

Revista

II  
C  
E  
I  
N  
A  
I  
I  
MÉXICO

Número 2 • Febrero 2012



# Revista

---

# Penal

## MÉXICO

Número 2 • Febrero 2012





Portada: Fragmento de *Por enseñar a leer* (s.f.), xilografía, 13.5 x 17.5 cm. El INACIPE agradece al Museo Nacional de la Estampa la cesión de los derechos de uso de este grabado de Leopoldo Méndez (1902-1969).



Instituto  
Nacional de  
Bellas Artes

**CONACULTA**

REVISTA PENAL MÉXICO, año 1, núm. 2, es una publicación semestral editada por Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) a través de la Dirección de Publicaciones. Magisterio Nacional 113, Col. Tlalpan, Delegación Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F., Tel. 5487 1571, página web: [www.inacipe.gob.mx](http://www.inacipe.gob.mx), *e-mail*: [publicaciones@inacipe.gob.mx](mailto:publicaciones@inacipe.gob.mx), y la Universidad de Huelva. Dr. Cantero Cuadrado, 6. 21071 Huelva, España. Editores responsables: Juan Carlos Ferré Olivé y Gerardo Laveaga. Reserva de Derechos al Título Exclusivo No. 04-2011-031413283300-102; ISSN: en trámite. Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15411. Impresión por Diseño e Impresos Sandoval, S.A. de C.V., Salto del Agua 247, Col. Evolución, Ciudad Nezahualcóyotl, 57700, Estado de México.

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

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

ALEJANDRO RAMOS FLORES  
*Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la PGR  
y Secretario Técnico de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

GERARDO LAVEAGA  
*Director General*

ÁLVARO VIZCAÍNO ZAMORA  
*Secretario General Académico*

CITLALI MARROQUÍN  
*Secretaria General de Extensión*

SARELBA CASILLAS SUÁREZ  
*Directora de Publicaciones*

Número 2 • Febrero 2012

## DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

### CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ  
*Universidad de Huelva*

GERARDO LAVEAGA  
*Director General del INACIPE*

### COMITÉ CIENTÍFICO

KAI AMBOS  
*Universidad Georg August de Gotinga*

LUIS ARROYO ZAPATERO  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

ANDRÉS BAYTELMAN  
*Baytelman Legal. Fraud, Forensics and Compliance*

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE  
*Universidad de Salamanca*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ  
*Suprema Corte de Justicia de la Nación*

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

ENRIQUE DÍAZ-ARANDA  
*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

JAVIER DONDÉ MATUTE  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

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

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

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

OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

JORGE ALBERTO LARA RIVERA  
*Secretaría de Gobernación*

MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOSA  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
*Universidad Pablo de Olavide*

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO  
*Procuraduría General de la República*

RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA  
*Comisión Nacional de los Derechos Humanos*

CLAUS ROXIN  
*Universidad de Múnich*

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

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA  
*Universidad de Guanajuato*

ÁLVARO VIZCAÍNO ZAMORA  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

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

### CONSEJO DE REDACCIÓN

VICTORIA ADATO GREEN  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

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

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

FEDERICO CÉSAR LEFRANC WEEGAN  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

ERNESTO LÓPEZ SAURE  
*Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca*

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ  
*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ  
*Poder Judicial de la Federación*

MARÍA ELOÍSA QUINTERO  
*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

MIGUEL SARRE IGUÍNIZ  
*Instituto Tecnológico Autónomo de México*



## CONTENIDO

### DOCTRINA

Miguel Abel Souto <i>Luces y sombras en la reforma penal española sobre drogas de 2010</i> . . . . .	9
Donato Castronuovo <i>Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica</i>	31
Andreas Hoyer <i>Ciencia del Derecho Penal y nacionalsocialismo</i> . . . . .	43
Francisco Muñoz Conde <i>La herencia de Franz von Liszt</i> . . . . .	57
Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro <i>Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial</i> . . . . .	75
Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo <i>Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad (Amicus Curiae)</i> . . . . .	91
Wang Shizhou <i>La legislación penal relativa a la protección de los derechos de propiedad intelectual a nivel internacional</i> . . . . .	103
Gerhard Werle y Boris Burghardt <i>La co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana en el Derecho Penal Internacional?</i> . . . . .	127
Brenda Tania Luna López y Miguel Sarre Iguíniz <i>La etapa de investigación en el nuevo sistema de justicia acusatorio</i> . . . . .	137
Federico César Lefranc Weegan <i>La necesidad de reafirmar el principio de la dignidad humana en el Derecho del siglo XXI</i> . . . . .	153
Bibliografía <i>Notas bibliográficas</i> . . . . .	165





