que desafían y se convierten en una fuerte amenaza para la seguridad nacional, además tienen la ventaja de resultar más que sustentables “altamente productivas”, sus ganancias son enormes y les permiten fortalecer su

seguridad interior, penetrar círculos de seguridad del propio Estado y adquirir tecnología y armamento de punta.

De cualquier manera lo importante es entender que la función del Estado es generar un clima de tranquilidad para los gobernados y, en el caso concreto, respecto de las posibles afectaciones a sus bienes jurídicos, así, queda claro que el delito siempre ha existido y existirá, pero lo relevante es que no se rompa la posibilidad de convivir y que, cuando esa convivencia se vea afectada, el Estado tenga los mecanismos necesarios para restablecerla lo antes posible, y todo esto dentro de un sistema jurídico que dé seguridad de aplicación de los derechos fundamentales y de las garantías individuales, es decir, una tarea nada fácil.

En efecto, la mira del Estado está puesta en la seguridad de sus ciudadanos y al tiempo ésta es la exigencia de éstos, pero la ecuación se complica cuando aparecen las estructuras de la delincuencia organizada, porque entonces se tiene que reaccionar de un modo diferente, un modo mucho más agresivo que el que se ocupa para la delincuencia habitual, ello no deja de provocar polémica dado que esos modelos resultan cercanos a los que emplean los Estados totalitarios, es decir, un camino que conduce a un claro alejamiento de ese llamado “Estado democrático de Derecho”.

Así, de la simple lectura de la reforma constitucional penal en materia de delincuencia organizada que se aprobó conjuntamente con la implementación del

¹ Para Norberto Bobbio por estado de Derecho se entiende en general un Estado en el que los poderes públicos son regulados por normas generales (las leyes fundamentales o constitucionales) y deben ser ejercidos en el ámbito de las leyes que los regulan, salvo el derecho del ciudadano de recurrir a un juez independiente para hacer reconocer y rechazar el abuso o exceso de poder”. Citado por Martínez Pichardo, José, “Ensayo: Democracia y Estado de Derecho en México”, *Revista Iniciativa*, núm. 24-25, Instituto de Estudios Legislativos de la Cámara de Diputados.

sistema acusatorio en México en 2008, así como de los instrumentos legislativos previos, no podríamos afirmar de modo ligero que se corresponden con los rasgos de un modelo de Estado totalitario, pero tampoco, sin un análisis previo, podríamos precisar que se trata sólo del resultado de la búsqueda de instrumentos jurídicos que vuelvan más eficiente y decidido su combate.

Desde el punto de vista operativo, es decir, de quienes ocupan los puestos en las áreas de seguridad pública encargadas de perseguir a esta clase delincuencia, se han vivido épocas complejas respecto del tratamiento jurídico de la delincuencia organizada, sobre todo en lo que corresponde a la esfera judicial. Muchos fueron los juicios de amparo en los que se concedió la protección de la justicia federal por falta de acreditación típica del delito de delincuencia organizada, por trabajar con testigos protegidos, por ocultar la identidad de los denunciantes, o bien por enjuiciar con formas previas a la fase de ejecución, entre otros temas. Y entonces, cuál podría ser la reacción de un Estado cuando advierte a través de la actuación de uno de sus poderes que en la lucha contra la delincuencia organizada los instrumentos jurídicos con que cuenta limitaban la posibilidad de actuar de modo eficaz, cómo poder entender que esta forma de delinquir no puede ser neutralizada, ni siquiera sometida al imperio de la ley si no se piensa en una reacción jurídica distinta que la que se ocupa de la delincuencia común; ante estos planteamientos, algunas voces se alzaron, algunas iniciativas se plantearon, se dejó ver la posibilidad de tener “dos Derechos penales”, uno que se ocupe de la delincuencia común y otro que se haga cargo de la organizada.

Fue así como en nuestro país se comenzó a hablar de la posible incursión o fortalecimiento de una línea

jurídica penal que se conoce como Derecho penal del enemigo.

Este tema, aunque no es nuevo, sigue siendo de actualidad y, tal y como hemos dicho en diversos foros, ha sido capaz de generar un extenso debate dentro de los anales de la Ciencia Penal, sobre todo de la extranjera, al grado de provocar enfrentamientos directos entre los grandes pensadores del Derecho penal actual.²

Fue el siempre polémico y sin duda brillante maestro alemán Günther Jakobs quien, retomando diversas ideas del pensamiento jurídico, así como atendiendo a sendas realidades, lo bautizó como Derecho penal del enemigo debido a la forma en que algunos Estados estructuran el *ius poenale*, con la finalidad de legitimar una manera especial de la utilización del *ius puniendi*.³

En este trabajo dejaremos constancia de algunas de las características, alcances y por supuesto objeciones planteadas a este llamado Derecho penal del enemigo, para posteriormente estar en condición de visualizar si es que en México, en su legislación positiva, también está presente esta forma del Derecho penal.

Hablar sobre este tema no es algo sencillo y ni siquiera de apacible comprensión; por el contrario, se trata de un concepto que implica una serie de razonamientos que en muchas de las ocasiones alcanzan altos grados de abstracción y que provocan el agolpamiento de diversas ideas.

Desde ahora podemos adelantar que en nuestro país y concretamente en el Distrito Federal existen disposiciones legales que corresponden con las ideas contenidas en el planteamiento del Derecho penal del enemigo. Es innegable la necesidad de actuar de una forma especial en contra de la delincuencia que hace de la infracción de la norma penal su forma de vida, sin embargo, lo importante es tomar conciencia que este tipo de reacción normativa sólo puede llegar a

² Así se advierte en la referencia que hace el maestro Francisco Muñoz Conde en el texto de su artículo “De Nuevo sobre el ‘Derecho Penal del Enemigo’”, cuando dice: “También yo me hice eco de estas críticas, advirtiendo del peligro que encerraba la tesis de Jakobs para el Derecho penal del Estado de Derecho en la medida en que pudieran favorecer o legitimar los excesos con el Derecho penal de sistemas políticos autoritarios, en la 1ª edición de mi libro sobre *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, sin que, en aquel momento, a pesar de las críticas e incluso insultos que recibí por algunos apasionados partidarios de Mezger (no sé si también de sus ideas filonazis), tuviera ninguna respuesta o comentario del citado autor, ni de ninguno otro de los que después se han ocupado del tema. Sin embargo, cuando algunas de estas críticas más fueron recogidas en una entrevista que me hicieron en la *Revista electrónica de Derecho penal* de la Universidad de Granada, recibí al poco tiempo una carta de Jakobs (fecha en Bonn el 10 de septiembre 2002), a la que adjuntaba fotocopia de una página de una edición antigua de la obra de Kant *La paz perpetua*, quien al parecer también preconizaba la misma opinión, con lo que, según Jakobs, quedaba demostrada ‘die Absurdität Ihrer Deutung’ (‘La absurdidad de su (mi) interpretación’). No me consta que Jakobs lea o entienda el español, por lo que supongo que alguien le habrá traducido el texto de referencia, con el riesgo que ello encierra de que haya sido mal interpretado o manipulado. En todo caso, habría que plantearse si lo que él llama ‘absurdidad’ de mi interpretación, no se debe quizás a la ‘ambigüedad’ de su posición”. Editorial Amurabi, Claves de Derecho Penal número 5.

³ Cfr. Gracia Martín, Luis, *El horizonte del Finalismo y el derecho penal del enemigo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2005, p. 89.

entenderse para los casos concretos de la delincuencia organizada transnacional y por ende se debe evitar que se propaguen sus postulados y que pudiera alcanzar esta reacción tan severas conductas que realmente no son de la dañosidad social para la que ha sido pensada esta normativa.

I. Características del Derecho penal del enemigo

Para poder dar respuesta a la interrogante relativa a si está presente el Derecho penal del enemigo en México, lo primero que necesitamos es saber en qué consiste éste.

Mucho se insiste en que el Derecho penal del enemigo tiene una serie de características que encajan y dan pie a suponer la presencia de un modelo de Estado autoritario, pero tal afirmación resulta vaga para poder definirlo, dado que hablar de Derecho penal autoritario es algo obvio, pues tal y como lo refirió en su momento Francisco Muñoz Conde, todo Derecho penal tiene presente esa característica, ya que en él confluye la violencia, tanto en las conductas que regula como en la forma de reaccionar ante ellas.⁴

Sin embargo, como también destacó dicho autor, en el caso del Derecho penal del enemigo se advierte la presencia de uno etiquetable como *nuevo* y caracterizado por ser *más autoritario*.

En este sentido se debe recordar que tal y como ya lo anticipamos, el Derecho penal es una forma de control social formal, a la cual el Estado confía la custodia de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, al menos los que el *consenso social* considera como de mayor valía y ello lo hace, sin duda, porque sabe que quien se atreve a atentar contra tales valores está consciente de que la reacción del sistema jurídico será la más severa y que, por ende, enfrentará graves consecuencias.

No obstante, a este derecho violento, agresivo y libre de toda compasión, los hombres se han preocupado y ocupado de buscarle límites; así, se ha trabajado en la creación de las más complejas construcciones de derechos fundamentales, en la celebración de tratados multilaterales e incluso se financia el establecimiento y operación de tribunales de jurisdicción

internacional que, entre otras cosas, buscan sancionar los excesos cometidos en nombre de supuestas *luchas* etiquetadas como *legítimas*, es decir, de lo que se trata es de combatir el exceso, el abuso y las conductas arbitrarias realizadas al amparo de la detentación del poder, mismas que incluso bien pueden derivar de la propia ley.

En lo que concierne a la materia penal, estos derechos y garantías fundamentales propias de un Estado de derecho, se representan entre otros, *en los principios de legalidad, de intervención mínima, de culpabilidad, el derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial y a no declarar contra sí mismo*, entre otros.

Así, no es difícil advertir la incidencia de tales principios tanto en el plano de lo objetivo como el subjetivo del Derecho penal, además de que son considerados como irrenunciables para cualquier Estado en el que se profese la actuación estricta dentro de los cauces de la ley, ello por tratarse de presupuestos esenciales de la legalidad.⁵

De lo aseverado hasta ahora procede consultar lo siguiente: ¿El Estado en el cual se cumplan con todas estas garantías y principios se puede decir, al menos en forma inicial, que es un Estado de Derecho?, y en ese sentido, ¿cuando se habla de la aplicación del Derecho penal del enemigo, se puede decir que por el simple hecho de ser Derecho positivo permite cumplir en su instrumentación con los principios del llamado Estado de Derecho?

Pues bien, para estar en condición de contestar a éstos y otros cuestionamientos, es conveniente que veamos cuáles son algunas de las características que plantea el doctor Jakobs en torno al Derecho penal del enemigo.

En términos generales a este tipo de derecho se le atribuyen las siguientes características:

1. *Adelantamiento de la línea de defensa*, se sancionan inclusive actos preparatorios. Se pretende justificar a través de la idea de seguridad cognitiva.

2. *La pena resulta desproporcionada*, respecto de una conducta que aún no entra en la fase ejecutiva o del principio de ejecución.

3. Se plantea como una *legislación de lucha, de guerra, de combate*.

4. *Notable reducción de garantías procesales*.⁶

⁴ Muñoz Conde, Francisco, *El Derecho Penal del Enemigo*, Editorial INACIPE (Conferencias Magistrales, número 6), México, 2003, pp. 9-10.

⁵ *Ibid.*, p. 28.

⁶ *Vid.*, Gracia Martín, Luis, ob. cit., pp.107-111; García Amado, Juan Antonio, *El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*, Universidad de León Castilla.

Ahora bien, esta forma de reacción normativa estatal la soporta el profesor Jakobs en el hecho de considerar a una serie de sujetos que por su tenacidad para vulnerar la ley alcanzan el estatus de *no personas*, se trata de aquellos que requieren de un tratamiento especial, diferenciado del que se da a los ciudadanos normales, dado que estos últimos sí pueden ser considerados como *personas* y por tanto su violación a la ley se debe tratar dentro de la normalidad que implica la imposición de una pena a fin de dar vigencia a la prevención general positiva.

En términos generales, Jakobs señala como *enemigos* a los narcotraficantes, a los terroristas, a los que cometen delitos económicos y en general a aquellos que se ubican dentro de la delincuencia organizada.

En efecto, como dijimos, a los ciudadanos se les aplica un Derecho penal ordinario tanto en lo material como en lo formal, dado que este derecho ordinario atiende en su normativa a los fines de la pena, a los principios delimitadores y a las construcciones dogmáticas clásicas; en cambio, a los *otros*, a los *no personas*, se les debe aplicar un Derecho penal especial, un derecho que tiene *otras finalidades*, esencialmente, las de combatirlos, aislarlos y extirparlos del entorno social.

Es importante decir, desde ahora, que a estas consideraciones llega Jakobs a través de sus por demás atractivos y no poco convincentes argumentos, partiendo de una realidad que no tiene discusión, *existen grupos en la sociedad que han hecho del delito una empresa y respecto de los cuales la gran mayoría de los Estados no han encontrado la manera idónea de reaccionar*, y por ello se vuelve necesario encontrar una forma efectiva de contrarrestar sus efectos dentro de la sociedad, la que debe tener un efecto cognitivo claro.⁷

Ahora bien, lo que no siempre se dice en los artículos que sobre el Derecho penal del enemigo se han escrito, es que las ideas de Jakobs acerca de ese derecho no siempre han sido las mismas, no; éstas se pueden dividir a grandes rasgos en dos momentos, a saber: el primero se presentó en su ponencia "Criminalización en el estadio previo a la lesión al bien jurídico" de Frankfurt en 1985, en la que se mostró

crítico en contra del Derecho penal alemán, dada la tendencia a sancionar conductas cuya descripción típica se encontraba en la fase previa a la ejecución penal, es decir, que eran verdaderos actos de preparación delictiva sin que por ello hubiera una reducción de pena, lo que aseguraba era contrario a todo Estado liberal y garantista.

Dejó pues cuenta de la existencia de un Derecho penal que se debía entender como excepcional, como eso: como un Derecho penal del enemigo, pero pareciera que el contexto de tal expresión se erigía como una crítica al Estado alemán.⁸

El segundo momento se presenta en su ponencia de Berlín, en 1999. En ella hizo referencia al mismo tema, sólo que ahora se ocupó de él de una manera diferente; en esa ocasión el discurso habló de la necesidad de reaccionar en contra de los sujetos que no se ajustan a la norma, de aquellos para los cuales la criminalización normal no funciona, de aquellos que no pueden ser considerados como ciudadanos y que son personas, pero sólo *en potencia*, a ellos no se les sanciona, más bien se les combate. Es algo así como una normativa de lucha, de guerra.

Por ello reconoció la existencia de tres tipos de Derecho penal: el del ciudadano, el autoritario y, uno más, el que no es del ciudadano ni es autoritario pues tiene justificación. En esta ponencia el doctor Jakobs ya no parecía hablar de un *derecho excepcional*, sino más bien de un *derecho más*, tan legítimo como cualquier otro.

Finalmente en una conferencia más que dictó sobre el tema en 2002, de nuevo en Frankfurt, aclaró que su crítica de 1985 no fue dirigida al Estado alemán, sino a los enemigos de éste.⁹

En efecto, en las exposiciones de Jakobs se han encontrado datos que dan cuenta tanto de la misión como de la justificación que plantea para este llamado Derecho penal del enemigo.

Así, la *misión* se enmarca en *la reconstrucción de condiciones ambientales soportables, es decir, que a través de este tipo de Derecho penal se logre alcanzar una seguridad cognitiva*, dado que ésta se ha ido perdiendo por los ciudadanos y la recobrarán en tanto se logre apartar, excluir de la sociedad, a aquellos

⁷ Jakobs, Günther, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, España, 2003, pp. 21-56.

⁸ Prittitz, Cornelius, "Derecho Penal del Enemigo: ¿Análisis Crítico o Programa del Derecho Penal?", en *La Política Criminal en Europa*, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, directores, Barcelona, España, 2004, pp. 110-111.

⁹ *Ibid.*, pp.111-113.

que de manera sistemática transgreden las normas de convivencia.

Por lo que toca a la *Justificación*, la hace consistir en la *ausencia de alternativas a esta forma de Derecho de lucha, de combate. Ello, porque los enemigos, ni quieren ni pueden comportarse de otra manera*, lo que orilla al Estado a buscar formas jurídicas que puedan garantizar una reacción acorde al comportamiento de esos delincuentes que hacen del delito una forma de vida.¹⁰

En fin, tal y como anticipamos, los planteamientos formulados por el maestro alemán no fueron de tranquila recepción, es más, como afirma el doctor Luis Gracia Martín, en general la doctrina mayoritaria reaccionó *violentamente* en contra de los planteamientos de Jakobs, en ocasiones acusando *los peligros* de sus planteamientos, o bien destacando las *incompatibilidades de sus ideas* con las estructuras jurídicas de los Estados democráticos.¹¹

Pero con la finalidad de entender mejor a qué nos referimos con estas reacciones contrarias a Jakobs, resulta conveniente apuntar algunos de los planteamientos que se formulan en contra de las ideas del Derecho penal del enemigo, para ello sólo vamos a ocuparnos de forma resumida de algunas de las ideas de Muñoz Conde, Gracia Martín, García Amado y Cancio Meliá:

a) Francisco Muñoz Conde. El maestro sostiene entre otras cosas:

1. Que se trata de un *Derecho penal excepcional*, derogador de los principios básicos del Derecho penal liberal clásico, así como de los del Derecho penal de un Estado de Derecho;

2. Se muestra como un Derecho penal que *recuerda el Derecho penal de autor* que propugnaron los penalistas nazis para el cual el hecho penal no es lo relevante, sino lo es la peligrosidad del autor;

3. Se trata de un *régimen de dureza extrema*;

4. Es una *construcción valorativamente ambigua*, pues lo mismo vale para un sistema democrático como para uno totalitario;

5. *No genera seguridad cognitiva sino solamente normativa*, puesto que ningún sistema puede garantizar la seguridad total.¹²

b) Luis Gracia Martín. El doctor español sostiene las siguientes objeciones:

1. Que se trata del planteamiento de un *sistema social que excluye a un determinado grupo de hombres* de la distribución de los bienes y del ejercicio igualitario de los derechos y libertades;

2. Que plantea una *forma de reacción que se aparta de la concepción sistémica de la pena*, dado que se muestra como una pura coacción física, en la cual no existe diálogo ni comunicación personal;

3. Este derecho muestra una *justificación que parte de la necesidad de defensa del orden social*, y para ello deja de reconocer un parámetro de contención al poder del Estado respecto de la guerra que sostiene en contra de los que califica como sus enemigos;

4. El Derecho penal del enemigo, al dejar de considerar personas responsables a los *enemigos*, se convierte en un *derecho tanto inválido como injusto*. Ello, dada su ausencia de respeto a la dignidad humana;

5. Para ser congruente con los planteamientos de este tipo de derecho, se requiere partir de la existencia real y previa de los que cataloga como *no personas*, sin embargo esto no se observa así, por lo que es dable afirmar que *es el propio Derecho penal del enemigo el que construye tal concepto* de manera autoreferente.¹³

c) Juan Antonio García Amado. Como principales objeciones del catedrático de la Universidad de León en España, destacan las siguientes:

1. Este derecho *soporta su construcción en consideraciones subjetivas*, tales como la maldad y lo legítima el suponer a alguien como peligroso. Esto es, no se considera enemigo en razón del tipo de delito que comete, sino más bien por su actitud frente a la norma, lo que permite señalar como enemigo tanto al autor de terrorismo como al de delitos sexuales en un plano de igualdad;

2. Jakobs *asimila casos* como el del incumplimiento masivo de una norma por una multitud de sujetos, al de un sujeto que incumple masivamente una o varias normas;

3. El *retirar la consideración de persona al enemigo* sólo sirve para la seguridad cognitiva del planteamiento, sin que esto se compruebe;

¹⁰ *Ibid.*, pp. 115-117.

¹¹ *Vid.* Gracia Martín, *op. cit.*, p. 9.

¹² Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Hammurabi, 2005, pp. 15-30.

¹³ *Vid.* Gracia Martín, Luis, *ob. cit.*, pp. 172-244.

4. Se trata de un *método que intenta disminuir la probabilidad de violación de la norma*, mandando un mensaje a la sociedad de que no están ya —sin excepción— vigentes otras normas como las que contienen las garantías procesales;

5. Es un sistema distinto al Derecho penal, se trata de un mero gestor de obediencia por la vía de la muerte civil y penal, *no busca reprimir, sino suprimir a los disidentes*;

6. La *justificación* de la actuación extrema en contra de los *enemigos*, *se soporta en razones de Estado*;

7. La propia ley penal tácitamente *justifica la ausencia de derechos y garantías a los desobedientes o a los sospechosos* de llegar a serlo;

8. *La cualidad de enemigo no es alternativa a la de delincuente*, sino que se suma a ella.¹⁴

d) Manuel Cancio Meliá. Realizó una serie de planteamientos críticos a la postura de Jakobs en su obra de publicación conjunta denominada precisamente *Derecho Penal del Enemigo*, entre ellas destacan las siguientes:

1. Se muestra como una *política criminal del Derecho penal de la puesta en riesgo*, misma que se corresponde con una sistemática antiliberal;

2. De la unión fraternal entre Derecho penal simbólico y el punitivismo surge el Derecho penal del enemigo, dado que *busca mostrar su forma de reacción para que se conozca por los miembros de una sociedad*, dando cuenta de penas muy elevadas sin una justificación precisa;

3. *Se trata de un Derecho penal de autor en contra del derecho penal de hecho*, por ello no estabiliza normas, sino demoniza a determinados grupos de infractores, tomando como materia prima para la tipificación no sólo de un determinado hecho, sino elementos que sirven para caracterizar al autor como perteneciente al grupo de *enemigos*.¹⁵

II. ¿Derecho penal del enemigo en México?

Como sin duda se advierte de las anteriores explicaciones, el tema del Derecho penal del enemigo, independientemente del punto de análisis al que se le someta, está claro que permite su ubicación dentro del estudio de la política criminal, por ello consideramos importante recordar que en México ha campeado un vaivén de posturas, algunas veces tomando la bandera de la vanguardia y, en otras, mostrando rasgos de retroceso; comulgando en ocasiones con modelos de un Estado democrático y otras con aquellos que se tildan de duros.

En efecto, debemos dejar constancia que en la época moderna —digamos de los años ochentas en adelante— se han dejado ver las más significativas reformas en la materia penal de México, así se aprecia del análisis que realizaron respectivamente los doctores Sergio García Ramírez y Moisés Moreno Hernández.¹⁶

Así por ejemplo, la reforma de 1984 se mostró inspirada por el pensamiento europeo de los años cincuenta, el cual, después de los avatares de la segunda guerra mundial, se enfocó en la democratización del Derecho penal.¹⁷

Posteriormente, en 1993 también en una línea de adecuación a un Derecho garantista, se dieron modificaciones constitucionales como las que tuvieron que ver con la implementación del concepto jurídico de los elementos del tipo y de la probable responsabilidad.¹⁸

Pero como ya advertíamos, los cambios no siempre van en el mismo sentido, así fue que en 1999 se dio de nuevo una modificación al texto constitucional, en ella volvió a cobrar vigencia el modelo que los artículos 16 y 19 tenían antes de la reforma de 1993, es decir, de nueva cuenta regresamos al concepto de cuerpo del delito y aunado a ello se dejó constancia

¹⁴ García Amado, Juan Antonio, *El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*, pp. 1-27.

¹⁵ Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, España, pp. 59-102.

¹⁶ Moreno Hernández, Moisés, *Las transformaciones de la legislación penal mexicana en los últimos veinte años (los vaivenes de la política criminal mexicana)*. Libro Homenaje al doctor José Cerezo Mir, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002, pp. 433-461.

¹⁷ Esto dio como resultado entre otras cosas: la instauración de una regulación particular de las conductas dolosas y culposas, la eliminación de la presunción de intencionalidad delictiva, la implementación de los sustitutivos penales y también una amplificación de los delitos de querrela.

¹⁸ En esta misma dinámica, al año siguiente fueron planteadas también algunas reformas al Código Penal Federal y Federal de Procedimientos Penales. Así por ejemplo, se adoptó el principio de hecho, en contra del principio de autor que se venía arrastrando desde 1931, se hicieron varias precisiones a temas de autoría y participación, así como a las figuras de la tentativa y de la comisión por omisión, también se planteó una nueva construcción de las excluyentes del delito agrupándolas según correspondieran en sendas fracciones que se ocuparon de la ausencia de conducta, de tipo, de antijuricidad y de culpabilidad respectivamente. Y en lo que concierne a la legislación procesal, digamos que hizo reflejo de lo dispuesto por la reforma constitucional del año anterior, es decir, que se trabajó en detallar y fijar los alcances de los conceptos de elementos del tipo y presunta responsabilidad.

de una política criminal orientada hacia el endurecimiento estatal, lo que llevó a nuestro país a expedir un nuevo ordenamiento que según se dijo *era indispensable para enfrentar y combatir el crimen internacional*, nos referimos a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.¹⁹

Ahora bien, en este momento, después de conocer cuáles son las características del Derecho penal del enemigo tenemos suficiente información para analizar ordenamientos y advertir si corresponden con los que se tildan inspirados en el llamado Derecho penal del enemigo, por lo que vamos a tratar de pasar por el crisol disposiciones legales que desde nuestro punto de vista pueden ser catalogadas como representativas de esa clase de Derecho.

a) La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

El primer caso que vamos a analizar es el de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, quizá porque este tipo de ordenamiento es el que con mayor intensidad muestra características que se atribuyen a esta forma de Derecho penal.

1. Uno de los rasgos que se atribuyen al pensamiento de Jakobs es el hecho de que *la ley no se orienta a fines preventivos, sino a emprender una lucha, una batalla en contra de los que considera como diferentes de los ciudadanos normales*.

En ese sentido se aprecia, desde la mera nomenclatura, que *este ordenamiento se muestra destinado a combatir a la delincuencia organizada*; en efecto, la preposición *contra* implica oposición, por lo que concluimos que en este punto en concreto existe plena correspondencia con lo expuesto por el maestro alemán.

2. Otra de las características de este Derecho penal, es el *adelantamiento de la línea de defensa propuesta por el legislador*, es decir, que se trata de disposiciones legales que sancionan meros actos preparatorios,

aunado a que su castigo implica una reacción punitiva desproporcionada respecto de la punibilidad de figuras consumadas.

Aquí encontramos coincidencia con el Derecho penal del enemigo, puesto que de la lectura del artículo 254 del Código Penal para el Distrito Federal, y del artículo 2, fracción III, de la Ley Contra la Delincuencia Organizada para el D.F., se advierte que la tipicidad se alcanza incluso con el mero acuerdo para organizarse, es decir, que no se exige que se compruebe la existencia real de la organización, pues esta última conducta está prevista por separado.²⁰

3. Una nota más consiste en que *la ley penal se ocupa del sujeto, pero por las características o atribuciones de éste*; es decir, que prevé la reacción punitiva por el hecho de ser *enemigo* y no por el hecho cometido, así la finalidad de la sanción se aleja de la finalidad de restablecer la vigencia de la norma y sólo busca la neutralización del contrario a la ley.²¹

Esta característica también existe de en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de acuerdo con su artículo 29 párrafo tercero, una vez que se tiene sentencia judicial irrevocable que acredite la existencia de una organización delictiva, ello será prueba plena con respecto de su existencia para cualquier otro procedimiento y únicamente sería necesario probar la vinculación de un nuevo procesado con esta organización, para sentenciarlo por el delito de delincuencia organizada.

Asimismo, el artículo 4 establece que los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad correspondientes, se duplicarán respecto de los que se hayan cometido por miembros de la delincuencia organizada.

En la misma línea de la lectura del cuerpo normativo que nos ocupa se desprende lo siguiente:

a) De acuerdo con el artículo 3, cualquier persona, por el simple hecho de pertenecer a la delincuencia organizada —en cualquiera de sus dos modalida-

¹⁹ Entre otras modificaciones se implementó la limitación de beneficios preliberacionales para ciertos delitos, se incrementó la parte especial, dando paso a la creación de nuevos tipos penales y se aumentaron penas a muchas figuras delictivas, además de incrementar también los plazos de prescripción. *Ibid.*, p. 455.

²⁰ “Artículo 2º. Cuando tres o más personas *acuerden organizarse* o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.” En el mismo sentido se sanciona también el acuerdo para delinquir aunque fuera de esta ley, en el propio Código Penal Federal, concretamente en la fracción I del artículo 13, que sanciona como autores o partícipes a los que acuerdan o preparan la realización delictiva.

²¹ De esta característica se desprende la afirmación de que se trata de un *Derecho penal de autor* y no un *Derecho penal de hecho*, que es el que se sigue en los sistemas democráticos.

des— y que cometa alguno de los delitos a los que se refieren las primeras cuatro fracciones del artículo 2, será investigada, perseguida, procesada y sancionada conforme a la propia Ley Federal contra la Delincuencia Organizada;²²

b) El artículo 6 establece que los plazos de prescripción de los delitos concretos que se hubieren cometido, se duplicarán respecto de los que alude el artículo dos, ello, por el hecho de ser cometidos por miembros de la delincuencia organizada;²³

c) En lo relativo a la ejecución de sentencia, se advierte que los artículos 43 y 44 de la ley establecen restricciones expresas para los miembros de la delincuencia organizada, con lo que estos sujetos se ven impedidos de acceder a los beneficios de la condena condicional, la libertad preparatoria, el tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena.²⁴

4. Otro de los puntos distintivos del Derecho penal del enemigo se hace consistir en *la restricción de garantías procesales para los llamados enemigos*, éstos no tienen por qué beneficiarse de los principios procesales que restringen la actuación estatal respecto del Derecho penal.

Es decir que de acuerdo con el Derecho penal del enemigo, los extraños a la normatividad se colocan en el plano de excepción de aquellos que por su potencial peligrosidad para la sociedad deben contar con menos derechos procesales que los que tiene cualquier ciudadano normal que se ve sujeto a un proceso penal,

ése es el caso de los miembros de la delincuencia organizada.

México, en materia de delincuencia organizada, ha establecido varias disposiciones legales que dan cuenta de ciertos *relajamientos de las garantías individuales*, así como de excepciones a las formalidades del proceso penal. A manera de ejemplo tenemos los siguientes casos:

a) La Constitución Federal en su artículo 16, séptimo párrafo, establece que la retención de los indiciados puede prolongarse hasta por 96 horas cuando se trate de la delincuencia organizada, cuando la regla general es de 48 horas;²⁵

b) De conformidad con el artículo 22 segundo párrafo de la propia Constitución, se establece que no se considerará confiscación al decomiso que ordene la autoridad judicial respecto de los bienes del sentenciado o de aquéllos respecto de los que se conduzca como dueño cuando se trate de delitos previstos como delincuencia organizada y no se acredite la legítima procedencia de tales bienes;²⁶

c) A diferencia del artículo 270 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y del 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que señala que el arraigo domiciliario de una persona no podrá exceder del término de 30 días naturales, en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se autoriza el arraigo hasta por 90 días;²⁷

²² Artículo 2. [...] terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal; II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud.

²³ Artículo 6°. Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad correspondientes se duplicarán respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2° de esta Ley, cometidos por miembros de la delincuencia organizada.

²⁴ “Artículo 43. Los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente Ley no tendrán derecho a los beneficios de la libertad preparatoria o de la condena condicional, salvo que se trate de quienes colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada.”

“Artículo 44. La misma regla se aplicará en relación al tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena a que se refiere la ley que establece las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.”

²⁵ Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

²⁶ Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

²⁷ “Artículo 12. El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculcado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.”

d) De conformidad con lo dispuesto en los artículos 8 y 23 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada en el Distrito Federal, es factible investigar y fundamentar una averiguación previa con el dicho de testigos protegidos, es decir, con la reserva de su identidad y también es factible hacer una reducción de pena según la incriminación que se dé respecto de otras personas, a través de lo que bien se puede considerar como una pena negociada;

e) Lo mismo se puede decir de la reforma del ejecutivo federal denominada “Reforma Estructural al Sistema de Justicia Penal Mexicano” de marzo de 2004, que modifica el artículo 16 de la Constitución federal a fin de que se deje claro que *las excepciones que plantea la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada son perfectamente legales*, dado que es la propia constitución la que ordena que exista una ley que defina los delitos, términos y modalidades para su investigación y persecución.²⁸

b) El decreto que reforma y adiciona diversos artículos del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en materia de terrorismo internacional

También sirve de referencia para nuestros comentarios el Decreto que reforma y adiciona diversos artículos del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en materia de terrorismo internacional, derivada del dictamen que formularon las Comisiones Unidas de Justicia y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores de fecha 14 de julio de 2005.

Lo primero que hay que decir es que, efectivamente de la lectura de este decreto, se advierten algunas notas que resultan acordes con el derecho de lucha o de combate que plantea Jakobs, además de que permite afirmar que México también cuenta con la regulación expresa de la figura de la conspiración para cometer cualquier delito que la ley prevea, la novedad se presenta porque esta figura jurídica que se corresponde con un acto preparatorio, dejó de referir sólo a los delitos que atentan contra la seguridad nacional, tal y como lo disponía el artículo 141 del Código Penal Federal.

Ahora bien, la reforma también incluye el tipo penal de *terrorismo internacional*, que es uno de los delitos que con más frecuencia es tomado como ejemplo respecto del tema del Derecho penal del enemigo, asignándole una sanción que va de 15 a 40 años de prisión, destacando el hecho de que *se considera punible incluso la mera amenaza de cometer el acto terrorista, la preparación y por supuesto la conspiración misma*.²⁹

III. El Derecho penal del enemigo en la reforma constitucional en materia penal

El 19 de diciembre de 2006, la Cámara de Diputados hizo su propuesta de reforma constitucional. Por su parte, el Ejecutivo Federal hizo lo propio el 9 de marzo de 2007.

En el mismo sentido otros diputados federales, de diferentes corrientes políticas, expusieron diversas consideraciones el 4 de octubre de 2007.

Finalmente, se publicó el “*Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Po-*

²⁸ El párrafo que adiciona la reforma al artículo 16 constitucional dice: “La ley definirá los casos en que los delitos se considerarán como de delincuencia organizada, así como los términos y modalidades para su investigación y persecución”.

²⁹ Así se advierte en la redacción de los artículos 148 bis, 148 Ter y 148 Quáter. Artículo 148 Bis. “Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten: I) A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes o personas de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para tratar de menoscabar la autoridad de ese estado extranjero, u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación. II) Al que directa o indirectamente financie, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer actos terroristas internacionales, o en apoyo de personas u organizaciones terroristas que operen en el extranjero, y III). Al que acuerde o prepare en territorio mexicano un acto terrorista que se pretenda cometer o se haya cometido en el extranjero. Artículo 148 Ter.- Se impondrá pena de cinco a diez años de prisión y de cien a trescientos días multa, a quien encubra a un terrorista, teniendo conocimiento de su identidad o de que realiza alguna de las actividades previstas en el presente capítulo. Artículo 148 Quáter.- Se aplicará pena de seis a doce años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa al que amenace con cometer el delito de terrorismo a que se refiere la fracción primera del artículo 148 Bis”.

lítica de los Estados Unidos Mexicanos”, en la *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados número 2401-VIII, el 11 de diciembre de 2007.

De este dictamen destacaron frases como la siguiente:

Éstos son los planteamientos de reforma en materia penal que ahora ocuparán los debates de los estudiosos de la materia, el producto final lo podemos anticipar como ecléctico, dado que en ambas propuestas existen inercias que no se pueden detener como son los temas de la implementación del sistema acusatorio por un lado y el del combate a la delincuencia organizada por otro.

En concreto, la propuesta de reforma constitucional que envió el Ejecutivo Federal a la Cámara de Senadores no hay duda que tiene implícitos tintes de este llamado Derecho penal del enemigo, pero también hay que decir que en nuestro país ya convivíamos con ello. Creemos que lo importante será delimitar hasta qué punto la Constitución deja abierta esta disminución de garantías de legalidad y seguridad jurídica a toda forma de delincuencia organizada, porque en tal caso el pronóstico sí que es delicado. Será pues la lucha entre una propuesta de reforma dura como lo es ésta y una garantista también de línea dura como es la que buscan plantear los diputados federales.

Éste es el tema, la realidad es que hubo varias iniciativas de reforma constitucional que en teoría pugnaban por lograr un mejor sistema penal, pero lo cierto es que unas contenían planteamientos más autoritarios y otras más garantistas, creemos que el desenlace se dio como lo pronosticamos, con una fórmula que logró armonizar en la reforma publicada en 2008, tanto el fondo jurídico y de política criminal, como los de interés y planteamientos de política del Poder Ejecutivo.

Así fue que de lo planteado por el Ejecutivo como prioritario se destacan entre otras cosas los siguientes puntos: a) la facultad de investigación de la policía y b) la legitimación constitucional de los temas vinculados con la delincuencia organizada, y el control federal de la misma.

Los dispositivos legales que se reformaron conforme a lo mencionado son los siguientes:

Artículo 21 [...].

La investigación de los delitos corresponde al ministerio público y a las policías, las cuales actuarán bajo

la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

Artículo 16 [...].

[Párrafo 7º] La autoridad judicial, a petición del ministerio público y tratándose de delitos de *delincuencia organizada*, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

[Párrafo 8º] Por *delincuencia organizada* se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

[Párrafo 10º] En los casos de *delincuencia organizada*, el Ministerio Público de la Federación, autorizado en cada caso por el Procurador General de la República tendrá acceso directo a la documentación fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral y aquélla que por ley tenga carácter reservado, cuando se encuentre relacionada con la investigación del delito

Artículo 18 [...].

[Párrafo 8º] Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán purgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de *delincuencia organizada* y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

[Párrafo 9º] Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por *delincuencia organizada* con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Artículo 19 [...].

[Párrafo 2º] El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de *delincuencia organizada*, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

[Párrafo 6°] Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por *delincuencia organizada* el inculpaado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

Artículo 20, inciso B. De los derechos de toda persona imputada [...].

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el ministerio público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de *delincuencia organizada*, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculpaado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de *delincuencia organizada* [...].

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, *por razones de seguridad nacional, seguridad pública*, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En *delincuencia organizada*, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpaado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.

Artículo 20 apartado C. De los derechos de la víctima o del ofendido [...].

C. De los derechos de la víctima o del ofendido [...].

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o *delincuencia organizada*; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

Artículo 22 [...].

En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas: [...].

II. Procederá en los casos de *delincuencia organizada*, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XX [...].

XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de *delincuencia organizada*.

Transitorios.

Sexto. Las legislaciones en materia de *delincuencia organizada* de las entidades federativas continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución. Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados por la entrada en vigor de la legislación federal. Por lo tanto, deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última.

Ahora bien, para que nuestro país pueda contar con el sistema acusatorio, la justicia alternativa, el nuevo derrotero del sistema penitenciario, la modificación a la prisión preventiva y la amplificación de los derechos de las víctimas, las modificaciones constitucionales fueron las siguientes:

Artículo 16 [...].

[Párrafo 2°] No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

[Párrafo 4°] Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del ministerio público. Existirá un registro inmediato de la detención.

[Párrafo 15°] Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y ministerio público y demás autoridades competentes.

Artículo 17 [...].

[Párrafo 3°] Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del

daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

[Párrafo 4º] Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

(Párrafo 6º) 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.

Artículo 18 [...].

[Párrafo 2º] El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación y la salud como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Artículo 19 [...].

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

El ministerio público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso. El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley.

Artículo 20 [...].

El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley.

Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula; y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se de-

clare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio.

Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el ministerio público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten.

Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca [...].

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal [...].

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas.

Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.

VI. Le serán facilitados todos los datos [...].

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirse declaración o entrevistarlos.

Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa.

A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses [...].

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención [...].

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención [...].

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

Si cumplido este término no se ha pronunciado sen-

tencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica [...].

II. Coadyuvar con el ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño [...].

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El ministerio público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos;

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del ministerio público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Artículo 21 [...].

La investigación de los delitos [...].

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al ministerio público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

[Párrafo 6°] El ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

Artículo 22 [...].

Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confis-

cación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Transitorios

Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimoquinto; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito. En el momento en que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, los poderes u órgano legislativos competentes deberán emitir, asimismo, una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra esta Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales

Tercero. No obstante lo previsto en el artículo transitorio segundo, el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimoquinto; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor al día siguiente de la publicación del presente Decreto en el Diario Oficial de la Federación, en las entidades federativas que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes, siendo plenamente válidas las actuaciones procesales que se hubieren practicado con fundamento en tales ordenamientos, independientemente de la fecha en que éstos entraron en vigor. Para tal efecto, deberán hacer la declaratoria prevista en el artículo transitorio segundo.

De lo visto, podemos afirmar que esta reforma Constitucional en materia penal, quizá una de las más extensas por todos los tópicos de los que se ocupó, presenta una coyuntura *sui generis* dado que por una parte se plantea en ella una clara amplificación de garantías individuales de cara a la aplicación del sistema acusatorio en México, donde se da vigencia y positividad al principio de presunción de inocencia y los

que tienen que ver precisamente con el método del nuevo sistema penal, pero al mismo tiempo se deja ver como la reforma que en más artículos se ocupó de legitimar la forma de proceder en contra de la delincuencia organizada, incluso de la propia tipificación del delito en el párrafo 8° del artículo 16, es decir, que es una reforma que contiene valga lo paradójico un gran número de limitantes y restricciones a las garantías individuales.

La incursión de este tipo de normatividad no es pacífica, por el contrario, de inmediato da cuenta de una legislación violenta de un sistema jurídico que implica el endurecimiento de la reacción estatal y que parte desde la misma reducción de garantías, la legitimación de severos actos de molestia e incluso de actos sumarios de privación de derechos.

Por ello, siempre nos hemos manifestado en favor de tener perfectamente limitados los casos en los que puede entrar en actividad este Derecho “alternativo”; es decir, evitar a toda costa incluir como delincuencia organizada un gran catálogo de delitos, tal y como se está haciendo, pues a la fecha, *en la materia federal, el artículo 2° de la LFCDO* plantea un catálogo de dieciocho diferentes tipos penales que pueden ser considerados como delincuencia organizada y por ende encuadrar en este Derecho especial.