## Luces y sombras en la reforma penal española sobre drogas de 2010\*

Miguel Abel Souto

Universidad de Santiago, Chile

Revista Penal México, núm. 2, julio-diciembre de 2011

**RESUMEN:** Esta investigación pone de relieve la necesidad de una política criminal diferente en materia de drogas. Además, el autor analiza, desde un punto de vista crítico, la reforma de 2010, que da a la regulación sobre drogas del Texto punitivo español “una de cal y otra de arena”, puesto que embellece la pared maestra de su reacción penal contra la droga con la reluciente cal de las atinadas modificaciones operadas en los artículos 368 y 369, pero también deja una áspera mano de arena en ese rugoso muro, con las desproporcionadas reformas de los artículos 369 bis y 370, que provoca fricciones con principios penales básicos.

**PALABRAS CLAVE:** Política criminal, narcotráfico, circunstancias atenuantes y agravantes.

**ABSTRACT:** This research emphasizes the need of a different criminal policy on drugs. Moreover the author analyzes, from a critical perspective, the drugs new Spanish Criminal Law 2010, so much the positive aspects, the guessed right modifications in articles 368 and 369 Spanish Penal Code, as the negative aspects, the disproportionate reforms in articles 369 bis and 370 Spanish Penal Code.

**KEYWORDS:** Criminal policy, drug trafficking, attenuating and aggravating circumstances.

**SUMARIO:** I. Necesidad de una política criminal diferente. II. Disminución del límite máximo de la prisión en el tráfico de drogas “duras”. III. El nuevo tipo atenuado. IV. Supresión del tipo agravado de contrabando. V. Agravación por pertenencia a una organización delictiva. VI. Exasperación penal para los jefes, encargados o administradores. VII. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. VIII. El tipo de extrema gravedad por uso de embarcaciones.

\* Esta contribución representa, básicamente, la conferencia que pronunció el autor en Huelva, el 11 de marzo de 2011, en el marco del XII Congreso de Justicia Penal.

### I. Necesidad de una política criminal diferente

Las reformas operadas el 22 de junio de 2010 en materia de delitos relativos a drogas, como advierte Quintero Olivares, “se centran en las penas”<sup>1</sup> y atienden a la decisión marco 2004/757/JAI,<sup>2</sup> según el preámbulo de la Ley orgánica 5/2010, a cuyo tenor “se refuerza el principio de proporcionalidad de la pena reconfigurando la relación entre el tipo básico y los tipos agravados”,<sup>3</sup> principio en el que se produce, a juicio de González Cussac, una corrección y avance esencial respecto al anteproyecto de 2008.<sup>4</sup> Indudablemente, de entre todas las modificaciones sobre los delitos de tráfico de drogas que entraron en vigor el 23 de diciembre de 2010 las introducidas en el artículo 368 del Texto punitivo son, en palabras de Lorenzo Salgado, “las que deben ser acogidas más favorablemente”<sup>5</sup> por su necesidad<sup>6</sup> y “gran transcendencia práctica”.<sup>7</sup> Incluso, los medios de comunicación, al hacerse eco de las innovaciones incorporadas por la reforma penal de 2010, una de “las más reiteradas”<sup>8</sup>

ha sido la disminución de las penas en el narcotráfico, lo cual no extraña dada la “relevancia”,<sup>9</sup> puesta de manifiesto por Mir Puig y Corcoy Bidasolo, que adquieren estos delitos en la aplicación del Texto punitivo.

Pero antes de abordar los aspectos positivos y negativos de la reforma conviene denunciar, con Muñoz Conde incide en las clases “marginales y más débiles económicamente”,<sup>10</sup> abocadas al menudeo de la droga “como alternativa a la pobreza y el desempleo”,<sup>11</sup> a las que afectan las toxicomanías en mayor medida y cuya situación se ve agravada con la crisis económica actual.<sup>12</sup> Los “tradicionales planteamientos ciegamente represivos”,<sup>13</sup> que proceden de los convenios internacionales sobre drogas impulsados por los Estados Unidos,<sup>14</sup> se basan en la idea de la “tolerancia cero”<sup>15</sup> y nos han conducido a la “narcohistoria penal”<sup>16</sup> de un “Derecho excepcional”<sup>17</sup> “hiperpunitivista”,<sup>18</sup> con “infracciones al principio de legalidad por medio de la Ley”<sup>19</sup> advertidas ya en 1975, cuando apenas balbuceaba la democracia, por Vives Antón, una regulación

<sup>1</sup> Quintero Olivares, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Navarra, Aranzadi, 2010, p. 21.

<sup>2</sup> Véase *Decisión marco 2004/757/JAI del consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas*, DOCE de 11 de noviembre de 2004.

<sup>3</sup> *Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, BOE de 23 de junio de 2010, preámbulo, XXIV, párrafo primero.

<sup>4</sup> Véase González Cussac, J.L., “La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos”, en F.J. Álvarez García, González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 43 y 44.

<sup>5</sup> Lorenzo Salgado, J.M., “Reformas penales y drogas: observaciones críticas. (Especial referencia a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal)”, en Homenaje al profesor Landrove Díaz, en prensa, que se cita según el ejemplar dactilografiado cedido por el autor, p. 18.

<sup>6</sup> Véase Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición, revisada y actualizada, Atelier, Barcelona, 2010, p. 1065.

<sup>7</sup> Fakhouri Gómez, Y., “Tráfico de drogas”, en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 1310, marginal 15102.

<sup>8</sup> Mestre Delgado, E., “La disposición transitoria segunda”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n° 79, febrero de 2011, p. 3.

<sup>9</sup> Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M., “Prólogo”, en Mir Puig, S. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 15.

<sup>10</sup> Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 18ª edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 671.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, “Informe anual 2010: el problema de la drogodependencia en Europa”, Oficina de publicaciones de la Unión europea, Luxemburgo, 2010, pp. 5 y 15.

<sup>13</sup> Landrove Díaz, G., *El nuevo Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 101.

<sup>14</sup> Véase Quintero Olivares, G., “El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo”, en *Drogas: aspectos jurídicos y médico legales*, Serie de ensayos, 9, *Universitat de les Illes Balears*, Palma de Mallorca, 1986, p. 161.

<sup>15</sup> Cuesta Arzamendi, J.L. de la, y Blanco Cordero, I., “Estrategias represivas versus políticas de reducción de daños: las drogas en un Estado social y democrático de Derecho”, en Carbonell Mateu, J.C., González Cussac, J.L., y Orts Berenguer, E. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 439.

<sup>16</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en “Homenaje al profesor Landrove Díaz”, *cit.*, p. 9.

<sup>17</sup> Silva Sánchez, J.M., “Notas a la última reforma del Código Penal y la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de tráfico de drogas”, *Revista Jurídica Galega*, n° 3, 1993, 1er. cuatrimestre, p. 379.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> Vives Antón, T.S., “Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes”, en Vives Antón, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 47.

excepcional en la que “encuentran difícil acomodo”<sup>20</sup> la seguridad jurídica, lesividad, proporcionalidad, igualdad y presunción de inocencia.<sup>21</sup> Paradigmático resulta, como ponen de relieve Núñez Paz y Guillén López, el tipo abierto del artículo 368,<sup>22</sup> que sigue castigando a los que “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas”, cuya redacción atenta manifiestamente contra los principios de “legalidad y seguridad jurídica”.<sup>23</sup>

Para enfrentarse a la droga, uno de los problemas sociales “de mayor magnitud”,<sup>24</sup> es necesaria, como afirma Morillas Cueva, una política alternativa que defienda la libertad y la responsabilidad individual, busque a los verdaderos responsables y acabe con la automarginación y las “narcocracias”<sup>25</sup> apoyadas por intolerantes regímenes religiosos y militares, ante el fracaso del recurso sistemático al Derecho Penal para reducir la difusión y el consumo de drogas<sup>26</sup> o la “dudosa eficacia”<sup>27</sup> de inútiles prohibiciones y endurecimientos de penas<sup>28</sup> que nos conducen a funestos resultados,<sup>29</sup> a las “nefastas consecuencias de una política sobre drogas fundada en la represión”.<sup>30</sup> Efectivamente, las estadísticas evidencian el “fracaso de la solución represiva”,<sup>31</sup> mundialmente, aun cuando en 2008 parece que se registraron algunas reducciones en la producción de cocaína y heroína, los datos sobre es-