Este ordenamiento, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de noviembre de 1996, ha sufrido diversas reformas, en las que se ha modificado el artículo segundo de la ley contra la delincuencia organizada en el ámbito federal, hasta enumerar los siguientes delitos:

Artículo 2o. Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada [...]. I. Terrorismo [...] terrorismo internacional [...] contra la salud [...] falsificación o alteración de moneda [...] operaciones con recursos de procedencia ilícita [...]. II. Acopio y tráfico de armas [...]. III. Tráfico de indocumentados [...]. IV. Tráfico de órganos [...]. V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo [...] pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de perso-

nas que no tienen capacidad para resistirlo [...] turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo [...] lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo [...] secuestro [...] tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho [...]. VI. Trata de personas [...].

Por lo que hace a *la materia local*, en el artículo 254 del CPDF, se plantea a su vez un catálogo de diecinueve tipos penales que pueden ser considerados como delincuencia organizada y por ende encuadrar en este Derecho especial.

El código sustantivo en materia penal que se encuentra vigente en esta ciudad fue publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 16 de julio de 2002. A partir de entonces, ha sufrido diversas reformas en lo tocante a su numeral segundo, hasta quedar como sigue en su redacción vigente:

Artículo 254.- Se impondrá de cuatro a diez años de prisión y de doscientos hasta mil días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos, a quien integre una organización de hecho de tres o más personas para cometer, en forma permanente o reiterada, alguno de los delitos siguientes: I. Ataques a la paz pública [...]. II. Corrupción de persona menor de dieciocho años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o de persona que no tiene capacidad de resistir la conducta [...]. III. Extorsión [...]. IV. Falsificación de documentos públicos [...]. V. Homicidio [...]. VI. Lenocinio [...]. VII. Operaciones con recursos de procedencia ilícita [...]. VIII. Pornografía [...]. IX. Privación de la libertad personal [...]. X. Retención y sustracción de menores e incapaces [...]. XI. Robo [...]. XII. Secuestro [...]. XIII. Tráfico de menores [...]. XIV. Violación [...]. XV. Turismo sexual [...]. XVI. Trata de Personas [...]. XVII. Explotación laboral de menores o personas con discapacidad física o mental [...]. XVIII. Encubrimiento por receptación [...]. XIX. Encubrimiento por favorecimiento [...].

De no cuidar la limitación del Derecho penal del enemigo el riesgo es doble, pues por un lado tendremos un Derecho penal más agresivo, más violento y por otro la expansión de ese Derecho, alejándonos cada vez más de la existencia de un Derecho penal

mínimo, con lo que, lejos de crear un clima de tranquilidad o de generar la sensación de seguridad, lo que tendríamos ahora sería una inseguridad jurídica.

IV. Comentarios finales

Con el análisis realizado, y como hemos sostenido en diversos foros, podemos afirmar que en México no vamos a transitar hacia el Derecho penal del enemigo, ya estamos trabajando con disposiciones que muestran sus características desde hace tiempo; por ello podemos decir también que la reforma constitucional no es novedosa, si acaso solamente es extensiva, amplificadora.

Es claro que ninguna sociedad puede transitar con los mismos instrumentos legales, mucho menos con los modelos sociales de la actualidad que cada vez dan muestra de ser más y más complejos.

Está claro que en esta gran reforma penal se modificó el discurso que se había centrado sólo en el incremento de penas, ahora se trata de legitimar la reducción de garantías a un sector específico, a uno considerado como muy peligroso. Este cuerpo normativo trabajará en la disyuntiva de considerarlo como de excepción o bien de especialidad. En relación con esto último hay una posición que resulta muy interesante y que afirma que la convivencia jurídica de este Derecho penal del enemigo puede darse a través del principio de proporcionalidad. Principio de proporcionalidad que está ya inmerso en muchos de los códigos penales del mundo, de los más avanzados como son el alemán y el español, al plantear la vigencia de disposiciones que tienen que ver con la *especial peligrosidad*. Así se erige en una concepción diferenciadora que busca legitimar los planteamientos del Derecho penal del enemigo. Parece ser la única forma de justificarlo.

Es un hecho que la postura de Jakobs en torno al Derecho penal del enemigo resulta de difícil crítica, en buena medida porque el doctor parte de un plano de realidad indiscutible: *existe una delincuencia que presenta características especiales, respecto a la cual el Estado se ha visto rebasado*.

Además, al dar lectura a varios de sus trabajos se advierten matizaciones que dan cuenta, tanto de respuestas como de correcciones que tienen como origen las críticas y objeciones que le han sido formuladas.

Así por ejemplo, en su trabajo denominado “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes

jurídicos y protección de la vigencia de la norma”,³⁰ Jakobs relaja su postura respecto a los enemigos, en cuanto a considerarlos como *personas* para los efectos del mensaje inicial de la prevención general positiva, al tiempo que hace hincapié respecto de la necesidad de tomar en cuenta la prevención especial, en la que descansa su consideración de los sujetos como *focos de peligro* y ya no como persona competente, equiparando además a la pena en cuanto a su contenido material como una medida de seguridad (*custodia de seguridad*).

Además, ofrece toda una explicación para dar soporte a los adelantamientos de la línea de defensa, cuando menos desde el plano de los delitos de peligro abstracto, mencionando que éstos resultan indispensables en una sociedad llena de contactos anónimos que exige seguridad cognitiva.

En efecto, es innegable que existen formas de delincuencia que se muestran como altamente dañinas para la sociedad: peligrosas, violentas, sofisticadas y perfectamente preparadas para llevar a cabo una serie de actividades delictivas no sólo de forma reiterada, sino más bien de manera permanente.³¹ Es una criminalidad que no responde a desviaciones ocasionales, a impulsos, a arrebatos, ni necesariamente a una psicopatía, se trata de un grupo que ha advertido un nicho de oportunidad para enriquecerse a costa de todo el daño que su proceder pueda hacer a los grupos sociales, trabajan con la vulneración de los bienes más preciados para los hombres como son la vida, la libertad, la salud e incluso la seguridad nacional, actualizan con sus conductas, ya sea para obtener recursos o inclusive para comunicarse con otros grupos delictivos, los delitos considerados más duros del Código Penal, y todo ello de manera organizada, permanente, retardadora para todas las instituciones del Estado.

Esta problemática consistente en la existencia de una delincuencia tan especialmente agresiva y la necesidad de buscar un nicho normativo de particular respuesta para ella, ya ha sido destacada por distintos autores, quienes no obstante que no están de acuerdo con las justificaciones de Jakobs en torno al Derecho penal del enemigo, sí reconocen su punto

de partida, por ejemplo, el doctor Jesús María Silva Sánchez señala que: “Es innegable que la existencia de una criminalidad organizada, que además opera a nivel internacional, constituye claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados).”³² En el mismo sentido el doctor Luis Gracia Martín afirma:

Puesto que la existencia de enemigos en el sentido descrito es un hecho real y puesto que la falta de seguridad cognitiva existente respecto a ellos —esto es, el peligro que los ordenamientos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico— es un problema que no puede ser resuelto con el Derecho penal ordinario (del ciudadano) ni tampoco con medios policiales, de ahí resulta la necesidad —que no tiene ninguna alternativa posible— de configurar un Derecho penal del enemigo diferenciando sus principios y sus reglas.³³

Ahora bien, lo cierto es que todos los Estados, de una manera o de otra, buscan la forma de actuar en contra de este tipo de mal social; sin embargo, en muchas de las ocasiones se opta por la legitimación de normas severamente duras y por supuesto “excepcionales o especiales”, recurriendo para ello sólo a la legitimación que se deriva de la positivación de una idea que se eleva al rango de ley.

En efecto, se afirma que por lógica jurídica no puede ser ilegal lo que se encuentra plasmado en una ley; este razonamiento no es del todo correcto. Lo cierto es que aun y cuando se encuentre prevista en una ley la forma en que los órganos del Estado harán frente a una determinada problemática —como lo puede ser la delincuencia organizada transnacional—, dicha ley aún tiene que pasar por el filtro de las garantías individuales y los Derechos fundamentales analizando si es que con sus disposiciones no se ve vulnerada alguna de éstas o aquéllos.

Éste es el caso de nuestro país y por supuesto que la tarea no puede ser sencilla, pues en principio el problema se da en el momento mismo en el que las distinciones se establecen en la propia constitución, pues claro está que no puede ser tildada de inconstitucional una norma constitucional.

³⁰ Vid. internet, Günther Jakobs, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid.

³¹ El término *permanente*, lo referimos a la duración del grupo delictivo y no a la clasificación que corresponde al delito de delincuencia organizada por su forma de consumación.

³² Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1999, p. 22.

³³ Ob. cit., Gracia Martín, Luis, p. 103.

Así por ejemplo, de la lectura de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte un trato *desigual* respecto al plazo para retener a una persona cuando ésta se encuentra detenida ante el Ministerio Público, así se lee en el artículo 16 constitucional párrafo séptimo:

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; *este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.*

En el mismo tenor, también tenemos que la disposición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que autoriza la escucha de comunicaciones como una forma legal de investigación³⁴ tiene su asidero constitucional en lo que el noveno párrafo del artículo 16 de la carta magna señala:

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

No hay duda que ambos casos dan cuenta de una *restricción* de las garantías procedimentales que operan de forma general, pero es una restricción que se da dentro del propio marco constitucional, por lo que en términos de lo dispuesto por el propio artículo 1 de nuestra ley fundamental que señala: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”, no hay nada que alegar en contra.

No obstante, no sucede lo mismo respecto de otras disposiciones en las que la ley en cuestión también da un trato desigual a las personas que se encuentran sujetas a su aplicación, la diferencia estriba en que las demás restricciones procesales no se encuentran previstas en la constitución en forma expresa, ni mucho menos con una fórmula general, por lo que es válido afirmar que tales limitantes o, si se quiere para hacerlo más gráfico, tal ampliación de facultades de la autoridad investigadora pueden considerarse violatorias tanto al Derecho fundamental que se encuentra plasmado en la garantía de igualdad que deriva del propio artículo 1 de la Constitución Federal al que ya nos referimos, así como al de Seguridad Jurídica que se contiene en el propio artículo 16 constitucional primer párrafo y, por ende, resultar inconstitucionales.

Sin duda que el conocimiento de esta *irregularidad*, por llamarla de alguna manera, ha dado razón a que en su momento la propia exposición de motivos de la iniciativa presidencial señalara lo siguiente:

Resulta necesario que se adicione el artículo 16 constitucional a efecto de que se eleve al nivel de la Ley Fundamental la previsión de este tipo de delincuencia, pero *sólo con la finalidad de evitar interpretaciones equívocas* sobre el suficiente sustento de la ley secundaria y ésta se encargue de prever los casos en que se consideren de esta naturaleza los delitos, así como los

³⁴ “Artículo 16. Cuando en la averiguación previa de alguno de los delitos a que se refiere esta Ley o durante el proceso respectivo, el Procurador General de la República o el titular de la unidad especializada a que se refiere el artículo 8º anterior, consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas, lo solicitarán por escrito al juez de distrito, expresando el objeto y necesidad de la intervención, los indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada; así como los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretenda probar.

“Las solicitudes de intervención deberán señalar, además, la persona o personas que serán investigadas; la identificación del lugar o lugares donde se realizará; el tipo de comunicación privada a ser intervenida; su duración; y el procedimiento y equipos para la intervención y, en su caso, la identificación de la persona a cuyo cargo está la prestación del servicio a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención.

“Podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores.”

términos y modalidades para su investigación y persecución. Cabe precisar, que se busca reservar el instrumento jurídico contra la delincuencia organizada para el fuero federal, como hasta ahora ha venido sucediendo, en razón de mantener en su mínima expresión el sistema penal y procesal especial que le aplica.

En efecto, ya el propio Jakobs en su ponencia de 1985 en Frankfurt en el marco de Congreso de penalistas alemanes,³⁵ al defender el modelo de Estado liberal, señaló como ilegítimo adelantar la línea de intervención del Estado hasta el ámbito privado de los sujetos,³⁶ no obstante ello, también advirtió que bien podían existir —incluso en el momento mismo de su ponencia— disposiciones de derecho positivo que se correspondieran con un trato de *enemigos* para ciertos sujetos, pero aclaró, que ello no tiene problema siempre y cuando se entendiera como “Un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa”.³⁷

Se reafirma entonces un concierto doctrinal que reconoce la existencia de algunas conductas pertenecientes al ámbito de lo penal que reclaman del Estado una actuación más severa que la que se utiliza para resto de los supuestos que criminaliza.

En efecto, creemos que la reiteración va en ese sentido y *no puede haber otra salida más que la que se derive de atender a una política criminal de justicia distributiva*,³⁸ en la que se dé un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, ello, por supuesto en relación con lo que el propio Estado considere como necesario de ubicar en uno u otro ámbito, sin soslayar en que para el trato desigual también será válido tomar en cuenta la experiencia de otros estados, pues se debe tener presente que las conductas que generalmente se encuentran en el marco del Derecho penal del enemigo son aquellas que tienen que ver con la delincuencia organizada, y ésta no hay duda de

que es absolutamente transnacional como consecuencia del acelerado desarrollo de la globalización.³⁹

Se advierte pues que *no puede justificarse, a nivel de ley secundaria, la existencia de un Derecho penal que se muestre como una normativa de uso emergente, como un derecho de excepción, ni siquiera especial, contando para ello tan sólo con el argumento de que se trata de no personas*, de sujetos que dada su persistencia para comportarse contra lo mandado por la norma los convierte en *enemigos*, en sujetos diferentes a los ciudadanos; no, no es suficiente, pues en contra de tales razones resulta suficiente la objeción que opuso en su momento Gracia Martín, en el sentido de que con tales consideraciones se afecta de modo directo un valor fundamental e inherente al ser humano, *la dignidad*, lo que convierte a cualquier derecho en inválido.⁴⁰

No obstante, tampoco somos ajenos y mucho menos indiferentes a la necesidad de reaccionar en contra de esas conductas que el Estado mexicano ha incluido en el catálogo de la delincuencia organizada, pero *no creemos que se pueda justificar una normativa así sólo con argumentos como los siguientes*:

No puede tratarse igual a las personas que cometen delitos ocasionales, que a quienes cotidianamente asumen patrones de conducta profesional para atentar contra el Estado y la sociedad. Por ello la lucha eficiente contra la delincuencia organizada es un presupuesto necesario para fortalecer al Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos en México.

La delincuencia organizada atenta contra los principios básicos de la vida comunitaria y de la esencia estatal, generando descomposición social e inestabilidad política.

Lo anterior, debilita el Estado de Derecho y la capacidad efectiva de las instituciones públicas para defender los derechos fundamentales del ser humano.

Dicho de otra forma, se preserva el régimen de excepción en el combate a este tipo de delincuencia y ante la adopción de un modelo acusatorio para la delincuencia común, se incorporan a esta Ley las principales figuras de la averiguación previa propia del modelo procesal

³⁵ *Supra*, página 140.

³⁶ En concreto criticó entre otros el artículo 30 del Código Penal alemán que prevé una forma de intervención anticipada, a manera de tentativa de participación.

³⁷ Jakobs, Günther, “Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico”, *Estudios de Derecho Penal*, Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, pp. 322-323.

³⁸ *Vid.* <http://www.uaem.mx/oferta/facultades/humanidades/filos/Arto-EticaV.htm>

³⁹ Buscaglia, Edgardo y González Ruiz, Samuel, *Reflexiones en torno a la Delincuencia Organizada*, ITAM-INACIPE, México, 2005, p. 34.

⁴⁰ *Ob. cit.*, Gracia, Martín, pp. 235-244.

mixto que actualmente rige el procedimiento en delitos de esta naturaleza, de manera que se mantiene un esquema con tendencia inquisitiva dentro de la averiguación previa y un modelo mixto para el proceso penal.⁴¹

Consideramos indispensable trabajar a nivel constitucional en una justificación que oriente este tipo de normativa hacia una *legislación especial*,⁴² en la cual se entienda que forma parte del propio Derecho penal y que en él se da cabida a una serie de disposiciones que se especializan en una criminalización particular, en la que de ninguna manera se dejan de reconocer a los receptores del mensaje normativo como individuos competentes y susceptibles de asimilar la prevención general positiva, aunque ya en lo que corresponda a la ejecución se puedan argumentar razones de peligrosidad para justificar un trato diferente al de los demás, incluso, como lo propone el maestro Jakobs, a ser considerados como un *foco de peligro*, pero en todo caso conservando la atención estricta al principio de legalidad, independientemente de que se puedan ampliar términos, plazos o formas de investigación, pues de cualquier modo también deberá de haber sistemas de control de la propia actuación del Estado a fin de evitar excesos.⁴³

Con todo ello será dable afirmar que se trata de un sistema jurídico que puede ser reconocido como válido, dejando fuera cualquier posibilidad de considerar que se trata de la instrumentación jurídica derivada de una razón de Estado, si no más bien del reflejo de una reacción necesaria de un Estado democrático.

Así las cosas, antes de concluir vale la pena repasar algunas ideas:

No es Jakobs quien inventa el Derecho penal del enemigo, simplemente hace mención al enemigo en una ponencia en Frankfurt en 1985, donde él tenía

una postura y una idea diferente respecto de esa clase de estructura normativa, decía entonces que era ilegítimo que el derecho adelantara su línea de defensa. Después fue cambiando su línea de pensamiento y empezó a justificar, en sus ponencias de 1999 y de 2002, la implementación de este tipo de medidas. Pero digamos que esta historia del Derecho penal del enemigo tiene un largo pasado, y se sitúa en la realidad del devenir del hombre, sobre todo de aquellos que fueron considerados como “el enemigo político”; así han existido los disidentes, los colonos, los sujetos mestizos que daban muchos más problemas que los que eran de una raza indígena pura; los genéticamente malformados, los grupos minoritarios rebeldes, en sí, una serie de personas que se han ido encasillando y colocando como *sujetos respecto de los cuales hay que tener cuidado*.

En esta misma idea también se han señalado aquellos sujetos que hay que considerar como peligrosos y la justificación para esto no ha sido diferente, lo es precisamente la situación de peligro que genera ese grupo, para una clase en concreto, para un grupo de la sociedad que se muestra como susceptible de ser dañada.

Entonces, ante esos escenarios, la legitimación del Estado surge precisamente para establecer cualquier tipo de reacción que sirva desde su concepción para neutralizar o bien para erradicar ese “foco de peligro”, aunque hay que decir que las reacciones han sido de lo más variado. Hemos tenido reacciones que utilizaron como método la hoguera, otras al fusilamiento, las ordalías, las ejecuciones sumarias, las retenciones ilegales, las desapariciones forzadas, el abuso de la prisión preventiva y en general con cualquier tipo de medida que pudiera generar un dejo de seguridad para la sociedad.

⁴¹ Texto de la exposición de motivos que en torno a las reformas a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada contuvo la iniciativa del ejecutivo de 2004 citada *supra*.

⁴² Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado que las leyes especiales no resultan violatorias de garantías individuales tal y como se desprende de la siguiente jurisprudencia: “Novena Época Instancia: Pleno Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* Tomo: VII, Marzo de 1998 Tesis: P./J. 18/98 Página: 7 Materia: Constitucional. LEYES PRIVATIVAS. SU DIFERENCIA CON LAS LEYES ESPECIALES. Las leyes privativas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia, encontrándose prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido a que atentan contra el principio de igualdad jurídica; mientras que las leyes especiales, aun cuando se aplican a una o a varias categorías de personas relacionadas con hechos, situaciones o actividades específicas, sí se encuentran investidas de las características de generalidad, abstracción y permanencia, dado que se aplican a todas las personas que se colocan dentro de las hipótesis que prevén y no están dirigidas a una persona o grupo de ellas individualmente determinado, además de que su vigencia jurídica pervive después de aplicarse a un caso concreto para regular los casos posteriores en que se actualicen los supuestos contenidos en ellas, no transgrediendo, por tanto, el citado precepto constitucional. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número 18/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho”.

⁴³ Ob. cit., Buscaglia Edgardo y González Ruiz Samuel, pp. 33-56.

Esta mecánica se ha ido trasladando desde Roma a la Edad Media, a la Revolución Industrial, a las colonizaciones, a la guerra, a la modernidad y ahora hasta la globalización. Siempre han existido los individuos molestos para el sistema de gobierno, las causas son las más variadas, desde ideológicas, teleológicas hasta biológico-genéticas, siempre se ha señalado a *los extraños*, sólo que Jakobs, cuando hizo mención a este grupo de sujetos, dijo que eran *enemigos*, así lo refirió: *en este mismo momento pudiera haber alguien que fuera considerado como enemigo en potencia para el Estado* y de ahí empezó este debate y esta construcción del enemigo.

Está claro que por más que argumentemos no se ve factible eliminar de las políticas criminales de los estados los cuerpos legales que apuntan a las características del Derecho penal del enemigo, es una normativa con la que ya se da la convivencia incluso desde la exposición de motivos del entonces presidente Fox el 29 de marzo del año 2004, cuando decía que no puede tratarse igual a las personas que cometen delitos ocasionales, que a quienes cotidianamente asumen patrones de conducta profesionales para atentar contra el Estado y la sociedad, utilizando una argumentación clara de esta clase de derecho y por supuesto distinguir entre los delincuentes ocasionales y los que pertenecen a la delincuencia organizada.

Una de las objeciones más reiteradas y que surgen de inicio al tomar conocimiento de los argumentos de Jakobs, es su consideración de que existan normas que sean dirigidas a quienes se consideran como *no personas*, sólo que no hay que perder de vista que Jakobs, cuando plantea su concepto de persona como individuo, lo hace desde el punto de vista del derecho funcional sistémico, entonces para él *persona* es un concepto que por supuesto está valorado desde el punto de vista normativo, si lo vemos así, la persona es la que está en la sociedad y se desenvuelve en un sistema actualizando de expectativas de los demás; y el otro, el *enemigo*, que bien pudo haberlo llamado sólo *individuo* como lo hace Luhman, sólo forma parte del ambiente, la persona en cambio es la que tiene el contacto con los demás integrantes del sistema y está jugando un rol y que por eso forma parte del sistema, *el que está fuera del sistema no es persona en esa concepción*, es un individuo, llámesele enemigo o como quieran, por ejemplo: el menor de edad no es persona para los efectos del Código Penal, es individuo, pero no por eso deja de ser persona para el Derecho Civil, entonces tampoco debe alarmarnos

tanto el concepto *no persona*, pues no creo que por su utilización al construir los argumentos que justifican el Derecho penal del enemigo se le quite la dignidad al ser humano.

En todo caso habrá que tener conciencia de que se trata de una construcción normativa que debe ser acotada en su utilización a la que se deben oponer todos y cada uno de los derechos fundamentales en contra de su expansión, y por su puesto de su utilización más allá de los casos estrictos que difícilmente pueden ser rebatidos. Y por supuesto no hay que perder de vista que es una de las armas más poderosas con la que cuenta el Estado para llevar a cabo la aplicación más letal del Derecho penal.

Bibliografía

- Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, España.
- García Amado, Juan Antonio, *El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*, Universidad de León Castilla.
- Jakobs, Günther, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, España, 2003.
- Manríquez R., Juan Carlos, "Sobre la Pretendida Realidad y Eficiencia del Derecho Penal del Enemigo, Como Medio de Aseguramiento de 'Espacios de Verdadera Libertad' apostillas a Polaino – Orts y a Caro John", *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago*, Guayaquil, Chile, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=529Itemid=34
- Moreno Hernández, Moisés, *Las transformaciones de la legislación penal mexicana en los últimos veinte años (los vaivenes de la política criminal mexicana)*. Libro Homenaje al doctor José Cerezo Mir, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002.
- Muñoz Conde, Francisco, *El Derecho Penal del Enemigo*, Editorial INACIPE (Conferencias magistrales número 6), México, 2003.
- Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Hammurabi, 2005.
- Prittwitz Cornelius, "Derecho Penal del Enemigo: ¿Análisis Crítico o Programa del Derecho Penal?", en *La Política Criminal en Europa*, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, directores, Barcelona, España, 2004.



El bien jurídico como principio irrenunciable en el derecho penal del siglo XXI

Gilberto Martiñón Cano

*Doctor en derecho por la Universidad de Granada.
Maestro en ciencias jurídico penales
por la Universidad de Guanajuato-México.
Maestro en impartición de justicia penal por la
Universidad Iberoamericana y el Consejo del Poder
Judicial del estado de Guanajuato-México.
Juez penal de partido en Guanajuato-México.*

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

RESUMEN: *En el pasado, con inspiración musificada en la ilustración, se forjaron los principios de derecho penal clásico, entre ellos el de mínima intervención. No obstante, en la actualidad, época de las “sociedades postindustriales de riesgo”, existe un expansionismo del derecho penal caracterizado por la proliferación de delitos de bien jurídico colectivo y de peligro abstracto, por lo que se habla de una crisis de legitimidad del derecho penal.*

Por esa situación se enfrentan dos posturas: El mínimo intervencionismo versus el expansionismo del derecho penal y, a fin de encontrar la más adecuada solución, debe analizarse lo existente en la actualidad, no el pasado, evitar el derecho penal simbólico, traducir los conceptos sociológicos de riesgo a términos jurídico penales y conciliar el nuevo derecho penal con otras materias jurídicas, en cuya fusión, aparecerán nuevas ramas de conocimiento.

La nueva rama del derecho penal, consecuencia de la “creación de riesgos no tolerados” tiene que redefinir los principios de viejo cuño, resultando previsible que no subsista el de mínima intervención. Pero un principio, en ningún caso renunciabile, es el de ofensividad o bien jurídico.

PALABRAS CLAVE: *Derecho penal clásico, Derecho penal extendido, Principio de intervención mínima, Delitos de peligro abstracto, Bien jurídico.*

Sumario: I. El problema: Crisis de legitimación del derecho penal. II. El principio de intervención mínima del derecho penal clásico. III. El derecho penal extendido. IV. Los parámetros para encontrar la solución a la crisis de legitimación de derecho penal. 1. El análisis debe ser del presente, no del pasado. 2. Rechazar el derecho penal simbólico. 3. Elaborar un concepto jurídico penal de riesgo. 4. Conciliar el derecho penal con otras materias jurídicas. V. La nueva rama de derecho penal. VI. La legitimidad del derecho penal. VII. El bien jurídico como elemento legitimador del derecho penal.

I. El problema: Crisis de legitimación del derecho penal

El derecho penal del presente se sustenta en principios mayoritariamente forjados en el pasado, después de la Ilustración pero inspirados en ella, entre otros, el de intervención mínima¹ que se erige como piedra angular del discurso garantista.

Dicho principio identifica dos mecanismos de control social: el informal que pertenece a la sociedad y el formal del Estado, los que se encuentran sincronizados de forma tal que cuando el primero falla entra el segundo en búsqueda de restablecer los valores básicos de la convivencia; por lo que, en un conflicto social, el derecho penal es, debe ser, el último recurso en aplicarse.

Sin embargo, la sociedad no es como era, ha cambiado, por lo que el argumento que sirvió en el pasado no soluciona satisfactoriamente los problemas del siglo XXI. Hoy por hoy, como explica la tesis de las “sociedades contemporáneas de riesgo”, no hay un exiguo intervencionismo penal; por el contrario, una mayúscula proliferación de delitos.²

En el discurso tradicional se afirma que el derecho penal es legítimo cuando el Estado interviene aplicando, lo menos posible, el *ius puniendi* y lo hace hasta después de que otras ramas del derecho han fracasado en su intento por controlar las conductas antisociales. Sin embargo, en la praxis contemporánea, en muchas ocasiones, el derecho penal se aplica como primer recurso y a veces como el único. Por lo que el derecho penal clásico se haya en crisis,³ ya que se combinan sus fines originales con otros que le son ajenos y característicos de otras especialidades jurídicas, fundamentalmente las del derecho administrativo; por lo

que se habla del fenómeno de “la administrativización del derecho penal”.

Ahí el dilema, ahí se sitúa en el cuadrilátero de la polémica: el principio de intervención mínima *versus* la “administrativización del derecho penal”.

II. El principio de intervención mínima del derecho penal clásico

El principio de intervención mínima esgrime como arma fundamental su carácter garantista y ataca la tesis del expansionismo sosteniendo que el derecho penal no debe desgastarse en gestiones ordinarias de problemas sociales⁴ y, si lo hace, se torna disfuncional además de que se desnaturaliza.

Disfuncional porque se crean, con desmesura, figuras penales que abarcan el ámbito del derecho administrativo con construcciones dogmáticas carentes de un preciso bien jurídico a más de que limitan garantías y pululan los tipos penales de peligro abstracto.⁵

Desnaturalización ya que el derecho penal, concebido como una rama del derecho público, al “administrativizarse” se privatiza dejando de ser de interés predominantemente estatal como ejemplifica el caso de la “mediación en materia penal”, donde son las partes quienes aportan la solución a una *litis* criminal y no lo resuelve el Estado por medio de un juez.

Producto de ello, los seguidores de esta postura exponen como solución: la renuncia a la búsqueda de nuevos caminos y la erradicación de las figuras penales de riesgo, como las que contengan un bien jurídico difuso.⁶

En esta idea la “escuela de Frankfurt”⁷ explica la expansión del derecho penal como una consecuencia de “la funcionalización social del derecho”, que pro-

¹ Vid. Berdugo Gómez de la Torre, I. y otros, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Editorial Praxis, Barcelona, España, 1999, p. 55.

² Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Editorial Colex, 2006, pp. 137 y ss. Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* [<http://criminnet.ugr.es/recpc>], 11 de julio del 2009, p. 3. Herzog, F., “Límites del derecho penal para controlar los riesgos. Una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro”, en *Nuevo foro penal*, núm. 53, 1991, p. 303.

³ Según Ferrajoli el trance del derecho penal se ubica en tres ejes: la crisis de la legalidad; la crisis de la inadecuación estructural del Estado de Derecho a las funciones de *welfare state* y la crisis de Estado nacional. Ferrajoli, L., *La ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, pp. 15 y ss.

⁴ Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 138.

⁵ Vid. Maqueda Abreu, Ma. L., “La idea de peligro en el moderno derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del proyecto de código penal de 1992”, en *Actualidad penal*, núm. 26, 1994, p. 481.

⁶ Vid. Caro Coria, D.C., “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”, *Memorias del II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Lima, Perú, 1997, *passim*.

⁷ No se interioriza al debate si realmente se trata de una escuela jurídica o de un grupo de autores con una idea común pero mayores diferencias amalgamando abolicionistas y minimalistas. Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

voca que la rama jurídico penal se adecue al nuevo modelo social de “las sociedades de riesgo” edificando nuevos paradigmas, unos que conciben la protección de bienes jurídicos colectivos y otros elaborando tipos penales de peligro abstracto, ambos “malignos”. Por lo que propone el rechazo de toda sistemática que desatienda los principios del derecho penal de corte liberal fraguados en la Ilustración: las garantías del acusado, la protección de bienes jurídicos personales y el reconocimiento del principio de *ultima ratio*⁸ y así repudia:

1. La expansión del derecho penal que crea figuras de peligro abstracto con un bien jurídico vago.
2. Al direccionismo del derecho penal que pretende prevenir el delito controlando la conducta de los gobernados, más que castigarlos cuando lo cometan.⁹
3. El uso del derecho penal como un instrumento de política de seguridad pública, que busca la reducción de riesgos, incrementando las medidas de seguridad.
4. La utilización de un derecho penal simbólico o virtual.¹⁰
5. El destierro de las garantías político criminales y procesales.

III. El derecho penal extendido

En cambio, los que avalan la expansión del derecho penal acusan al sistema clásico de obsoleto, anacrónico e incapaz de explicar y atacar los nuevos fenómenos delictivos basando su proclama proexpansión de figuras penales, básicamente en dos puntos:¹¹

1. La necesidad de crear nuevas figuras penales, fundamentalmente de peligro abstracto y de protección a funciones estatales en la zona que, en antaño, eran competencia exclusiva del derecho administrativo.

2. La pena, en su conservadora concepción, es ineficiente ya que se llega a aplicar donde no hace falta y no se emplea donde sí hace falta,¹² como en los casos de macrorriesgo social.

IV. Los parámetros para encontrar la solución a la crisis de legitimación del derecho penal

1. El análisis debe ser del presente, no del pasado

Para solucionar la crisis de legitimidad del derecho penal un lógico presupuesto, umbral de la solución, es considerar que del hecho nace el derecho y no al contrario.

El hecho, guste o no, es que las sociedades contemporáneas se caracterizan por “el riesgo” irradiante de actividades ilegales o legales que antes no acontecían. Entonces, si el derecho penal pretende solventar los problemas vigentes,¹³ vigente debe ser el estudio que anhele una solución.

En el entendido que el examen no arranca de cero, sino de ponderar y replantear los apogemas¹⁴ elaborados en y para el pretérito,¹⁵ rediseñando su aplicabilidad o descartándolos. Lo que sólo es posible si se considera cada caso en concreto sin que, *a priori*, se descarten todos o se acepten todos.

2. Rechazar el derecho penal simbólico

La respuesta a la nueva criminalidad no se localiza en el camino fácil, emotivo y acientífico, por lo que sin más se descalifica el “derecho penal simbólico” usado por “sofistas del presente” que personifican, con pedantería calculada, un falso discurso político aseverando ser portadores de los reclamos sociales y, muchas veces, han tenido éxito engendrando delitos o sanciones draconianas que por su inutilidad desacreditan el derecho penal.¹⁶

⁸ Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 147.

⁹ “Se criminalizan comportamientos no porque sean socialmente inadecuados, sino para que pasen a serlo [...] se pone el acento en la prevención de futuras perturbaciones de gran magnitud [...]”. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 147.

¹⁰ Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 149.

¹¹ Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 139.

¹² “Una política criminal inadecuada produce cada vez un mayor distanciamiento entre lo abstractamente punible y lo efectivamente penado”. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 140.

¹³ Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, España, 1998, *passim*, p. 13.

¹⁴ Vid. Ferrajoli, L., *La ley del...*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁵ Con el precedente argumento se descarta el discurso de resistencia de la escuela de Frankfurt que discurre el “discurso del abuelo” al sostener que era mejor lo anterior, lo de corte liberal, que lo actual, “la sociedad contemporánea del riesgo”.

¹⁶ Vid. Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. <http://ariminet.org.es/recpe>, p. 6.

El derecho penal tiene y debe tener un efecto disuasivo, pero nunca debe ser placebo construyendo una falsa ilusión de seguridad, ya que de hacerlo gasta o mejor dicho desgasta su real efecto intimidatorio, deslegitimando al derecho penal.

3. Elaborar un concepto jurídico penal de riesgo

El concepto de un derecho penal referido a las sociedades de riesgo es una terminología ambigua sin un certero contenido dogmático penal.¹⁷

Explica Beck, como origen del riesgo, que la sociedad moderna avanza buscando la riqueza, convirtiendo el progreso en su religión; por cuyo fin se realizan actividades técnicas y científicas que propalan riesgos derivados de los conflictos que surgen de la producción y reparto de la fortuna; entre otros desempleo, salarios mínimos precarios, la disminución de la protección social, contaminación ambiental, etcétera. De tal suerte, define el riesgo, como: “[...] Inseguridades determinables y calculables que la misma modernidad industrial produce como consecuencia secundaria, advertidas o no, subyacentes a determinadas ventajas y ante las que reacciona —o precisamente no reacciona— con regulaciones sociales [...]”.¹⁸

Concepto sociológico que debe traducirse, adaptarse y ubicarse en el derecho penal como un término dogmático y, con ello como después de ello, confeccionar adagios que trasformen el derecho penal de obsoleto en actual.¹⁹

Algo ya se ha hecho en dos temas: en la comisión de los delitos del tradicional derecho penal como consecuencia de un riesgo, como en la perpetración de conductas no previstas en el derecho penal conservador que son resultado de la puesta en marcha de un riesgo.

Para los casos de la comisión de conductas ya previstas en el derecho penal clásico a consecuencia de un riesgo²⁰ emergen, con convincentes argumentos, la tesis de la imputación a la conducta de Jakobs que se complementa con la teoría de imputación del resultado de Roxin, cuyas diferencias y semejanzas no es dable aquí examinar,²¹ sino sólo mencionar como modelos de “conceptualización penal” de nociones sociológicas.

Por otro lado, en los casos de creación de nuevos delitos, se han elaborado tipos de peligro abstracto que incitan a una nutrida discusión científica. Algunos afirman que son contrarios al principio de ofensividad ya que la figura se tiene por actualizada sin que exista una constatable perturbación a un bien jurídico. Lo que no se comparte ya que una cosa es la efectiva o potencial lesión al bien jurídico y otra muy distinta que no exista.²²

Con base en éstas y otras diversas razones, otro sector de la doctrina científica, acorde con el principio de presunción de inocencia, sostienen que los delitos de peligro abstracto son realmente “tipos de imprudencia sin resultado” o “tentativas imprudentes” a razón de que deben ser interpretados sistemáticamente con el principio de culpabilidad; a cuya consecuencia no existe una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum* de puesta en riesgo del bien jurídico. Es decir cuando el activo actualiza el verbo típico se conjetura, salvo prueba en contrario, de que se puso en peligro el bien jurídico tutelado.²³

No es momento de analizar el entramado teórico de los referidos delitos, por lo que el precedente párrafo sólo tiene la función de evidenciar que no es válido desechar, estigmatizando su nombre, los delitos de peligro abstracto cuyo desarrollo camina hacia una postura garantista.

¹⁷ Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 143. En similar sentido Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho...?”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸ Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, España, 1998, *passim*.

¹⁹ En ese intento algunos autores conceptualizan la sociedad de riesgo ampliando la original concepción de Beck, tales como Hassemmer, Herzog, Karfgl y Prittowitz. Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

²⁰ “[...] Los límites de lo que está dentro del riesgo permitido se pueden trazar en parte con exactitud: si la ley prohíbe una conducta como abstractamente peligrosa, tal comportamiento entraña en condiciones normales un riesgo no permitido [...]”. Jakobs, G., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza”, en *Estudios de derecho penal*, Traducción al castellano y estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, p. 213.

²¹ Vid. Pérez Alonso, Esteban Juan, “Las revoluciones científicas del derecho penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal”, en *Anuario del derecho penal y ciencias penales*, t. L, año MCMXCVII, Ministerio de Justicia, Madrid, España, p. 205.

²² Vid. Zugaldía Espinar, J. M., *Delitos de acción. La culpabilidad (I). En derecho penal parte general*, director José María Zugaldía Espinar y coordinador Esteban Juan Pérez Alonso, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002, pp. 476 y ss.

²³ Vid. Zugaldía Espinar, J. M., “Delitos de acción. La tipicidad (III)”, en *Derecho penal parte general*, director José María Zugaldía Espinar y coordinador Esteban Juan Pérez Alonso, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002, p. 482.

4. Conciliar el derecho penal con otras materias jurídicas

No todo lo que provocan las sociedades contemporáneas del riesgo puede, ni debe ser materia de derecho penal²⁴ ya que, el riesgo y su contracara la seguridad, al menos tienen tres dimensiones: la etapa objetiva que trata de la probabilidad estadística de ser víctima de un delito; la subjetiva que es el temor de las personas a ser víctimas de un delito; y la tolerable que se ocupa de los casos en que se aceptan algunos riesgos en aras del progreso.²⁵

Esos dilemas pueden ser atacados con tres estrategias diversas: la estrategia de reducción de riesgo que utiliza programas preventivos orientados a que el comportamiento de las personas disminuya o desaparezcan los peligros; la estrategia de gestión de riesgo que se basa en operaciones gerenciales que escudriñan los factores del riesgo y la forma de prevenirlos; y la estrategia del control del riesgo, donde interviene el derecho penal.²⁶

Dichas diferencias puntualizan que el derecho penal no debe caracterizarse por la soberbia ambición de abarcar todo el fenómeno del riesgo y, donde sí se ocupe, debe coordinarse con otras áreas del derecho ligando conceptos que necesariamente darán lugar al nacimiento de una o más ramas jurídicas.

V. La nueva rama de derecho penal

A la actualidad no le quedan los argumentos del pasado,²⁷ por lo que es necesario calzar las nuevas soluciones con una nueva rama de derecho penal como ya lo propusieron Hassemmer en Alemania, quien formuló el “derecho de intervención” y, lo propio hizo en España, Silva Sánchez al formular el “derecho penal de segunda velocidad para los delitos ecológicos y de riesgo”.

En el “derecho penal de intervención” se propone que la nueva área jurídica, que tiene un perfil económico, posea el mismo nivel de garantías que el derecho penal ancestral. Y, de forma similar, el derecho penal de segunda velocidad busca imponer, a los nuevos delitos, penas de derecho administrativo sancionador.²⁸

El nombre *ad hoc* de la nueva rama del derecho penal, por ser clarificante del tema, es: “Derecho penal del riesgo” y más trascendente que su nombre es su contenido en el que se visualizan diferencias con el derecho penal clásico, como diferencias en la nueva rama de derecho penal derivado de las variadas formas de criminalidad.

Las hay de repercusiones leves, que pueden ser tratadas con una combinación de derecho administrativo y “algo” de derecho penal, resultando predecible la aplicabilidad de muchas máximas del derecho penal clásico excepto los de *ultima ratio* y de intervención mínima.

De igual manera dentro de la nueva forma de delincuencia constan las graves afectaciones cometidas por la delincuencia organizada de la más variada estirpe y para combatirla, entre otras teorías, con creciente auge se localiza la del “derecho penal del enemigo”.

El “derecho penal del enemigo” en realidad es una arenga cargada más de reflexiones que de emotividad. Su discurso se basa en tratar, sin garantías fundamentales, a los “facinerosos” a quienes considera diferentes de los ciudadanos. Sin embargo, la delincuencia organizada no se ataca con un *tougt of crime* (duro contra el enemigo), sino con un *smart on crime* (inteligente contra al enemigo).²⁹ Para ello, no sirve un argumento de vibrantes palabras, sino razones científicas que proporcionen correctas estrategias antidelito.