timulantes de tipo anfetamínico están empeorando de forma especialmente problemática y la estimación, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, relativa a que en 2007 entre 172 y 250 millones de personas consumieron drogas ilícitas por lo menos una vez en el año anterior,<sup>32</sup> se repite en idénticos términos para el 2009 en el informe de 2010, el cual también registra que de los 3 millones de drogadictos que padecen sida sólo el cuatro por ciento recibe tratamiento antirretroviral.<sup>33</sup> Respecto a la situación europea, las muertes de personas entre 15 y 39 años inducidas por drogas alcanzan cuatro por ciento y se aprecia una creciente mortalidad asociada a su consumo,<sup>34</sup> la disponibilidad de cannabis ha aumentado así como las incautaciones de heroína y de resina de cannabis, en 2009 se alcanzó el récord de identificación de 24 nuevas drogas sintéticas, pauta que se mantiene en 2010, con 15 novedosas sustancias detectadas hasta julio,<sup>35</sup> y continúa el incremento de los delitos relacionados con el consumo de drogas.<sup>36</sup> Por lo que hace a nuestro país, permanece estable el consumo de cannabis y cocaína, sin embargo se ha incrementado la cantidad de heroína fumada, el porcentaje de fallecidos en los que se encuentra cocaína también ha aumentado,<sup>37</sup> tanto que hasta se refleja en el informe del observatorio europeo de las drogas y las toxicomanías, que igualmen-

<sup>20</sup> Lorenzo Salgado, J.M., “Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995: aspectos básicos”, en Gómez y Díaz-Castroverde, J.M., y Sanz Larruga, F.J. (dirs.), *Lecciones de Derecho sanitario*, Universidade da Coruña, Tórculo, 1999, p. 426.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> Véase Núñez Paz, M.A., y Guillén López, G., “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código penal”, *Revista Penal*, nº 22, julio de 2008, p. 90, nota 90, pp. 91 y 97.

<sup>23</sup> Díez Ripollés, J.L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 59; Joshi Jubert, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 177.

<sup>24</sup> Morillas Cueva, L., “El delito de tráfico de drogas en sentido estricto”, en Morillas Cueva (coord.), *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 23.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> Véase Navarro Blasco, E., “La reforma en materia de delitos contra la salud pública (arts. 368, 369, 369 bis y 370)”, en Quintero Olivares, G., *La reforma penal de 2010...*, *cit.*, pp. 310 y 316, nota 2.

<sup>27</sup> Landrove Díaz, G., *op. cit.*, p. 101.

<sup>28</sup> Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1040.

<sup>29</sup> Véase Cuesta Arzamendi, J.L. de La, y Blanco Cordero, I., *op. cit.*, p. 449.

<sup>30</sup> Díez Ripollés, J.L., “Alternativas a la actual legislación sobre drogas”, en Díez Ripollés, y Laurenzo Copello, P. (coords.), *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 604.

<sup>31</sup> Quintero Olivares, G., “El fundamento...”, *cit.*, p. 184.

<sup>32</sup> Véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Informe mundial sobre las drogas 2009”, resumen ejecutivo, Washington, D.C., 26 de junio de 2009, pp. 9 y 14.

<sup>33</sup> Véase United Nations Office on Drugs and Crime, “Promoting health, security and justice. Cutting the threads of drugs, crime and terrorism”, 2010 report, en <http://www.unodc.org>, pp. 43 y 52.

<sup>34</sup> Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, “Informe anual 2010”, *cit.*, pp. 17-20 y 96-100.

<sup>35</sup> Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, “Informe anual 2010”, *cit.*, pp. 18-20 y 104-109.

<sup>36</sup> Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, “Informe anual 2010”, *cit.*, pp. 16 y 42.

<sup>37</sup> Véase Estrategia nacional sobre drogas 2009-2016, Delegación del gobierno para el plan nacional sobre drogas, Madrid, 2009, pp. 34, 45 y 38.

te registra en 2009 la mayor prevalencia europea para España en el consumo de cocaína entre jóvenes de 15 a 34 años,<sup>38</sup> el volumen de heroína incautada ha experimentado un repunte, continúa la tendencia creciente en decomisos de cocaína y el número de denuncias por consumo o tenencia ilícita de drogas ha sufrido una claro ascenso.<sup>39</sup>

Ante este panorama desolador al que nos conduce la malograda política criminal sobre drogas desarrollada hasta ahora se impone la “necesidad de un debate”,<sup>40</sup> reconocida incluso por las Naciones Unidas, sobre las formas de hacer frente a las drogas y los efectos negativos de su fiscalización,<sup>41</sup> debate en torno a las tesis prohibicionistas encarnadas en los vigentes textos punitivos que hasta se ha producido en el núcleo duro estadounidense de la guerra total y la intolerancia contra la droga, pues el 2 de noviembre de 2010 el 44 por ciento de los californianos, en una consulta popular, se manifestaron en favor de legalizar el cultivo, distribución y consumo de marihuana.<sup>42</sup>

En este sentido es hora de retomar seriamente propuestas, defendidas ya hace años, entre otros por Ferré Olivé<sup>43</sup> o Díez Ripollés, de una “despenalización controlada”,<sup>44</sup> que concitaron rápidamente el consenso doctrinal español, plasmadas en el manifiesto del grupo de estudios de política criminal, de 2 de diciembre de 1989, que tras más de dos décadas conservan plena actualidad a la luz de los últimos informes nacionales, europeos y mundiales que acabo de citar. Concretamente, se trataría de que el tráfico de drogas entre adultos no fuese delito sino que pudiesen

acceder legalmente a ellas, con estrictos controles administrativos de producción, calidad y venta; únicamente las más graves infracciones de tales controles constituirían delito así como el suministro de drogas a menores e incapaces, con lo que disminuiría notablemente el tráfico ilícito, el margen de beneficios y el poder de las grandes organizaciones de narcotraficantes<sup>45</sup> al desaparecer la “enorme rentabilidad que lo prohibido ejerce”.<sup>46</sup> Debe dejarse de proteger la moral de una clase dominante que favorece unas drogas y desprecia otras,<sup>47</sup> que “obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental”<sup>48</sup> a la vez que fomenta el consumo de las suyas.<sup>49</sup> Piénsese que el alcohol en el mundo occidental, por la eucaristía, se convierte en instrumento de redención según la Biblia,<sup>50</sup> mientras que para las culturas islámicas el vino constituye “pecado”<sup>51</sup> y una de las “abominaciones”<sup>52</sup> de Satanás, de manera que cada sociedad deforma el concepto de droga en su favor<sup>53</sup> y manifiesta con sanciones penales el evidente componente cultural de los bienes jurídicos.<sup>54</sup>

Asimismo, poco después el grupo de estudios de política criminal elaboró una minuciosa propuesta de someter las drogas, excluidas de la publicidad, al control administrativo propio de los medicamentos para garantizar un consumo sin peligros<sup>55</sup> a los que, informados y prevenidos adecuadamente, decidan, en ejercicio de su libertad, drogarse, de modo que se proteja la salud con el consentimiento de los afectados y se eviten “las muertes por sobredosis, sida, hepatitis B u otras complicaciones sanitarias”,<sup>56</sup> puesto que

<sup>38</sup> Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, “Informe anual 2010”, *cit.*, pp. 19, 74 y 98.

<sup>39</sup> Véase Estrategia nacional sobre drogas 2009-2016, *cit.*, pp. 39 y 40.

<sup>40</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Informe mundial sobre drogas 2009, *cit.*, p. 1.

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en “Homenaje al profesor Landrove Díaz”, *cit.*, p. 2 y nota 4.

<sup>43</sup> Véase Ferré Olivé, J.C., “La descriminalización del tráfico y tenencia de drogas como alternativa político criminal”, *Lecciones y Ensayos*, nº 52, 1989, pp. 11-22.

<sup>44</sup> Díez Ripollés, J.L., “Alternativas...”, *cit.*, p. 604.

<sup>45</sup> Véase Grupo de Estudios de Política Criminal, “Manifiesto por una nueva política sobre la droga”, en *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, Imagraf, Málaga, 1992, pp. 12 y 13.

<sup>46</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1041.

<sup>47</sup> Véase Núñez Paz, M.A., y Guillén López, G., *op. cit.*, p. 84.