La creación de una nueva rama dentro del derecho penal, como toda novedad, tiene y tendrá detractores,³⁰ entre ellos quienes recurren al argumento de

²⁴ “[...] Exige articular un sistema de protección que no puede ser sólo jurídico-penal, pero también ha de ser jurídico-penal.” Terradillos Basoco, J.M., “El derecho penal de la globalización: Luces y sombras”, en *Trasformaciones del derecho en la mundialización. Estudios de derecho judicial*, núm. 16, Escuela Judicial, Consejo del Poder Judicial, Madrid, España, 1999, p. 216.

²⁵ Vid. Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho...”, *op. cit.*, p. 21.

²⁶ Vid. Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho...”, *op. cit.*, p. 31.

²⁷ “[...] Es nuestra responsabilidad ofrecer un modelo alternativo que, sin renunciar a determinados principios básicos, resulte, sin embargo aceptable o acogible por los encargados de diseñar la política criminal oficial e impulsar la elaboración y aprobación de las leyes penales.” Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc>. 11 de julio del 2009, p. 5.

²⁸ Vid. Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del derecho...”, *op. cit.*, p. 4.

²⁹ Vid. Del Rosal Blasco, B.: “¿Hacia el derecho...”, *op. cit.*, p. 10.

³⁰ No sobra recordar que toda novedad, por sistema, siempre es atacada. Así lo hizo Savigni con el proyecto de codificación, como también lo hizo Bentham con la declaración francesa de los derechos humanos de 1778. Vid Ferrajoli, L., *La ley del...*, *op. cit.*, p. 18.

que el derecho penal debe ser un todo absoluto, sin excepciones.³¹ Empero no pueda existir homogeneidad en la heterogeneidad por lo que dicha afirmación es ayuna de razón.

VI. La legitimidad del derecho penal

Acorde con la Real Academia de la Lengua, la palabra legítimo, en su tercera acepción, significa lo cierto, genuino y verdadero en cualquier línea.³² De tal suerte, para que el derecho penal sea legítimo implica que sea intrínsecamente válido,³³ y para así calificarlo las normas deben satisfacer los fines del derecho penal.

Por consiguiente el *quid* es determinar los fines del derecho penal y para lo cual se han elaborado, entre otras, la tesis del modelo tecnocrático y la teoría garantista; sin olvidar las posturas abolicionistas, pero éstas sólo cambian el nombre de derecho penal por otro, sin solventar algún problema, por lo que huelga otro comentario al respecto.

Para el modelo tecnocrático, que apoya las tesis sistémicas, el fin del derecho penal es garantizar la confianza institucional mediante el restablecimiento de la vigencia de la norma infringida.³⁴ Lo que no se comparte, sustancialmente, porque es avalorativo³⁵ y por ende de aceptarlo al mismo tiempo podría legitimar la delincuencia organizada como al derecho penal.

Si bien, el derecho penal es reflejo del modelo de control social, es un subsistema en el que la norma, el proceso y la pena siguen el camino del orden imperante, pero no significa que la función del derecho penal sea mantener la funcionalidad del sistema de control social³⁶ como lo pretenden las posturas sistémicas, ya que en muchas ocasiones los mecanismos de control social sólo posibilitan la mejora de vida a unos, pero no a todos.³⁷ De ahí que pueda ser atacada de ilegítima una norma penal de derecho positivo.³⁸

Mientras la propuesta garantista precisa que el fin del derecho penal es “[...] la minimización de la violencia en la sociedad, previendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante la parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas o en otras posibles reacciones informales [...]”³⁹

Dilucidar el fin del derecho penal sobrepasa con mucho las posibilidades de este escrito, pero aun así se debe asumir una postura que lo ubique, ya que sólo así se tendrá la posibilidad de establecer la legitimidad del derecho penal y, para ello, es conveniente alejarse de las posturas antes señaladas, ya que en puridad no indican cuál es el fin del derecho penal, sino su discurso se centra y concentra en cómo alcanzarlo.

Así pues, el fin del derecho penal no puede ser distinto al del general del derecho: no puede ser de otra manera. Y el fin general, generalísimo, del derecho, en lo que existe opinión mayoritaria, es que tiene el “telos” de viabilizar la vida gregaria del hombre. Conclusión que es punto de partida para valorar la legitimidad del derecho penal.

Cierto, pues con relativo grado de certeza puede sostenerse que el derecho penal estará legitimado si apoya, desde su materia, la posibilitación de la vida gregaria. Por consiguiente una norma penal tendrá razón válida de existir si, con garantías, reprime un efectivo daño social.

En este hilo de explicación no todos los principios del *ancien regimen* legitiman el nuevo derecho; por el contrario lo deslegitiman con insolente frialdad esta, ya que más que soluciones buscan silogismos perfectos en una intoxicación por sedimentos históricos provenientes de un derecho penal arcaico y uno de los adagios que previsiblemente cambiarán es el de mínima intervención en los delitos de riesgo de nimia monta en los que debe existir un amplio espectro normativo.

³¹ En este sentido Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del...”, *passim*.

³² *Cfr.* Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la lengua española*, Vigésima segunda edición, tomo h/z, Madrid, España, 2001, p. 1360.

³³ *Vid.* Luhmann, N., *Teoría de los sistemas sociales*, Universidad Iberoamericana, México, 1998, p. 155.

³⁴ *Vid.* Luhmann, N., *Teoría de los sistemas sociales II* (artículos), 1a. ed., Universidad Iberoamericana, Colección teoría social, 1999, México, pp.137 y ss.

³⁵ *Vid.* Portilla Contreras, G., “Introducción y teoría de la ley penal”, en *Manual de derecho penal parte general*, dirigido por José M. Zugalda Espinar, Tiran lo Blanch, Valencia, España, 2002, p. 370.

³⁶ Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del...”, *op. cit.*, p. 2.

³⁷ *Vid.* Muñoz Conde, F., *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria Jerez, Jerez, España, 1985, *passim*.

³⁸ *Vid.* Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del...”, *op. cit.*, p. 2.

³⁹ Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del...”, *op. cit.*, p. 13.

No obstante, uno de los axiomas, definitivamente irrenunciable y baluarte de la legitimidad del derecho penal, es el de ofensividad que consiste en la exigencia, de todo delito, de tutelar un bien jurídico individual o colectivo.⁴⁰

VII. El bien jurídico como elemento legitimador del derecho penal

El control social que ocupa al derecho penal debe circunscribirse a ciertos comportamientos no tolerados, cuya primera aproximación sociológica son los “comportamientos desviados” o “aquellos que signifiquen un riesgo no tolerado”.

Pero no todo “comportamiento de riesgo” debe ocupar el derecho penal sino, desde un punto de vista ideal, sólo aquellos que produzcan un “daño social”, lo que se determina con base en un principio que excluye toda consideración de castigar “la personalidad dañina del autor” (derecho penal de autor).⁴¹

Si bien, al criterio de bien jurídico se le ha objetado, entre otras cosas, que los bienes jurídicos no pueden surgir de la ley, a razón de que se daría una *petitio principii*, un círculo vicioso, pues la ley penal debe proteger bienes jurídicos y son bienes jurídicos los que protege la ley, los que deben ser previos a ella y emanar de la realidad social, de las convicciones culturales del conglomerado, lo que es ambiguo mas puede concretizarse y una guía, en el caso, es la que aporta la tesis de las sociedades contemporáneas del riesgo.

Además, no hay una definición unánimemente aceptada del propio concepto del bien jurídico, como

que se debaten sus funciones dentro de la teoría del delito y la necesidad, de dicha institución jurídica, en la dogmática jurídico-penal.

Sin embargo, dígase como se diga, o se use cualquier tipo de palabras, un “comportamiento desviado y dañoso” necesariamente implica lesión o puesta en peligro de determinados valores o intereses individuales o colectivos.⁴² Dicho en otras palabras, los comportamientos dañosos afectan bienes jurídicos, lo que constituye un elemento relativamente objetivo, concreto y materializable.⁴³

Para los efectos que ahora interesan se define al bien jurídico como:

La institución jurídica que considera el interés, personal o colectivo, que es merecedor de protección penal. Mismo que antes de la creación del tipo penal, a través del estudio de lo que sucede en la sociedad, proporciona, teóricamente, la directriz político criminal de aquello que debe ser considerado delito, para legitimar el poder castigador del Estado. Como que, ya creada la figura delictuosa, suministra los elementos para la interpretación teleológica.

Esta definición, como cualquier otra de un tema polémico, no será plenamente satisfactoria aunque, al explicar los fines del bien jurídico, cumple con situar el marco metodológico del presente examen.⁴⁴

No se pasa por alto que la creación de las figuras delictuosas son actualmente una potestad discrecional del legislador y una consecuencia de la democracia, que obliga a soportar la creatividad o ingenio legislativo sin más límite real que el que se encuentra en las fuerzas políticas.⁴⁵

⁴⁰ Vid. Herzog, F., “Límites del derecho...”, *op. cit.*, pp. 307 y ss. En contrario Günther, J., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª. ed. corregida, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons ediciones jurídicas, Madrid, España, 1997, p. 47.

⁴¹ Para determinar la “dañosidad” de un “comportamiento desviado” y por ello su verdadero carácter delictivo, se ha recurrido a diversos y variados criterios, algunos de los más recurridos son: “La ética social”, “la funcionalidad de la conducta” y “el bien jurídico”. De esos tres criterios, el bien jurídico tornasola preferible sobre los otros, substancialmente porque el de la “ética social” y el de la “funcionalidad de la conducta” no hay manera de concretizarlos ya que no determinan clara y precisamente, inicialmente, qué conductas deben ser delitos y cuáles no; como, posteriormente, no jerarquizan la distinta gravedad de los hechos seleccionados como delitos ni dan luz de cómo deben ser interpretados.

⁴² Vid. Polaino Navarrete, M., *Derecho Penal. Parte General, Teoría jurídica del delito*, t. II, vol. I, Bosch, Barcelona, España, 2000, p. 558. Sobre la evolución y concepto del bien jurídico, *vid.* también, Morillas Cueva, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 81 y ss. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch libros, Valencia, España, 1998, pp. 93 y ss.

⁴³ Vid. Quintero Olivares, G., *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de Fermín Morales Prats, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 64 y ss.; Mir Puig, S., *Bien jurídico y bien jurídico penal como límite al ius puniendi. Estudios penales y criminológicos*, XIV Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 205 y ss.; del mismo autor: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008.

⁴⁴ Vid. Stratenwerth, G., *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, 4ª. ed. totalmente reelaborada, Traducción de M. Cancio Meliá y M. Sanacineti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 65.

⁴⁵ Vid. Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del derecho...”, *op. cit.*, p. 3.

A pesar de la ilimitada facultad legislativa, no implica que todo lo que hagan esté legitimado, ya que al crear tipos penales sólo lo estarán, si, entre otras cosas, se respetan las reglas que impone el tutelar bienes jurídicos.

En fin, actualmente en el siglo XXI, el bien jurídico en su función prelegal fácticamente proporciona la directriz político criminal de aquello que debe ser considerado delito,⁴⁶ para legitimar el poder castigador del Estado como lo explicara la doctrina científica, aún por escribirse...

Bibliografía

- Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, España, 1998.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. y otros, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Editorial Praxis, Barcelona, España, 1999.
- Caro Coria, D.C., “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”, *Memorias del II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Lima, Perú, 1997.
- Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc>, 11 de julio de 2009.
- Feejo Sánchez, B., “Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Editorial Colex, 2006.
- Ferrajoli, L., *La ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999.
- Herzog, F., “Límites del derecho penal para controlar los riesgos. Una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro”, en *Nuevo foro penal*, núm. 53, 1991.
- Luhmann, N., *Teoría de los sistemas sociales*, Universidad Iberoamericana, México, 1998.
- , *Teoría de los sistemas sociales II* (artículos), 1a. ed., Universidad Iberoamericana (Colección teoría social), México, 1999.
- Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch libros, Valencia, España, 1998.
- Martiñón Cano, G., *El delito de secuestro*, Tirant lo Blach, Valencia, España, 2010.
- Maqueda Abreu, Ma. L., “La idea de peligro en el moderno derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del proyecto de código penal de 1992”, en *Actualidad penal*, núm. 26, 1994.
- Mir Puig, S., *Bien jurídico y bien jurídico penal como límite al ius puniendi. Estudios penales y criminológicos*, XIV Universidad de Santiago de Compostela, 1991.
- , *Penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008.
- Muñoz Conde, F., *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria Jerez, Jerez, España, 1985.
- Morillas Cueva, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, tomo h/z, Madrid, España, 2001.
- Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, <http://criminnet.ugr.es/recpc>, 9 de octubre de 2007.
- Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*. t. I, *Fundamento. La estructura de la teoría del delito*, Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, España, 1997.
- Pérez Alonso, E.J., “Las revoluciones científicas del derecho penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal”, en *Anuario del derecho penal y ciencias penales*, t. L, Año MCMXCVII, Ministerio de Justicia, Madrid, España.
- Polaino Navarrete, M., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, t. II. vol. I, Bosch, Barcelona, España, 2000, p. 558. Sobre la evolución y concepto del bien jurídico.

⁴⁶ Vid. Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Fundamento. La estructura de la teoría del delito*, t. I, Traducción y notas, Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, España, 1997, pp. 55 y ss. En este mismo sentido Martiñón Cano, G., *El delito de secuestro*, Tirant lo Blach, Valencia, España, 2010, pp. 48 y 49.

- Portilla Contreras, G., “Introducción y teoría de la ley penal”, en *Manual de derecho penal parte general*, dirigido por José M. Zugaldia Espinar, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.
- Stratenwerth, G., *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, 4ª ed., totalmente reelaborada, Traducción de M. Cancio Meliá y M. Sanacinetti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- Jakobs, G., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza”, en *Estudios de derecho penal*, traducción al castellano y estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suarez González y Manuel Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.
- , *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons ediciones jurídicas, Madrid, España, 1997.
- Terradillos Basoco, J.M., “El derecho penal de la globalización: Luces y sombras”, en *Trasformaciones del derecho en la mundialización. Estudios de derecho judicial*, núm. 16, Escuela Judicial, Consejo del Poder Judicial, Madrid, España, 1999.
- Quintero Olivares, G., *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de Fermín Morales Prats, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- Zugaldia Espinar, J.M., “Delitos de acción. La culpabilidad (I)”, en *Derecho penal parte general*, director José María Zugaldia Espinar y coordinador Esteban Juan Pérez Alonso, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.



La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España*

Francisco Muñoz Conde**

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

Héctor Olásolo***

Universidad de Columbia
y Universidad de Salamanca

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

RESUMEN: La tesis de Roxin (1963) de la autoría mediata por control de un aparato de poder se ha convertido en una vía importante para resolver el problema de la responsabilidad de los líderes políticos militares. En el presente artículo se analizan diferentes decisiones de Tribunales de países latinoamericanos y del Tribunal supremo español en los que, de un modo u otro, se muestra la utilidad de esta tesis para exigir responsabilidad como autores mediatos a los jefes militares y líderes políticos por los delitos internacionales cometidos por sus subordinados en el apartado de poder por ellos dirigidos.

PALABRAS CLAVE: Autoría mediata, Aparato de poder, Responsabilidad líderes políticos militares.

* Título original: "The application of the notion of indirect perpetration through organized structures of power in Latin-america and Spain: from the argentinean military Juntas trial to the cases against Abimael Guzman, Alberto Fujimori and colombian political leaders linked to paramilitarism".

Traducción del original en inglés de M. Verónica Yamamoto.

Este trabajo ha sido publicado originalmente en el *Journal of International Criminal Justice*, 2011, en un volumen monográfico dedicado a exponer la aplicación de la tesis de Claus Roxin sobre la autoría mediata por aparato de poder en la Jurisprudencia de los Tribunales nacionales e internacionales. A los autores de este trabajo se les encargó que se ocuparan exclusivamente y de forma resumida de la Jurisprudencia sobre esta materia habida en los países latinoamericanos y en España, de ahí que no se haga un análisis pormenorizado de la tesis de Roxin, ni desde el punto de vista doctrinal, ni desde el de la Jurisprudencia internacional, de la que de todos modos se da cuenta en otros trabajos de los autores y en la bibliografía citada en las notas a pie de página.

** Catedrático de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España).

*** LLM Universidad de Columbia; Doctor en derecho por la Universidad de Salamanca; Catedrático de Derecho Penal Internacional y de Derecho Procesal Internacional del Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Utrecht; Director del Programa Clínico sobre Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Universidad de Utrecht; Letrado de las Salas de la Corte Penal Internacional (2004-2009); Miembro de la Asesoría Jurídica y de la Sección de Apelaciones de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2002-2004); Miembro de la Delegación española en la Comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional reunida en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York entre 1999 y 2002.

Los coautores agradecen a Verónica Yamamoto, Lourie Taramin, Enrique Carnero Rojo y Diana Contreras por la contribución en la búsqueda de legislación, jurisprudencia y doctrina.

ABSTRACT: *The notion of indirect perpetration through organized structures of power (Roxin 1963) despite the initial reluctance of national and international case law has, become a very important key to solve problems of responsibility of political and military leaders. The cases analyzed in the present article of Latin-American and Spanish courts show how the notion of indirect perpetration has come to play today a key role in portraying the criminal liability of senior political leaders and high military commanders that make use of the organizations that they control to secure the commission of international crimes.*

Keywords: *Indirect perpetration, Organized structures of power, Responsibility of political and military leaders.*

1. Introducción

El 9 de diciembre de 1985, la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal con asiento en la Capital Federal de Buenos Aires* pronunció la sentencia¹ en el denominado “Juicio a las Juntas”. En ella se condenó a los comandantes de las tres Juntas Militares que presidieron la Dictadura militar gobernante en Argentina desde el año 1976 hasta 1983 (cada Junta estaba compuesta por los Comandantes generales, del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea). Aunque ninguno de los integrantes de estas tres Juntas Militares había perpetrado materialmente secuestros, torturas ni homicidio alguno, la Cámara Federal los encontró responsables penalmente como autores mediatos por los crímenes que habían cometido los miembros de las fuerzas militares que ellos comandaban. Esta sentencia fue la primera decisión judicial en la que se aplicó la tesis desarrollada por Claus Roxin en el año 1963 acerca de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Luego del Juicio a las Juntas, en numerosos casos, tanto a nivel nacional como internacional, se ha aplicado el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, incluyendo, entre otros, el caso del Muro de Berlín, varios hechos relativos a crímenes cometidos durante el periodo del régimen militar argentino de 1976-1983, el caso contra el general Manuel Contreras en Chile, el juicio contra el ex senador nacional Álvaro Alfonso García Romero

en Colombia, en Perú los casos contra el líder de Sendero Luminoso Abimael Guzmán y el ex presidente Alberto Fujimori, así como los casos contra Milomir Stakić, Radoslav Brđanin, Momcilo Krajišnik, Milan Martić y Fatmir Limaj y otros celebrados ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), el caso contra Protais Zigiranyirazo ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y los casos contra Jean Pierre Bemba, Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Omar Al Bashir y Abu Garda ante la Corte Penal Internacional (CPI).

Dada la creciente aplicación por los Tribunales de Justicia (en particular en los últimos diez años) del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, analizaremos en el presente artículo cómo la jurisprudencia en Argentina, Chile, Colombia, Perú, España y Uruguay ha recurrido a este concepto para fundar la condena de los líderes políticos y comandantes militares de alto rango como autores por los crímenes cometidos por miembros subordinados de sus organizaciones.²

2. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por la Jurisprudencia de los tribunales de justicia en Latinoamérica y España

El concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en la época de su primera exposición en 1963 por Claus Roxin, encontró en prin-

¹ Fallos de la Corte Suprema, volumen 29, I-II, p. 36-1657. El texto de este fallo y el de la Corte Suprema argentina referido en la siguiente nota puede verse en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>. Para un informe y traducción completa del fallo al inglés, véase American Society of International Law (1987) 26 *International Legal Materials* 2. La nota introductoria y la traducción al inglés fueron preparadas para *International Legal Materials* por E. Dahl, Profesor Visitante de Derecho, Southern Methodist University School of Law, y AM Garro, Profesor de Derecho, en la Columbia University.

² Para un exhaustivo análisis del origen y aplicación de esta noción en Derecho penal internacional, véase H. Olasolo, *The Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, Londres, 2009, Capítulos 3 y 5 [de ahora en adelante citado como Olasolo Criminal Responsibility].

cipio cierta renuencia por los tribunales de justicia en América Latina y España, principalmente debido a tres razones. En primer lugar, la ausencia de una referencia específica a la idea de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en aquellos pocos Códigos Penales nacionales que expresamente preveían el concepto general de autoría mediata.

En segundo lugar, la extendida creencia de que el ámbito de aplicación de esta especie de responsabilidad por autoría mediata a través de aparatos organizados de poder se limitaba a supuestos en que los superiores utilizaban agentes inocentes que carecían de completa responsabilidad penal en la perpetración de los crímenes.³ En ese sentido, en los casos de crímenes materialmente perpetrados por subordinados en cumplimiento de órdenes impartidas por sus superiores en el contexto de estructuras organizadas de poder, los subordinados no son meros agentes inocentes, sino plenamente responsables penalmente por su decisión libre de cometer los crímenes. Para esta postura, por tanto, la responsabilidad penal de los superiores que imparten la orden de cometer los crímenes no podría equivaler a la ejecución misma pues carecen del dominio sobre esos crímenes (los superiores no pueden nunca estar seguros sobre si sus decisiones serán realmente cumplidas por sus subordinados). Como consecuencia, de acuerdo con el enfoque tradicional de la jurisprudencia latinoamericana y española, en el contexto descrito por Roxin debía ser aplicada una clase de responsabilidad diferente a la autoría —utilizándose usualmente la instigación o inducción debido a que los superiores que dan las órdenes, una vez que han convencido a sus subordinados de cometer los crímenes, no tienen ninguna participación más durante la ejecución.

En tercer lugar, la circunstancia de que la aplicación del concepto de autoría mediata no cambia la gravedad de la pena a ser impuesta a superiores debido a que en la mayoría de los Códigos Penales latinoamericanos (como Argentina, Chile, Perú, Colombia o Uruguay), así como en el Código Penal español, se prevé el mismo marco penal para las distintas formas de autoría así como para ciertas modalidades de participación como la inducción y la *complicidad necesaria* (asistencia material sin la cual el crimen no podría haberse perpetrado).

Sin embargo, con el paso del tiempo, los Tribunales de Justicia en América Latina y España, cada vez con mayor frecuencia se han dado cuenta de que el planteamiento tradicional no reflejaba adecuadamente la naturaleza de la contribución del superior a los crímenes (planeando y dominando los medios a través de los cuales la actividad criminal es llevada a cabo), porque los relega a un rol secundario que no se corresponde con su real envergadura. Como consecuencia, en los últimos diez años, ha surgido la discusión de si la responsabilidad penal de las autoridades políticas y militares de alto rango en la jerarquía de la maquinaria estatal podría ser abarcada más adecuadamente por figuras jurídicas como la autoría mediata por el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas o como la coautoría basada en el dominio funcional del hecho —según esta última figura jurídica—, cuando una pluralidad de personas participan en la comisión de un delito con base en una división de tareas para la ejecución de un plan común, aquellas personas que comparten el dominio sobre su comisión como resultado de las funciones esenciales a ellos asignadas (de no cumplirse con esa función, el plan fracasaría) se consideran coautores (autores del delito).⁴

³ Por ejemplo, casos en los que los ejecutores directos actúan bajo error sobre las circunstancias fácticas que afectan un elemento del tipo objetivo (*actus reus*) en que el delito está basado, o sobre una causa de justificación como resultado de haber sido inducido por sus superiores (vgr., un comandante militar da la orden a sus subordinados para que bombardeen un pueblo o aldea indefenso dándole instrucciones erróneas sobre la ubicación de la artillería enemiga en esa área). También se da este tipo de autoría mediata cuando las acciones de los ejecutores directos están justificadas por necesidad debido al daño que ellos evitan al llevar a cabo órdenes ilegales dadas por sus superiores que es más grave que el daño infringido como resultado de no cumplir esas órdenes. Véase los múltiples casos de aplicación del concepto de autoría mediata en esta clase de situaciones referidas por H. Olásolo/A.I. Pérez Cepeda, “The Notion of Control over the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case”, en 475 *International Criminal Law Review*, núm. 4 (2004), 485 [de aquí en adelante citado como Olásolo/Pérez Cepeda]; sin embargo, cuando la persona que físicamente llevó a cabo el tipo objetivo (*actus reus*) del delito actuó bajo una *vis absoluta* (vgr., alguien es empujado por su superior contra el enviado especial del enemigo que está parado a su lado en las vías del tren cuando éste está acercándose; y, como resultado, el enviado especial del enemigo cae en las vías del ferrocarril y recibe una herida mortal por el choque del tren) no es necesario recurrir al concepto de autoría mediata debido a que el superior es considerado autor directo que utilizó a su subordinado como podría haber utilizado cualquier herramienta no humana, como un martillo o una pistola.

⁴ Véase al respecto la Decisión de Confirmación de los Cargos, ICC-01/04-01/06, Sala de Cuestiones Preliminares I, Enero 29 2007, párr. 342, 347 [de aquí en más *Caso Lubanga* Decisión de Confirmación de los Cargos]; *Caso Katanga y Ngudjolo*, Decisión de Confirmación de los Cargos, ICC-01/04-01/07-717, Sala de Cuestiones Preliminares I, Septiembre 30 2008, párr. 515-525 [de aquí en más *Caso Katanga y Ngudjolo* Decisión de Confirmación de los Cargos].

Además, dado que el concepto de autoría mediata se basa en el dominio del superior sobre la voluntad de sus subordinados en virtud del control de la organización, mientras que el concepto de coautoría requiere un dominio compartido entre los superiores y los subordinados, ha surgido también el problema de cuál de estas dos figuras jurídicas debe ser aplicada a las autoridades políticas y militares de alto rango en la jerarquía de la organización, que planearon campañas sistemáticas y extendidas de criminalidad e impartieron órdenes a sus inferiores para su ejecución.

Los partidarios de la tesis de la autoría mediata ponen de relieve que cuando los crímenes son cometidos a través de aparatos organizados de poder, los superiores e inferiores en verdad no conciertan ningún plan común, ni comparten el dominio en la ejecución de los delitos debido a que la organización posee su propia autonomía y los subordinados meramente ejecutan o implementan automáticamente las órdenes de sus superiores.⁵ En cambio, los partidarios de la tesis de la coautoría enfatizan que los superiores no ejercen en verdad un completo dominio sobre la perpetración de los delitos debido a que la decisión final sobre la comisión descansa siempre en aquellos subordinados que libremente y con conocimiento optan por unirse al plan de sus superiores mediante el cumplimiento de sus órdenes. Como consecuencia, los superiores comparten con sus subordinados el dominio sobre la ejecución de los delitos, particularmente cuando su participación continúa durante la ejecución de las órdenes criminales.⁶

Como se verá en esta sección, la doctrina latinoamericana y española se mantienen divididas en este tema.

Argentina

Como mencionábamos en la introducción, la sentencia del 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal con asiento en la Capital Federal Buenos Aires, condenatoria de los miembros de las Juntas Militares que presidieron la Dictadura militar argentina de 1976 a 1983, marcó un hito en tanto aplicó por primera vez el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. De acuerdo con la Cámara Federal de Buenos Aires, a partir del derrocamiento de las autoridades constitucionales y la toma del poder en 1976, las Juntas Militares concibieron e implementaron una estrategia global⁷ con el objetivo de luchar contra la subversión mediante el establecimiento de una compleja red de centros de detención clandestina, donde los secuestrados fueron sometidos a interrogatorio y tortura.⁸ El país estaba dividido en numerosas zonas militares, dentro de las cuales los jefes regionales recibieron completa autonomía sobre las operaciones clandestinas. Dentro de cada zona, los oficiales intermedios en la cadena de mando de las tres fuerzas armadas cooperaban en el secuestro de subversivos sospechosos. En el punto más álgido de la campaña contra la subversión, la Corte Suprema, cuyos miembros habían sido designados por los

⁵ Véanse los autores citados por Olásolo/Pérez Cepeda (nota 6), pp. 485, 486.

⁶ *Ibid.*, pp. 494 y ss.

⁷ La sentencia destaca que los comandantes militares condenados impartieron instrucciones generales exigiendo medidas extraordinarias para ser utilizadas no sólo contra terroristas sino contra “elementos subversivos” en general. Véase por ejemplo, Dir 504/77 emitida en abril de 1977 por el General Roberto Eduardo Viola, por entonces Jefe del Estado Mayor y luego Comandante en Jefe del Ejército (que cogobernaba el país), relativa al frente industrial de la campaña antisubversiva, *La Prensa*, 23 de julio de 1984, p. 5. Los crímenes en cuestión no eran, por tanto, resultado de decisiones erráticas, solitarias e individuales de aquellos que las llevaron a cabo; sino antes bien, formaban parte de una estrategia global planeada por las Juntas Militares con el fin de luchar contra la subversión. Esta estrategia fue llevada a cabo a través de todo un complejo grupo de elementos (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimento, etc.) que contribuyó para el éxito de cada operación militar. En este sentido, es importante señalar que la Cámara Federal de Buenos Aires rechazó el argumento de la defensa relativo a que los crímenes fueron acciones cometidas porque los subordinados se excedieron en su función militar individual, por lo que sus superiores no podían ser responsables de esos excesos. Sin embargo, la Cámara Federal destaca que el modelo sostenido de secuestro, tortura y homicidio no podía ser explicado como la conducta de unos pocos oficiales trastornados. Muchos de los secuestros fueron llevados a cabo luego de haberse ordenado a la policía de la zona no interferir, y ese cometido habría sido imposible si no hubiera habido un sistema establecido de impunidad.

⁸ La Cámara Federal de Buenos Aires consideró que la intervención de los comandantes de las tres Juntas Militares desde el más alto rango de la maquinaria de poder no se limitó a ordenar la realización de actividades ilegales. Ellos contribuyeron también activamente a la comisión de los crímenes. Como la Cámara Federal señaló, los centros de detención tenían que ser financiados y proveídos de personal central, y era imposible para los comandantes militares no haber tenido conocimiento de su existencia y actividades. Los ejecutores materiales de los crímenes no habrían podido cometerlos a menos que contaran con los medios indispensables. Esos medios fueron suministrados a los ejecutores por orden de los comandantes militares condenados: vestimenta, vehículos, combustible, armas y municiones, centros de detención, alimentos, etc., constituían elementos indispensables.

militares en el poder, repetidamente instó a los comandantes militares a esclarecer el destino de las personas desaparecidas en una acción colectiva de 400 peticiones de *habeas corpus*. A pesar de los muchos civiles que habían sido secuestrados, torturados y/o asesinados (de acuerdo con fuentes oficiales, hubo en total alrededor de 18 000 víctimas, y según otras fuentes, dicha cifra podría incrementar hasta las 30 000), ninguna persona fue procesada penalmente de modo satisfactorio ni por los Tribunales de justicia militares, ni por los civiles. Además, el Gobierno militar de aquel entonces negó constantemente que dichos crímenes hubieran tenido nunca lugar.⁹

A la vista de estas circunstancias, la Cámara Federal de Buenos Aires en la sentencia en la que se ocupó por primera vez de estos hechos, una vez terminada la Dictadura, afirmó que la determinación de quién realmente había perpetrado los delitos no era lo más importante. En efecto, de acuerdo con esta sentencia, los ejecutores materiales no conformaban en verdad cuadros tan significativos, dado que éstos cumplieron un rol secundario en la perpetración de los crímenes, puesto que el sujeto de atrás que controlaba el sistema dominaba la voluntad de esos hombres que eran parte de la organización. Como el dominio de los comandantes militares condenados en esta sentencia era absoluto (si un subordinado rehusaba a obedecer, era reemplazado automáticamente por otro que cumpliera con

las directivas), el plan concebido por los comandantes militares condenados no podría haber fracasado por la voluntad de los ejecutores materiales del delito, quienes simplemente cumplían una función menor dentro de una maquinaria gigantesca. Además, dado que los comandantes militares de las tres Juntas siempre conservaron el poder decisorio de detener la ejecución de los crímenes que estaban siendo cometidos; sólo cuando lo estimaron necesario interrumpieron repentinamente las operaciones irregulares y anunciaron a la población que “la guerra había terminado”. A partir de ese momento, se suspendieron los secuestros, las desapariciones o las torturas. Para la Cámara Federal, éste era un caso donde el instrumento operado por el hombre de atrás era la organización misma, que éste manipulaba a su discreción, una organización compuesta por hombres intercambiables. De esta manera, el dominio no era tanto sobre la voluntad específica sino sobre una voluntad indeterminada.¹⁰ Sin importar quién resultara ser el oficial subordinado, los actos criminales hubieran tenido lugar de todos modos.

La sentencia de la Cámara Federal que aplicó la tesis de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en el Juicio a las Juntas fue, sin embargo, revocada por la Corte Suprema de Justicia argentina, en una decisión dividida dictada el 20 de diciembre de 1986.¹¹ De acuerdo con el voto mayoritario, en virtud de la circunstancia de que los miem-

⁹ Además, según la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, los comandantes militares condenados no sólo dirigían la maquinaria de personas y bienes que posibilitaban la comisión de delitos, sino también las fuerzas de seguridad, que estaban a cargo de la prevención de delitos. Se habían instalado, mediante actos de fuerza, como la única fuente de poder en la República, de modo que no había ninguna otra autoridad competente para ejercer un control efectivo sobre lo que estaba sucediendo. Como resultado, la impunidad fue otra circunstancia que hizo que los planes ilegales fueran posibles y que sólo los comandantes militares condenados podían asegurar. En este sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires concluyó en que mientras el sistema criminal fue implementado, la sociedad se hallaba gobernada por el ordenamiento jurídico y legal tradicional. La Constitución (con las limitaciones impuestas por el gobierno *de facto*) seguía vigente, la policía continuó arrestando a delinquentes y los jueces dictando sentencias. Semejante sistema legal era incompatible con el que se aplicaba para luchar contra la guerrilla. La sorprendente coexistencia de un sistema legal y otro paralegal durante tan prolongado periodo de tiempo sólo fue posible con la presencia de los comandantes militares condenados en la cima de su poder. Desde allí se intentó esconder los hechos mediante mentiras a los jueces, los familiares de víctimas, a organizaciones nacionales y extranjeras, y a gobiernos extranjeros, realizando falsas investigaciones, asegurando engañosas esperanzas y dando explicaciones infantiles.

¹⁰ Como expresó la Cámara Federal, la falta de conocimiento de los comandantes militares condenados acerca de la existencia de cada acto criminal en particular y sobre las identidades de las víctimas no resulta relevante a los fines de determinar su responsabilidad criminal. Las órdenes referidas en general a todas las “personas subversivas”, dieron a los subordinados una amplia libertad para determinar quién caía en esa categoría y para actuar consecuentemente.

¹¹ Sentencia del 20 de diciembre de 1986 de la Corte Suprema de Justicia argentina, p. 1701 y ss. Las razones que llevaron a la Corte Suprema a rechazar la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en la sentencia del 9/12/1985 de la Cámara Federal se encuentran desarrolladas en la sección de los Argumentos Legales, párrafos 20 y ss.

La misma opinión es sostenida por C. Nino, *Juicio al mal absoluto* (Ariel 2006), p. 241. Para este autor, la figura jurídica de la coautoría hubiera bastado para afirmar la responsabilidad por los crímenes de los comandantes militares de las tres Juntas Militares consecutivas que gobernaron Argentina de 1976 a 1983. Sin embargo, dos magistrados de la Corte Suprema (los jueces Petracchi y Bacqué) expresaron su opinión por separado en favor de la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Para ello, los jueces Petracchi y Bacqué se remitieron al artículo 514 del Código de Justicia Militar argentino, que establece la responsabilidad criminal de los comandantes militares por los crímenes cometidos por sus subordinados en cumplimiento de las órdenes por ellos impartidas, sin perjuicio de la responsabilidad de los subordinados.

bros de las Juntas Militares no intervinieron en la ejecución de los crímenes, el punto de partida en el análisis de la intervención delictiva debió haber sido la concepción de la autoría que en aquel momento era mantenida por la jurisprudencia argentina. Esta concepción era el enfoque de la teoría formal objetiva, según la cual los autores de un delito son sólo aquellos sujetos que físicamente realizan los elementos objetivos del delito.

Desde el punto de vista del voto mayoritario de esta sentencia, de acuerdo con la teoría formal objetiva, la conclusión a la que debería haberse llegado era que aquellos sujetos que elaboran el plan, preparan, dirigen, organizan, instigan o, de cualquier otra forma, contribuyen a la comisión del delito sin tomar parte físicamente en su ejecución no pueden ser considerados autores. Por otra parte, se resaltó en ese voto que esa conclusión acerca de la intervención delictiva no significaba ni la falta de responsabilidad penal de los mencionados sujetos, ni la imposición de una pena menor, puesto que el art. 45 del Código Penal argentino, similar en esto a otros Códigos Penales latinoamericanos y al español, preveía la misma sanción penal para autores, instigadores y cómplices necesarios. Como resultado, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, por voto de la mayoría, revocó la sentencia de la Cámara Federal que consideró a los nueve comandantes de las Juntas Militares argentinas como autores mediatos; y en su lugar los condenó como cómplices necesarios,¹² lo que no tuvo incidencia en el monto total de la pena que se le impuso, ya que esta figura era castigada con la misma pena que la autoría propiamente dicha.

Luego del Juicio a las Juntas, la jurisprudencia argentina ha ido abandonando progresivamente la teoría formal objetiva para definir la autoría penal responsa-

ble, y ha adoptado la teoría basada en el dominio del hecho.¹³ En este nuevo contexto, y en particular desde la sentencia del 18 de mayo de 2007 en el caso *Etchecolatz* de la Corte Suprema de Justicia argentina (que confirmó la sentencia del Tribunal Oral Federal de La Plata, de septiembre 2006), los tribunales de justicia argentinos han aplicado nuevamente la concepción de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder para fundar la condena de funcionarios militares que integraban los más altos eslabones del Ejército Argentino entre 1976 y 1983.¹⁴

Un buen ejemplo de esta nueva tendencia es la sentencia del Tribunal Oral Federal n° 1 de Córdoba del 24/7/2008, donde *Luciano Benjamín Menéndez* (ex Jefe Comandante del Tercer Cuerpo del Ejército desde 1975 hasta 1979), *Hermes Óscar Rodríguez* (ex Jefe del Batallón de Inteligencia n° 14 que operaba bajo el comando de *Menéndez*) y seis ejecutores materiales (incluyendo el ex Jefe del Grupo Especial de Operaciones PO3, que estaba bajo las órdenes directas de *Rodríguez*, y cinco de sus subordinados) fueron condenados por secuestro, tortura y homicidio de numerosos civiles en cumplimiento de la campaña antisubversiva lanzada por las Juntas Militares argentinas en 1976. Según el Tribunal Oral Federal de Córdoba, la implementación de la campaña global antisubversión se caracterizó por la amplia discreción de que gozaban los comandantes de Operaciones Zonales (como *Menéndez*) para organizar la represión en los territorios bajo su comando, así como a los comandantes subordinados de Operaciones Zonales (como *Rodríguez*, y los otros seis acusados) para identificar a las víctimas. No obstante todos los acusados cumplieron un rol en la implementación de la campaña, *Menéndez* y *Rodríguez* contribuyeron a la comisión de los crímenes de una forma sustancialmente diferente a los

¹² El art. 45 del Código Penal argentino establece: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo".

¹³ Véase E. Malarino, "El Caso Argentino", en K. Ambos (ed.), *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, pp. 59 y ss.

¹⁴ Véase, entre otros, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de La Plata en el caso *Von Wernich* del 1/11/2007, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal núm. 1 de Córdoba del 24/7/2008 en el caso contra *Menéndez Luciano Benjamín, Rodríguez Hermes Óscar y otros*, y la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de Tucumán del 4/9/2008 en el caso *Senador Vargas Aignasse*. En esta última, la misma pena (prisión perpetua) fue impuesta a los dos acusados quienes, no obstante su rango subordinado de los comandantes militares miembros de las tres Juntas Militares argentinas, fueron considerados parte de los más altos eslabones del Ejército argentino, entendido como una estructura organizada de poder. El Tribunal Oral Federal de Tucumán juzgó que los dos acusados utilizaron su poder para ordenar el registro ilegal en la residencia del Senador Vargas Aignasse, quien, según ellos, se creía que pertenecía a un grupo subversivo conocido como "Montoneros". El Senador Vargas Aignasse fue detenido en su domicilio delante de su esposa e hijos y llevado por la fuerza a un centro militar de detención donde fue torturado. Posteriormente fue víctima de desaparición forzada. Sus captores inventaron el pretexto de que había sido secuestrado por un grupo desconocido mientras era transferido a otro centro militar. Véase el comentario a la sentencia del 4/9/2008 del Tribunal Oral Federal de Tucumán, en 114 *Anuario de Derechos Humanos* (2008).

otros seis acusados. Mientras *Menéndez* y *Rodríguez* aseguraron un control estricto sobre las unidades bajo su mando, dieron órdenes e instrucciones para implementar la campaña antisubversiva dentro de su esfera de autoridad, crearon las condiciones necesarias para la ejecución efectiva de esas órdenes, y supervisaron los resultados de la actividad de sus subordinados, los otros seis acusados identificaron conjuntamente a las víctimas y detuvieron, torturaron y asesinaron en cumplimiento de las órdenes impartidas por *Menéndez* y *Rodríguez*. En consecuencia, *Menéndez* y *Rodríguez* fueron condenados como coautores mediatos, y los otros seis acusados fueron condenados como coautores directos de los crímenes cometidos.

Sin embargo, la tendencia creciente en la jurisprudencia argentina hacia la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no ha sido invariablemente seguida. Por ejemplo, la sentencia del 12/8/2009 del Tribunal Oral Federal de San Martín en el caso *Floreal Avellaneda* aplicó la figura jurídica de coautoría basada en el dominio funcional (en lugar de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder) para condenar a *Santiago Omar Riveros* (ex Jefe del Comando de Instituciones Militares, bajo cuyo control operacional se encontraba la Estación de Policía *Villa Martelli* y la Escuela de Infantería *Campo de Mayo*), *Oswaldo Jorge García* (ex Director de la Escuela de Infantería *Campo de Mayo*), *Exequiel Verplaetsen* (ex Jefe del Área de Inteligencia de la Escuela de Infantería *Campo de Mayo*) y otros tres subordinados que estuvieron materialmente involucrados en la comisión de los crímenes. Todos ellos resultaron condenados por la detención ilegal y tortura de *Iris Avellaneda* y su hijo *Floreal Avellaneda* de quince años de edad, y por la posterior desaparición de este último.¹⁵

En este caso pueden observarse varias similitudes con el de *Luciano Benjamín Menéndez y otros*. En ambos casos, líderes militares de elevado rango, comandantes militares de rango intermedio y ejecutores materiales fueron condenados por similares tipos de crímenes perpetrados en el contexto de la campaña global antisubversiva planeada en 1976 por las Juntas

Militares Argentinas para eliminar a sus oponentes políticos. Además, en ambos casos, la concepción de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue expresamente acogida en relación con los miembros de las mencionadas Juntas.

Sin embargo, dado que el Tribunal Oral Federal de San Martín, en el caso *Floreal Avellaneda*, limitó la aplicación del concepto de autoría mediata a los miembros de las Juntas Militares, apoyándose en la circunstancia de que ellos eran los únicos altos comandantes militares cuya contribución (diseño de la campaña global y la puesta en marcha de las Fuerzas Armadas Argentinas para implementarla) no tuvo lugar en el estadio de ejecución de los crímenes, marcó una diferencia fundamental. Según el Tribunal Oral Federal de San Martín, los otros comandantes militares (Comandantes Operacionales Zonales, Comandantes de Área, Comandantes de Unidad) participaron en la ejecución de la campaña antisubversiva mediante (i) la adaptación de tal campaña a las especiales circunstancias de sus zonas y áreas de responsabilidad; y (ii) el diseño de las operaciones específicas a través de las cuales esa campaña iba a ser llevada a cabo. De tal modo, estos últimos poseían autonomía para decidir la manera en que debían proceder sus subordinados en lo relativo a la detención, la tortura y la desaparición forzada de sus oponentes políticos. Como resultado, para el Tribunal Oral Federal de San Martín, la participación de *Riveros*, *García* y *Verplaetsen* en los crímenes (los jefes de los centros de detención donde los crímenes tuvieron lugar) respondió a una esencial división de funciones entre ellos y aquellos subordinados que materialmente ejecutaron los delitos, comportamientos éstos que integraban un plan común acerca del que todos ellos actuaban de acuerdo para la ejecución de la campaña global antisubversiva.¹⁶

Chile

La concepción de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue aplicada en Chile por primera vez el 12 de noviembre de 1993, en la sentencia de primera instancia de un juzgado de

¹⁵ El cuerpo sin vida de Floreal Avellaneda fue encontrado, con posterioridad, en la costa uruguaya, donde probablemente había sido arrojado desde un avión militar argentino.

¹⁶ Además, para el Tribunal Oral Federal de San Martín, no había necesidad de un acuerdo previo entre todos los coautores, dado que era suficiente que aquellos que se unieron a la empresa criminal conjunta una vez que su implementación se había iniciado: (i) llevaron a cabo las tareas necesarias que les habían sido asignadas; y de ese modo (ii) codominaban el delito con otros miembros de la empresa criminal conjunta.

instrucción en el caso contra el *General José Manuel Contreras* (ex jefe de la agencia de inteligencia chilena, bajo el régimen de Pinochet conocido como DINA —Dirección de Inteligencia Nacional—) y su jefe de operaciones (*Coronel Espinoza*). Ambos fueron condenados por el homicidio de Orlando Letelier (Ministro de Asuntos Exteriores chileno de Salvador Allende), quien al momento del homicidio de que fuera víctima, se encontraba exiliado en Washington DC, donde era miembro del Instituto de Estudios Políticos y cumplía un rol clave en promover la oposición internacional contra el régimen de Pinochet.

Según la sentencia, Contreras, que tenía control total sobre la DINA (que fue militarizado en 1974) fue quien tomó la decisión de asesinar a Orlando Letelier, y colocó a su jefe de operaciones, Coronel Espinoza, a cargo de la adopción de las medidas que fueran necesarias a efectos de crear las condiciones indispensables para perpetrar el homicidio (incluyendo la puesta en marcha de actividades de espionaje durante varios meses). Finalmente, el *señor Townley*, un agente *de facto* de la DINA, fue puesto a cargo de la misión de asesinar a la víctima y fue enviado a Estados Unidos, donde cumplió con su cometido haciendo estallar una bomba colocada en el automóvil de *Letelier*, el 21 de septiembre de 1976.

Esta sentencia se ocupó finalmente de la cuestión de si, a la luz de los artículos 14, 15 y 16 del Código Penal chileno de 1874, *Contreras* y *Espinoza* debían ser considerados autores o partícipes en el homicidio de *Letelier*. En este sentido, es preciso destacar que, según el artículo 15, se consideran autores a todos aquellos que (i) toman parte en la ejecución del hecho directa e inmediatamente, sea impidiendo o procurando impedir que se evite; (ii) inducen a una tercera persona a cometer el delito; o actuando de común acuerdo (iii) facilitan los medios para la comisión del delito o están presentes mientras el hecho está siendo ejecutado.¹⁷

Según la sentencia, para determinar si *Townley* actuó cumpliendo órdenes impartidas por otro, o con base en un acto de instigación o un acuerdo, era necesario tomar en consideración los siguientes factores: (i) *Townley* formaba parte de la estructura militar jerárquica de la DINA como consecuencia de su situación

como agente *de facto*; (ii) *Townley* y su familia vivían bajo la protección y control de la DINA; y (iii) *Townley* había desarrollado un sólido sentimiento de lealtad hacia la DINA. Como resultado, incluso en el caso de que *Townley* no podría haber sido obligado legalmente a cumplir con la orden de asesinar a *Letelier*, la fuerte autoridad e influencia que el director de la DINA ejercía sobre *Townley* lo colocó en una situación en la que inevitablemente debía ejecutar el asesinato. Además, como se subraya en la sentencia, la existencia de un acuerdo hubiera requerido una deliberación con un nivel de libertad e independencia más elevado que el que *Townley* disponía luego de recibir la orden de asesinar a *Letelier*. Por otra parte, para aplicar la figura jurídica de la instigación, se hubiera requerido un acto de persuasión sin la naturaleza coercitiva que en efecto tuvo la orden de asesinar recibida por *Townley*, a través del director de la DINA y del jefe de operaciones de esa misma agencia estatal. Como consecuencia, en la sentencia se resaltó que los hechos juzgados ponían de relieve el tipo de dominio de la voluntad de los subordinados que era característico del que disponían los agentes superiores en la cadena de mando de estructuras organizadas de poder. En estas organizaciones, los superiores utilizan su poder para impartir órdenes y asegurarse de su cumplimiento mediante la fungibilidad de los ejecutores. Esta circunstancia hace casi imposible cualquier resistencia u oposición a la ejecución de las órdenes de los superiores.

A la luz de lo mencionado anteriormente, dada la proximidad jerárquica entre el director de la DINA y el jefe de su personal así como la falta de algún otro elemento que evidenciase que el *Coronel Espinoza* dependía del *Coronel Contreras*, la sentencia condenó a ambos como coautores mediatos, por haberse puesto de acuerdo en la utilización de sus subordinados en la DINA para los fines de asegurar el asesinato de *Orlando Letelier*.

Algunos juristas chilenos han criticado esta decisión, en especial porque se apartaba, sin buenos argumentos, de la jurisprudencia chilena previa a 1993, según la cual el concepto de autoría mediata resultaba sólo aplicable en aquellos supuestos donde los ejecutores materiales no eran responsables penalmente.

¹⁷ El art. 15 del Código Penal chileno de 1874 consideraba autores a “(1). Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite; (2) Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo; y (3) los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

Para estos autores, cuando, como ocurría en el presente caso, el nivel de determinación por un superior no equivalía a subyugar la voluntad del ejecutor material, sólo podían aplicarse las figuras jurídicas de la instigación o la complicidad necesaria, supuestos para los cuales el Código Penal chileno de 1874 preveía la misma pena que para los autores (mediatos).¹⁸ De esta manera, aún si *Contreras y Espinoza* hubieran sido condenados como instigador (*Contreras*) y cómplice primario (*Espinoza*), de todos modos su injusto hubiera sido castigado adecuadamente. En opinión de estos autores, el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder sólo alcanzó algún grado de aceptación en la jurisprudencia chilena años después,¹⁹ como lo refleja la decisión de la Corte Suprema chilena del 21 de septiembre de 2007, al acoger el pedido de extradición peruano en relación al ex presidente Alberto Fujimori. En esa decisión, la Corte Suprema chilena se refirió expresamente a la posibilidad de aplicación de la figura jurídica de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.²⁰

Colombia

Las sentencias pronunciadas en los casos *Machuca*²¹ del 7/3/2007, *Yamid Amat*²² del 8/8/2007 y *Gabarrá*²³ del 12/9/2007 fueron las primeras tres decisiones judiciales donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema colombiana aludió al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. No obstante, el máximo tribunal de justicia de Colombia no aplicó la figura jurídica de la autoría mediata en ninguno de estos casos, sino que juzgó que concurría en los tres supuestos la responsabilidad por coautoría. De ese modo, el tribunal mantuvo su tradicional enfoque en lo tocante a la distinción entre los conceptos de ins-

tigación (*determinación o autoría intelectual*), autoría mediata y coautoría (*autoría material impropia*), figuras todas a las que el artículo 23 del Código Penal colombiano de 1980 y artículos 28 y 29 del nuevo Código Penal colombiano de 2000, atribuyen la misma pena.

Según el enfoque tradicional de la Corte Suprema colombiana, los instigadores son aquellas personas que, a través de inducción, mandato, instigación, consejo, coerción, orden, acuerdo o cualquier otro medio viable, se aseguran la comisión del delito mediante otra persona que es penalmente responsable como autor directo del hecho punible. Por consiguiente, el concepto de instigación requiere un tipo de comunicación entre el instigador y el ejecutor material que permite a este último decidir, incluso si se trata de una situación precaria, si en efecto llevará a cabo el delito propuesto por el instigador. La decisión final acerca de la ejecución no es tomada por el instigador, sino por los ejecutores materiales. La distinción entre la instigación y la autoría mediata reside en que esta última requiere que los ejecutores materiales no estén en posición de decidir si cometen o no el hecho dado que: (i) sus roles como ejecutores materiales han sido impuestos por el autor mediato y (ii) no son enteramente conscientes de la real dimensión de sus roles. Finalmente, el concepto de coautoría requiere que una pluralidad de personas, actuando de manera concertada, lleven a cabo un plan criminal común según el principio de división de funciones.²⁴ Sin embargo, no es imprescindible para su configuración que los coautores hayan prestado su conformidad a un acuerdo previo. En este contexto, mientras se demuestre que el sujeto contribuyó con su aporte durante la fase de ejecución del delito, se convierte automáticamente en coautor, sin perjuicio de la relevancia de su colaboración; no hay necesidad de que esa contribución sea de naturaleza esencial.²⁵

¹⁸ J.L. Guzmán, "El Caso Chileno", en K. Ambos (ed.), *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, pp. 77-82.

¹⁹ *Idem*. Véase también P. Lifschitz, "«Cometer» y «hacer cometer»: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. «In memoriam»*, vol. I, Universidad Castilla La Mancha, 2001, p. 1272.

²⁰ Véanse, en particular, los argumentos legales núm. 94 y 95 de la sentencia. Para un comentario sobre esta sentencia, véase R. Lledó Vásquez, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, pp. 114 y ss.

²¹ Caso núm. 23825.

²² Caso núm. 25974.

²³ Caso núm. 24448.

²⁴ La Corte Suprema colombiana distingue entre dos tipos de coautoría: (i) *coautoría material propia*, que tiene lugar cuando cada uno de los coautores llevan a cabo todos los elementos objetivos del delito; y (ii) *coautoría material impropia*, que tiene lugar cuando los coautores contribuyen de manera diferente a la comisión del delito siguiendo el principio de división de funciones. Para el propósito de este artículo, sólo el segundo tipo de coautoría es relevante.

²⁵ Véase C. López Díaz, "El Caso Colombiano", en K. Ambos (ed.), *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, pp. 169-175.

Un buen ejemplo de la aplicación de este concepto amplio de coautoría está dado por el *caso Machuca*. Los hechos juzgados tuvieron lugar el 18 de octubre de 1998 en el pueblo de *Machuca*, en el área de Segovia-Antioquia. Con el fin de perjudicar la economía e infraestructura de petróleo de Colombia, varios miembros de la Compañía Cimarron del Ejército Nacional de Liberación hicieron explotar una bomba en el oleoducto Cusiana-Coveñas, provocando su destrucción y el derrame de una considerable cantidad de petróleo. Dado que la explosión tuvo lugar en un cerro, el petróleo derramado descendió por las laderas del cerro a la localidad de *Machuca*, destruyendo numerosas viviendas y provocando la muerte de más de cien pobladores. Aunque la fiscalía no pudo identificar a los ejecutores materiales del ataque, acusó a los siete miembros del Comando Central del Ejército Nacional de Liberación así como a los tres comandantes de la compañía Cimarron que operaba en el área en la que se produjeron los hechos.

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema colombiana, de fecha 7/3/2007, condenó a todos los acusados como coautores del delito. Mediante esa condena, el máximo tribunal de justicia colombiano—apoyado en informes de los servicios de inteligencia del Ejército colombiano y otras agencias de seguridad que describieron en detalle la organización interna del Ejército Nacional de Liberación y el área de responsabilidad de la compañía Cimarron—concluyó que los responsables de la tragedia de *Machuca* pertenecían a una organización criminal jerárquica que actuaba fuera de la ley. Dentro de la estructura jerárquica de dicha organización, los miembros del Comando Central del Ejército Nacional de Liberación estaban a cargo de diseñar y promocionar la política global de desbaratamiento, mediante violencia, del suministro de petróleo que iba desde *Caño Limón* hasta los Estados Unidos. Las unidades que operaban en ese ámbito, como la compañía Cimarron, poseían amplia autonomía para planificar esas operaciones específicas, a través de las cuales esa política global de desbaratamiento iba a ser puesta

en marcha. El Comando Central retenía el poder de sancionar a los ejecutores materiales que incurrieran en errores en la fase de ejecución de la mencionada política global.

Para la Corte Suprema colombiana, los ejecutores materiales de la Compañía Cimarron decidieron libremente y con conocimiento llevar adelante el ataque, como una manera de contribuir a la puesta en marcha de la campaña global de desbaratamiento del suministro de petróleo en Colombia. Las actividades que llevaron a cabo para cumplir su cometido fueron ejecutadas al margen de sus convicciones ideológicas y no como resultado de haber sido víctimas de engaño ni instrumentalizadas por el Comando Central. Pues ni el Comando Central tenía el dominio sobre su voluntad, ni ellos mismos eran meras herramientas del Comando Central. Como consecuencia, en este contexto, no fue posible recurrir al concepto de autoría mediata. Por otra parte, la figura jurídica de instigación no resultaba aplicable debido a que éste no era sólo un caso donde los delitos eran cometidos en cumplimiento de órdenes impartidas por agentes superiores en la cadena de mando. Por el contrario, para la Corte Suprema colombiana, éste fue un supuesto donde una pluralidad de personas, actuando libremente y compartiendo la política global de desbaratamiento del suministro de petróleo diseñado por el Comando Central, colaboraron en la comisión de los delitos de una manera coordinada y de acuerdo con el principio de división de funciones. Como corolario, los miembros del Comando Central, los comandantes de la compañía Cimarron y los ejecutores materiales que atacaron el oleoducto en las cercanías de *Machuca* fueron todos considerados coautores en la medida en que formaron parte de la misma empresa criminal conjunta.

La renuencia de la Corte Suprema colombiana en aplicar el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder ha sido parcialmente superada en la sentencia del 23 de febrero de 2010, pronunciada en el caso contra el ex senador nacional *Álvaro Alfonso García Romero*, co-fundador del grupo paramilitar conocido como *Frente Héroes de los Montes de María* (“el grupo paramilitar”).²⁶ De

²⁶ Según la Corte Suprema colombiana, a mediados de los 90, y tal vez antes, grupos armados ilegales empezaron a operar sin mucha coordinación bajo el nombre de *fuerzas de autodefensas* en el Departamento de Sucre. En 1996, estos grupos empezaron a ser coordinados por el comandante Salvatore Mancuso, quien fue asignado a la tarea de unificar los diferentes grupos armados de *fuerzas de autodefensas* que operaban en la parte norte del país bajo el mando de Carlos Castaño (jefe de la organización más amplia conocida como *Autodefensas Unidas de Colombia*). Para la misma época, algunos de los más acaudalados comerciantes de ganado del Departamento de Sucre tomaron la iniciativa de crear un grupo armado de *fuerzas de autodefensas* para proveer seguridad en el centro y el norte del Departamento de Sucre.

acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema colombiana, este grupo paramilitar era una estructura organizada de poder que operaba en el departamento de Sucre (al norte de Colombia). Poseía una sólida jerarquía vertical. Sus comandantes de más alto rango diseñaron las operaciones específicas a desarrollar, y un amplio número de subordinados (su número ascendió pronto a cientos) las llevó a cabo. Las instrucciones impartidas por los comandantes de más alto rango del grupo resultaban bastante detalladas, y la discrecionalidad para ponerlas en marcha por los comandantes desplegados en el terreno y los miembros del grupo de bajo rango, fue muy limitada (mucho menor que en algunas organizaciones de guerrilla como el Ejército de Liberación Nacional referido más arriba). Las numerosas reuniones y las continuas comunicaciones vía radial y telefónica entabladas entre los comandantes de más alto rango del grupo y sus comandantes desplegados en el terreno permitió a los primeros mantener un estricto dominio y control sobre el desarrollo de las operaciones del grupo. La estrategia final del grupo paramilitar se proponía asegurar el control militar del territorio en que operaban. Su cometido consistía en brindar protección a hombres de negocios y comerciantes de ganado, en las áreas donde ellos operaban, a cambio de obtener apoyo financiero, eliminar cualquier persona que consideraran cooperaba con la guerrilla, y usurpar el territorio abandonado por los numerosos pobladores que dejaron el área a causa de la presencia del grupo paramilitar. En un estadio posterior, esta estrategia del grupo paramilitar se extendió a otros territorios, con el fin de conseguir el control de los gobiernos local y regional en las zonas en las que el grupo actuaba. Para obtener este propósito, esta

agrupación brindaba apoyo a sus candidatos en las elecciones locales y regionales.

La masacre de *Macayepo* fue una operación llevada a cabo por varios cientos de miembros del grupo paramilitar y consistió en el múltiple homicidio que tuvo lugar entre el 9 y el 16 de octubre de 2000, en varios pueblos de la región Carmen de Bolívar (incluyendo *Macayepo*) así como el desplazamiento masivo de su población. De acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema colombiana, *García Romero* fue condenado como autor mediato de la masacre con base en los siguientes argumentos: (i) *García Romero* tenía el control sobre el grupo paramilitar (que compartía con los comandantes militares de alto rango); (ii) la masacre fue una actividad regular del grupo paramilitar que *García Romero* cofundó, apoyó y aconsejó; y (iii) el nombrado contribuyó al “éxito” de la operación mediante el aseguramiento que los batallones antiguerrilla de la Primera Brigada de Infantería Naval fueran apartados por el Comandante de la Brigada para así evitar cualquier posible interferencia con los homicidios y el desplazamiento masivo.²⁷

Sin embargo, conviene destacar que en esa misma sentencia del 23 de febrero de 2010, la Corte Suprema colombiana condenó a *García Romero* como instigador (y no como autor mediato) por ordenar el homicidio de Georgina Narváez. Según el máximo tribunal, *García Romero* ordenó a miembros del grupo paramilitar asesinar a Georgina Narváez el día 27 de octubre de 1997, luego de que concluyera que, en virtud de los pobres resultados electorales obtenidos por “su candidato” (Morris Taboada), Taboada sólo podría convertirse en Gobernador del Departamento de Sucre si los votantes en la ciudad de San Onofre fueran recontados para lo que Georgina Narváez (la

Como resultado, hubo varias reuniones entre comandantes paramilitares (como Salvatore Mancuso), políticos locales y regionales, y comerciantes de ganado del centro y norte de Sucre. En este contexto, en 1997 se mantuvo una reunión en la *Hacienda Las Canarias*, donde se llegó a un acuerdo entre el ex senador nacional *Álvaro Alfonso García Romero*, el líder paramilitar Salvatore Mancuso, y los comerciantes de ganado Miguel Nule Amín, Joaquín García Rodríguez y Javier Piedrahita para crear un grupo paramilitar que más tarde se conoció como *Bloque Héroes de los Montes de María*. Luego de acordar en cómo el grupo sería financiado y materialmente sostenido, nombraron a Rodrigo Mercado Peluffo, alias “Cadena”, como comandante del grupo. Debido a su participación en la reunión, su posterior apoyo financiero al grupo paramilitar, y su contribución material a algunas de sus operaciones, *García Romero* fue condenado por la Corte Suprema de Colombia como coautor del delito de miembro de una organización criminal (*concierto para delinquir agravado*).

²⁷ Según la Corte Suprema de Colombia, en una conversación grabada entre *García Romero* y su ayudante de confianza, *Joaquín García*, este último informó al acusado sobre dicha operación el día anterior de su inicio y resaltó la necesidad de sacar a los batallones del Ejército colombiano antiguerrilla fuera del área relevante. En la mencionada conversación, *García Romero* aceptó hablar, en horas tempranas de la mañana siguiente, al Comandante de la Primera Brigada de la Infantería Naval. Así quedó demostrado que las órdenes posteriormente recibidas por los batallones antiguerrilla fueron enviadas desde el área de la masacre, y que eso fue lo que impidió que esos batallones detuvieran la operación paramilitar. Sólo luego de que los cientos de atacantes militares dejaron el área donde se cometió la masacre, el Comandante de la Primer Brigada de la Infantería Naval ordenó a los batallones antiguerrilla bajo su mando, que retornaran al área relevante para ubicar y detener a los supuestos autores (esto fue conocido como “Operación Tranquilidad”).

mujer que había tomado nota de los votos en el primer escrutinio) tenía que ser asesinada.²⁸

Es preciso señalar que, al contrario del homicidio de Georgina Narváez donde *García Romero* dio la orden de asesinar, en la masacre de *Macayepo* no se comprobó que *García Romero* hubiera participado en el diseño de la operación (él mismo fue informado sobre la operación por un asistente suyo de confianza, Joaquín García, el día anterior a su inicio) ni en su puesta en marcha (su contribución consistió en desplegar su influencia con el Comandante de la Primera Brigada de Infantería Naval para evitar la interrupción o desbaratamiento de la operación por el Ejército colombiano). Como resultado, puede verse que el juzgamiento de *García Romero* por la Corte Suprema colombiana como instigador del homicidio de Georgina Narváez se apoya en su enfoque tradicional del concepto de instigación, según el cual, tal figura es aplicable siempre que el acusado impulsa a una persona que es plenamente responsable, a cometer un delito sin intervenir durante su ejecución. Sin embargo, ésta es precisamente el tipo de situación que la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder está destinada a cubrir: cuando los agentes superiores utilizan la estructura de poder que dirigen para asegurar la comisión de los delitos.

Asimismo, conforme la sentencia de la Corte Suprema colombiana, la circunstancia de que *García Romero* contribuyera durante la ejecución de la operación en el pueblo de *Macayepo* y las zonas aledañas (asegurando la evitación de cualquier desbaratamiento a la operación por el Ejército colombiano), descartaba la aplicación del concepto de instigación en relación

con su responsabilidad por la masacre de *Macayepo*. Sólo entonces, parece el tribunal colombiano haberse decidido por la aplicación, por primera vez en su historia, del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en lugar del concepto de coautoría. Sin embargo, dicha aplicación se produjo en un caso donde el acusado, un político nacional con mucha influencia en la pertinente área: (i) no dominaba completamente al grupo paramilitar, puesto que compartía el dominio con sus comandantes militares; (ii) no intervino en el diseño de la operación; y (iii) no parecía haber contribuido a la puesta en marcha de la operación. No parecen ser estas las circunstancias más adecuadas para la aplicación de la figura de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder.

Perú

La primera ocasión que en Perú se aplicó, por los tribunales de justicia, el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder tuvo lugar en la sentencia del 13 de octubre de 2006,²⁹ pronunciada por la Sala Penal Nacional, que luego fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema peruana en la sentencia del 14 de diciembre de 2007.³⁰ Estas dos decisiones judiciales fueron dictadas en el proceso seguido contra *Abimael Guzmán*, fundador y líder de la organización guerrillera maoísta Sendero Luminoso, y contra algunos de sus más próximos colaboradores (su esposa *Elena Iparraguirre*, *Laura Zambrano* y *María Pantoja*) por la masacre de 69 campesinos, incluyendo dieciocho niños, once mujeres, y varios ancianos en la ciudad de Lucanamarca y sus alrededores, el día 3 de abril de 1983.³¹

²⁸ Según la Corte Suprema colombiana, *García Romero* dio la orden de matar a Georgina Narváez y ofreció una suma de USD 2500 a fin de obtener ese resultado lo antes posible. La orden fue transmitida por Joaquín García (asistente de confianza de *García Romero*) a Salomón Feris (que estaba a cargo de las operaciones militares del grupo paramilitar), quien pasó la orden a Danilo (el comandante de la unidad campo con base en la ciudad de San Onofre). La víctima fue asesinada unos días después por dos individuos no identificados que le dispararon desde una motocicleta.

²⁹ Sentencia de la Sala Penal Nacional de Perú del 13 de octubre de 2006, Caso núm. 560-03.

³⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Perú del 14 de diciembre de 2007, Caso núm. 5385-200.

³¹ Sendero Luminoso fue un movimiento maoísta guerrillero, con base en la región peruana de Ayacucho. Inició sus operaciones contra las fuerzas gubernamentales de Perú en 1980. El territorio que controlaba y el número de militantes en la organización pronto aumentó, en particular en las regiones de Ayacucho, Apurímac y Huancavelica (la zona montañosa de Los Andes). En diciembre de 1981, el Gobierno peruano declaró "zona de emergencia" las tres regiones andinas. En algunas de estas áreas, el Ejército peruano entrenó a campesinos y los organizó en milicias antirebeldes denominadas *Rondas*. En marzo de 1983, miembros de *Rondas* de la Provincia de Huanca Sancos Departamento de Ayacucho apedreó, apuñaló, prendió fuego y disparó al comando de Sendero Luminoso en la plaza principal de la pequeña ciudad de Lucanamarca. Unas pocas semanas después, miembros de Sendero Luminoso respondieron al ataque mediante la entrada en las ciudades de Yanacollpa, Ataccara, Llacchua, Muylacruz y Lucanamarca (todas en la Provincia de Huanca Sancos) y asesinaron a 69 personas, incluyendo dieciocho niños (algunos de ellos de seis meses de edad), once mujeres (algunas de ellas embarazadas) y varios ancianos. La mayoría de las víctimas murió a través de cortes de machete y hacha, mientras que otros recibieron disparos a corta distancia en la cabeza (los pobladores fueron escaldados con agua hirviendo). Finalmente, la guerra de Sendero Luminoso contra el Estado peruano decayó, y Abimael Guzmán y varios miembros de alto rango de Sendero Luminoso fueron capturados en Lima en 1992.

Según la Sala Penal Nacional, la Dirección del Comité Permanente y el Comité Central de la organización Sendero Luminoso tenía el control final sobre la forma en que la organización se conducía a sí misma y poseía el poder y la autoridad de adoptar las medidas disciplinarias que creyeran necesarias en caso de incumplimiento de las instrucciones por los comités intermedios y las unidades zonales. Sus miembros presidían las reuniones celebradas con los comités intermedios, los cuales mantenían a su vez contacto con las unidades zonales. Operaciones como las que tuvieron lugar en el área de Lucanamarca, fueron sólo emprendidas como consecuencia de la ejecución de órdenes que reflejaban las decisiones tomadas por la Dirección del Comité Permanente y los acuerdos concluidos en el Comité Central. Por lo tanto, era competencia de la Dirección del Comité Permanente y del Comité Central la toma de decisiones sobre las acciones específicas a adoptar en las áreas locales y la determinación de cuándo, dónde y contra quién esas operaciones debían llevarse a cabo.³²

Las órdenes fueron transmitidas por los miembros de la Dirección del Comité Permanente y el Comité Central a los puntos de contacto en los comités intermedios, cuya función consistía en el planeamiento de la logística de la operación. Posteriormente, los comités intermedios transmitieron instrucciones detalladas a las unidades desplegadas en el terreno sobre cómo ejecutar las operaciones. En su función de presidente de la Dirección del Comité Permanente, el Comi-

té Central, y el Buró Político de Sendero Luminoso, *Guzmán* tenía el dominio de la organización. Como consecuencia, fue condenado como autor mediato.

En la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, la Sala Penal Nacional y la Corte Suprema de Justicia peruanas dejaron sentado que la definición de autor contenida en el artículo 100 del Código Penal peruano de 1924 (“los que toman parte en la ejecución del delito”)³³ no excluía *per se* tal concepto. Además, la Corte Suprema puso de relieve que el mencionado concepto había sido acogido por el artículo 23 del nuevo Código Penal de 1991, que define a los autores incluyendo a “aquellos que cometen el delito de manera individual, a través de otro o junto con otros”.³⁴

La defensa de *Guzmán* reclamó que el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no podía ser aplicado, debido a que Sendero Luminoso no conformaba una organización patrocinada por el Estado y, por tanto, sus miembros no tenían un deber de cumplir con las órdenes de la autoridad de Sendero Luminoso. Dicha circunstancia, a su modo de ver, impedía el traslado de responsabilidad hacia los eslabones más altos en la jerarquía de mando de la organización. Sin embargo, tanto la Sala Penal Nacional como la Corte Suprema señalaron que la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder nunca estuvo limitada a organizaciones subvencionadas por el Estado. Así, para el propio Claus Roxin, tal concepto

³² En una entrevista concedida a *El Diario* (un periódico pro-Sendero Luminoso con base en Lima) en julio de 1988 *Guzmán* reconoció su responsabilidad en la masacre de la siguiente manera: “Ante acciones reaccionarias militares... nosotros respondimos con una acción devastadora: Lucanamarca. Ni nosotros ni ellos lo olvidaremos, para ser preciso, puesto que ellos obtuvieron una respuesta que nunca imaginaron posible. Más de 80 fueron aniquilados, ésa es la verdad. Y nosotros reconocemos abiertamente que hubo excesos, tal como lo analizamos en 1983. Pero todo en la vida tiene dos aspectos. Nuestra tarea era dar un golpe devastador para ponerlos bajo control, hacerles entender que no iba a ser fácil. En algunas ocasiones, como ésa, fue la Conducción Central misma que planeó la acción e impartió instrucciones. Así es como sucedió. En ese caso, lo principal es que nosotros les dimos un golpe devastador, y los controlamos y ellos entendieron que estaban tratando con una clase diferente de contendientes, que nosotros no éramos iguales a aquellos con los que habían luchado antes. Esto es lo que entendieron. El exceso es el aspecto negativo... Si nosotros íbamos a dar a las masas muchas restricciones, requerimientos y prohibiciones, significaría que en el fondo nosotros no queríamos que el río se desbordara. Y lo que nosotros necesitábamos era que el río se desbordara, dejar que la avalancha se enfurezca, porque sabemos que cuando el río se desborda causa devastación en la ribera, pero cuando regresa a su lecho... El punto esencial era que ellos comprendan que nosotros éramos un hueso duro de roer, y que estábamos listos para lo que sea, para lo que sea. (La traducción al inglés de la entrevista completa está disponible en http://www.blythe.org/peru-ppc/docs_en/interv.htm). Posteriormente, el 10 de septiembre de 2002, Abimael Guzmán reconoció nuevamente su responsabilidad por la masacre de Lucanamarca ante la Comisión Peruana de la Verdad y la Reconciliación: “Nosotros, doctores, reiteramos que no negaremos nuestra responsabilidad [por la masacre de Lucanamarca]. Yo tengo la mía, yo soy el primer responsable, y nunca renunciaré a mi responsabilidad, eso no tendría sentido”. (El informe completo de la comisión de la masacre de Lucanamarca se encuentra disponible en español en <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20VII/Casos%20Ilustrativos-UIE/2.6.%20LUCANAMARCA.pdf>).

³³ El artículo 100 del Código Penal peruano de 1924 consideraba como autores aquellos que “tomaren parte en la ejecución del hecho punible”.

³⁴ El artículo 23 del Código Penal peruano de 1991 considera autor a “el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción que toman parte en la ejecución del hecho punible”.

es principalmente adecuado para todas las situaciones en donde la organización pertinente actúa fuera del orden legal.

Otro argumento de la defensa de *Guzmán* contra la aplicación de la autoría mediata al caso, se vinculó con la falta de verificación del requisito de fungibilidad de los ejecutores materiales, dado que en el caso de Sendero Luminoso no se demostró que éstos fueran miembros intercambiables. Para la defensa de *Guzmán*, no cualquiera que haya revestido la calidad de miembro de Sendero Luminoso poseía las “habilidades necesarias” para asesinar con machete y hacha mediante las acciones de tajar bebés, mujeres y ancianos, tal como sucedió en Lucanamarca. En este contexto, el requisito de fungibilidad no dependía de cuántos individuos se habían convertido en miembros formales de la organización, sino en cuántos de ellos poseían los conocimientos necesarios y la experiencia para ejecutar las operaciones en Lucanamarca. Dado que había un escaso número de “miembros especializados” en Sendero Luminoso que pudiera llevar a cabo este tipo de acciones, la defensa mantuvo que *Guzmán* carecía del dominio de los hilos de la organización, y que tampoco dominaba la voluntad de los ejecutores materiales de la masacre.

La Sala Penal Nacional rechazó los argumentos de la defensa porque según sus magistrados, el dominio que *Guzmán* ejercía sobre la voluntad de los ejecutores materiales no se basaba en la fungibilidad de los miembros de Sendero Luminoso. En efecto, las razones que pudieron conducir los discursos originarios acerca de rehusar conformidad con las órdenes de los superiores pudieron, en principio, también ser compartidas por los otros miembros de la organización. En consecuencia, para la Sala Penal Nacional, la fungibilidad de los miembros de la organización sólo aumentaba la probabilidad de que las órdenes fueran ejecutadas; no aseguraba la conformidad automática con las órdenes. Desde el punto de vista de la Sala Penal Nacional, era la actitud favorable de los ejecutores materiales de cumplir con las órdenes ilegales impartidas por los superiores, y no su naturaleza intercambiable, lo que proporcionaba el dominio de los superiores sobre la organización. En este contexto se inscriben los discursos iniciales acerca de que ante el rechazo en el cumplimiento de las órdenes de los superiores, otros miembros de la organización los reemplazarían para llevarlas a cabo, debido a que muchos de sus miembros mostraban una actitud favora-

ble hacia la ejecución de dichas órdenes. Por tanto, mientras la fungibilidad de los ejecutores dentro de la organización sólo aumentaba la probabilidad de que se terminase actuando de conformidad con lo ordenado por los superiores, el dominio que ejercían estos últimos sobre la organización se basaba en la actitud favorable de sus miembros para el cumplimiento de sus órdenes. En consecuencia, según la Sala Penal Nacional, el requisito clave para la aplicación del concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder es la existencia de este tipo de actitud entre los miembros de la pertinente organización. Requisito este que se juzgó cumplido en el caso de Sendero Luminoso, puesto que sus miembros se encontraban motivados ideológicamente, evidenciaban un elevado nivel de educación política y militar, y compartían una visión común del Estado y la sociedad en general. En estas circunstancias, *Guzmán* se aseguró de la comisión de la masacre de Lucanamarca mediante la utilización de la estructura jerárquica de Sendero Luminoso, beneficiándose de la buena disposición de sus miembros para seguir las órdenes impartidas por su líder.

La Corte Suprema peruana discrepó en su análisis del caso de la interpretación de la Sala Penal Nacional, en el sentido que ésta subrayó que el dominio del superior sobre la organización estaba basado en su estructura jerárquica y en la fungibilidad de sus miembros. En consecuencia, para la Corte Suprema peruana, la naturaleza fungible de los miembros de la organización es un requerimiento clave en la figura jurídica de autoría mediata. No obstante, al analizar la fungibilidad de los miembros de Sendero Luminoso, el máximo tribunal peruano se centró en la fungibilidad sucesiva de sus miembros, enfatizando que si un miembro de Sendero Luminoso no cumplía con una orden impartida por la Dirección del Comité Permanente, otro miembro lo reemplazaría en ese cometido. Esto fue lo que, para la Corte Suprema, ocurrió con la orden de asesinar a *Felipe Santiago Salaverry*, quien fuera ejecutado luego de seis intentos. El problema que plantea este enfoque está dado por el hecho de que la mayoría de las organizaciones alcanzan un criterio de “fungibilidad sucesiva”, lo cual se explica mediante la circunstancia de que siempre que uno de sus miembros se niegue a cumplir con una orden de un superior, invariablemente habrá otro que pueda intentar ejecutarlo en un estadio posterior. Como consecuencia, este enfoque priva al “criterio de fun-

gibilidad” de algún valor como elemento que permita distinguir entre los casos donde los superiores poseen un dominio real sobre sus organizaciones y aquellos otros casos donde ellos no detentan tal dominio.³⁵

En su voto particular, el magistrado de la Corte Suprema de Justicia peruana, Villa Stein, subrayó que el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no era aplicable al caso de Sendero Luminoso, fundamentado su opinión en las siguientes razones: (i) Sendero Luminoso era una organización con un alto nivel de centralización y una rígida jerarquía consistente en una pequeña Dirección del Comité Permanente/ Comité Central y numerosas unidades que operaban en el terreno de manera independiente las unas de las otras (relación horizontal); y (ii) todos los miembros de la organización compartían una visión ideológica común del Estado y la sociedad y actuaban según una estrategia común para obtener sus metas políticas. En estas circunstancias, según el Juez Villa Stein, ningún miembro de Sendero Luminoso tenía el dominio sobre las actividades criminales de la organización. Tal dominio era compartido por todos los miembros, quienes actuaban de una manera coordinada de acuerdo con el principio de división de funciones entre aquellos que planeaban las operaciones en la Dirección del Comité Permanente y el Comité Central y aquellos otros que las llevaban a efecto materialmente en el terreno. Por esta razón, en la opinión del Juez Villa Stein, la aplicación del concepto de coautoría basada en el dominio conjunto sobre la masacre de Lucanamarca era preferible.

Al comentar el voto particular del Juez Villa Stein, algunos juristas peruanos han señalado que el fenómeno referido por el magistrado (el dominio colecti-

vo sobre las actividades criminales de la organización por todos sus miembros, en la medida en que todos ellos compartían el mismo objetivo político de dañar la estructura social existente) justifica, en última instancia, la aplicación de la figura de coautoría en relación con el crimen de pertenencia a una organización criminal.³⁶ Sin embargo, estos mismos autores rechazan la aplicación del concepto de coautoría en lo referido a las específicas operaciones llevadas a cabo por la pertinente organización, puesto que, en los supuestos de coautoría la fase de ejecución comienza simultáneamente para todos los coautores. Esto significaría que la fase de ejecución comenzaría para todos ellos con la expedición de la orden por el superior consistente en llevar a cabo la operación, y los miembros de bajo rango de la organización serían responsables por la tentativa, incluso si ellos mismos se negaran a cumplir con la orden.³⁷

Con posterioridad al caso *Abimael Guzmán*, el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder ha sido aplicado por la Sala Especial de la Corte Suprema de Perú el 7 de abril de 2009, en la sentencia de condena a Alberto Fujimori por, entre otros, varios delitos contra la vida y detenciones ilegales perpetrados por grupos militares, paramilitares y organizaciones civiles con estructura de fuerzas de seguridad policiales, durante el lapso de su presidencia en el Gobierno del Perú entre 1991 y 2001.³⁸ De acuerdo con la sentencia de la Sala Penal Especial, el referido concepto era perfectamente compatible con el artículo 23 del Código Penal peruano de 1991 y resultaba aplicable al caso *Fujimori*, en razón de que se cumplían los tres requisitos exigidos: (i) la existencia de una estructura organizada de poder

³⁵ Debido a ello la Corte Suprema de Perú no trató el tema de si los ejecutores materiales de la masacre de Lucanamarca eran miembros fungibles de Sendero Luminoso en el momento en que la masacre tuvo lugar. Como se ha explicado más arriba, el análisis se centró en el concepto de “fungibilidad sucesiva”. Además, se puso de relieve que la prueba mostraba que Guzmán se aseguró la comisión de la masacre a través de utilizar la estructura jerárquica de Sendero Luminoso y se benefició de la buena disposición de sus miembros en lo tocante a una especie de renuncia a su propia identidad para seguir las órdenes de su líder. Sin embargo, tal evidencia sólo muestra que, como se mencionara por la Sala Penal Nacional, los miembros de Sendero Luminoso mostraban una actitud favorable interna hacia la ejecución de órdenes dadas por su líder, *Abimael Guzmán*. A la misma conclusión llega I. Meini, “El Caso Peruano”, en K. Ambos (ed.), *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, p. 144 [de ahora en más Meini].

³⁶ Meini, *op. cit.*, nota 38, p. 146.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú del 7 de abril de 2009 en el expediente núm. AV 19-2001 con respecto a los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE. Esta sentencia está disponible en el siguiente sitio web http://www.pj.gob.pe/Corte-Suprema/spe/index.asp?opcion=detalle_noticia&codigo=10409. En el Capítulo III de la Parte III de la sentencia puede verse una exhaustiva reseña de la posición tomada por los autores peruanos, latinoamericanos y españoles en relación con el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Allí, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia peruana analizó las diversas manifestaciones del concepto, los variados casos en donde ha sido aplicada hasta ahora (incluyendo el caso de las Juntas Militares argentinas y el del Germán Border), y los argumentos a favor y en contra de su aplicación. Además, se indican también las importantes diferencias existentes entre este concepto y el de responsabilidad penal de los jefes y otros superiores del artículo 28 del ECP.

controlada por el ex presidente Alberto Fujimori, la cual se hallaba jerárquicamente organizada; (ii) los ejecutores materiales eran miembros subordinados de tal estructura de poder y eran intercambiables; y (iii) la estructura de poder controlada por Alberto Fujimori actuaba fuera de la ley (tanto desde el punto de vista del Derecho nacional como del internacional). La Corte Suprema de Justicia peruana, en su sentencia del 3 de junio de 2010, confirmó el pronunciamiento de la Sala Penal Especial.

España

Los tribunales de justicia españoles, si bien en ocasiones expresamente han remitido en sus sentencias los argumentos que apoyan el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, han preferido basar sistemáticamente sus decisiones en las figuras de la inducción o instigación, y compli-

cidad o cooperación necesaria,³⁹ figuras que tanto en el Código Penal de 1973 como en el de 1995 tienen asignadas el mismo marco penal que la autoría propiamente dicha y, por tanto, que la autoría mediata.⁴⁰

Luego de la muerte del dictador español Francisco Franco en el año 1975, en España ha habido sólo un puñado de casos donde los delitos pudieron haber sido cometido a través de estructuras organizadas de poder. Así, en relación con el intento de *Golpe de Estado* de 23 de febrero de 1981, la Sala Penal del Tribunal Supremo Español, en sentencia del 22 de abril de 1983, consideró que no era aplicable la figura de autoría mediata a través de la utilización de aparatos organizados de poder, debido a que tal concepto no era suficientemente conocido por la jurisprudencia española en los inicios de la década del '80. Por otro lado, en ese tiempo, el Código Penal español y el Código de Justicia Militar contenían varias disposiciones que se ocupaban específicamente de la responsabili-

³⁹ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior Español del 2 de julio de 2004 (caso del *Atentado al Supermercado Hipercor*), del 1 de octubre de 2004 (caso *Scilingo*) y del 17 de julio de 2008 (Caso del *Atentado a la Estación Atocha*). Para un análisis del impacto del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, véase A. Gil Gil, "La autoría mediata a través de aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española", 53 *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2008 [de aquí en adelante citado Gil Gil Autoría]. Véase también E. Bacigalupo Zapater, "La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *La Ley* 2008; A. Gil Gil, "El Caso Español", en K. Ambos (ed.), *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, p. 100 [de aquí en más Gil Gil Caso Español].

⁴⁰ La renuencia de los tribunales de justicia españoles en aplicar el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder está en contraste con el apoyo dado a tal concepto por numerosos juristas españoles que han centrado su trabajo en el análisis de esta forma de responsabilidad en derecho penal nacional e internacional. Véase, en particular, P. Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2004; y Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, 2006. También los siguientes trabajos de F. Muñoz Conde, "Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no vinculadas al Derecho", en *Revista Penal*, 2000 (versión alemana publicada en *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 609 y ss.); "La superación del concepto objetivo formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales", en *Luisiada*, II Serie, núm. 3 (Lisboa 2005), pp. 57 y ss.; "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", en *Revista Penal*, 2002 (publicada también en el trabajo conjunto, *Derecho penal económico, Manuales de formación continuada*, Madrid, 2001, pp. 14 y ss. [de aquí en adelante citado como Muñoz-Conde Problemas de Autoría]; un versión resumida de este artículo puede encontrarse en el trabajo colectivo *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y la Criminología*, Madrid, 2001. Véase también los siguientes trabajos de H. Olásolo: Olásolo Criminal Responsibility (cit. nota 5), Capítulos III a V; Olásolo/ Pérez Cepeda (cit. nota 6), pp. 480 y ss.; "Joint Criminal Enterprise and Its Extended Form: A Theory of Co-Perpetration Giving Rise to Principal Liability; A Notion of Accessorial Liability, or a Form of Partnership in Crime?", 263 *Criminal Law Forum*, núm. 20 (2009), pp. 273 y ss. [de aquí en adelante citado como Olásolo Joint Criminal Enterprise]; "Reflexiones sobre el Desarrollo de la Doctrina de la Empresa Criminal Conjunta en Derecho Penal Internacional", en *Revista para el Análisis del Derecho* (Indret), 2009; "Developments in the Distinction between Principal and Accessorial Liability under International Criminal Law in light of the First Case Law of the International Criminal Court", en C. Stahn/G. K. Sluiter (eds.), *The International Criminal Court at Five Years* (Martinus Nijhoff Publishers 2008), pp. 339-360; "El Desarrollo de la Coautoría Mediata en Derecho Penal Internacional", en *Revista Jurídica Legis*, vol. 27 (Bogotá, 2009), reimpresión en 121 *Iter Criminis* 7 (México, DF, 2009) y en *Revista Española de Derecho Militar*, julio/diciembre 2008 [de aquí en más Olásolo Coautoría Mediata]; "El Impacto de la Primera Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional", 83 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, núm. 132 (2008); "Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgment", 143 *International Criminal Law Review*, núm. 7 (2007) [de aquí en adelante citado como Olásolo Stakić Appeal Judgment]; y "Current Trends on Modes of Liability for Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes", en Stahn, C./L. Van den Henrik (eds.), *International Criminal Law: Current and Future Perspectives* (Martinus Nijhoff Publishers, próxima aparición invierno 2009). Varios juristas españoles, como Muñoz-Conde, Pérez Cepeda, García Cavero, Núñez Castaño, Martín de Espinosa, Caruso Fontán, Ferré Olivé, Gómez-Jara Díaz, también han remitido a la posible aplicación del mencionado concepto a los delitos económicos cometidos por aquellos que dirigen empresas económicas en forma de sociedades mercantiles, tema del que no nos podemos ocupar aquí; para más detalles, véase, por ejemplo, Muñoz Conde, "Problemas de autoría", en *Revista Penal*, 2002, y *Derecho penal económico*, Consejo del Poder Judicial, cit.

dad penal de los comandantes militares implicados en un Golpe de Estado.

En el denominado “Caso Marey”, juzgado por el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 28 julio 1998, el ex Ministro del Interior y otros altos funcionarios de su Ministerio fueron considerados responsables por el secuestro de un supuesto miembro de la organización terrorista ETA. En este caso, la razón para no recurrir a la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder resultó ser la consideración del Tribunal Supremo Español de que el delito imputado (el secuestro de un supuesto miembro de ETA, Segundo Marey) fue un acto aislado, y, por tanto, no había tenido lugar en el contexto de una actividad ilegal sistemática llevada a cabo a través de grupos que operaban al margen de la ley desde la organización misma del Estado.⁴¹

Los tribunales de justicia españoles pudieron haber recurrido a la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en los procesos seguidos contra individuos que supuestamente integraban altos cargos en los eslabones de la organización terrorista ETA, por crímenes cometidos por sus subordinados dentro de la misma organización. No obstante, aunque se puede observar la influencia de tal concepto en los argumentos legales utilizados para justificar las condenas por inducción y complicidad necesaria, los tribunales de justicia españoles no lo han aplicado expresamente nunca.⁴²

Finalmente, la decisión del 10 de diciembre de 1998, de procesar al General Augusto Pinochet, dictada por el Juez de Instrucción español Baltasar Garzón resulta otro ejemplo de este modelo. En esa decisión se imputó al General Augusto Pinochet por crímenes de lesa humanidad, tortura y genocidio perpetrados por el aparato estatal chileno durante su régimen autoritario. Aunque los argumentos allí contenidos es-

tán claramente vinculados con el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, tal figura jurídica no aparece expresamente mencionada en la decisión judicial.⁴³

Uruguay

La sentencia del 9 de febrero de 2010 del Tribunal Penal de Uruguay Num. 7⁴⁴ condenó a Juan María Bordaberry Arocena, ex presidente del Uruguay desde 1972 hasta 1976, como (i) autor directo del delito de ataque contra el orden constitucional (la firma de Bordaberry fue necesaria para promulgar el Decreto Núm. 464/973 del 27 de junio de 1973 mediante el cual el Parlamento fue disuelto); y (ii) coautor de nueve hechos de desaparición forzada de personas y dos homicidios por razones políticas.

Según el Tribunal, *Bordaberry* no poseía el dominio efectivo sobre las operaciones represivas llevadas a cabo por las Fuerzas Armadas uruguayas entre 1973 y 1976 (periodo durante el cual alrededor de una quincuagésima parte de los ciudadanos uruguayos fueron detenidos o interrogados, convirtiendo a Uruguay en el país latinoamericano con mayor porcentaje de detenciones políticas de aquel entonces) debido a que desde el 9 de febrero de 1973 en adelante las Fuerzas Armadas uruguayas asumieron, unilateralmente, la lucha contra la subversión, y *Bordaberry* no tuvo influencia en su diseño o implementación. Los medios (detenciones prolongadas y tortura, seguidas por desaparición forzada y homicidio), a través de los cuales la campaña antisubversiva fue llevada a cabo, fueron decididos por las Fuerzas Armadas uruguayas; no por *Bordaberry*. Como resultado, el Tribunal no discutió en su sentencia si el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder podía ser aplicado.

⁴¹ Muñoz-Conde, “Problemas de Autoría”, art. cit, Consejo del Poder Judicial, pp. 14 y ss.: el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder puede ser aplicado en este tipo de casos.

⁴² Véase la sentencia del 2 de julio de 2004 y la del 22 de febrero de 2007 del Tribunal Supremo Español. Véase también el análisis de la jurisprudencia realizado por Gil Gil (cit. nota 42), pp. 65 y ss. Según Muñoz Conde, “Problemas de Autoría” (cit. nota 43), pp. 14 y ss., es posible también aplicar el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder a los líderes de organizaciones terroristas y comandantes de secciones terroristas, sin perjuicio del carácter nacional (ETA) o internacional (Al Qaeda) de la pertinente organización.

⁴³ Según el auto de procesamiento dictado contra el General Augusto Pinochet el 10 de diciembre de 1998 por la Sala de Instrucción núm. 5 de la *Audiencia Nacional* (Juez Baltazar Garzón):

Como Jefe de Gobierno y Presidente de la República [el General Augusto Pinochet] tenía el poder de detener la situación existente. Sin embargo, él, por el contrario, incitó y promovió, impartiendo las órdenes necesarias a sus subordinados, y controlando al mismo tiempo, con un dominio completo sobre los crímenes, su ejecución material a través de su posición de liderazgo en la DINA.

No obstante, esta decisión no consideró a Pinochet como autor mediato. Por el contrario, lo juzgó a veces como un instigador, y otras como un coautor.

⁴⁴ Caso núm. IUE 1-608/2003.

El Tribunal se centró, en cambio, en la figura de coautoría, puesto que Bordaberry apoyó las políticas represivas de las Fuerzas Armadas uruguayas, a partir de la circunstancia probada de que estas últimas buscaban obtener un objetivo que era compartido por Bordaberry, por los comandantes de más alto rango de las Fuerzas Armadas, y por los autores directos de los crímenes; este objetivo no era otro que: la persecución y eliminación de los grupos políticos considerados peligrosos para la Seguridad Nacional. Por lo que respecta a *Bordaberry*, éste no sólo no cumplió con su deber de adoptar las medidas necesarias para prevenir y detener la comisión de delitos, de solicitar su investigación y de presentar las correspondientes denuncias penales en las instituciones judiciales competentes (como presidente de la República de Uruguay tenía autoridad suficiente para adoptar esas medidas a través de sus Ministros), sino que, por el contrario, apoyó la campaña global antisubversiva. De hecho, según la sentencia del Tribunal Penal de Uruguay, las políticas represivas diseñadas e implementadas por las Fuerzas Armadas no podrían haber sido llevadas a cabo durante aquellos años sin el acuerdo y apoyo del entonces presidente de la República de Uruguay.⁴⁵

3. Conclusión

Para el momento en que Roxin definió el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por primera vez, en 1963, el autor tenía en mente un capítulo de la historia de siglo XX particularmente infortunado y único: el Holocausto y la red de campos de concentración y exterminio construidos por los nazis. En la cumbre de la organización nazi se encontraban Adolf Hitler y Heinrich Himmler. Sin embargo, el funcionamiento efectivo de la maquinaria

nazi requirió la acción coordinada de miles de miembros adicionales quienes, de acuerdo con la estricta cadena de mando, operaban en diferentes niveles de la organización nazi. El concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder puso en cuestión fuertemente aquellos intentos por describir la responsabilidad penal de líderes políticos y militares del régimen nazi, así como la de los superiores en la escala de mando intermedia de dicha organización, como meros accesorios de los crímenes cometidos en la ejecución de la infame Solución Final.

A pesar de la inicial renuencia de la jurisprudencia nacional e internacional a recurrir al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en un amplio alcance, la situación ha cambiado a través del tiempo. Éste es el resultado de la creciente percepción de que la aplicación a este tipo de casos de las figuras jurídicas de responsabilidad accesoria de la participación, como la instigación (o inducción) y la cooperación necesaria (o complicidad necesaria), aunque ciertamente no tenga ninguna repercusión en la pena finalmente aplicable, relega a los superiores a un papel secundario que no se corresponde realmente con su relevancia real.

Por otra parte, aunque los tribunales de justicia en América Latina y España se mantienen, hasta cierto punto, divididos sobre si en este tipo de casos se ha de recurrir al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder o al concepto de coautoría por dominio funcional, los supuestos analizados en el presente artículo muestran cómo el concepto de autoría mediata se ha convertido hoy en día en una figura jurídica básica para la definición de la responsabilidad penal de altos líderes políticos y comandantes militares que utilizan las organizaciones que dirigen para asegurar la comisión de crímenes internacionales.

⁴⁵ Con cita de Welzel y Bacigalupo, el Tribunal resaltó que la aplicación del concepto de coautoría requiere que la contribución del acusado (i) tenga lugar durante la fase de ejecución del delito; y (ii) sea esencial debido a que, sin ella, el delito no podría haberse cometido. Sólo si estos requisitos se cumplen, puede afirmarse que el acusado ejercía un codominio (compartido con los otros coautores) sobre la comisión del delito y por tanto decidió avanzar en su conclusión.



El reclutamiento de menores en el marco del conflicto armado colombiano. Aproximación a la problemática*

Paula Andrea Ramírez Barbosa

*Asesora del Procurador General de la Nación
Profesora Universidad Externado de Colombia
Doctora Universidad de Salamanca, España*

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

RESUMEN: *El reclutamiento de menores en Colombia constituye un crimen de guerra contenido en la legislación nacional y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, de innegable gravedad por la naturaleza de los derechos que resultan afectados con su comisión. A los menores se les anula su dignidad y garantías fundamentales, al obligarlos a participar en conflictos armados, en los que son los blancos más fáciles de los enfrentamientos. La revictimización de los menores reclutados y la cifra negra de criminalidad son características frecuentes en este tipo de crímenes, por ello es importante fortalecer no sólo la investigación y sanción de los responsables, sino además la prevención y medidas de resocialización de los menores que son víctimas de este crimen.*

PALABRAS CLAVE: *reclutamiento, menores, conflicto armado, grupos armados al margen de la Ley, víctimas, revictimización, cifra negra de criminalidad, crimen de guerra.*

ABSTRACT: *The recruitment of children in Colombia is a war crime contained in national legislation and the Statute of the ICC, the undeniable gravity of the nature of the rights that are affected with the commission. Minors are void and guarantees their dignity, forcing them to participate in armed conflicts, which are the easiest targets of the fighting. The revictimization of children recruited and unrecorded crime are characteristics common to such crimes, it is therefore important to strengthen not only the investigation and punishment of those responsible, but also the measures of prevention and resocialization of minors victims of this crime.*

KEYWORDS: *Recruitment, Children, Armed conflict, Armed groups outside the law, Victims, Revictimization, Black number of crime, War crime.*

* Este artículo fue publicado en la *Revista Penal Colombia*, núm. 1, septiembre de 2010.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aproximación al problema: el reclutamiento de menores en el marco del conflicto armado nacional. 3. Marco normativo internacional y nacional relacionado con el reclutamiento de menores. 3.1 La Normativa Supranacional. 3.2 Normativa Interna. 4. Realidad empírica que subyace en el reclutamiento de menores. 4.1 Factores que inciden en el reclutamiento de menores en Colombia. 4.2 Revictimización en el conflicto interno colombiano. 4.3 Cifra negra de criminalidad: obstáculos para la detección y sanción del crimen de reclutamiento en Colombia. 5. El reclutamiento de menores al interior de los grupos armados ilegales. 6. Consideraciones finales y propuestas. 7. Bibliografía.

1. Introducción

El desmovilizado ex jefe paramilitar Freddy Rendón, alias El Alemán, admitió que entre sus filas había 358 niños reclutados de 1999 a 2005. Según dijo, al momento de su desmovilización reunió a 149 menores y los envió para sus casas. Sólo tres fueron entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. No se sabe qué fue peor, si reclutarlos y utilizarlos para la guerra, o regresarlos a sus casas sin opciones diferentes para sus vidas. Quedaron desprotegidos y sin los beneficios de la reinserción tales como estudio, ayuda psicológica y aporte económico. La mayoría de estos niños son de Dabeiba y Necoclí, en Urabá, y el Atrato Medio Chocano.¹

En enero, en una vereda de Leticia, un comando de las Farc citó a padres de familia y líderes de la comunidad para notificarles que debían presentarse al día siguiente con sus hijos mayores de 15 años para prestar servicio obligatorio en el “Ejército del pueblo”. Indignado, el cura de la zona reunió a los padres en la iglesia y les ordenó no entregar a sus hijos y esconderlos. Entonces les llovieron amenazas y el sacerdote y algunas familias no tuvieron más opción que dejar el pueblo. Casos similares se han repetido en Guainía, Vichada, Meta, Caquetá, Putumayo y hasta en Bogotá, porque la guerrilla está empeñada en el reclutamiento de menores. Muchos padres, antes que entregar a sus hijos, prefieren huir y abandonarlo todo. Otros no han tenido más opción que dejarlos en poder de las Farc.²

Ha sido una característica común en los países que han afrontado situaciones de conflicto armado como

Ruanda, Congo, Sierra Leona y Colombia, la utilización de menores como combatientes y víctimas de los actores enfrentados. Pese a que las normas internacionales son precisas en prohibir la vinculación de los menores con la guerra, la realidad ha demostrado de una parte, que éstos suelen ser un blanco fácil, y de otra, el poco impulso que las jurisdicciones nacionales han manifestado en la prevención, detección y represión de estas conductas.

Sin lugar a dudas, el reclutamiento es uno de los más graves y repudiables crímenes que se pueden cometer, porque suponen la negación de los derechos fundamentales de los más débiles, el desconocimiento de su dignidad humana, la imposibilidad de su derecho a decidir, en definitiva la supresión de toda manifestación de libertad.

En el caso colombiano, el reclutamiento de niños y niñas se ha presentado al interior tanto de las organizaciones guerrilleras, paramilitares, como de las bandas criminales organizadas, las cuales han sido protagonistas de un conflicto armado que afecta al país desde hace más de cuatro décadas. En este escenario complejo y beligerante, los menores no sólo resultan siendo víctimas del crimen del reclutamiento, sino que además pueden ser considerados victimarios de delitos cometidos con ocasión del conflicto, bien como autores o partícipes de delitos relacionados con la violación de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, o por la comisión de delitos comunes.³

¹ <http://www.elespectador.com/impreso/nacional/articuloimpreso-alerta-reclutamiento-de-menores>

² <http://menoresguerra.blogspot.com/2008/06/plan-de-las-farc-para-reclutar-menores.html>

³ Los principios de París del 30 de enero de 2007 numeral 3.6 se refieren a la condición de víctimas de los niños y niñas reclutados por grupos armados que: “Los niños o niñas acusados de delitos según el derecho internacional supuestamente cometidos mientras estaban vinculados con grupos o fuerzas armadas deberán ser considerados en primer lugar como víctimas de delitos contra el derecho internacional; no solamente como perpetradores. Por tanto, deberán ser tratados de acuerdo con las normas internacionales en un marco de justicia restaurativa y rehabilitación social, en concordancia con el derecho internacional que ofrece a la infancia una protección especial a través de numerosos acuerdos y principios. En donde sea posible, se deben buscar alternativas a los procesos judiciales en sintonía con la Convención de los Derechos del Niño y otros estándares internacionales para la justicia juvenil”.

La gravedad del reclutamiento de menores es inquestionable, por ello la sanción del Estado a esta forma de criminalidad debe ser ejemplarizante, no sólo por la intrínseca gravedad e inclemencia de la conducta delictiva, asimismo por la naturaleza de los bienes jurídicos de los menores que resultan afectados. Por una parte, se afecta el propio derecho a la integridad personal, libertad, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, se les cercena a desarrollarse en condiciones dignas e idóneas, a tener una familia y a ser felices. Implica además, la violación de los Tratados y Pactos internacionales suscritos y ratificados por Colombia para garantizar la defensa de los menores, los principios constitucionales y las normas nacionales que tutelan los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El presente artículo tiene por objeto efectuar un análisis global del reclutamiento de menores en el contexto del conflicto armado colombiano, destacando su especial gravedad y las repercusiones de la conducta como crimen de guerra, el cual puede ser investigado y sancionado no sólo por los tribunales nacionales, sino por la Corte Penal Internacional.⁴

2. Aproximación al problema: el reclutamiento de menores en el marco del conflicto armado nacional

El reclutamiento en Colombia es la vinculación de niños y niñas, menores de 18 años por parte de los grupos armados, los cuales se valen de aquéllos como instrumentos de guerra, cercenándoles sus derechos fundamentales y empleándolos para la consecución de las finalidades de la organización criminal. Ha sido una práctica recurrente al interior de los grupos guerrilleros, paramilitares e incluso por las bandas delincuenciales organizadas dedicadas al narcotráfico y delitos conexos. Son muchos los casos que ilustran esta triste realidad y que a diario son destacados por los principales medios de comunicación del país:

De raspachines a guerrilleros: así reclutan menores en el Catatumbo. La amenaza de reclutamiento forzado de menores de edad por parte de las FARC y el ELN es tan

grave, que ha obligado a que los niños y jóvenes abandonen su trabajo como raspachines en los extensos sembradíos de uso ilícito. Hace no menos de 20 días conocí el caso de una jovencita de tan sólo 14 años de edad que se la llevó la guerrilla de las Farc. Eso fue en el sector de Caño Trece, del corregimiento La Gabarra, municipio de Tibú, en Norte de Santander. Días antes, otras dos jóvenes del mismo sector se fueron para la insurgencia. La gente afirma haberlas visto un par de veces tratando de convencer a muchachos de su edad para que se fueran con ellas. La revelación la hizo Laura, habitante de Tibú, municipio ubicado en la región del Catatumbo, una vasta zona geográfica compuesta por montañas, bosques y selvas tropicales ubicada en Norte de Santander, en límites con la República Bolivariana de Venezuela. Su testimonio fue reforzado por Carlos, un líder comunitario del municipio, quien afirmó que desde hace meses se vienen registrando casos de reclutamiento forzado de menores de edad por parte de grupos guerrilleros en otras zonas del departamento. “Sí, eso está ocurriendo. He conocido casos en veredas como Luis Vero y Filo Gringo?”, revela la fuente. La crudeza del fenómeno fue puesta en evidencia el pasado 14 de abril, cuando el Ejército nacional reportó la muerte en combate de siete guerrilleros del Ejército de Liberación Nacional (ELN), en hechos ocurridos en la vereda El Suspiro, corregimiento de La Gabarra. Tras verificar las identidades de los abatidos, se comprobó que cuatro de ellos eran los jóvenes Emilio, de 17 años de edad; Camila, también de 17 años; Julián, de 14 años y Pedro, de tan sólo 12 años de vida.⁵

“Yo me fui voluntariamente porque tenía problemas en el pueblo [...] tenía problemas con la guerrilla, entonces no sabía para dónde coger y la única solución era meterme en algún lado para evitar que me pasara algo”. El caso de Luis, de 19 años, desvinculado de las AUC, demuestra el grado de vulnerabilidad de los jóvenes en el conflicto que se vive en el país. Aunque él ya cumplió la mayoría de edad, ingresó a las filas paramilitares antes de los 18 años. Su caso es un delito por el que tendrían que responder los comandantes del bloque al que pertenecía, que hoy están desmovilizados. Aun más si se tiene en cuenta que muy seguramente él no era el único menor de su grupo, ni de la región, pues alguno de los integrantes de ese grupo guerrillero con el que tenía problemas podría tener su misma edad.⁶

⁴ A partir del 1 de noviembre de 2009, la Corte Penal Internacional tiene competencia para adelantar investigaciones e imponer sanciones por crímenes de guerra cometidos en Colombia, y que no hayan sido juzgados e investigados en el País. Ello en virtud del cumplimiento de la cláusula de salvaguarda que suscribió el Gobierno colombiano en 2002.

⁵ http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=111990

⁶ http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=100619

Colombia es el cuarto país del mundo con mayor número de niños combatientes después del Congo, Ruanda y Myanmar. Este complicado y latente problema no es nuevo, ya que desde que se originó hace más de cuatro décadas el conflicto armado, el reclutamiento de menores se ha presentado de forma constante en el país. No obstante, y en lo que atañe a la tipificación del delito, éste es de reciente inclusión en la normativa penal nacional, a través del Código penal de 2000, que en su artículo 162 lo incluyó. Con anterioridad al estatuto penal, la criminalización de esta conducta se encuadraba en la figura del secuestro agravado, ya que con el reclutamiento se sustrae a los menores del entorno en el que deben desarrollarse, se les cercena su derecho a la libertad, autodeterminación, se les priva del derecho a una familia, se les obliga a asumir un modelo de vida denigrante, controlado e injusto para el ejercicio de sus garantías esenciales.

El reclutamiento se ha clasificado en tres modalidades: voluntario, forzoso y obligatorio, pese a ello, y tal y como lo disponen las normas nacionales e internacionales, toda forma de reclutamiento de menores de 18 años excluye cualquier posibilidad de justificación o exculpación de la conducta criminal, entre otras razones porque el consentimiento del menor reclutado es nulo y carece en consecuencia de validez. En consecuencia, no puede demostrarse que la aceptación previa, concomitante o posterior de los menores en el conflicto, es una expresión de su libertad para conformar o hacerse parte de uno de los grupos armados ilegales, ya que su consentimiento se encuentra anulado, vacío de contenido, exterminado por los grupos al margen de la Ley, y su manifestación no es consecuencia de un acto libre y voluntario.

Los menores no pueden decidir, son coaccionados, impulsados inclementemente a hacer parte de grupos irregulares, a exponer directamente sus vidas en la guerra, a renunciar a sus derechos esenciales, sueños, a una vida digna. Por ello, cualquier decisión que los menores adopten en este entorno carece de validez, por el hecho de actuar bajo una presión in-

superable que les impide determinarse y ser libres. Nada puede justificar el reclutamiento de menores en un Estado como el colombiano, porque ello supone renunciar a los pilares básicos de una sociedad democrática, de un Estado de Derecho, social, fundado en la dignidad humana y en el respeto de las libertades y garantías fundamentales y en la salvaguarda de los niños.

La desafortunada experiencia de Colombia en este ámbito ha puesto en evidencia que la mayor parte de menores en la guerra son niñas, quienes no sólo son destinadas a la práctica de trabajos humillantes, sino que también son tratadas como esclavas sexuales, como mujeres de los comandantes y miembros de la organización, sometidas a la planificación forzada, e incluso obligadas a abortar o a embarazos forzados. A su vez, se da el caso de menores reclutados coaccionados a la realización de trabajos para el narcotráfico y la delincuencia organizada dentro de las diversas actividades que desarrolla el grupo criminal.⁷

3. Marco normativo internacional y nacional relacionado con el reclutamiento de menores

3.1 La Normativa supranacional

El Estado colombiano ha ratificado diversos instrumentos de Derechos humanos encaminados a la protección de niños y niñas, dentro de los que se destacan: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966,⁸ la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969,⁹ la Convención sobre Derechos del Niño,¹⁰ y sus dos Protocolos Facultativos,¹¹ y el Estatuto de Roma que aprueba la Corte Penal Internacional.¹²

El sistema de protección de derechos humanos con la Convención sobre los Derechos del niño de 1989 consagró la prohibición expresa del reclutamiento y la utilización de niños menores de 15 años por los grupos armados. Colombia, al ratificar la Convención sobre

⁷ <http://ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=93575>

⁸ Firmado por Colombia el 21 de diciembre de 1966.

⁹ Aprobada por Colombia mediante Ley 16 de 1972, ratificada el 31 de julio de 1973, y en vigor desde el 18 de julio de 1978.

¹⁰ Ley 12 de 1991.

¹¹ Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños y niñas en conflictos armados, y sobre la venta y tráfico de niños.

¹² Adoptado el 17 de julio de 1998, vigente desde el 4 de julio de 2002. Firmado por Colombia el 5 de julio de 2002, aprobado mediante Ley 742 de 2002, ratificado el 5 de agosto de 2002, y en vigor desde el 1 de noviembre de 2002.

Derechos del niño de 1989, el 28 de enero de 1991, hizo una reserva, considerando que la edad mínima para que las personas pudieran participar directamente en las hostilidades fuese los 18 años, adelantando así la restricción de mayor protección del Protocolo.¹³

La Organización Internacional del Trabajo en 1999, a través del Convenio 182 aprobó la prohibición de las peores formas de explotación infantil, señalando como prácticas típicas el reclutamiento de niños y niñas por grupos armados. De otra parte, en febrero de 2002, entró en vigor el protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños y niñas en los conflictos armados, fijando la edad de vinculación con grupos armados estatales y no estatales a los 18 años.¹⁴

Otras de las disposiciones que sirvieron como antecedente normativo en el país, son los Principios y Buenas Prácticas de Ciudad del Cabo de 1997, que se aprobaron durante el Simposio sobre la Prevención y Reclutamiento de Niños y Niñas y la desmovilización y Reintegración Social en África, los cuales en 2007 fueron actualizados por la ONU, con el propósito de fijarlos como parámetros universales en cualquier conflicto armado, en el que resulten reclutados menores por los grupos armados. Así, los principios de París del 30 de enero de 2007 señalan los “Principios y directrices sobre niños vinculados a las fuerzas y grupos armados”, y fijan los criterios de reintegración y atención de menores de edad, destacando las consideraciones de género.

Los principios de París definen el reclutamiento en el numeral 2.4 como: “la conscripción o aislamiento obligatorio, forzado y voluntario de niños y niñas de cualquier tipo de grupo o fuerza armada”. En el mismo sentido, el numeral 2.5 dispone que sea reclutamiento o utilización ilegal de niños o niñas que

están por debajo de la edad contenida en los tratados internacionales aplicables a las fuerzas o grupos armados dentro de las normas nacionales. El artículo 2.1 precisa que es niño o niña asociado con una fuerza o grupo armado:

cualquier persona menor de 18 años de edad que haya sido reclutada o utilizada por una fuerza armada o un grupo armado en cualquier tipo de función, incluidos, aunque no limitados, los niños y niñas utilizados como combatientes, cocineros, portadores, mensajeros, espías o con fines sexuales. No se refiere solamente a un niño o niña que esté participando, o haya participado, directamente en las hostilidades.

En cuanto al Derecho Internacional Humanitario, Colombia ha ratificado los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, asumiendo así la salvaguarda de los derechos de la población civil, en especial frente a los niños y niñas reclutados en el conflicto armado.¹⁵ Los Protocolos Adicionales prohíben la participación de menores de 15 años en los conflictos armados, y fijan una especial protección en las confrontaciones de carácter no internacional, señalando la prohibición por la participación directa o indirecta de los menores en las hostilidades.

El Estatuto de Roma consagró el reclutamiento de menores como un crimen de guerra así: “reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos activamente para participar en las hostilidades”.¹⁶

En el contexto internacional, deben señalarse también las Resoluciones 1265 de 1999, 1314 de 2000, 1379 de 2001, 1460 de 2003, 1539 de 2004, 1612 de 2005 y 2882 de 2009 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, vinculadas con los niños comprometidos en el conflicto armado. La Resolución 1612

¹³ La Ley 12 de 1991 ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989. Colombia estableció la reserva en los siguientes términos: “El Gobierno de Colombia, siguiendo el artículo 2, parágrafo 1 (d) de la Convención, declara que para los propósitos del artículo 38, parágrafo 2 y 3, de la Convención, la edad referida en dichos párrafos debe ser entendida como 18 años, dado el hecho de que, bajo la ley colombiana, la edad mínima de reclutamiento en las fuerzas armadas para el servicio militar es de 18 años”.

¹⁴ Colombia el 6 de septiembre de 2000 firmó el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados, ratificado mediante ley 833 de 2003.

¹⁵ El Protocolo I Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales establece en el artículo 77 (2) “Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad”. El Protocolo II Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional estableció en su artículo 4 (3c) que “los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades” (Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, 1977).

¹⁶ Artículo 8. xxvi), señala que constituye crimen de guerra el reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

consagra un sistema de vigilancia y presentación de informes en países que afrontan situaciones de conflicto armado en los cuales los menores son víctimas del reclutamiento. Se crea un Equipo Especial del país integrado por las Agencias de Naciones Unidas y ONG, para realizar tareas de monitoreo en el territorio en atención a seis violaciones de derechos humanos y en las infracciones del derecho internacional humanitario; asesinato y mutilación de niños; reclutamiento y utilización de niños soldados; ataques contra escuelas y hospitales, violación de niños y su sometimiento a otros graves ataques de violencia sexual; secuestro de niños y niñas; denegación de acceso a la asistencia humanitaria.¹⁷

Mediante Resolución 1882 de 2009, el Consejo de Seguridad retomó la importancia de la implementación de las Resoluciones anteriores sobre esta materia, y solicita

al Secretario General que en los anexos de sus informes sobre los niños y los conflictos armados incluya también a las partes en conflicto armado que, en contravención del derecho internacional aplicable, practiquen habitualmente actos para causar la muerte y la mutilación de niños, así como actos de violación y otros actos de violencia sexual contra los niños en situaciones de conflicto armado.

3.2 Normativa interna

La salvaguarda de los derechos de los menores se encuentra ampliamente recogida en normas supranacionales, y en disposiciones internas. La constitución de 1991 en el artículo 44 fija los derechos de los niños, niñas y adolescentes a un desarrollo armónico, y su carácter prevalente frente a cualquier otro derecho, por tanto es obligación del Estado, la sociedad y la familia velar y garantizar su protección. En el mismo sentido, el artículo 13 de la Constitución consagra el deber de protección especial del Estado frente a quienes se encuentren en una situación de debilidad y vulnerabilidad manifiesta, como es el caso de los menores que resultan reclutados en el marco del conflicto interno.

El Código penal colombiano en el artículo 162 tipificó el delito de reclutamiento de menores en los siguientes términos: “El que, con ocasión y en desa-

rollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, establece la protección de todo niño o niña frente al reclutamiento o la utilización por parte de grupos armados, así como la obligación del Estado de proteger a la niñez frente a estos delitos. Fija también el deber de remisión de los menores desvinculados, sin excepción, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en calidad de víctimas del reclutamiento de menores.

El artículo 41 numeral 29 de la misma norma dispone que, frente a los niños y niñas, el Estado deberá “asegurar que no sean expuestos a ninguna forma de explotación económica o la mendicidad y abstenerse de utilizarlos en actividades militares, operaciones psicológicas, campañas cívico-militares y similares”. A su vez, el Código dispone en su artículo 175 que, en los casos adelantados contra menores desmovilizados, se les podrá aplicar el principio de oportunidad, lo cual supone la renuncia de la investigación penal por parte del Fiscalía General de la Nación, cuando se cumpla una serie de presupuestos, dentro de los que se destaca: “que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia al grupo armado al margen de la ley”; cuando “se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitía al adolescente contar con otras alternativas para el desarrollo de su personalidad”, o “por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento”. No obstante, la aplicación de este beneficio se excluye tratándose de delitos de genocidio, lesa humanidad, infracciones al DIH, cometidos por niños y niñas.

Valga destacar además, que en el marco del proceso de paz que adelantó el gobierno nacional con los grupos de Autodefensas Unidas de Colombia, y que tuvo como resultado la expedición de la ley 975 de 2005 denominada “Ley de Justicia y Paz”, se desarrollaron disposiciones referentes a la desmovilización de grupos armados dentro de los procesos de negociación, desarme, desmovilización y reincorporación.

¹⁷ Mecanismo aprobado en diciembre de 2008, y el Equipo Especial del País lo puso en marcha en febrero de 2009.

Pese a ellos, estas normas no garantizan la protección especial de los derechos de los menores que directa o indirectamente se vinculan con el conflicto armado.¹⁸

En Colombia existen diversas Directivas Ministeriales y Decretos que crean programas y organismos encargados de atender a la niñez víctima de uso y reclutamientos ilícitos. Así, la Directiva No. 15 de 2007 del Ministerio de Defensa regula lo concerniente a la capacitación de los miembros de la fuerza pública para manejar casos de entregas o capturas de niños y niñas. La Directiva 048 que imparte instrucciones para la no utilización de niños y niñas. La Directiva No. 7169, del 13 de febrero de 2008, para la denuncia de hechos de vinculación de niños y niñas. Además de ello, el Decreto 4690 de 2007 crea la Comisión Intersectorial para la prevención del reclutamiento y la utilización de niños, niñas, jóvenes por grupos organizados al margen de la ley. Del mismo modo, el Decreto 1290 de 22 de abril de 2008 establece la reparación administrativa de víctimas de grupos armados organizados al margen de la ley, en el cual se señala como una de las conductas que dará lugar a dicha reparación el reclutamiento ilícito de niños y niñas.¹⁹

4. Realidad que subyace en el reclutamiento de menores

Las cifras sobre el reclutamiento de menores en las hostilidades no son precisas, así por ejemplo en el Informe de Human Right Watch de 2003, se estimó que al menos uno de cada cuatro combatientes es menor de 18 años, y que en algunos casos la población puede fluctuar entre 20 y 30 por ciento en algunas unidades de la guerrilla y paramilitares. En efecto, los grupos armados han reclutado un número significativo de menores, aproximadamente entre once y catorce mil niños menores de 18 años²⁰ y un total de treinta mil vinculados con el conflicto.²¹

Según datos de UNICEF en Colombia el 14% de los niños y niñas que se vinculan al conflicto lo hacen “voluntariamente”. De éstos un “33.3% lo hacen por atracción a las armas y uniformes, otro 33.3% por po-

breza, un 16.6% por relación cotidiana con los grupos armados y un 8.3% por enamoramiento o decepción amorosa”.²²

En el Informe de 2009 del Secretario General sobre los niños y el conflicto armado en Colombia se señaló:

reclutamiento y la utilización de niños por los grupos armados ilegales están muy generalizados y siguen siendo motivo de grave preocupación. En 2006, el Comité de los Derechos del Niño expresó su inquietud por el reclutamiento a gran escala de niños por los grupos armados ilegales para hacerlos participar en los combates y utilizarlos como esclavos sexuales. En octubre de 2008, la Corte constitucional de Colombia afirmó también que los grupos armados ilegales estaban reclutando a niños en Colombia de manera generalizada, sistemática y habitual, y que aún no se conocía la verdadera magnitud y el alcance territorial de estos reclutamientos. El número estimado de niños que participan en grupos armados ilegales oscila entre 8.000, según el Ministerio de Defensa, y 11.000, según fuentes no gubernamentales. La Fiscalía General está investigando 25 casos de reclutamiento de niños que tuvieron lugar en 2008. En un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) se señaló que la edad media de reclutamiento había disminuido de 13,8 años en 2002 a 12,8 en 2006.

Además de lo anterior, los menores también son utilizados para otros propósitos distintos a los vinculados con el conflicto armado, como sucede con su utilización en bandas criminales organizadas dedicadas al narcotráfico, lavado de dinero y sicariato, las cuales suelen captar a menores con el objetivo de facilitar la consumación de los delitos y evadir la responsabilidad penal de adultos, instrumentalizando a los menores en la comisión de graves crímenes. En el Informe de 2009 del Secretario General sobre los niños y el conflicto armado en Colombia, también se precisó que:

Los niños también han sido víctimas del fuego cruzado entre el Ejército Nacional y los grupos armados ilegales. En agosto de 2008, un niño de 5 años murió en una casa

¹⁸ Véase entre otras las siguientes disposiciones: Decreto 1385 de 1994 artículos 2 y 5, Ley 418 de 1997 artículos 13 y 14, Ley 548 de 1999, Ley 782 de 2002 artículos 8 y 19, Decreto 128 de 2003 artículos 22, 23, 24 y 25; y Ley 975 de 2005 artículos 10.3 y 64.

¹⁹ Artículo 5 del Decreto 12900 de 2008.

²⁰ Defensoría del Pueblo y Human Rights Watch.

²¹ Springer, N., “Prisioneros combatientes: Del uso de niños, niñas y adolescentes para los propósitos del Conflicto armado en Colombia”, Fundación Maya Nasa, Bogotá, 2008.

²² Datos derivados del Informe de UNICEF sobre la infancia y la adolescencia 2007.

del municipio de San Pedro, departamento de Valle del Cauca, durante una escaramuza entre el Ejército Nacional y las FARC-EP. En septiembre de 2008, una niña de 1 año de edad perdió un ojo al quedar atrapada en un enfrentamiento entre el Ejército Nacional y las FARC-EP, en el departamento de Arauca.²³

4.1 Factores que inciden en el reclutamiento de menores en Colombia

Son múltiples las causas que originan el reclutamiento forzado de menores en Colombia, asociadas en su mayoría con un contexto de precariedad, marginación y violencia que afecta los derechos esenciales de los menores, y que se hace patente en zonas rurales del país epicentro de las acciones delictivas de los grupos armados ilegales, aunque también puede presentarse en la periferia de los centros urbanos, y en aquellas zonas que concentran altas condiciones de pobreza.²⁴ Enunciar las causas que inciden en el reclutamiento no es simple, pese a ello pueden mencionarse como principales factores los siguientes:

- La existencia de un conflicto armado en el país que no ha sido resuelto con éxito, y que tiene diversos actores enfrentados desde hace más de cuatro décadas.
- El reclutamiento se encuentra vinculado al fenómeno del desplazamiento forzado interno, siendo este último la opción real con la que cuentan las familias que buscan evitar que sus hijos sean reclutados por grupos al margen de la ley.²⁵

- La facilidad con la que los menores son utilizados como informantes, compañeros, combatientes; en el caso de las niñas, se les suele convertir en esclavas sexuales. No obstante, cada organización ilegal tiene sus formas de vinculación, que varían de acuerdo con el grupo, la edad, la zona, entre otros.
- Las condiciones de marginalidad y pobreza que influyen en la instrumentalización de la niñez para la conducción de hostilidades. Se abusa de su situación de vulnerabilidad y se les capta bajo falsas promesas como “la vida de guerrero”, un futuro prometedor y dinero fácil. Incluso, algunas familias envían a sus hijos a combatir dadas las limitaciones para garantizar su subsistencia.
- La ausencia de oportunidades, acceso a la educación y a condiciones dignas de subsistencia incide en que los menores ingresen a las organizaciones armadas irregulares. Sumado a situaciones de maltrato, violencia doméstica e inseguridad alimentaria que aumentan la situación de vulnerabilidad.²⁶
- Algunos niños recurren a las organizaciones criminales huyendo de la violencia familiar, el abuso físico o sexual, o en búsqueda de una “familia” que les proporcione cariño. En este escenario se busca en el grupo armado ilegal una especie de protección y de identidad. Lo cual no deja de ser una fantasía, porque una vez que ingresan al grupo se les cercenan sus derechos y garantías fundamentales.

²³ En el Informe de 2009 del Secretario General de Naciones Unidas sobre los niños y el conflicto armado en Colombia señaló: “Las minas antipersonal y las municiones sin detonar han tenido consecuencias graves para la población civil, incluidos los niños. Según el informe titulado *Landmine Monitor Report 2007*, el número de personas muertas o heridas en Colombia como consecuencia de los restos explosivos de guerra fue el más alto del mundo entre 2005 y 2007. Según el Programa Presidencial para la Acción Integral contra Minas, el número de víctimas entre 1990 y 2008 ascendió a un total de 7.515, de las que 722 eran niños. Según esa misma fuente, en 2008 murieron 14 niños (4 niñas y 10 niños) y resultaron heridos 32 (5 niñas y 27 niños) a consecuencia de esos artefactos. En enero, en el municipio de Palmira, Departamento del Valle del Cauca, una mujer y su hija de 9 meses murieron al pisar una mina antipersonal; la mujer estaba embarazada de 5 meses. En junio, en el municipio de Samaniego, departamento de Nariño, 3 niños varones de 12, 14 y 16 años de edad murieron al activar accidentalmente una mina antipersonal. En julio, en el departamento de Bolívar, tres niños sufrieron heridas de gravedad, entre ellos una niña de 9 años que perdió una pierna.

²⁴ En Colombia son muchos los niños y niñas que viven en condiciones de pobreza, extrema pobreza y desigualdad, y cada vez menos el gasto dedicado a educación, salud y servicios de atención social para la infancia. Véase con profundidad en UNICEF y OACNUDH (2006). *Compilación observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, UNICEF y OACHNUD.

²⁵ En el informe del Secretario de Naciones Unidas, relacionado con la infancia y el conflicto armado 2009, se señaló: “Los desplazamientos forzados de la población de Colombia son una de las principales consecuencias de los elevados niveles de violencia. Entre los factores causantes figuran los enfrentamientos armados, los asesinatos, las masacres y las amenazas, la presencia de minas antipersonal, el reclutamiento de niños, la violencia sexual y la denegación de acceso a los suministros humanitarios y de otro tipo. Los desplazamientos forzados afectan de manera desproporcionada a determinados grupos de la población, como las mujeres y los niños. La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que, según varias fuentes, hasta un 50% de los desplazados son menores de 18 años”.

²⁶ Springer, N., “Prisioneros combatientes: Datos del primer informe exploratorio sobre el uso de niños, niñas y adolescentes para los propósitos del conflicto armado en Colombia”, Fundación Maya Nasa, Bogotá, 2008.

Con relación a las causas que originan el reclutamiento de menores, es importante destacar que la Corte Constitucional en Sentencia C-203 de 2005 y en el auto de cumplimiento 251 de 2008, relativo al seguimiento del estado de cosas inconstitucional en materia de los derechos de las personas desplazadas por la violencia, las características del contexto que favorecen el escenario de la vinculación de niños y adolescentes e incluso de jóvenes a estructuras ilegales, señaló que:

5.2.3.1. El reclutamiento de menores para formar parte de grupos armados asume varias formas, y se explica por una serie de factores subyacentes. A los menores combatientes se les incorpora a los grupos armados legales o ilegales, bien sea por la fuerza, bien de manera aparentemente “voluntaria”. Es excepcional la vinculación auténticamente voluntaria.

5.2.3.2. El reclutamiento forzado de menores de edad se efectúa mediante el uso directo de violencia, el secuestro, la abducción, o la intimidación directa a los niños y/o sus familias; otros ingresan a estos grupos para defenderse a sí mismos o a sus familiares. Por lo general, las víctimas del reclutamiento forzoso provienen de sectores sociales pobres, analfabetas y rurales; en efecto, varios estudios han demostrado que en los países en que este fenómeno ocurre, los hijos de familias con mayores recursos económicos y de contextos urbanos corren un riesgo mucho menor de ser reclutados a la fuerza.

5.2.3.3. Si bien la mayor parte de niños combatientes en el mundo son reclutados forzosamente, algunos ingresan a los grupos armados bajo la apariencia de un reclutamiento “voluntario”. Sin embargo, es claro para la comunidad internacional y para los expertos en el tema que el calificativo de “voluntario” no se corresponde con la situación material que lleva a los menores de edad a “decidir” que quieren participar en un grupo armado; en efecto, la opción de un niño de ingresar a estos grupos no es generalmente una decisión libre. La determinación de incorporarse a las filas obedece, en la práctica, a presiones de tipo económico, social, cultural o político, que no dejan alternativa a los niños ni a sus familias. Los factores de mayor peso que subyacen a estas “decisiones” son de naturaleza económica y social: la pobreza de las familias, que les lleva a ofrecer a los menores a cambio de un ingreso o retribución, o simplemente por la ausencia de recursos para su manutención; la motivación de los niños de alistarse si con ello creen que van a garantizar alimentación, vestuario o atención médica

para sus familias; la disolución de las estructuras económicas y sociales por causa del conflicto, que priva a los niños de opciones educativas y a sus familias de fuentes de ingreso y sustento, y favorece la opción por los grupos armados. En otros casos, el ingreso obedece a la desesperación: sin oportunidades educativas, separados de sus familias y sin acceso a estructuras sociales o institucionales de protección, los niños pueden “optar” por el reclutamiento como última alternativa. Lo que es más, múltiples informes documentan que proporciones significativas de niños buscan ingresar a los grupos armados por creer que éstos les darán protección: víctimas de la violencia familiar, el abuso o la explotación, o habiendo presenciado la violencia física contra sus familias o comunidades, los menores identifican estos grupos como núcleos capaces de proteger su integridad y seguridad.

Los factores psicológicos, ideológicos y culturales también inciden sobre este fenómeno. Por sus condiciones psicológicas y emocionales, los menores de edad son altamente vulnerables a la retórica de los reclutadores; son fácilmente manipulables para así ingresar a dinámicas violentas que no pueden comprender cabalmente ni resistir. En el contexto de los conflictos armados, los menores a menudo identifican la guerra con el poder y la protección; ante la precariedad de las estructuras institucionales, la vida en el conflicto puede ser revestida de connotaciones idealizadas por parte de mentes que están en proceso de desarrollo y son fácilmente impresionables. La propaganda y el discurso de los reclutadores operan, así, en un campo especialmente fértil para la manipulación cuando se trata de menores de edad, y en forma particularmente fuerte durante el periodo de la adolescencia, cuando los procesos de estructuración de la identidad están en su periodo formativo.

Los anteriores factores no dejan dudas para la Corte sobre lo poco “voluntario” de la “decisión” de un menor de ingresar a los grupos armados al margen de la ley. La proliferación de armas livianas de creciente poder destructivo contribuye en forma complementaria a la expansión de este fenómeno, ya que las armas ligeras son más fáciles de operar y de cargar, por lo cual los niños las pueden empuñar con igual efectividad mortífera que los adultos.

En este sentido, resalta la Corte Constitucional que el reclutamiento es una causa del desplazamiento forzado, pues las familias prefieren huir antes que dejar a sus niños en manos de los grupos armados y en segundo lugar el mismo desplazamiento es un factor de riesgo, pues en palabras del ACNUR:²⁷

²⁷ http://www.acnur.org/index.php?id_pag=8012

Un ejemplo claro de que a nadie parece importarle su suerte (la de los niños y adolescentes desplazados) es la facilidad con que son reclutados por los grupos armados, sin que autoridad alguna lo evite. Ésa es una de las principales causales de desplazamiento, y es tan crítico, que organismos humanitarios han calculado que hoy puede haber entre 11.000 y 14.000 menores de edad militando en las filas de algún grupo ilegal.

Pero quienes no son reclutados tampoco es que dejen de sufrir. Según explica la Corte en su reciente fallo, los grupos ilegales les imponen estrictos códigos de conducta, y los amenazan constantemente de muerte si fallan.

En suma, es innegable la estrecha relación entre el reclutamiento forzado de menores con el entorno de precariedad y marginación que se vive en buena parte de Colombia, y que afecta a sectores rurales en su mayoría, los cuales carecen de oportunidades para acceder a la educación, salud y condiciones óptimas de subsistencia. Fenómeno que se evidencia en todas las regiones del país y en diversos departamentos que integran el territorio nacional, y en los que la presencia del Estado es limitada por el accionar de los grupos armados ilegales.²⁸ Los menores por su especial vulnerabilidad resultan ser víctimas directas de un conflicto que cercena sus derechos, y que incide negativamente en su formación y desarrollo personal y social.

4.2 Revictimización en el conflicto interno colombiano

El junio 19 de 2006, el *Diario BBC* destacaba la siguiente noticia: ¿Dónde están los niños?, y contenía la siguiente información:

No se sabe si los niños (que estaban en las filas de las autodefensas) fueron a sus casas, si están involucrados en otras actividades delincuenciales o si están haciendo parte de nuevos grupos paramilitares en otras regiones del país [...]. Lo que preocupa es que, al mismo tiempo, han surgido denuncias de que continúa el reclutamiento de menores para las AUC, especialmente en grandes ciudades, a donde continúan llegando desplazados por

la violencia [...]. hay muchos grupos entre carácter paramilitar y pseudo paramilitar o criminales que quieren ganar atención entre la juventud y entre los tenderos locales para cobrar prebendas o impuestos [...]. “Tenemos mucho problema de reclutamiento forzado, también de reclutamiento voluntario, porque no hay mayor alternativa de la juventud del sector”, dice Roberto Sicard de la Defensoría del Pueblo [...]. “En sectores del sur de Bogotá, donde hacemos acompañamientos, constantemente denuncian que hay presión de los grupos armados, sobre todo de los paramilitares”, dice Giovanni Arias, director de la Fundación Dos Mundos.

En efecto, el reclutamiento de menores en Colombia supone no sólo la privación de la libertad de locomoción y autodeterminación de niños y niñas, sino que además se les vulneran sus derechos fundamentales, se les obliga a participar de ejecuciones sumarias, torturas, asesinatos, secuestros, ataques a civiles, instalación de minas antipersonas, entre otros. También se presenta el empleo de niños en actividades de inteligencia, y la realización de campañas cívico-militares.²⁹

Una vez que se integran las filas de los grupos insurgentes, sufren afectaciones en su salud física y psíquica generada por los esfuerzos y trabajos a los que son sometidos, como también por las condiciones climáticas a las que se enfrentan en entornos selváticos donde son comunes graves enfermedades. De igual forma, inciden los problemas de desnutrición, la falta de una alimentación balanceada y las largas jornadas que deben afrontar sin consumir alimentos dadas las responsabilidades que se les encomiendan. Como si ello fuera poco, los menores suelen ser víctimas de violencia sexual al interior de la organización no sólo como sujetos pasivos del acceso y actos sexuales abusivos, sino sometidos a otras modalidades como el acoso sexual, la prostitución y anticoncepción forzada, embarazos no deseados, al aborto, entre otros.

En definitiva, resulta evidente la situación de revictimización de los menores reclutados, a quienes se les tortura física y psicológicamente de forma perma-

²⁸ Springer, N, “Prisioneros combatientes: Datos del primer informe exploratorio sobre el uso de niños, niñas y adolescentes para los propósitos del conflicto armado en Colombia”, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

²⁹ De acuerdo con la Coalición contra la Vinculación de Niños, Niñas y Jóvenes al Conflicto Armado en Colombia, los niños y niñas soldados en Colombia son víctimas de torturas, abuso sexual, esclavitud sexual, anticoncepción forzada y detención prolongada. También son alejados de sus familias y ven afectados sus derechos a la educación, la recreación y el libre desarrollo de la personalidad. Véase ampliamente en Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, “Niños y niñas soldados”, Informe Global 2004, apartado sobre Colombia, en <http://www.childsoldiers.org> (consultada en marzo 2 de (2007)).

nente, negándoseles en consecuencia el ejercicio de cualquier derecho. A muchos de ellos, se les causa la muerte por parte del grupo irregular o el contradictor, cuando se ven enfrentados a combates.³⁰ Con lo cual, puede afirmarse que el reclutamiento es uno de los peores crímenes que pueden cometerse en un Estado, no sólo porque se afectan los derechos esenciales de los más vulnerables, sino porque además dado su carácter pluriofensivo, lo cual implica por una parte el desconocimiento de la dignidad de los menores, y de otra la vulneración de derechos como la integridad, el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la indemnidad.

4.3 Cifra negra de criminalidad: obstáculos para la detección y sanción del crimen de reclutamiento en Colombia

Como se ha destacado, si bien el reclutamiento de menores ha sido una práctica frecuente en el contexto del conflicto armado colombiano, pocos casos han sido judicializados y sancionados, existiendo por tanto una alta cifra de impunidad al respecto. Son diversas las razones que contribuyen a esta desafortunada realidad, algunas tienen su origen en el propio sistema de justicia, y otras por razones endógenas a las propias víctimas, siendo las más destacadas las siguientes:

- Las víctimas no suelen denunciar por temor a represalias de los miembros de los grupos armados insurgentes, y que se pueden manifestar en ataques graves contra su vida e integridad, y la de sus familias.
- El temor a ser revictimizados por el propio aparato estatal.
- La falta de representación judicial adecuada.
- La falta de capacitación de los funcionarios judiciales que adelantan las investigaciones.
- La carencia de mecanismos de seguridad para llevar adelante las investigaciones.
- La constante vigilancia que los grupos armados ejercen sobre testigos y víctimas menores desvinculadas de las organizaciones insurgentes.

- La ausencia de un programa eficaz de protección de víctimas y testigos.
- La carencia de suministro de información entre las diferentes instituciones del Estado que tienen conocimiento de casos de reclutamiento de menores.

De acuerdo con la información de la Fiscalía General de la Nación, hasta el 26 de octubre de 2009, existía un registro de 303 investigaciones por el delito de reclutamiento de menores adelantadas por la ley 906 de 2004, de las cuales 247 se encuentran activas y 56 inactivas, respecto de estas últimas seis se encuentran en ejecución de penas, 49 en indagación y sólo una en investigación. Ello pone en evidencia el escaso abordaje judicial del delito en Colombia, pese a la ocurrencia real del delito.

En un reciente y profundo estudio acerca del delito de reclutamiento de menores,³¹ se identificaron como principales obstáculos para el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes víctimas del reclutamiento los siguientes:

1. Obstáculos relacionados con la administración de justicia: se asocia con el desconocimiento de la normativa internacional por parte de los operadores judiciales, su falta de preparación, los problemas de intercambio de información entre entidades del Estado, y la falta de un adecuado tratamiento de los medios de prueba de importancia para demostrar la vinculación del menor al grupo armado.

2. Obstáculos relacionados con la seguridad de las víctimas y la persistencia del conflicto armado: los menores enfrentan temores asociados con las represalias de los comandantes o miembros de la organización frente a la justicia particular.

3. Obstáculos de carácter normativo: relacionados con algunas de las disposiciones que contiene la ley 975 de 2005 de justicia y paz, ya que ésta no aborda de forma eficaz el crimen del reclutamiento, la desmovilización de los menores y su participación en el proceso en calidad de víctima o testigo.

La existencia de estos obstáculos incide negativamente en el hecho de que la mayoría de los casos de re-

³⁰ De acuerdo con una investigación de la Defensoría del Pueblo, realizada con niños y niñas desmovilizados, en Colombia los niños y niñas soldados experimentan el trauma de ser testigos de secuestros, torturas y asesinatos. También y durante su participación en el conflicto un 28% de los niños y niñas resulta herido, un 18% mata a alguien y un 40% dispara armas de fuego. Véase en UNICEF y Procuraduría General de la Nación, *La infancia, la adolescencia y el ambiente sano en los planes de desarrollo departamentales y municipales*, UNICEF, Bogotá, 2005.

³¹ “El delito invisible. Criterios para la investigación del delito de reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia”. Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2009.

clutamiento de menores no sean castigados y que queden en la impunidad. Ello supone la necesidad urgente de consolidar una estrategia interinstitucional eficaz en la detección, investigación, prueba y sanción de estos delitos, las víctimas no pueden seguir siendo invisibles para la sociedad y el Estado. Más aún cuando éste ha suscrito y ratificado diversas Convenciones y Protocolos relacionados con la garantía de los derechos de los menores, y está obligado por la Constitución a proporcionarles un tratamiento preferente y diferenciado.

5. El reclutamiento de menores al interior de los grupos armados ilegales

El 15 de agosto de 2006, *Caracol Radio* registró:

“Narcotraficantes y grupos armados ilegales reclutan niños para convertirlos en sicarios”. “Precisamente, por la flexibilidad de la ley (ley de la infancia y la adolescencia), los menores se convierten en una población vulnerable para el reclutamiento de organizaciones guerrilleras, paramilitares y delincuenciales, que los llevan a cometer asesinatos a cambio de dinero o drogas [...]. Un millón de pesos les puede durar una noche, saliendo con mujeres bonitas a un buen lugar. Además, son adolescentes, que en su mayoría, consumen sustancias psicoactivas y para suplir esa necesidad terminan delinquirando, eso puede ser el premio de lo que ellos cometan”, indicó la funcionaria de los Hogares Clareth [...]. Los grupos sicariales se amparan en más de 80 pandillas, integradas en un 70 por ciento por menores de edad, hijos de desplazados y de padres que se fueron al extranjero en búsqueda de oportunidades.

También el periódico *El Colombiano*, el 23 de octubre de 2007, señaló:

“Conflicto se sirve niños en su plato”. “Según advierten las autoridades, hay un grupo nuevo de autodefensas y cuyos jefes ya están identificados, que actúan en el sector de El Siete, en la comuna 13. Este grupo recluta a los menores de edad en esos barrios [...] se estima que hoy en la ciudad hay más de 300 menores únicamente al servicio de los grupos emergentes o de bandas delincuenciales que trabajan para estos grupos ilegales.”, [y la *Revista Semana* el 18 de febrero de 2008, tituló]:

“Los Baby sicarios”. “La atomización de bandas criminales en esas dos ciudades de Risaralda y la participación de menores en el esquema delictivo tiene con los pelos de punta a las propias autoridades e investigadores sociales de la región. Incluso, algunos ya se atreven a comparar el problema con el vivido en la comuna Trece de Medellín y otros encuentran alguna similitud con el fenómeno de Los Maras, que afectó a Centro América, especialmente países como El Salvador. Para Eisenhower D’janón, presidente del colegio de Jueces de Paz de Dosquebradas, la situación, que se extiende a Pereira, tiene perturbadores similares a los detectados en la capital antioqueña. Es indudable admitir la presencia de fuerzas oscuras que alimentan la actitud delincencial de los jóvenes, en otras palabras, estamos reconociendo que es el narcotráfico a través de organizaciones mafiosas, el motor de este fenómeno”, dijo a *Semana*.

Los grupos que participan en las hostilidades han suscrito diversos acuerdos de no utilización y reclutamientos de niños y niñas en el conflicto. Pese a ello, ésta ha sido una práctica reiterada al interior de sus filas. Así por ejemplo, en la Declaración de Paramillo, del 26 de julio de 1998, las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC),³² se estableció que a partir de esa fecha no reclutarían a personas menores de 18 años, ni los utilizarían en actividades de inteligencia o vigilancia. Acuerdo que se ratificó en el marco de las negociaciones encaminadas al proceso de paz con el gobierno del presidente Álvaro Uribe. No obstante.

Se ha confirmado que algunos grupos armados ilegales, como las Autodefensas Campesinas Nueva Generación, las Águilas Negras o el Ejército Popular Antiterrorista de Colombia, que surgieron tras la desmovilización de las AUC, también están reclutando a niños. Por ejemplo, en marzo de 2008 se confirmó el reclutamiento de niños por las Autodefensas Campesinas Nueva Generación en el departamento de Nariño. Además, antiguos integrantes de las AUC se han puesto en contacto con algunos niños desvinculados de las AUC para ofrecerles dinero y obligarlos a unirse a otros grupos armados ilegales.³³

De otra parte, las FARC-EP,³⁴ en junio de 1999, formalmente manifestaron un ofrecimiento al Repre-

³² El proceso de desmovilización de las AUC tuvo lugar entre 2003 y 2006 y propició la desmovilización de casi 32.000 personas.

³³ Informe Anual de 2009 del Secretario General de Naciones Unidas, relacionado con los niños y los conflictos armados.

³⁴ Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), “que existen desde la década de 1960, son la guerrilla más numerosa y antigua del país. El Gobierno de Colombia ha puesto en marcha sucesivas iniciativas de paz, entre las que figuran el reconocimiento en 1984 de un partido político promovido por las FARC-EP y el establecimiento de un ‘proceso de paz negociado’ entre 1998 y 2002”.

sentante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, mediante la cual se comprometieron a no reclutar más niños y niñas menores de 15 años.³⁵ “Sin embargo, continúan reclutando a menores, incluidas niñas. La información recibida confirma el reclutamiento de niños en 13 departamentos, a saber: Antioquia, Arauca, Bolívar, Caquetá, Cauca, Chocó, Guaviare, Nariño, Putumayo, Sucre, Tolima, Valle del Cauca y Vaupés”.³⁶

Otra de las organizaciones guerrilleras de Colombia, el ELN,³⁷ cuando firmó los acuerdos “Puerta del Cielo” en Meinz Alemania en 1998, se comprometió a no reclutar menores de 16 años.

No obstante, ha seguido reclutando a niños. Se ha podido confirmar que, en el período que se examina, el ELN reclutó a niños en los departamentos de Arauca, Cauca, Nariño y Norte de Santander. En agosto de 2008, siete niños que habían pertenecido al grupo se entregaron al Ejército en Cumbal (Nariño). El ELN sigue organizando campañas de reclutamiento de niños en escuelas. En febrero de 2008 realizó una campaña de reclutamiento en una escuela del departamento de Cauca. Al parecer, la escuela había recibido financiación del ELN a cambio de permiso para impartir adiestramiento militar en el centro.³⁸

La realidad del conflicto armado del país ha puesto en evidencia que tales declaraciones han sido meramente simbólicas, ya que el reclutamiento de menores y su participación en la guerra se siguen presentando en diferentes zonas del país, sin que hasta el momento haya existido un compromiso real de las organizaciones armadas ilegales de poner fin a este crimen, y del Estado en prevenir y sancionar a los responsables de tan graves conductas.

El Comité de Derechos del Niño del 8 de junio de 2006 en sus observaciones finales señaló su preocupación por la gravedad de la situación de la vinculación de la niñez con el conflicto, y en particular por:

a) El reclutamiento en gran escala de niños por los grupos armados ilegales para combatir y también como esclavos sexuales;

b) El interrogatorio por las fuerzas armadas de los niños soldados capturados y desmovilizados y el incumplimiento del plazo máximo de 36 horas establecido en la legislación nacional para entregarlos a las autoridades civiles;

c) La utilización de niños por las fuerzas armadas para obtener información de inteligencia;

d) El nivel insuficiente de reintegración social, rehabilitación y reparación de que disponen los niños soldados desmovilizados;

e) El número de niños que han sido víctimas de minas terrestres;

f) El hecho de que el actual marco jurídico en que se desenvuelven las actuales negociaciones con los grupos paramilitares no tenga en cuenta los principios básicos de la verdad, la justicia y la reparación para las víctimas;

g) La falta general de transparencia suficiente al examinar los aspectos relativos a la infancia en las negociaciones con los grupos armados ilegales, que prolonga la impunidad de los responsables de reclutar a niños como soldados.

En definitiva, el crimen de reclutamiento de menores ha sido una práctica generalizada y sistemática por parte de los diferentes actores del conflicto armado colombiano, pese a que han asumido compromisos en este ámbito, ello ha sido letra muerta porque nunca han renunciado a la captación de menores en la guerra. La práctica bélica se sigue presentando sin piedad, en un contexto armado en el que se atenta contra la dignidad de los menores y se imposibilita el ejercicio de cualquier derecho del que son titulares, se les instrumentaliza, revictimiza, y no se les tiene en cuenta, presentándose como víctimas invisibles para el Estado y la sociedad en general.

6. Consideraciones finales y propuestas

Las conductas vinculadas con el reclutamiento de menores configuran una de las manifestaciones más graves contra el Derecho Internacional Humanitario, que deben ser denunciadas, perseguidas y sanciona-

³⁵ Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados tras su misión humanitaria a Colombia. Declaración de prensa HR/ 4418, 9 de junio de 1999.

³⁶ Informe Anual de 2009 del Secretario General de Naciones Unidas, relacionado con los niños y los conflictos armados.

³⁷ El Ejército de Liberación Nacional (ELN) es la segunda guerrilla más numerosa del país. Las conversaciones de paz directas entre este grupo y el Gobierno comenzaron en 2000. En 2005, el Gobierno y el ELN llegaron a un acuerdo sobre la celebración de reuniones exploratorias oficiales, de las cuales se celebraron varias en 2006 y 2007. No obstante, en 2008 no se registró ningún avance.

³⁸ Informe Anual de 2009 del Secretario General de Naciones Unidas, relacionado con los niños y los conflictos armados.

das por el Estado colombiano y por la comunidad internacional. Este crimen considerado de guerra por la normativa nacional y supranacional, puede ser objeto de investigación y sanción no sólo por la jurisdicción doméstica, sino también por parte de la Corte Penal Internacional (CPI), en los casos que la jurisdicción nacional no pueda o no quiera poner en marcha las investigaciones respectivas y exista impunidad en este sentido, eventos en los que se activará la competencia complementaria de la CPI.

En el reclutamiento de menores por parte de las organizaciones ilegales, los niños son raptados de sus hogares, escuelas o ciudades para su explotación en el conflicto, su esclavitud sexual, su tráfico al interior de organizaciones criminales con fines lucrativos y otro tipo de comportamientos de indiscutible gravedad. En suma, su instrumentalización en un conflicto despiadado, del que infortunadamente resultan como principales víctimas, dada su especial situación de vulnerabilidad, desamparo e indefensión.

Las causas que originan el reclutamiento en el país son variadas, la mayoría se relaciona con la existencia del propio conflicto armado, el cual afecta principalmente a los menores pertenecientes a las asentamientos indígenas, a los habitantes de las zonas rurales y periféricas de distintos municipios del país. La pobreza, la marginación y precariedad coadyuvan a que estos crímenes se sucedan, ya que los menores son víctimas fáciles de las organizaciones insurgentes, las cuales recurren a falsas promesas, engaños y manipulación para captar menores. Sin lugar a dudas, el desplazamiento forzado incide en que el reclutamiento de menores se presente por parte de los grupos guerrilleros, paramilitares y por las bandas criminales organizadas; en este escenario, familias y poblaciones son obligadas a huir de su domicilio para evitar que sus hijos sean captados para la guerra. Algunos menores buscan equivocadamente en las organizaciones ilegales “una familia”, o un “modo de vida”, que al menos les garantice el alimento necesario y un grupo de pertenencia. También los menores pueden escapar de sus núcleos familiares porque son víctimas de malos tratos y violencia doméstica, o recurren a estos grupos con el objetivo de corregir sus condiciones de vida y en busca de nuevas oportunidades que les permitan un mejor futuro.

Una vez que son captados ilegalmente por los grupos armados, los menores son revictimizados, sufriendo graves atentados contra su vida e integridad

personal que se materializan en lesiones, violencia sexual, secuestro, torturas y demás tratos crueles y denigrantes. Con la pertenencia al grupo se les priva de las garantías fundamentales para desarrollarse libremente y decidir. En contraposición, tienen que enfrentarse a situaciones de extrema violencia y presenciar la comisión de crímenes y a familiarizarse con la injusticia, inequidad y horror de la guerra.

Los menores pueden verse involucrados no sólo como víctimas sino también como victimarios, en aquellos casos que se logre establecer su participación directa en la comisión de delitos en el contexto del conflicto armado, lo cual suele suponer la vulneración del derecho internacional humanitario y diversas normas de derechos humanos. En este contexto, es preciso considerar las disposiciones internacionales que regulan este ámbito y que implican una valoración diferenciada de la responsabilidad de los menores, pese a que la legislación nacional excluye la aplicación de beneficios tratándose de crímenes de lesa humanidad y guerra.

El crimen de reclutamiento de menores merece toda la atención del Estado colombiano y de las instituciones que lo integran, todos los esfuerzos resultan escasos en la lucha contra esta forma de criminalidad que afecta a tantos niños y niñas en el país, y que supone la principal causa que nutre la guerra y que impide la disolución del conflicto. Sólo en la medida en que el Estado y la sociedad en general logran evidenciar el delito, castigar a los responsables, obtener justicia y reconocer las garantías de las víctimas podrá avanzarse en una auténtica y eficaz solución de paz en el país.

Para ello, será necesario fortalecer los programas estatales a nivel nacional y regional enfocados a la reinserción y resocialización de los menores víctimas del delito de reclutamiento, los cuales deben incluir estrategias de corto, mediano y largo plazo tales como: la atención y tratamiento médico y psicológico, acceso a la educación y capacitación, la búsqueda de sus familias en los casos que sea necesario; a su vez, que en los centros de acogida previstos se les ofrezcan posibilidades reales de asistencia profesional, y la oportunidad de contar con programas especializados que les permitan el pleno disfrute de sus derechos.

En los casos en que se investigue la responsabilidad penal de los menores, por la comisión de delitos cometidos durante el reclutamiento, es preciso tener en consideración, lo contenido en los principios de

París del 30 de enero de 2007 numeral 3.6, que prevén que los niños o niñas acusados de delitos según el derecho internacional supuestamente cometidos mientras estaban vinculados con grupos o fuerzas armadas, deberán ser considerados en primer lugar como víctimas de delitos contra el derecho internacional; no solamente como perpetradores. Por tanto, deberán ser tratados de acuerdo con las normas internacionales en un marco de justicia restaurativa y de rehabilitación social, en concordancia con el derecho internacional que ofrece a la infancia una protección especial a través de numerosos acuerdos y principios. En los casos en los que sea posible, se deben buscar alternativas a los procesos judiciales en sintonía con la Convención de los Derechos del Niño y otros estándares internacionales para la justicia juvenil.

Lo anterior implica una valoración más amplia de la disposición prevista en el artículo 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que señala que en los casos adelantados contra menores desmovilizados, se les podrá aplicar el principio de oportunidad, previo cumplimiento de unos presupuestos como las especiales condiciones sociales, económicas y culturales de su medio, la situación de marginación social, económica y cultural, que no le permitían al adolescente contar con otras alternativas para el desarrollo de su personalidad, o el contexto de fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento del que era víctima. En consecuencia, la referida norma restringe la aplicación del principio de oportunidad, tratándose de delitos de genocidio, lesa humanidad, infracciones al DIH, cometidos por niños y niñas, resultando más favorable la disposición de los principios de París sobre el particular.

De igual forma, es preciso señalar la necesidad de *lege ferenda* de incorporar a la legislación nacional el delito de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en actividades criminales, para sancionar a quienes con ocasión de la comisión de un delito, recluten, vinculen o utilicen menores de edad o los obligue a participar directa o indirectamente en dichos crímenes. Dado que este tipo de conductas no se encuentran tipificadas en la legislación nacional, y esta ausencia normativa posibilita la dificultad de persecución y sanción, frente a fenómenos como el sicariato, en el que se utiliza a menores para facilitar la comisión de crímenes, y buscar así la impunidad, violando además las garantías esenciales de los menores.

En suma, son muchos los retos que Colombia debe materializar frente a la prevención, detección, persecución y sanción de los responsables del delito de reclutamiento, por ello se requiere continuar avanzando y fortalecer todos los esfuerzos a nivel institucional y con la ciudadanía en general en la lucha contra tan cruel crimen. Además de ello, se precisa una apuesta decidida de la comunidad internacional frente a este fenómeno, lo cual debe expresarse en una mayor cooperación, asistencia y compromiso internacional en la prevención y persecución del reclutamiento de menores. Ello, sin dejar de lado la apuesta decidida en las políticas de reintegración y resocialización de las víctimas, como instrumento clave en la consolidación de la paz.

Bibliografía

- Ambos, Kai, *Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007.
- Ambos, Kai, *Dificultades Jurídicas y Políticas para la Ratificación o Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006.
- Becker, Jo, “Children as Weapons of War”, en Human Rights Watch HRW-World Report: Human Rights and Armed Conflict, Washington D.C., 2004.
- Comisión Colombiana de Juristas, “El delito invisible. Criterios para la investigación del delito de reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia. Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia”, Bogotá, 2009.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución núm. 1261 de 1999.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución núm. 1539 de 2004.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución núm. 1612 de 2005.
- Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y de la Acción Inmediata para su Eliminación de 2000.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998. U.N. DOC. A/CONF.183/9 (1998).
- Hinestroza-Arenas, Verónica, *Justice for Child Soldiers; a Child Rights Based Approach to Uphol-*

- ding International Criminal Law*, Institute of Social Studies, The Hague, 2004.
- Inter-Agency Standing Committee, *Growing the Sheltering Tree: Protecting Rights through Humanitarian Action*, UNICEF, Thailand, 2002.
- Informe 2007 de las actividades de la Corte Penal Internacional, en: http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-6-18_Spanish.pdf.
- Informe del Secretario de Naciones Unidas, relacionado con la infancia y el conflicto armado en Colombia, 2009.
- Lirola Delgado, María Isabel *et al.*, *La Corte Penal internacional: Justicia versus impunidad*, Ariel Derecho, 2001.
- Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 54/263 de 25 de mayo de 2000, *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados*. Resumen informal de las primeras audiencias y vistas de confirmación de cargos en el caso Lubanga, en: http://www.iccnw.org/documents/SummaryLubangaHearing06-917_sp.pdf.
- Machel, Graca, *The Impact of War on Children*, Hurst & Company, McConnan & Uppard, London, 2001.
- , *Children Not Soldiers: Guidelines for Working with Child Soldiers and Children Associated with Fighting Forces*, Save the Children, London, 2001.
- Procuraduría General de la Nación, Análisis jurisprudencial: Corte Constitucional 1992- 2003, Bogotá, 2005.
- Santos Calderón, Juan Manuel, “La guerre atroce des FARC contre les enfants de Colombia”, en *Le Figaro*. http://www.lefigaro.fr/debats/2007/02/07/01005-20070207ARTFIG90022-“la_guerre_atroce_des_farc_contre_les_enfants_de_colombie.php”, Séptimo Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre la cuestión de los niños y los conflictos armados. A/62/609-S/2007/757.
- UNICEF y OACNUDH, *Compilación observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países en América Latina y el Caribe*, UNICEF y OACHNUD, Santiago de Chile, 2006.
- UNICEF y Procuraduría General de la Nación, *La infancia, la adolescencia y el ambiente sano en los planes de desarrollo departamentales y municipales*, UNICEF, Bogotá, 2005.
- Springer, N., “Prisioneros combatientes: Datos del primer informe exploratorio sobre el uso de niños, niñas y adolescentes para los propósitos del conflicto armado en Colombia”, Fundación Maya Nasa, Bogotá, 2008.
- Vargas Silva, Clara Inés, *Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Temis, Bogotá, 2004.
- White, Ben, “Child Rights-Based Programming and Child/Youth Agency and Participation; Objectives. Lecture Notes on Children, Youth and Development”, Institute of Social Studies, The Hague, 2004.



Introducción al sistema Anti-corrupción de la República Popular China*

Shizhou Wang**

Universidad de Pekín

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio 2011

RESUMEN: El objetivo de este artículo es analizar los principales instrumentos que el Derecho penal chino ha utilizado en su lucha contra la corrupción. En esta línea, se destaca cómo, en los últimos tiempos, el Partido Comunista chino ha tomado conciencia de la importancia de este fenómeno y cómo ha decidido afrontarlo respondiendo a las exigencias del Derecho internacional, tratando de construir un Derecho penal anti-corrupción menos severo, pero también más eficaz en la lucha contra la peligroso fenómeno criminal.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal chino, Corrupción pública, Corrupción privada, Cohecho, Malversación, Funcionarios públicos, Abuso de poder.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the main instruments used by Chinese Criminal Law in its fight against corruption. Accordingly, it is highlighted how over the last years the Communist Party has become aware of the importance of this phenomenon, and how has decided to deal with it by answering to the international law's requirements, attempting to create a less strict anti-corruption Criminal law, but also more efficient in the struggle against this dangerous criminal phenomenon.

KEYWORDS: Chinese Criminal Law, Public corruption, Private corruption, Bribery, Embezzlement, Governmental Official, Abuse of power.

1. Introducción

Actualmente, las medidas anti-corrupción han cobrado mucha importancia en China y en todo el mundo. En el Código penal chino de 1997 (desde ahora

CP 1997), hay un capítulo en la Parte especial específicamente dedicado a los delitos de Malversación y Cohecho. En la misma línea, se creó en 2005 la Convención contra la Corrupción de las Naciones Unidas. Desde esta fecha, 2005, alrededor de 72 oficiales

* Conferencia impartida en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. Traducción del inglés de Alfonso Galán Muñoz (Universidad Pablo de Olavide).

** El Prof. Shizhou Wang es Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pekín. Entre 1994 y 1996 ha sido Becario de la Fundación Alexander von Humboldt en el Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg y en la Universidad de Augsurg. En el 2010 le fue concedido el Premio Humboldt de Investigación en Ciencias Jurídicas, siendo el primer jurista chino que lo consigue.

gubernamentales en el nivel ministerial, aproximadamente 2000 al nivel de Directores y más de 22000 en el de Jefes de División, han sido objeto de investigación criminal por corrupción en China. Actualmente, la corrupción es el problema más odiado por el pueblo chino.

Me gustaría ahora ofrecerles una breve introducción al sistema chino anti-corrupción e intercambiar nuestros conocimientos y experiencias referidas a este tipo de delitos.

2. La definición de corrupción en China

En el vocabulario chino, el significado de la palabra corrupción es probablemente mucho más amplio que su homólogo en inglés, al menos en sentido jurídico. Este término es comúnmente utilizado con tres significados:

En el primero de todos, se suele hablar sobre corrupción en China en su significado más común. Desde la antigüedad, la palabra corrupción ha sido usada en China como una palabra condenatoria de toda clase de actividades inmorales o insanas o de cualquier acto que se suponga no se debe hacer, incluyendo, aunque no exclusivamente, el soborno, el consumo de drogas, el adulterio y otros muchos hechos. El término corrupción no está, por tanto, necesariamente limitado a actividades relacionadas con el ejercicio de la función pública, sino que se refiere también a cualquiera otra de carácter decadente y corrupto. En este sentido, el término corrupción es todavía muy común en la vida cotidiana china. Así, por ejemplo, el pueblo critica la corrupción médica y mediática porque los médicos y los periodistas aceptan sobornos conteniendo dinero como regalo. También se habla en las conversaciones de la vida cotidiana de corrupción académica a causa de los plagios; de corrupción por los excesivos despilfarros en los festejos públicos; o de la corrupción por los fraudes cometidos en la lotería. Sin embargo, a decir verdad, incluso en este sentido, la corrupción se refiere principalmente a ciertos casos de abuso del poder, más comúnmente del poder político, pero también del poder social o económico.

En segundo lugar, se habla de corrupción en un sentido político. Por ejemplo, El partido dirigente, el Partido Comunista de China (desde ahora PCC), hace mucho hincapié en la lucha contra la corrupción en estos años. Conforme a lo anterior, la corrupción en este contexto ha de tener tres características; esto es, el in-

dividuo u organizaciones deben estar conectados con el poder, abusar de sus derechos en la realización de actividades sociales y causar así un daño al Estado y al público.

En este sentido, se habla de corrupción no sólo en términos de funcionarios públicos o de cierto tipo de conductas, sino también cuando se trata de implementar políticas y de construir sistemas de lucha contra la corrupción.

En tercer término, se habla de la corrupción en el sentido de un delito y de la correspondiente pena. Sin embargo, el concepto de corrupción por sí mismo nunca ha sido un término legal en el Derecho penal chino. En el ámbito del Derecho penal chino, la doctrina habla sobre corrupción en dos sentidos:

Desde el punto de vista criminológico, la corrupción se considera como un fenómeno, cuya cuestión clave consiste en averiguar sus causas y en proponer contramedidas y estrategias para su corrección.

Desde el punto de vista del Derecho penal, el foco principal se centra en la correcta aplicación de las previsiones legales sobre malversación y cohecho (art. 382 y ss y 385 y ss), aunque algunos autores discuten qué otro tipo de delitos deberían ser incluidos en la categoría de la corrupción.

Actualmente, se acepta de una forma general que la lucha contra la corrupción no puede tener éxito si sólo se implica al Derecho penal. Políticamente, China está intentando mejorar su sistema de sanciones y de prevención de la corrupción. Ahora bien, cuando se habla de sanciones penales sólo las previsiones del Derecho penal chino sobre la corrupción pueden jugar un papel. Es por ello, por lo que si hablamos de corrupción debemos tener en cuenta el contexto en el que lo hacemos. Desde luego el Derecho penal contra la corrupción siempre está en el centro del sistema anti-corrupción, pero no deben despreciarse otras reglamentaciones del tema que existen junto a dicho Derecho.

3. Breve historia del sistema Anti-corrupción en China

China es un país con una larga historia. Desde el año 221 A.C. es un Estado unificado y centralizado. Al menos desde entonces, el Gobierno Central del Imperio feudal estableció su Instituto de Supervisión, Yu Shi Tai (después denominado Du Cha Yuan), cuya tarea exclusiva era la de impugnar cualquier mala

actuación de los funcionarios gubernamentales. Las antiguas Dinastías chinas crearon leyes para suprimir la corrupción. Por ejemplo, las leyes de la dinastía Han (alrededor del 202 A.C.) establecían que el funcionario que aceptase sobornos y dictase resoluciones injustas debía ser ejecutado y, adicionalmente, se prohibía que sus descendientes pudieran ser funcionarios públicos durante tres generaciones. Hasta la dinastía Tang, alrededor del 627 D. C., existió un capítulo especial en el Código de las Dinastías para regular el comportamiento de los funcionarios, en el que la corrupción era seriamente reprimida. La lección histórica y la experiencia son bien conocidas en China: ¡La corrupción lleva fácilmente al colapso de una Dinastía (régimen político) y la lucha contra la corrupción es muy importante para conseguir un largo periodo de estabilidad del Estado!

Hoy en día, China es un país guiado por el PCC. El PCC, que fue fundado en 1921, estableció su Comité Central de Supervisión en 1927, una de cuyas principales funciones era la depuración de los miembros corruptos. El Ejército rojo y otros ejércitos bajo el liderazgo del PCC estaban obligados por las famosas Tres Reglas Principales de la Disciplina y Ocho Puntos de la Cortesía.¹ Cualquier infracción de los mismos estaba sujeta a sanción.

Cuando el PCC estableció su Gobierno Central en la Zona roja a partir de 1931, lo primero que hizo fue promulgar la Regulación referida a la represión de las conductas de malversación y despilfarro. La buena disciplina y la rigurosa aplicación de la ley ayudaron enormemente al PCC y a su ejército a ganar la batalla en el corazón y la mente del pueblo chino.

Antes de la fundación de la República Popular en 1949, el PCC plantó cara a la corrupción. El presidente Mao Zedong advirtió al PCC de la necesidad de recordar la lección de los levantamientos campesinos a través de la historia, que ciertamente tuvieron éxito en la revolución pero cayeron fácilmente en la corrupción. Sin embargo, el PCC, que solía luchar en áreas rurales, pronto se corrompió cuando entró en la vida urbana. En 1951, se emprendió un movimiento contra los tres males (corrupción, despilfarro, burocracia). Se dice que más de un millón de funcionarios guber-

namenciales fueron sometidos a investigación. El caso más famoso fue el de Qingshan Liu y Zhishan Zhang, dos soldados del Ejército rojo que escalaron las montañas nevadas y atravesaron las verdes praderas durante la Larga Marcha, pero que a pesar de haber sido declarados héroes de la revolución, fueron ejecutados (por su involucración en casos de corrupción).

Tras la Revolución Cultural, el tema central del Presidente Mao y del PCC fue cómo prevenir la corrupción del Partido y la de sus miembros. La experiencia anti-corrupción en China demuestra que el PCC le ha prestado atención y la ha tratado seriamente. Sin embargo, se ha aprendido que la lucha contra la corrupción depende en gran medida de la eficacia o de la corrección de las contramedidas contra la misma. Antes del final de la Revolución Cultural, el PCC contaba principalmente con los movimientos de masas para llevar a cabo su lucha anti-corrupción y menospreciaba el establecimiento del un sistema legal. El Ministerio de Supervisión del Gobierno Central fue disuelto en 1949. Incluso el Comité Central de Supervisión del PCC y la Suprema Fiscalía del Pueblo fueron clausuradas durante la Revolución Cultural. Mientras tanto, la práctica de un estricto plan económico recortó significativamente las posibilidades de intercambiar poder y dinero y mantuvo con cierto éxito la corrupción bajo control. Sin embargo, este modelo anti-corrupción se sustentó a expensas del desarrollo económico.

El fracaso de la Revolución Cultural puso de relieve el fallo de las tendencias ideológicas ultra-izquierdistas, que se centraron sólo en la purificación ideológica. Con la apertura y la reforma política y con el establecimiento de la primacía del Derecho, el PCC rectificó sus errores y orientó su estrategia anti-corrupción por la vía del Derecho y del Sistema. Se restauraron el Comité Central Disciplinario del PCC, el Ministerio de Supervisión del Consejo Estatal y la Suprema Fiscalía Popular y se promulgaron y mejoraron las leyes y reglamentos concernientes a la lucha contra la corrupción.

Junto a las previsiones del Código penal chino, que les describiré con más detalle en la segunda parte de esta conferencia, las regulaciones promulgadas

¹ Las Tres Reglas básicas de la disciplina son: (1) Obedecer órdenes en todas tus acciones; (2) No tomar ni una aguja o pieza de hilo de las masas; (3) Entregar todo lo capturado.

Los Ocho Puntos de Cortesía son: (1) Hablar amablemente, (2) Pagar honradamente lo que compres; (3) Devolver todo lo que tomes prestado; (4) Paga todo lo que dañes; (5) No golpees o insultes a la gente; (6) No dañes las cosechas; (7) No te tomes libertades con las mujeres; (8) No maltrates a los prisioneros.

por el Comité Central Disciplinario del PCC juegan también un papel muy importante en la lucha contra la Corrupción.

A principios de 2010, se han establecido ciertas reglas referidas al ejercicio del deber funcional de transparencia y honestidad para los altos funcionarios miembros del Partido Comunista Chino. Conforme a esto, se establecieron prohibiciones más estrictas para las conductas de búsqueda de intereses impropios, como el desempeño de actividades en beneficio propio sin autorización; el uso indebido de propiedad pública; la selección y nombramiento de funcionarios públicos por métodos indebidos, como el favorecimiento de familiares y amigos; el despilfarro de fondos públicos; la interferencia en asuntos públicos para fines personales; el incumplimiento de funciones y la búsqueda de títulos y honores por medios ilícitos. Con ello se espera que el sistema chino anti-corrupción funcione mejor a partir de ahora.

4. El Derecho penal anti-corrupción en China

Desde cualquier punto de vista, el Derecho penal anti-corrupción está en el centro del sistema anti-corrupción. Incluso en los tiempos del Ejército rojo, el PCC promulgó ya un Derecho anti-corrupción en los distritos donde ejercía el gobierno. Dada la situación de guerra y la dureza de la vida rural, ese Derecho era bastante severo. Generalmente, de acuerdo con sus disposiciones, cualquiera que malversara más de 500 Yuans (unos 50 euros al cambio actual) debía ser ejecutado y si eran menos de 100 Yuans debía hacer trabajos forzados (un tipo de pena entonces).

Tras la fundación de la nueva China, la regulación del delito de malversación (llamada regulación anti-corrupción) fue una de las primeras normas penales que se promulgaron. En esa regulación, se dio la primera definición de malversación. Sin embargo, esta definición era muy amplia. Cubría cualquier conducta cometida por cualquier funcionario gubernamental así como por cualquier personal de las escuelas y empresas que tomase, robase, estafase o sustrajera la propiedad estatal; obtuviese por extorsión la propiedad de otros; aceptase sobornos, o realizase cualquier otra conducta obteniendo beneficios al amparo de su función pública. A ello se añadían algunas circunstancias agravantes, como por ejemplo causar graves daños al Estado o ser el Jefe de una Organización criminal. También se preveían algunas circunstancias

atenuantes como la entrega voluntaria o la denuncia de un crimen grave. El soborno de pequeña cuantía permitido usualmente en el comercio no era considerado como cohecho.

Esta normativa estuvo en vigor hasta finales de 1979 cuando se promulgó un nuevo Código penal.

El Código penal de 1979 es el primer Código penal de la República Popular China. Basado en las experiencias de los 30 años anteriores, el Código contiene diversas definiciones de malversación, cohecho, extorsión, fraude y hurto. Es muy significativo que el delito de cohecho esté en el capítulo de las Infracciones de un deber, mientras que el de malversación se encuentre en el capítulo de las Infracciones contra la propiedad.

El delito de malversación se define como la conducta de cualquier funcionario público que se aprovecha de su posición para confiscar, hurtar, estafar o para adquirir una propiedad perteneciente al Estado o al pueblo de forma colectiva, utilizando cualquier otro medio ilegal. Conforme a esto, sólo este tipo de propiedad pública puede ser malversada; los bienes de titularidad privada no podrían serlo. Literalmente, cualquier parte de la propiedad pública, sin importar qué pequeña pudiese ser, puede ser objeto de este delito.

¡Tanto este delito como el cohecho se sancionan con la pena de muerte! Sin embargo, los criterios empleados para imponer esta pena se convirtieron en un problema, ya que se fue modificando continuamente la denominada “Línea a partir de la cual se podía aplicar la pena de muerte”. Antes de 1988, el argumento de que “se había devuelto el dinero” no se consideraba como una defensa para evitar la condena por malversación. Sin embargo, el legislador chino reformó el Código y creó un nuevo tipo de delito llamado “Apropiación abusiva”. Conforme a ello, no habría malversación sino este delito de “Apropiación abusiva”, cuando hubiese pruebas que mostrasen que el acusado había querido realmente devolver el dinero. ¡La creación de este tipo de delito constituyó un buen paso al frente para la abolición de la pena de muerte!, pero ¿es también buena para la lucha contra la corrupción?

En 1997 se promulgó un nuevo CPC. En él los delitos de malversación y cohecho, junto con el de apropiación abusiva, se ubicaron en el capítulo Octavo: Delitos de Malversación y Cohecho. Este Capítulo también se denomina en inglés de los delitos de co-

rupción. En este CPC de 1997 hay algunos avances en materia de Derecho penal anti-corrupción.

En primer lugar, las definiciones de delitos están claramente determinadas. Junto a las claras definiciones del delito de malversación (art. 382), apropiación abusiva (art. 384) y cohecho (art. 385), también se añadió un tipo especial de malversación (art. 394) consistente en el delito de deficiente facturación al Estado de los regalos aceptados en el curso de la realización de deberes nacionales o internacionales. Junto a lo anterior, se crearon *ex novo* el delito de deficiente explicación de la legitimidad de la propiedad que claramente exceda los ingresos (enriquecimiento injustificado) y el delito de deficiente declaración de depósitos de ahorro en países extranjeros, ambos para funcionarios (art. 395). Cualquier funcionario estatal que solicite o acepte cualquier soborno, pago excesivo, comisiones sin base legal y las emplee en su provecho, será reo de cohecho (art. 389). También una persona jurídica puede ser autora de cohecho por ofrecer sobornos (art. 393).

También existe un tipo de cohecho pasivo para el funcionario que reciba el soborno (art. 391), e igualmente para el intermediario (art. 392). Se añadió un nuevo delito de utilización de propiedad perteneciente al Estado para fines privados, acordada por el Director o responsable de una institución pública, que también resulta aplicable a las instituciones judiciales o de seguridad, en las que se utilicen privadamente la propiedad obtenida de las multas o de confiscaciones (art. 396). Pero en estos casos, sólo la persona directamente responsable de la Institución debe ser procesada.

En segundo lugar, la corrupción comercial (o entre particulares) se separa de la de los funcionarios públicos. La corrupción comercial en el CPC de 1997 se refiere a la corrupción cometida por personas en el ámbito de los negocios o de las actividades comerciales, sin ser funcionarios gubernamentales. Los funcionarios que trabajan en el ámbito de los negocios no pueden ser autores de corrupción comercial. Las definiciones de los delitos en el ámbito de la corrupción comercial son aproximadamente las mismas que las de los de la corrupción gubernamental, excepto en lo que se refiere al autor del delito y unas pocas definiciones más, como las de conflicto de intereses y la de quiebra ilícita. Además, las penas de la corrupción comercial son más leves: ¡sin pena de muerte!

En tercer lugar, las penas de corrupción están reguladas con más detalle, en forma de guía. Un ejem-

plo de este tipo de guías se proporciona en el art. 383 del CPC de 1997. Conforme al mismo cualquiera que malverse más de 100.000 RMB (aproximadamente 10.000 €) debe ser condenado a más de 10 años de prisión, incluyendo la prisión perpetua y la pena de muerte. Sin embargo, la pena de muerte resulta difícil de imponer en la práctica. La malversación de menos de 10.000 RMB, pero más de 50.000 RMB, se sanciona con más de 5 años de prisión. También se proporciona un umbral mínimo o línea de castigo para el delito de malversación: 5.000 RMB. Cuando el delito no alcanza esa cuantía, el caso se tratará como una infracción disciplinaria en el ámbito de la Institución donde trabaje el funcionario. Estas guías actúan también como estándar para otro tipo de delitos. La Corte Suprema del Pueblo y la Suprema Fiscalía Popular han acordado implantar su aplicación judicial para los delitos de esta categoría.

Tras 1997, el legislador chino resolvió algunas cuestiones legislativas y reformó de nuevo el CPC de 1997. Estas nuevas leyes se centraron en tres áreas en términos de lucha contra la corrupción.

La primera consistió en expandir el ámbito de aplicación de las leyes anti-corrupción. Así, por ejemplo, anteriormente los que trabajaban en los Comités vecinales no eran considerados funcionarios públicos, y no eran, por tanto, susceptibles de ser considerados autores de delitos como los de malversación o cohecho. Sin embargo, tras una reforma, ahora sí pueden ser considerados como autores cuando estuviesen realizando un trabajo asignado por el gobierno, como el de auxilio en la distribución de dinero o bienes en caso de desastres o para aliviar la pobreza, o el de recaudar impuestos.

En segundo lugar, en otras reformas se ajustaron o explicaron algunas definiciones de los delitos. Así, por ejemplo, en el caso de la distracción abusiva, sólo puede apreciarse el delito cuando los fondos públicos fuesen tomados para fines personales. La legislación explica que la conducta debe considerarse como efectuada para fines personales, si los fondos públicos se utilizan por él mismo u otra persona individual o se prestan con su nombre o utilizan por otra unidad con intereses personales en ello. Para el caso de la corrupción comercial, el legislador añadió el delito contra el deber de diligencia hacia las compañías que coticen en Bolsa. Este delito se comete, por ejemplo, renunciando a derechos de la empresa o contrayendo deudas para la empresa sin razones fundadas. Para

el supuesto de soborno, se añadió el nuevo delito de tráfico de influencias, que se realiza cuando se ejercen influencias en un funcionario público. Ésta era una exigencia de la Convención de la ONU contra la corrupción y su previsión es un obvio efecto de la influencia de esta Convención en el Derecho penal chino anti-corrupción.

En tercer lugar, se han incrementado las penas por corrupción. Por ejemplo, el delito de enriquecimiento injustificado por ausencia de justificación de la legitimidad la propiedad que exceda claramente sus ingresos legítimos, que anteriormente se castigaba con no más de 5 años de prisión, ahora se ha incrementado la pena a los 10 años.

5. Ventajas e inconvenientes del sistema chino Anti-corrupción

Durante los últimos 60 años, especialmente en los últimos 30 con la política de apertura y reforma, China ha ido construyendo un sistema Anti-corrupción, incluyendo en él el Derecho penal anti-corrupción. Este sistema está centrado primordialmente en los funcionarios públicos, aunque en ocasiones también se ha tenido en consideración la corrupción comercial o entre particulares. Con este sistema, la Corrupción común está bajo control, así que China puede continuar su carrera hacia la construcción de su nuevo sistema económico y tener éxitos que atraigan la atención mundial.

Sin embargo, la corrupción es todavía un problema en China. El pueblo y el PCC están muy preocupados por la corrupción de funcionarios de alto rango. Desde 2005, el hecho de que alrededor de 10 funcionarios de nivel ministerial estén bajo investigación criminal ha dañado la confianza de la sociedad y la reputación del PCC muy seriamente.

En lo que afecta al sistema anti-corrupción, hay dos puntos vulnerables que necesitan una urgente reforma.

Uno es el sistema de declaración de ingresos de

todos los funcionarios públicos. Este sistema está reconocido por la Convención de la ONU contra la corrupción. Conforme a la experiencia internacional, este sistema resulta muy adecuado para la lucha contra la corrupción. En realidad, China ha estado intentando establecerlo desde 1995. De acuerdo con la disciplina del PCC, los altos funcionarios deben suministrar anualmente un informe de sus principales bienes, como su casa, inversiones y los empleos de su esposa e hijos. En este momento, tanto el Comité central disciplinario del PCC como el Consejo de gobierno han decidido que establecer este sistema es una de sus principales tareas para el año 2010.

Otro punto que debe ser objeto de reforma es fortalecer la aplicación del sistema anti-corrupción. La efectividad ha sido un problema del sistema legal chino. Como consecuencia de que el CPC de 1979 y el de 1997 establecían que si los hechos eran poco importantes y el daño no era grave, los actos que hiciesen peligrar la sociedad no debían ser condenados como delitos, los delitos del CPC han tenido siempre un problema de delimitación de la responsabilidad (el umbral inferior del delito). Con la influencia de las relaciones humanas populares en la sociedad china, este tipo de estándares elásticos dificultan a menudo su aplicación. En estos momentos, Hu Jintao, Secretario General del PCC, aboga por mejorar el sistema chino anti-corrupción con el fin de conseguir uno que sea científico, estricto, completo y efectivo. En el ámbito del Derecho penal chino se están llevando a cabo también investigaciones sobre el problema de la corrupción de escasa importancia, que el legislador chino reformará pronto. Esperemos que también en este ámbito mejore la situación.

Como se puede ver y deducir de lo que brevemente se acaba de exponer, en China hemos progresado en la lucha contra la corrupción, pero todavía nos queda mucho por hacer. Ojalá podamos en el futuro, en contacto con otros pueblos, conseguir un mundo más limpio y honesto.

Bibliografía



Notas bibliográficas

Una de las características más relevantes del Derecho penal de la primera década del siglo XXI ha sido el retorno a una concepción del mismo autoritaria y antiliberal, que parecía ya superada por la paulatina desaparición de las dictaduras de uno u otro signo ideológico que dominaron el panorama político internacional durante cincuenta años tras la Segunda Guerra Mundial, y por una mayor sensibilidad por los derechos humanos, que entre tanto se habían reconocido tanto a nivel nacional en la mayoría de los países cuyos Ordenamientos jurídicos se han configurado como democracias regidas por el Estado de Derecho, como internacional en las Declaraciones universales y regionales de reconocimiento de los derechos humanos. Son muchas las causas de este retroceso que ha llevado directamente a un Derecho penal autoritario, poco amigo de consideraciones humanitarias, sólo interesado en un incremento de la gravedad (y con ello, se supone, de la eficacia preventiva) de su arsenal punitivo. La crisis del modelo económico capitalista que se ha puesto de manifiesto tras las convulsiones habidas en el mercado financiero y bursátil estadounidense en los años 2008/2009 con repercusiones negativas en todo el mundo no sólo ha generado una política económica regresiva que ha repercutido en el mercado laboral creando grandes bolsas de desempleo y un recorte impresionante en el gasto social, sino también en una política penal autoritaria, en la que se refuerza el aparato represivo estatal con la creación de innumerables tipos delictivos de nuevo cuño y un incremento de la gravedad de las sanciones aplicables, en las que predomina la idea de prevención general intimidatoria sobre cualquier otra finalidad resocializadora o mínimamente humanitaria. Una vez más se demuestra que una mala política económica y social genera una aún peor política criminal y penal.

Pero la causa más palpable de esta involución de la política criminal y penal que se está produciendo en

los últimos años a nivel mundial se debe sobre todo a una legislación penal antiterrorista, que inicialmente se originó en países cuyas circunstancias históricas, políticas o sociales habían hecho surgir a mediados de los años 70 del pasado siglo movimientos terroristas o de lucha armada frente al poder constituido en Italia: Brigadas Rojas; Alemania: Rote Armée Fraktion; Inglaterra: IRA; España: ETA); pero que tras atentados como el de las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre de 2001 y otros también de gran gravedad, como el de la Estación de Atocha en Madrid en marzo de 2004, o en el Metro de Londres en julio de 2005, perpetrados por el terrorismo islamista, se ha convertido en un fenómeno legislativo universal de reacción frente al terrorismo con medidas excepcionales, de prevención y sanción, policiales, judiciales y penitenciarias, que están más allá de lo que permiten los principios clásicos fundamentales del Derecho penal del Estado de Derecho, como el de legalidad, proporcionalidad, ofensividad, culpabilidad y las garantías del imputado en el proceso penal. Una involución que comenzó en los Estados Unidos de América tras el atentado del 11 de septiembre de 2001 con la promulgación del Acta Patriótica y con la guerra de Afganistán y la ilegal invasión de Irak con las secuelas subsiguientes de violaciones de derechos humanos en las prisiones de Abu Chraig y Guantánamo, y que se ha extendido como una pandemia jurídica a todos los países del mundo.

El fenómeno del terrorismo, nacional e internacional, ha suscitado también la aparición en los últimos años en el panorama bibliográfico de un gran número de trabajos, artículos y monografías especialmente dedicados al estudio de este fenómeno. Seguidamente se comentan algunos de estos trabajos que, desde distintas perspectivas, se ocupan de este tema, desgraciadamente cada vez más frecuente y universal.

Francisco Muñoz Conde

1. Manuel Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, Madrid, 2010, 326 pp.

Una de las lagunas más sensibles de la dogmática penal española ha sido durante muchos años (y en parte sigue siéndolo) la escasa elaboración que ha hecho de la Jurisprudencia emanada de los Tribunales españoles y especialmente de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en relación con el terrorismo etarra. Temas tan importantes como la propia naturaleza dogmática y el fundamento de la punibilidad por la pertenencia a esta organización terrorista, o el problema de la responsabilidad de los dirigentes de la organización por los delitos cometidos por algunos miembros de la misma, sin participar directamente en su ejecución, son despachados, sobre todo en este segundo ámbito, por la Jurisprudencia con una pobre y anticuada fundamentación dogmática, recurriendo a viejas fórmulas legales, como la figura de la cooperación necesaria o la inducción, sin tener para nada en cuenta la amplia bibliografía, que ha surgido en lengua española en los últimos años en materia de autoría y participación.

Pero tampoco la dogmática penal española ha tenido mucho en cuenta no ya sólo la Jurisprudencia emanada de estos tribunales en materia de terrorismo, sino la enorme casuística que los atentados terroristas han generado durante todos estos años. Siguiendo en esto, como en tantas otras materias, fielmente las construcciones de la dogmática penal alemana, la dogmática penal española se ha dedicado sobre todo a discutir las construcciones alemanas sobre la autoría, coautoría, autoría mediata, participación necesaria, inducción y complicidad, intentando interpretar los preceptos del Código penal español sobre la materia de acuerdo con estas construcciones. En la mayoría de las, por lo demás excelentes, monografías y trabajos dedicados a la materia apenas hay mención, exposición o crítica de la Jurisprudencia en materia de terrorismo, tan abundante en estos últimos treinta años.

Un ejemplo paradigmático de este divorcio entre la teoría y la práctica en relación con las estructuras de responsabilidad que genera el terrorismo es la enorme bibliografía que ha suscitado entre los teóricos penalistas, principalmente del mundo académico, la tesis de Roxin sobre autoría mediata por utilización de un aparato de poder, y la escasa por no decir nula atención que ha prestado a esa teoría la Jurisprudencia

española, a pesar de que dicha teoría puede servir perfectamente de fundamento a la atribución de responsabilidad penal en calidad de autores mediatos a los dirigentes de la banda terrorista que no están presentes en la ejecución de un atentado, pero que han contribuido a su realización, planeando y controlando, aunque sea desde otro lugar, el cómo y el momento de la realización, que llevan a cabo otros miembros de la banda subordinados jerárquicamente a los citados dirigentes.

Se puede discutir hasta qué punto en ésta o en otras organizaciones terroristas se dan los requisitos que exige Roxin para aplicar su tesis, originariamente pensada para la atribución de la cualidad de autor mediato de los Crímenes contra la Humanidad cometidos en los campos de concentración nazis a los llamados “delincuentes de escritorio”; sobre todo en lo que se refiere a la relación jerárquica entre los miembros del aparato de poder y a la sustituibilidad o intercambiabilidad de los meros ejecutores. Pero del mismo modo que ha sucedido ya en la Jurisprudencia de los Tribunales internacionales y en algunos nacionales (principalmente en Latinoamérica), que han aplicado la tesis de Roxin calificando de autores mediatos a los dirigentes políticos y militares de regímenes dictatoriales en los que miembros de las instituciones policiales, militares y paramilitares cometieron graves crímenes y violaciones de derechos humanos, podría haberse planteado esta hipótesis también en muchos casos de dirigentes etarras que planificaron, coordinaron, dirigieron y ordenaron atentados terroristas que luego se cometieron a muchos kilómetros de distancia de donde ellos se encontraban en ese momento. El recurso que a veces hace la Jurisprudencia a las figuras de la cooperación necesaria o la inducción, que tienen desde luego reconocimiento legal, no deja de ser insuficiente, sobre todo cuando ya nuestro Código penal reconoce expresamente desde 1995 la figura de la autoría mediata, y son ya muchos los autores y tribunales de otros países (incluyendo Alemania) que consideran aplicable esta figura, aun cuando los ejecutores directores sean también plenamente responsables de los delitos que cometen.

Pero este divorcio entre la elaboración teórica dogmática y la jurisprudencial que se observa en relación con la imputación de la autoría a los dirigentes de una organización criminal por los atentados que cometen otros miembros de la organización, es todavía más patente en relación con la materia que trata Manuel

Cancio Meliá en esta monografía, en la que se ocupa de la estructura típica y la configuración del tipo de injusto de los delitos de terrorismo. En esta materia, a diferencia de lo que sucede en relación con la autoría y la autoría mediata, la elaboración teórica no ha sido tan amplia, y salvo algunas excepciones importantes, entre las que se cuentan los trabajos Carmen Lamarca y de Juan Terradillos, ha quedado limitada a las referencias y exposiciones más o menos desarrolladas que se encuentran en los Manuales y Comentarios al Código penal, que se ocupan de la regulación legal de esta materia.

La presente obra de Manuel Cancio viene a colmar esta laguna, y lo hace, a mi juicio, de un modo excelente, derrochando un gran conocimiento no sólo de las particularidades dogmáticas de estos delitos, sino también de la abundante jurisprudencia que existe en España en esta materia.

Para empezar, ofrece Cancio unas Bases para el estudio de este tema, exponiendo la situación político-criminal en la que se plantea. La gravedad y persistencia del fenómeno terrorista en nuestro país ha provocado una legislación excepcional que, sin duda, entra dentro de lo que su maestro Günter Jakobs denomina “Derecho penal del enemigo”, es decir, una legislación que, además de imponer penas muy duras más allá de la idea de proporcionalidad, criminaliza estadios previos a la lesión de algún bien jurídico concreto, como sucede con el delito de asociación ilícita, referida en este caso a las organizaciones terroristas. Por eso, la primera preocupación de Cancio es comprobar hasta qué punto esta legislación excepcional es compatible con el Derecho penal del Estado de Derecho, y una vez identificados los elementos que no lo son, proceder a su crítica y rechazo. En el Derecho penal material esta labor requiere, en su opinión, ocuparse sobre todo de la estructura típica y del fundamento del contenido material de su injusto. Cancio considera que el elemento estructural principal es el concepto de organización, en la medida en que esto es lo que da sentido y autonomía a los tipos delictivos que bajo el nombre de terrorismo se contienen en el Código penal. Tras analizar las diversas teorías que se han dado para justificar la anticipación de la intervención del Derecho penal criminalizando la organización, Cancio considera que es la organización en sí misma, la vinculación entre sus miembros, la jerarquía y distribución de roles entre ellos, lo que justifica esa anticipación de la criminalización. Así, por

ejemplo, considera insuficiente la tesis que apoya esta criminalización en la declaración de ilegalidad que hace la Constitución de las asociaciones con finalidad delictiva, considerando que esto no es suficiente para justificar su criminalización sin más. Efectivamente, la mera constatación de un fundamento constitucional a la criminalización de una determinada conducta no dice todavía nada sobre cómo y en qué forma y extensión debe ser luego criminalizada por el Derecho penal; del mismo modo que el reconocimiento constitucional de un determinado bien jurídico, sea éste la vida o la libertad, no dice nada sobre cómo y en qué manera debe ser protegido a través de la creación de los correspondientes tipos penales. También rechaza que se trate de una anticipación de la protección de bienes jurídicos particulares y que sean éstos, en definitiva, los que se protejan, aunque sea indirectamente, cuando se criminaliza la pertenencia a una organización que, en última instancia, tiene por objeto el ataque a bienes jurídicos singulares (principalmente, vida, libertad y propiedad). En su opinión, esta tesis obliga a considerar la organización terrorista como una especie de delito de peligro abstracto, que queda vacío de contenido por su propia desconexión con los ataques a los bienes jurídicos que puedan producirse posteriormente. Finalmente, rechaza también la tesis que atribuye a la organización criminal un bien jurídico propio de carácter colectivo, bien sea la paz pública, la seguridad colectiva o el propio orden constitucional.

Ciertamente, no le falta razón a Cancio en su crítica a las distintas posiciones teóricas que se han dado para fundamentar la punibilidad de la pertenencia a una organización como un delito autónomo. Pero me parece que tampoco puede desconocerse que en cada una de ellas hay razones que avalan la tipificación autónoma. La tesis constitucionalista parte de la propia prohibición constitucional de la asociación para delinquir, porque, desde luego, la misma es un abuso o un mal uso del derecho fundamental de asociación. Tampoco se puede desconocer la relación existente entre la organización y los delitos contra bienes jurídicos individuales que pueden cometer sus miembros, sobre todo si se tiene en cuenta que a través del ejercicio de la violencia, que es consustancial en las organizaciones terroristas, son precisamente estos bienes (vida, integridad física, libertad y propiedad) los que directamente quedan expuestos a ser atacados antes o después por la organización. Y no cabe duda, finalmente, que la repercusión social de este tipo de

hechos repercuten en la paz pública, en la seguridad colectiva y, en la medida que su fin sea subvertir el orden constitucional por medios violentos, en el propio orden constitucional.

Sin embargo, la tesis de Cancio al insistir en la caracterización del injusto de estos delitos como delitos de organización, sin rechazar estrictamente las otras posturas, tiene la ventaja innegable de limitar su ámbito a las organizaciones que realmente puedan ser calificadas como tales, y no a cualquier asociación cuyo objeto sea la comisión de delitos. En consecuencia, exige que la organización tenga un potencial de amenaza que realmente pueda entenderse en términos de desafío del Estado y un determinado grado de fortaleza, coordinación y jerarquía en su estructura organizativa, lo que permite reducir la criminalización de la pertenencia a la organización a las conductas activas, excluyendo las formas de integración pasiva y las modalidades de conductas periféricas de mera colaboración externa o propaganda o simpatía ideológica.

Pero como el mismo Cancio reconoce, la amplitud con que el Código penal español regula estos tipos delictivos hace difícil delimitar el concepto de terrorismo, que como un fantasma recorre la legislación tanto nacional como internacional, sin que se haya llegado a una definición que goce de un reconocimiento universal. A este tema dedica Cancio una buena parte de su monografía. Para Cancio, insistiendo en su consideración del fenómeno terrorista como una forma de organización, lo importante es este elemento estructural que es lo que, en su opinión, justifica la autonomía de estos tipos delictivos. Pero a la vista de la regulación legal nacional e internacional hace algunas precisiones conceptuales que le llevan a analizar los otros elementos que caracterizan los delitos de terrorismo. En primer lugar, la intimidación masiva y el carácter armado de la organización. Es este componente lo que realmente produce “terror” en la sociedad, entre otras cosas porque el empleo de la violencia bien con la realización reiterada de atentados que sólo afectan a personas individualizadas (asesinatos de policía, personajes públicos), bien por el medio de destrucción utilizado (bombas, elementos incendiarios y explosivos capaces de producir estragos y afectar a un número indeterminado de personas), supone una violencia incontrolada y rompe el monopolio que de la misma tienen las sociedades modernas, salvo casos aislados de legítima defensa, el Estado o sus representantes, cuando la ejercen a través de los medios legalmente

reconocidos. Pero en el concepto que ofrece Cancio, el ejercicio de este tipo de violencia debe atribuirse a la organización con las características anteriormente descritas, un agente colectivo en el que sus miembros están vinculados entre sí a través de un régimen de pertenencia, de forma permanente, en una estructura jerárquica y con una actuación coordinada. Para Cancio las expresiones “grupo y banda armada”, utilizadas en el Código penal en este contexto, deben reconducirse a este concepto de organización. Algo que se puede compartir plenamente, pero que con la introducción en la reforma de 2010 de unos delitos autónomos de “organizaciones y grupos criminales”, como entes muy similares, aunque con algunos elementos distintivos, y el mantenimiento del llamado “terrorismo individual”, puede ser discutible desde el punto de vista de la actual regulación del Código penal. Como también puede ser discutido el concepto de pertenencia, en lo que se refiere a los delitos de colaboración, a la mera participación pasiva en la organización y a la financiación de la misma, tipos delictivos que ensombrecen el concepto restrictivo que da Cancio.

Pero para Cancio el otro elemento conceptual del terrorismo es lo que denomina su “proyección estratégica”, que no es otra que la finalidad política de la organización, en lo que ciertamente coincide el Código penal español cuando habla de “subvertir el orden constitucional”. Para mantener esta tesis hace una interpretación en clave política del otro elemento al que también se refiere la regulación del Código penal español: “alterar gravemente la paz pública”. Ciertamente esta interpretación es obligada, porque de mantener una interpretación de este elemento como simple alteración del orden público, se difuminaría el concepto de terrorismo y permitiría introducir en el mismo otras conductas de colectivos que emplean violencia como forma de reivindicación social, como sucede con el delito de sedición o con el desorden público (y a este respecto es interesante la crítica que hace a la sentencia del TS que consideró como organización terrorista un grupo pro etarra de la llamada Kale Borroka). Pero hay que advertir que la finalidad política, y aún más la de subvertir el orden constitucional, permite incluir también en el concepto de terrorismo el delito de rebelión, algo que parece se olvida ya, pero que hasta hace muy poco tiempo fue una amenaza para el orden constitucional emanado de la Constitución de 1979, y dio lugar en la Transición a algunas leyes

de excepción en las que se equiparaban ambos fenómenos. De todas formas, tiene razón Cancio cuando dice que sin esta proyección estratégica el concepto de terrorismo como delito autónomo carece de sentido. Y esta finalidad política es lo que le permite calificar también como terrorismo el “terrorismo de Estado”, que, en definitiva, es también una forma de ejercicio de la violencia al margen de los cauces legalmente previstos, y, por tanto, una subversión del orden constitucional. Y también atentados como los producidos en Madrid o en Nueva York por grupos islamistas son igualmente atentados de carácter político, aunque en este caso la proyección estratégica sea la de alterar una determinada política internacional del Gobierno.

La última parte de su monografía la dedica Cancio al análisis de los tipos legales de terrorismo en el Código penal español, algunos de los cuales han sido modificados en la reforma de 2010; lo que no quita un ápice del valor de esta monografía para interpretar de un modo racional la enorme complejidad de unos tipos delictivos, que, sin en esta clase de interpretación restrictiva y constitucionalmente fundada, entran casi por definición, o por vocación, en la categoría de un “Derecho penal del enemigo” incompatible con los principios del Estado de Derecho. La monografía de Cancio es, en definitiva, un excelente ejemplo de cómo una buena elaboración dogmática inspirada o guiada por principios democráticos y constitucionales puede conseguir que una regulación legal deficiente y problemática se reconcilie con los postulados del Estado de Derecho.

Francisco Muñoz Conde

2. Mark A. Zöller, *Terrorismusstrafrecht, ein Handbuch (Manual de Derecho penal del terrorismo)*, 2009, 758 pp.

Lo primero que hay que decir es que esta extensa obra no es, como permite pensar su subtítulo, ningún Manual (Handbuch), ni siquiera un Tratado (Lehrbuch), sino una verdadera enciclopedia sobre los diversos aspectos jurídicos y no jurídicos que plantea el terrorismo. E inmediatamente hay que decir también que a pesar de este carácter enciclopédico no es una mera obra descriptiva y bien informada, sino un profundo estudio del fenómeno del terrorismo, que constituyó el Escrito de Habilitación que su autor presentó en la Universidad de Mannheim, que, según la tradi-

ción aún vigente en Alemania, posibilita, tras el correspondiente llamamiento (Ruf) de otra Universidad, el acceso a la cátedra. Actualmente Zöller es catedrático de Derecho penal en la Universidad de Triers.

Y la otra peculiaridad es que, a diferencia de lo que suele ser habitual en los escritos de habilitación de los jóvenes penalistas alemanes, que suelen tratar temas de Parte General relacionados con la Dogmática jurídico penal y con su principal ámbito la Teoría General del Delito, éste se ocupa de uno más concreto que podría encuadrarse en la Parte especial del Derecho penal, sobre la que ya Zöller tiene escrita, a pesar de su juventud, una obra en dos volúmenes. Pero, como no podía ser menos en un escrito de habilitación alemán que da la venia docendi para varias materias, además de Derecho penal, en esta obra se tratan los problemas del terrorismo con una perspectiva más amplia y con una vocación omnicomprendensiva de todas las cuestiones que plantea el tratamiento jurídico de este fenómeno, tanto en la Parte General del Derecho penal, en la teoría de la pena, en la Parte Especial y en los nuevos sectores de la misma (como el empleo de Internet en la realización de los delitos terroristas), como en el Derecho procesal penal y en el Derecho penal internacional.

La obra comienza con una referencia histórica, en la que dedica especial atención, como es lógico, a los atentados terroristas llevados a cabo en la República Federal Alemana en los años 70 y 80 del pasado siglo por el grupo de la llamada Fracción Armada Roja. Los mismos se produjeron en una situación política completamente diferente a la actual: La Guerra Fría entre los dos bloques enfrentados que principalmente se reflejaba en la división de Alemania en dos naciones regidas por sistemas políticos diferentes y totalmente opuestos, y que determinó la aparición de este grupo que trajo en jaque a las autoridades de la República Federal y provocó una serie de actuaciones de las mismas bastante discutibles, así como una legislación excepcional que todavía está vigente, a pesar de que tras la Reunificación el grupo terrorista que provocó esta situación ya ha desaparecido e incluso muchos de sus integrantes que fueron condenados a reclusión perpetua ya están en libertad. Este análisis histórico demuestra hasta qué punto el fenómeno terrorista está condicionado por una determinada situación política o social que al cambiarse o transformarse radicalmente, como ha sido el caso en Alemania tras la reunificación, determina su desaparición, sin que ello se deba

a ninguna de las medidas legislativas excepcionales que se adoptaron entonces, que, sin embargo, siguen aún vigentes. Pero es que además, como dice Zöllner, tampoco son aplicables o útiles para combatir el terrorismo actual internacional islamista, a cuyo estudio dedica Zöllner todo un capítulo.

Ya en el capítulo histórico dedica especial atención al Movimiento de Liberación Palestino, que llevó a cabo atentados terroristas en suelo alemán, entre ellos el atentado a la Delegación israelí en los Juegos Olímpicos de Munich de 1972, que terminó en un baño de sangre, entre otras causas por la desgraciada actuación policial que intentó abortarlo en el último momento cuando ya los terroristas con sus rehenes estaban a punto de tomar un avión. Pero este grupo terrorista surgido del conflicto palestino-israelí, que no sólo sigue sino que ha incrementado su virulencia, se ha convertido en uno de los otros muchos movimientos (Hamas, Hisbollah, Hermanos Musulmanes, Al Qaeda, etc.) encuadrables en el terrorismo islamista que se ha relevado como una verdadera amenaza mundial a raíz de los atentados de Nueva York (2001), Madrid (2004) y Londres (2005), entre otros. El análisis que hace Zöllner de este terrorismo es casi exhaustivo y está muy bien documentado, aunque eso le lleva prácticamente a ignorar otros grupos terroristas más vinculados con situaciones nacionales muy concretas, bien de tipo religioso o independentista, como, por ejemplo, los movimientos independentistas en Irlanda del Norte (IRA), o en el País Vasco (ETA), a los que prácticamente sólo menciona de pasada. Tampoco dedica mucha atención a lo que llama “terrorismo vigilante”, en el que podría encuadrarse el “terrorismo de Estado” y el de muchos grupos paramilitares con conexiones con instituciones gubernamentales en algunos países latinoamericanos. También cabría discutir si algunas manifestaciones reivindicativas violentas o de rechazo de tropas invasoras en un determinado país derrotado y ocupado militarmente pueden calificarse como terrorismo.

Pero esto nos lleva a un problema, al que Zöllner dedica especial atención: la delimitación del concepto de terrorismo. Éste es un tema del que en general se ocupan todos los trabajos que han estudiado el terrorismo, sin que se haya llegado todavía a un concepto general que vaya más allá de la descripción de algunas características del mismo. La propia plural fenomenología del terrorismo dificulta su conceptualización, pero aún más la dificultan las distintas respuestas legislativas que ha tenido y tiene en el momento

presente tanto a nivel nacional como internacional. Evidentemente, ya no puede hablar de “terrorismo en su solo país”, pero tampoco pueden ignorarse las distintas situaciones nacionales en las que el terrorismo surge que le dan connotaciones distintas, e incluso distintas valoraciones. Así, por ejemplo, en muchos casos no es fácil distinguir el terrorismo de la guerra, y ello provoca que muchas veces la reacción y la lucha contra el terrorismo se conciba como una guerra, en la que se emplea el Ejército y todos los elementos de destrucción y aniquilación del enemigo que se emplean en una guerra abierta, con todo lo que ello conlleva de violación y conculcación de derechos humanos y de los principios más elementales del Estado de Derecho, e incluso las leyes de la propia guerra, principalmente el Derecho humanitario de las Convenciones de Ginebra. Pero es que además lo que a veces se llama terrorismo no es más que una forma larvada de guerra civil en la que uno de los bandos aparece en forma de guerrilla o de grupos partisanos, que ocupan incluso partes completas de un país. Darle a todos estos fenómenos el nombre de terrorismo y tratarlos como tal es, como reconoce Zöllner, una tarea difícil, por no decir imposible, y en todo caso ideológica y teóricamente discutible. Para superar este escollo, Zöllner diferencia las distintas regulaciones del terrorismo a nivel nacional (Alemania), internacional (Naciones Unidas), europeo (distintas Convenciones de la Unión europea) y angloamericano (la legislación antiterrorista inglesa y el Acta Patriótica americana), llegando a una definición, en la que considera como elementos conceptuales necesarios, comunes a todas estas distintas regulaciones, el empleo de violencia o intimidación con idoneidad de provocar graves daños, realizado con una especial finalidad de provocar terror en una sociedad y coaccionar o perturbar seriamente las decisiones de un Estado o de una Organización internacional. Evidentemente, esta definición es lo suficientemente genérica para englobar a nivel descriptivo los principales elementos conceptuales del terrorismo, que aparecen en casi todas las legislaciones antiterroristas; pero fuera de la misma deja expresamente el terrorismo de Estado, porque, dice, pertenece a un concepto de terrorismo en sentido amplio que no se incluye, lo que puede ser discutible, en el concepto jurídico penal del mismo. También prescinde del elemento de la organización, que, como han demostrado otros autores (por ejemplo, entre nosotros Cancio Meliá, en la obra anteriormente comentada),

constituye, a mi juicio, presupuesto fundamental de los demás elementos sin el cual carece de sentido el tratamiento del terrorismo como delito autónomo. Por supuesto, que muchas de las acciones terroristas son realizadas por individuos, pero su tratamiento como terrorismo sólo tiene sentido en la medida en que lo hagan como miembros de una organización y siguiendo las indicaciones u órdenes que le han dado sus superiores jerárquicos dentro de la misma. El “terrorismo individual” no puede tener, por tanto, ninguna connotación que merezca un tratamiento autónomo más allá del delito común que pueda cometer el individuo a título particular y con la motivación o intención que sea, aunque sea de tipo político. De algún modo, esto también lo reconoce implícitamente Zöllner al ocuparse en la parte primera histórica y comparada de los distintos grupos y organizaciones terroristas, igual que también cuando más adelante se ocupa de las Asociaciones terroristas, al analizar la regulación que de las mismas hace el Código penal alemán (véase infra), pero se echa de menos un estudio más detenido de la organización como elemento básico estructural del concepto de terrorismo que ofrece como resultado de su exhaustiva investigación sobre este tema en la Segunda Parte de su monografía.

La Tercera Parte la dedica Zöllner al sentido y fin del castigo de los terroristas; es decir, a analizar la reacción punitiva contra el terrorismo desde el punto de vista de las teorías sobre el sentido y fin de las sanciones penales. Un tema interesante, en el que inmediatamente se ve que los planteamientos tradicionales retributivos y preventivos apenas dan respuesta a esta forma de delincuencia, en la que salvo la constatación de la vigencia de la norma y con ella del Ordenamiento jurídico y político en el que se encuadra, a pesar de su masivo quebrantamiento por los ataques terroristas, el castigo del terrorista no tiene mucho sentido. Desde luego difícilmente puede tener eficacia intimidatoria un aumento continuo del rigor punitivo frente a sujetos completamente decididos a llevar a cabo sus acciones, hasta el punto de sacrificar su propia vida al realizar el acto terrorista (terroristas suicidas). Y este mismo fanatismo ideológico, muchas veces basado en profundas creencias religiosas, dificulta igualmente cualquier intento resocializador que se pretenda hacer con ellos en el ámbito penitenciario, tratándose como se trata en la mayoría de los casos de “delincuentes por convicción”; e igualmente inútil sería aplicar medidas de seguridad que teóricamente pretenden conse-

guir esa resocialización por otros medios, como el internamiento en custodia de seguridad, además de que ello supondría un adoctrinamiento ideológico que no se corresponde con lo que debe ser la resocialización. No obstante, la dificultad de comprender la pena del terrorismo con los criterios tradicionales de las teorías de la pena rechaza Zöllner que haya que entender la respuesta punitiva al terrorismo como un “Derecho penal del enemigo”, en el sentido que lo entiende Jakobs, cuyos planteamientos rechaza de forma contundente, en la medida en que supone la utilización de medios represivos fuera de los principios del Estado de Derecho y de la Constitución. Para Zöllner, responder al terrorismo con medidas excepcionales fuera del Estado de Derecho es una forma de perversión de la autoridad del Estado, que carece además de eficacia preventiva. Mientras que una reacción dentro de los parámetros del Estado de Derecho, muestra la firmeza de éste y de sus estructuras sociales, políticas y jurídicas que son, en definitiva, las que el terrorismo pretende cuestionar.

La Cuarta Parte está dedicada al estudio del ámbito espacial de aplicación de la ley penal alemana en los delitos de terrorismo. Al convertirse éste en un problema universal es claro que aquí el principio de Justicia universal es de plena aplicación, aunque, como advierte Zöllner, ello pueda provocar conflictos jurisdiccionales entre distintos Estados, que, por diversas razones, se consideren competentes para enjuiciar un mismo caso de terrorismo. Para solucionar estos principios propone Zöllner la aplicación del principio de subsidiariedad y también del de oportunidad, respetando en todo caso el de *ne bis in idem*, para evitar un doble enjuiciamiento de un mismo caso. Especialmente interesantes son las páginas que dedica Zöllner al empleo de Internet como instrumento para la comisión de actos terroristas, bien como instrumento de comunicación o de información, de preparación y realización de los atentados terroristas, como propagación de ideas terroristas, así como de delitos específicamente cibernéticos (ciberterrorismo) como el acceso a datos secretos (hackers) o la perturbación, daño o destrucción del material informático. También analiza la responsabilidad en que pueden incurrir los diferentes agentes que intervienen en la Red, desde los servidores, proveedores, almacenistas de datos, etc. Ningún problema plantea, según Zöllner, la aplicación en estos casos de la ley penal alemana, aunque las actividades y resultados se produzcan fuera de te-

territorio alemán, si bien advierte que cuando se trate de delitos de mero peligro abstracto cometidos fuera del espacio alemán, debe limitarse la intervención jurisdiccional de este país.

La Quinta Parte se dedica al análisis de los distintos tipos delictivos contenidos en el Código penal alemán que directa o indirectamente tienen que ver con el terrorismo. El primero y principal, como es lógico, es el asesinato, ya que el empleo de la violencia característico del terrorismo provoca la muerte de una o varias, como objetivo principal que pretenden los terroristas. Evidentemente, no hay ningún problema en aplicar en estos casos el tipo autónomo dentro de los delitos contra la vida del asesinato, ya que en ellos se dan claramente uno o varios de los elementos definitorios del mismo en el Código penal alemán: la alevosía, la crueldad y el empleo de medios de gran capacidad destructiva. Para Zöllner la motivación política no es ninguna causa de atenuación y propone, por tanto, la aplicación de la pena prevista en el Código penal alemán para el asesinato, estimando además que se da en estos casos el supuesto de la grave culpabilidad que limita y restringe el acceso a la libertad condicional, una vez cumplidos los quince años de reclusión.

También hace un análisis detenido de los tipos delictivos que suponen una intervención anticipada del Derecho penal a estadios previos a la lesión de un bien jurídico; es decir, principalmente de las asociaciones terroristas, que se tipifican en los párrafos 129 a y 129 b del Código penal alemán. Como ya hemos dicho antes, Zöllner se plantea el tema de la organización terrorista no como un elemento conceptual del terrorismo, sino como una forma más de manifestación del mismo, pero independientemente de este planteamiento, realiza un brillante estudio de las características de la asociación terrorista, destacando sus elementos como organización, uno personal, otro organizativo propiamente dicho, otro volitivo y uno último de carácter temporal caracterizado por la permanencia. También analiza las distintas formas de intervención personal, desde la figura de los dirigentes y jefes de la organización hasta la de los meros miembros integrantes de la misma, planteándose la difícil problemática de distinguir las conductas de pertenencia y las marginales de colaboración y mera adhesión ideológica, y criticando la amplitud con la que están redactados los párrafos 129 a y 129 b del Código penal alemán, surgidos como consecuencia de la situación de alarma creada por los actos terroris-

tas de los años 80 llevados a cabo por el grupo alemán de la Fracción Roja, y por los más recientes a nivel internacional. Las dificultades que plantean algunos de los apartados de estos preceptos para por vía interpretativa hacerlos compatibles con los principios del Estado de Derecho, lleva a Zöllner a proponer de *lege ferenda* una nueva configuración de estos tipos más respetuosa con estos principios.

La Sexta y última parte del libro la dedica Zöllner al estudio del terrorismo como delito internacional, en tanto pueda constituir o formar parte de alguno de los delitos que determinan, según el Estatuto de Roma, la competencia del Tribunal Penal Internacional: Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, aunque no se ocupa del terrorismo como crimen internacional en sí mismo, que queda fuera de las competencias del Tribunal Penal Internacional.

La obra termina con unas conclusiones que, en parte, el autor ya ha ido adelantando al final de cada capítulo, en las que el autor resume sus tesis sobre los diferentes temas que ha tratado a través de más setecientas páginas de apretada letra y abundantes citas a pie de página. Evidentemente, y no sólo por su extensión, se trata de una gran obra, aunque a veces el afán de tratar todas las muchas cuestiones que plantea el fenómeno terrorista hace que sea un poco desigual y que dedique muchas páginas a algunos temas y que apenas se ocupe de otros o los trate de forma casi superficial y poco detenida. Pero ello no le quita mérito a una obra que, sin duda, es una de las más completas de cuantas existen actualmente en la bibliografía sobre el tema. Pero es que además el ingente material bibliográfico, legislativo y jurisprudencial utilizado es expuesto de forma clara y sistemática, acompañada de unos índices bibliográficos y de materias que facilitan la lectura y la localización rápida de los temas que interesan; lo que en una obra de esta extensión el lector agradece sin la menor duda.

Francisco Muñoz Conde

3. Varios, *Terrorismo y Estado de Derecho*,

José R. Serrano Piedecabras/Eduardo Demetrio Crespo (directores), Madrid, 2010, 653 pp.

En este volumen se recogen las diversas ponencias y contribuciones expuestas en un Seminario Internacional que sobre esta materia tuvo lugar en septiembre

de 2008 en la Facultad de Ciencias jurídicas y sociales de Toledo, bajo la dirección y coordinación de los profesores Serrano Piedecosas y Demetrio Crespo. En dicho Seminario y ahora en el presente volumen los diversos ponentes trataron diversos aspectos relacionados con el tema que sirvió de título al Seminario. La lucha contra el terrorismo en el marco del Estado de Derecho parece la cuadratura del círculo y son muchos los que opinan que las reglas y principios del Derecho penal del Estado de Derecho son más un obstáculo que un instrumento eficaz para llevar a cabo esa lucha y ganarla. A la tentación de utilizar atajos y de recurrir a medios ilegales fuera del marco del Estado de Derecho han sucumbido muchos Gobiernos en Estados en los que normalmente el Derecho penal se lleva a cabo dentro de este marco, sin que nadie, o por lo menos nadie que esté en su sano juicio, preconice otro modelo de Derecho penal. ¿Por qué entonces se propugnan otras vías cuando se trata de luchar contra el fenómeno del terrorismo?

La mayoría de los autores que participan en este volumen tratan de dar respuesta a este interrogante, analizando y criticando los distintos instrumentos jurídicos utilizados tanto en el ámbito del Derecho penal español, como en el de otros países y en el Derecho penal internacional.

El primer punto a tratar es el de la definición del terrorismo y la delimitación de las estructuras que lo convierten en una tipicidad delictiva autónoma. Del primer problema se ocupan en sus respectivas ponencias Víctor Gómez Martín y Ana Isabel Pérez Cepeda. El primero intenta, de la mano del material jurisprudencial, dar un concepto funcional de terrorismo, de la que también se ocupan Carmen Lamarca y Manuel Cancio, cuya exposición coincide con la desarrollada en su libro que ya hemos comentado en la anterior recensión.

En general, todos los trabajos que se contienen en este libro analizan las distintas regulaciones que se ofrecen en el Derecho penal español, internacional y comparado desde el punto de vista de su compatibilidad con el Estado de Derecho y con las declaraciones y reconocimientos universales y regionales de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el trabajo del filósofo del Derecho, García Amado, trata de los presupuestos constitutivos del derecho penal del Estado de Derecho; el de Juan Terradillos del Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo; y el de los editores del volumen (Serrano Piedecosas y Eduardo Demetrio) del paso del Estado de Derecho al Estado

preventivo. Ni qué decir tiene que todos muestran su preocupación porque el afán de acabar con el problema del terrorismo lleve, tanto a nivel nacional como internacional, a la derogación de principios básicos del Estado de Derecho y a la vuelta a modelos autoritarios de Derecho penal incompatibles con el mismo.

En relación con la regulación del terrorismo a nivel internacional están, además del trabajo ya citado de Pérez Cepeda, los trabajos de Hernán Hormazábal (que se refiere también al Derecho latinoamericano), Adán Nieto (que comenta la resolución del TJCE en el caso Kadi), Héctor Olásolo (que se ocupa del papel del Tribunal penal internacional en relación con el terrorismo internacional) y de Daniel Pastor (que se ocupa de la imprescritibilidad de los crímenes contra la humanidad y el terrorismo), en los que igualmente se muestra preocupación porque el fenómeno del terrorismo en su repercusión internacional genere también una auténtica regresión de los Convenios y de la praxis de los Tribunales internacionales. John Vervaele presenta el Informe general sobre terrorismo de la Sección tercera del XVIII Congreso Internacional de Derecho penal que se celebró en Estambul en septiembre de 2009.

Otros trabajos se ocupan de la regulación del terrorismo en diversos países que han modificado sus legislaciones para combatir este problema, más allá de lo que permite el marco de su Ordenamiento jurídico internacional. Así, por ejemplo, se ocupan Pérez Cebadera de las medidas antiterroristas aprobadas en Estados Unidos al final de la presidencia de Bush; Francesco Viganó de la regulación del terrorismo en Italia (es el único trabajo en inglés) y Thomas Weigend de la regulación del terrorismo en Alemania.

Naturalmente, en un Seminario Internacional sobre Terrorismo, como éste que dio lugar a la publicación del presente libro, no podían faltar trabajos sobre los problemas procesales que plantea la persecución del terrorismo. De este apartado se ocupan los trabajos de Muñoz Conde (De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo), de Marta Gómez de Liaño sobre el agente encubierto como medio de investigación del terrorismo; de Ortiz Pradillo sobre el registro on line de equipos informáticos, y de Saenz Hermida sobre las medidas procesales adoptadas en el Reino Unido en la lucha contra el terrorismo. En todos ellos se denuncia que incluso más que en el ámbito penal material la lucha contra el terrorismo ha supuesto la derogación o por lo menos una fuerte li-

mitación de principios básicos y de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal.

Mención aparte merecen los trabajos de Paredes Castañón, Portilla Contreras y Zaffaroni que se ocupan de otras dimensiones del terrorismo como la intercultural (Paredes), la perversión del Derecho como forma de exclusión del propio Derecho (Portilla) y de los mecanismos de desplazamiento que supone la legislación penal antiterrorista que ha desencadenado a nivel mundial un Estado de excepción no declarado, pero real (Zaffaroni).

En el marco de una reseña bibliográfica como ésta no puede hacerse un comentario específico de cada uno de los trabajos contenidos en este libro, pero no puede dejar de decirse que todos tienen un excelente nivel y que, por eso mismo, este libro es un instrumento indispensable para quien quiera tener una visión amplia y al mismo tiempo profunda de todos los aspectos jurídico penales, materiales y procesales, pero también filosófico jurídico y teórico del fenómeno del terrorismo, tanto a nivel nacional como internacional. Pocas veces se ve que un Proyecto de Investigación y el Seminario Internacional a que dio lugar produzcan tantos y tan buenos resultados.

Francisco Muñoz Conde

4. Varios, *Kritik des Feindstrafrechts (Crítica del Derecho penal del enemigo)*, editado por Thomas Vormbaum con la colaboración de Martin Asholt, Berlín, 2009, 434 pp.

Probablemente uno de los ámbitos en donde el llamado “Derecho penal del enemigo” se refleja con mayor claridad es en la legislación penal antiterrorista surgida para prevenir y sancionar un fenómeno que ha adquirido en los últimos años una gran dimensión tanto a nivel nacional como internacional. Pero esta legislación excepcional contiene elementos que difícilmente son compatibles con los principios básicos del Derecho penal en el Estado de Derecho, y que por eso mismo, si se cree todavía en la validez de este modelo para regular la convivencia en las actuales sociedades modernas, deben ser objeto de crítica y de rechazo. El título de este libro *Crítica de Derecho penal del enemigo*, en el que colaboran veinte penalistas de Alemania, Italia y España, refleja una actitud generalizada, aunque con matices en cada autor, de rechazo a una

concepción del Derecho penal, cuyos elementos conceptuales son la intervención anticipada del Derecho penal en ámbitos en los que todavía no hay una puesta en peligro de bienes jurídicos, la imposición de penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad y el recorte o incluso supresión de algunas de las garantías y derechos del imputado en el proceso penal. Esta actitud general de crítica y rechazo del Derecho penal del enemigo es lo que probablemente motivó que el penalista alemán Günter Jakobs, principal artífice de esta visión del Derecho penal, rechazara la invitación que le hizo su editor Thomas Vormbaum para participar con una contribución en este volumen y contestar a las críticas que en él se dirigen contra su tesis; aunque, como dice Vormbaum en su Introducción (p.VII), ello se debió a que cuando se le dio a conocer a Jakobs la lista de los participantes en el mismo, tal como él mismo había exigido, se negó a participar porque “se sentía personalmente y de forma no objetiva (*unsachlich*) atacado por algunos de estos participantes”.

De todos modos, con Jakobs o sin Jakobs, este volumen contiene un valioso muestrario de la generalizada actitud de rechazo que ha provocado su tesis en gran número de penalistas de las distintas nacionalidades aquí reunidos (de Alemania, España e Italia) e incluso de diversas y opuestas concepciones ideológicas y teóricas del Derecho penal

Las razones de este rechazo son fáciles de explicar si se tiene en cuenta que lo que propone, describe o defiende Jakobs (su actitud frente al Derecho penal del enemigo nunca ha sido claramente explicada por él mismo), como algo inevitable en las actuales sociedades democráticas, es un Derecho penal que lleva en su seno elementos claramente autoritarios e incompatibles con los principios del Estado de Derecho, y que además recuerda mucho a la imagen de un Derecho penal que provocó las amargas experiencias totalitarias habidas en los países aquí representados durante el siglo XX. Ciertamente, de un modo u otro, algunos de estos elementos están presentes en las legislaciones antiterroristas vigentes en muchos de estos países, y, desde luego, ninguno de los autores que colabora en este volumen desconoce la realidad claramente visible de algunos de estos preceptos penales difícilmente compatibles con la actual concepción del Estado de Derecho, pero precisamente por eso mantienen una actitud crítica frente a ellos y piden su derogación o su reinterpretación conforme al marco jurídico constitucional del Estado de Derecho.

Casi todos los trabajos tienen como referente principal el fenómeno del terrorismo, aunque obviamente también se mencionan otros ámbitos donde se detecta la presencia del Derecho penal del enemigo, como el Derecho penal internacional, el narcotráfico o la reincidencia. La tendencia hacia el mismo, acompañada en el ámbito de la criminalidad de menor entidad por la llamada Tolerancia cero, es cada vez más evidente y de ahí la necesidad de mantener una actitud crítica que denuncie los excesos y violaciones de los principios básicos del Estado de Derecho a que puede dar lugar. En algunos de los trabajos contenidos en este volumen se trata el Derecho penal del enemigo en relación con el llamado “delito político”, tema que, con la presencia de Jakobs, se debatió intensamente en un Congreso habido en Trento en marzo de 2007. Muchos de estos trabajos fueron presentados en dicho Congreso (del que ya se dio noticia en el número 18 de esta Revista, 2006) y dieron lugar a una publicación en italiano de las Actas del mismo (*Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cargo de Alessandro Gamberini y Renzo Orlandi, Bologna 2007). Buena parte de los autores son, por tanto, italianos (Fiandaca, Isolera, Losappio, Mantovani, Pulitanó, Donini, Caliere, Fronza). Pero también hay tres autores españoles (Cancio Meliá, Muñoz Conde y Demetrio Crespo), el resto son alemanes (Schünemann, Gössel, Kindhäuser, Hörnle, Prittwitz, Streng, Saliger, Sinn, Sack y Ambos).

La mayoría, por no decir todos los trabajos, han sido publicados previamente, algunos de ellos también en español, recogidos en los dos volúmenes editados por Cancio Meliá y Gómez Jara (*El Derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, Madrid, 2006), lo que exime de ofrecer ahora una relación exhaustiva del contenido de cada uno de ellos. Pero sí merece la pena destacar que ésta es la primera vez que muchos de ellos aparecen en lengua alemana, sobre todo los trabajos de algunos autores italianos, traducidos directamente al alemán por el propio Vormbaum, que a su labor como compilador, traductor y editor del volumen, añade una excelente introducción de casi cuarenta páginas en la que explica el por qué del título y de esta crítica, exponiendo las principales aportaciones y concepciones plasmadas en los diversos trabajos, pero también algunas conclusiones sobre el planteamiento filosófico jurídico que caracteriza, a su juicio, la tesis de Jakobs: su proximidad a la teoría sistémica, cuyo elemento fundamental es precisamente la diferenciación entre el sistema y su mundo

circundante, lo que produce la diferencia en la inclusión y la exclusión; su proximidad a Hegel y a Carl Schmitt y su consideración de la seguridad como un derecho fundamental, siguiendo con ello la tesis de Josef Isensee. Merece la pena destacar también que, como demuestra este libro, el tema del Derecho penal del enemigo no ha pasado desapercibido en Alemania, donde además del tradicional interés por la dogmática penal existe hoy, incluso entre los cultivadores más importantes de la Dogmática penal alemana (algunos de ellos aquí representados) una evidente preocupación por la tendencia que también se observa en ese país hacia una legislación penal excepcional, que bien podría calificarse como un Derecho penal del enemigo y que, precisamente por eso, es criticada y rechazada, con razón, por los participantes alemanes en este libro y por otros muchos juristas alemanes que se han pronunciado sobre el tema (véase mis comentarios al Congreso de los Abogados defensores alemanes celebrado en Frankfurt del Main en el 2006, en el que expresamente se rechazó el Derecho penal del enemigo, en *Revista Penal*, 18, 2006).

Francisco Muñoz Conde

5. Sebastian Scheerer, *Die Zukunft des Terrorismus, Drei Szenarien* (*El futuro del terrorismo. Tres escenarios*), Hamburgo, 2002, 170 pp.

Este libro se publicó poco después del atentado a las Torres Gemelas de Nueva York y vislumbra ya las consecuencias que se han producido desde entonces. Su autor, catedrático de Criminología de la Universidad de Hamburgo, analiza el terrorismo desde la perspectiva acción-reacción que provoca. La estrategia de la tensión se crea, en su opinión, a través de una dinámica que desencadena el atentado terrorista, empezando por la escalada retórica, siguiendo la indignación moral y culminando con una dura represión. Esta forma de reacción tiene como consecuencia que la lucha contra el terrorismo adquiera una dimensión belicista, en la que el terrorista es considerado como un enemigo al que hay que neutralizar, derrotar y destruir. Scheerer considera que esta estrategia no hace, en el fondo, sino legitimar de algún modo la tesis del grupo terrorista que considera sus atentados más como una acción de guerra, que como un hecho delictivo.

Para Scheerer esta forma de proceder con el terrorismo le hace el juego a los terroristas que precisamente con sus acciones pretenden poner en evidencia la existencia del propio Estado de Derecho, que justamente deja de serlo cuando reacciona con medidas y actuaciones al margen de sus propias reglas como Estado de Derecho. En definitiva, el terrorista trata de convertirse en un enemigo del Estado, al que declara la guerra, realizando acciones características de una guerra, en la que todo cabe con tal de ganarla. Y el Estado, al reaccionar en la misma forma, se convierte en un adversario que abandona sus reglas, al utilizar las mismas armas que los terroristas (detenciones ilegales, tortura, tiros en la nuca).

Es difícil encontrar una salida a este dilema, y Scheerer, desde luego, no la encuentra. Pero en su análisis descriptivo de la situación creada a partir del atentado del 11 de septiembre de 2001, que no ha hecho más que confirmarse y aún agravarse en los años siguientes, considera que la amenaza que representa el terrorismo sólo puede controlarse en la medida en que el Estado renuncie a responder al mismo con medios y modos similares a los empleados por los terroristas.

Para describir su tesis, tras una introducción, una breve exposición histórica y un análisis de la situación provocada por el terrorismo a raíz del atentado del 11 de septiembre de 2001, describe Scheerer tres escenarios hipotéticos de lo que puede ser la lucha contra el terrorismo en un futuro no muy lejano.

Un primer escenario en el que la guerra desencadenada ha terminado con éxito y el terrorismo ha sido derrotado. En este caso el problema no es ya ganar la guerra, sino mantener una situación en la que la amenaza terrorista no vuelva a producirse, sin que ello suponga limitar derechos fundamentales. De momento, ese escenario no acaba de vislumbrarse y es poco probable que se dé en un futuro inmediato.

Mucho más real y actual es el segundo escenario en el que describe una situación permanente de guerra en la que sería inevitable un estado de excepción a nivel mundial, en el que los demás países tendrían que participar de un modo u otro siguiendo una política belicista, sin poder sustraerse a la misma, con el consiguiente costo de pérdida de derechos fundamentales y garantías democráticas.

Y un tercer escenario sería un hipotético futuro, en el que la guerra contra el terrorismo finalmente se perdería y ello haría que cambiaran los actuales sistemas de gobierno y convivencia a nivel nacional e

internacional. En esta situación, que actualmente no parece vaya a producirse a corto plazo, cabría esperar un cambio en la actual política belicista en la lucha contra el terrorismo y su sustitución por una política diferente de acuerdos y sobre todo de desactivación de los conflictos de todo tipo que lo provocan y su elaboración con medios y medidas de carácter político, social y económico, que serían, en definitiva, la única fórmula válida para “arrojarlo definitivamente al cubo de la basura”, incluyendo también, por supuesto, en ese cubo al terrorismo de Estado, que paralelamente habría acompañado durante todo ese tiempo la guerra actualmente existente.

Francisco Muñoz Conde

6. Peter-Alexis Albrecht, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft, Auf der Suche nach statiskritischen Absolutheitsregeln (El camino hacia la sociedad de seguridad, en busca de reglas absolutas críticas del Estado)*, edición de estudio, acompañada de CD, Frankfurt am Main, 2010, 239 pp.

El autor de este interesante, pero complejo libro, es catedrático de Criminología en la Universidad de Frankfurt del Main, y en cierto modo se le puede considerar como miembro de la llamada Escuela de Frankfurt, en la que un grupo de penalistas, principalmente Wolfgang Naucke, Klaus Lüderssen y Winfried Hassemer, comenzaron desde principios de los años 80 del pasado siglo a desarrollar una fuerte crítica contra la expansión del Derecho penal y el paradigma preventivo que ya en aquellos años se había convertido en la característica principal de la Política criminal. Una Política criminal en la que el Derecho penal se utilizaba como medio de protección de nuevos bienes jurídicos colectivos (medio ambiente, orden económico, salud pública, seguridad colectiva), utilizando para ello la técnica de los delitos de peligro abstracto con referencia continua a normas de carácter extrapenal (normas penales en blanco), perdiendo su carácter de ultima ratio, invadiendo o sustituyendo otros medios de protección jurídica menos radicales o incluso el empleo de medios tecnológicos más adecuados y eficaces para prevenir y conjurar los riesgos más característicos que aquejan a las sociedades modernas.

Peter Alexis Albrecht es también un crítico de este paradigma preventivo que se ha afianzado en el De-

recho penal y en la Política criminal de los últimos años, y no sólo en Alemania, pero lo es mucho más del nuevo paradigma de seguridad a ultranza que se ha impuesto en los últimos años a raíz de los atentados terroristas y de las crisis económica financiera a nivel mundial.

En este libro se describe, por tanto, la evolución que han tenido el Derecho penal, la Criminología y la Política criminal en los últimos cuarenta años siguiendo un paralelismo con la biografía y las publicaciones que su autor ha realizado durante estos años, que se recogen como complemento en el CD que acompaña al libro.

El punto de partida, con el que comienza también la formación académica del autor, son los años setenta, cuya Política criminal se inspiraba en el Estado de bienestar y en la idea de respeto a los derechos humanos, que dio lugar a una progresiva descriminalización en el ámbito político y sexual de muchas conductas que tradicionalmente se habían considerado delitos, a la eliminación de las penas cortas de privación de libertad, y el fomento de las alternativas a la misma, y, en todo caso, cuando era inevitable la aplicación de una pena de prisión, a buscar la resocialización del condenado como meta principal del sistema penitenciario. No obstante, Albrecht advierte, además de las objeciones que podían formularse contra la idea misma de resocialización, como adoctrinamiento del condenado a un sistema social político o ideológico determinado, que en su experiencia como investigador y doctorando, bajo la dirección del penitenciarista Schüler Springorum, el sistema penitenciario alemán de la época no era el más indicado para conseguir esta meta, describiendo ya desde sus primeros trabajos una situación, sobre todo en relación con los condenados a reclusión perpetua, de disciplina extrema, de dureza e incluso crueldad en el trato que recordaba mucho el sistema penitenciario de otras épocas recientes de la historia alemana. Desde este punto de vista su crítica a la “educación” (“Erziehung”) del recluso, recogida en varios de los artículos que se contienen en el CD, como meta del sistema penitenciario, es demoledora e insiste en la contradicción que supone “educar para la libertad en condiciones de no libertad”.

Otro apartado importante de este libro es el análisis que hace del giro que hizo la Política criminal y la Ciencia alemana del Derecho penal en su conjunto entre los años 80 y 90 hacia el paradigma de la prevención, entendiendo que la función del Estado es ante

todo la prevención de peligros, a la que deben dedicarse todos los instrumentos jurídicos y, por supuesto, también el Derecho penal. Es en este punto en el que la Escuela de Frankfurt y, por tanto, también Albrecht se alejan de la corriente dominante. Las razones de su crítica son varias y de distinta procedencia. Albrecht, de la mano de varios trabajos suyos que se contienen en el CD, acentúa sobre todo la ausencia de comprobación empírica de los efectos preventivos que se supone debe conseguir el Derecho penal, centrando su atención sobre todo, dada su vertiente profesional como penitenciarista, en la llamada prevención especial, tanto positiva (resocialización) como negativa (aseguramiento). Con base en la experiencia obtenida en una estancia en los Estados Unidos, becado por una Police Foundation, considera que el paradigma preventivo mete al Derecho penal en un callejón sin salida, pues se intenta fundamentar su existencia con base en la consecución de unos fines preventivos, generales y especiales, que luego la realidad demuestra que no se consiguen, o por lo menos que no se consiguen utilizando el Derecho penal como instrumento preventivo. En su crítica al paradigma preventivo Albrecht se basa sobre todo en sus trabajos sobre el Derecho penal juvenil, que es otro de los sectores en el que es un destacado especialista. Pero donde más enérgica es su crítica es en relación con lo que llama “patologización de los conflictos individuales”, en donde demuestra las deficiencias que tiene una visión psiquiátrica de la delincuencia, que lleva, sobre todo en el ámbito de los delincuentes sexuales, a la imposición de medidas, como el internamiento en custodia de seguridad, tras el cumplimiento de la pena, que con base en una supuesta permanencia crónica de las patologías que llevan a comportamientos sexuales desviados (pederastia, violación), permiten que la privación de libertad pueda ser perpetua con todas las secuelas que ello implica para los derechos fundamentales de los condenados a esta medida. En el fondo, los trabajos que Albrecht ha dedicado a este tema, contenidos en el CD que acompaña al libro, constituyen una crítica a la Psiquiatría forense, que se apoya para sus diagnósticos más en la gravedad del hecho que en la verdadera o supuesta patología y peligrosidad del sujeto sometido a la medida. Albrecht discute las zonas inseguras del Derecho penal de la culpabilidad, y critica que esas inseguridades paradójicamente conduzcan en la praxis a la imposición de medidas de seguridad de duración indeterminada,

sustituyendo el principio “in dubio pro libertate”, por el de “in dubio pro securitate”.

Este mismo paradigma preventivo conduce también, en opinión de Albrecht, a una “patologización de los conflictos sociales”, en los que aparecen como protagonistas, activos y pasivos, de esos conflictos los extranjeros (inmigrantes) y las víctimas. Los primeros se convierten en el “chivo expiatorio”, y los segundos en una causa de privatización de la Justicia penal, al poner sus intereses y la satisfacción de los mismos por encima incluso del propio interés público de la Justicia penal.

Todo este apartado dedicado al paradigma preventivo termina en una crítica en la que resumidamente expone la quiebra de los principios básicos del Derecho penal del Estado de Derecho que el paradigma preventivo supone: el de legalidad penal material, como fundamento de la libertad garantizada constitucionalmente; el de culpabilidad, como límite del poder punitivo; el de proporcionalidad como barrera jurídica de ese poder punitivo; el de legalidad procesal, como límite a la arbitrariedad; el de oficialidad, como garantía del carácter público del Derecho penal, y el del debido proceso, como fundamento del proceso penal del Estado de Derecho.

Tras esta crítica al Derecho penal preventivo, Albrecht expone una etapa en la que como miembro de una Comisión del Land de Hessen elaboró un proyecto de descriminalización y de mejora del sistema penitenciario, que obviamente no fue asumido por los políticos de aquel momento, que se encontraban ya presionados por una opinión pública, que además de por el miedo a la inseguridad y a la delincuencia empezaba a preocuparse seriamente por el efecto que tendría en esta materia la recién comenzada reunificación alemana.

En la última parte entra Albrecht de lleno en lo que denomina la “Sicherheitsgesellschaft” (“Sociedad de seguridad” o seguridad colectiva) analizando sus consecuencias en el Derecho penal del presente. Primero expone cómo se ha pasado del paradigma preventivo a la concepción securitaria del Derecho penal, en la que el paradigma no es ya la prevención, sino la consecución y el mantenimiento casi obsesivo de una seguridad total de la sociedad frente a los riesgos que actualmente la amenazan, como el terrorismo (también el estatal). Naturalmente todo ello se hace a costa del sacrificio de los principios del Derecho penal del Estado de Derecho. En esta situación, que es la actual, describe la pérdida de capacidad crítica

de la Ciencia del Derecho frente a una realidad jurídica cada vez más deteriorada, en la que se preconiza la tortura como medio efectivo de lucha contra con el terrorismo y, en consecuencia, el terrorismo de Estado. A través de distintos artículos y trabajos publicados en el cambio de milenio y en los últimos años, Albrecht describe cómo en esta lucha predomina el “secretismo”, se privilegian el consenso y la utilización de medios probatorios discutibles, como el confidente y el “testigo de la corona”, y se destruyen las garantías y derechos del imputado característicos del proceso penal del Estado de Derecho.

En el apartado siguiente invoca como solución esperanzada y esperanzadora para Europa y los principios fundamentales que rigen la actual configuración jurídica de la Unión Europea, analizando las contradicciones que en ella existen entre, por un lado, el respeto a los derechos humanos recogidos en la Convención europea y, por otro, la integración económica, en la que los intereses económicos se sobreponen por encima de los jurídicos. Como ejemplo de las dificultades que plantea la integración Europea comenta la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el Tratado de Lisboa y las consecuencias que ello puede tener para el Derecho penal.

El libro termina con una declaración programática en la que expone lo que, a su juicio, debe ser la búsqueda de unas reglas absolutas que permitan la crítica del Estado y de su actual Derecho penal: la vuelta a un Derecho penal de integración social, la protección de la libertad de los ciudadanos como meta principal del Derecho, limitar el poder punitivo del Estado y con ello reducir el Derecho penal al núcleo fundamental de los delitos que atacan los bienes jurídicos más importantes, y robustecer la autonomía e independencia del Poder judicial. Todas ellas no son más, como dice su autor, esperanzas, las que aún nos quedan de que la actual situación pueda cambiar cuando se vea que el camino emprendido, buscando la prevención y la seguridad por encima de cualquier otro valor, no lleva a un mejor Derecho penal, ni siquiera a un Derecho penal más efectivo, sino al deterioro de una concepción del mismo que, con todas sus dificultades, era el único compatible con los principios del Estado de Derecho y de una configuración verdaderamente democrática, integradora y participativa de la sociedad.

Francisco Muñoz Conde



II Fórum Internacional de Derecho penal en la Era Global (International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era)

Durante los días 30 de octubre al 1 de noviembre de 2010 se ha celebrado en Pekín una nueva edición (la segunda) del Fórum Internacional de Derecho penal en la Era Global (*International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era*, *IFCCLGE en sus siglas inglesas*), al que han asistido representantes de Rusia, Canadá, México, Francia, Alemania, Italia, España, y naturalmente del país anfitrión la República Popular China (incluyendo también a Taiwan y Hong Kong), así como de diversos organismos internacionales, como la ONU y la Unión Europea.

Este *Foro* trataba de consolidar la creación el año pasado de la Fundación Internacional para el estudio de cuestiones relacionadas con el Derecho penal, prevención y tratamiento de la delincuencia transnacional, en la Era Global. La sede física de la Fundación se sitúa en China, y concretamente en Beijing, si bien el Centro es de carácter internacional y no está vinculado a ningún Estado en particular.

El debate se llevó a cabo de nuevo por un nutrido grupo de Juristas, algunos de ellos especialistas en Derecho penal de diferentes países, encabezado por el Profesor He Bingsong, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Ciencias Políticas y Jurídicas de Pekín, quien junto con un grupo de especialistas y colaboradores suyos organizó este nuevo encuentro en el Centro de Convenciones del Hotel Xianje, situado en la zona universitaria de Beijing.

En dicha sede se discutió como cuestión principal *los sistemas penales y la aplicación de las penas a nivel internacional*, el Foro de debate de este año se centró así pues en valorar los diferentes sistemas penales y aportar soluciones penológicas con el fin de adoptar resoluciones y asesorar a los organismos in-

ternacionales, pero también a los nacionales estatales, en este tipo de cuestiones.

El sistema de participación se desarrolló mediante la presentación de distintas ponencias por parte de los representantes de los diversos países allí reunidos, seguidas de discusión. El encuentro contó con un numeroso grupo de habla hispana que realizó sus ponencias en inglés. Entre los que formaron parte de este comité académico señalaremos:

- Liderando el grupo de habla hispana: el Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde (Catedrático de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide),
- En representación de la Sociedad Internacional para la Defensa Social, su Presidente —y Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho penal—: Prof. Dr. Luis Arroyo Zapatero, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad que fue representada también por el Prof. Dr. Antonio Muñoz Aunión.
- En representación de España, le acompañaron el Presidente del Grupo Español de la Asociación Internacional de Derecho penal: Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Huelva y el Prof. Dr. Miguel Ángel Núñez Paz, Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de Huelva.
- De Argentina / Alemania, la Dra. María Laura Böhm, Profesora de Derecho penal y Criminología en la Universidad de Göttingen.
- Y de México, la Mg. Dña. Tania Atilano y Mg. Dña. Guadalupe Valdés.

Durante los debates se comprobó una vez más la serie de obstáculos existente para llegar a acuerdos

internacionales sobre la materia, tanto por los diversos y aún opuestos criterios políticos de los diversos Estados, como por la dificultad evidente de establecer criterios unánimes a nivel internacional.

A pesar de las posturas encontradas, se alcanzaron acuerdos parciales y en todo caso se destacó la necesidad de abordar el problema en el marco de acuerdos y foros internacionales como éste, donde se pueden obtener importantes puntos de partida a partir de los cuales continuar trabajando en busca del mayor con-

senso trasnacional, en estrecha vinculación con los organismos internacionales (como ONU o UE). La discusión quedó abierta sobre todo en relación con la *Pena de muerte*, decidiéndose que el III Foro, a desarrollarse en la primera semana de noviembre de 2011 en Beijing, abordará esta problemática cuestión, en la que la participación española fue especialmente protagonista.

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ

Revista Penal México, edición al cuidado de la Dirección de Publicaciones del Instituto Nacional de Ciencias Penales, se terminó de imprimir y encuadernar en mayo de 2011 en los talleres de Diseño e Impresos Sandoval, S. A. de C. V. , Salto del Agua 247, Col. Evolución, Cd. Nezahualcóyotl; 57700, Edo. de Méx.
El tiraje consta de 1 000 ejemplares.

1. Revista Penal, publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o, en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: ferreolive@terra.es
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras claves en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras).
4. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.