<sup>48</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, “Manifiesto...”, *cit.*, p. 11.

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> Véase Mateo, capítulo 26, versículos 27 y 28.

<sup>51</sup> El Corán, azora 2, aleya 216.

<sup>52</sup> Azora 5, aleya 92.

<sup>53</sup> Véase Núñez Paz, M.A., y Guillén López, G., *op. cit.*, p. 83 y nota 22.

<sup>54</sup> Véase Quintero Olivares, G., “El fundamento...”, *cit.*, pp. 175, 176 y 179.

<sup>55</sup> Véase Grupo de Estudios de Política Criminal, “Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas”, en *Una alternativa...*, pp. 21-23.

<sup>56</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, “Manifiesto...”, *cit.*, p. 11.

precisamente es el mercado ilegal el que no permite controlar la calidad de las sustancias.<sup>57</sup>

En cualquier caso, resulta imprescindible llevar a cabo una política de reducción de riesgos y daños<sup>58</sup> que disminuya los efectos negativos de las drogas, que vaya más allá del reparto de jeringuillas y metadona entre los adictos a opiáceos para ofrecer salas de consumo higiénico, programas de análisis de sustancias en zonas de ocio juvenil que detecten posibles adulteraciones y autorizaciones del consumo terapéutico de cannabis.<sup>59</sup> Ciertamente algún paso se ha dado, pero falta mucho camino por recorrer, ya que, aun cuando el número de tratamientos en Europa ha aumentado, a veces son inaccesibles para los más necesitados y, aunque no se aprecien reducciones en la infección de la hepatitis C y las muertes por sobredosis, las medidas para prevenirlas siguen siendo escasas,<sup>60</sup> pese a su demostrada eficacia, dado que las sobredosis que ocurren por el consumo de drogas en las salas vigiladas se controlan con éxito y en ellas no se ha registrado ninguna muerte.<sup>61</sup>

## II. Disminución del límite máximo de la prisión en el tráfico de drogas “duras”

La Ley orgánica 5/2010 “ha reducido”<sup>62</sup> significativamente,<sup>63</sup> de nueve a seis años,<sup>64</sup> el límite máximo

o “superior”<sup>65</sup> de la pena de prisión en el tipo básico del delito de tráfico de drogas<sup>66</sup> cuando el “objeto material”<sup>67</sup> esté integrado por “sustancias o productos que causen grave daño a la salud”,<sup>68</sup> esto es, en el caso de narcotráfico de drogas “duras”, con lo que el legislador construye “un nuevo escalón”<sup>69</sup> que permite salvar el hasta ahora extenso tramo, de tres a nueve años, previsto para el tráfico de las drogas más nocivas.<sup>70</sup> Obviamente, la disminución penológica en el primer párrafo del artículo 368 sólo afecta a la pena privativa de libertad mencionada, pero no alcanza a la multa proporcional<sup>71</sup> ni a la prisión de uno a tres años contemplada para el tráfico de sustancias que no causen grave daño a la salud,<sup>72</sup> pues cuando sean drogas “blandas” el objeto material del delito “no varía la pena”.<sup>73</sup>

Semejante rebaja de la pena privativa de libertad comporta “una mejora de la regulación”<sup>74</sup> sobre drogas respecto al mandato de determinación en la medida en que limita el amplísimo marco penal anterior,<sup>75</sup> por lo que ya fue valorada, durante la tramitación del proyecto de 2009, muy positivamente al “paliar los graves problemas de desproporción de penas”,<sup>76</sup> criticados por la doctrina,<sup>77</sup> que implicaban distorsiones valorativas.<sup>78</sup> De manera que la reducción del límite máximo de la prisión, operada en el artículo 368, de

<sup>57</sup> Véase Núñez Paz, M.A., y Guillén López, G., *op. cit.*, p. 88.

<sup>58</sup> Véase Estrategia nacional sobre drogas 2009-2016, *cit.*, pp. 69-72.

<sup>59</sup> Véase Cuesta Arzamendi, J.L. de la, y Blanco Cordero, I., *op. cit.*, pp. 439-441.

<sup>60</sup> Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, Informe anual 2010, *cit.*, pp. 5, 15, 17-20, 37, 78, 79 y 96-101.

<sup>61</sup> Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, Informe anual 2010, *cit.*, p. 102.

<sup>62</sup> Pedreira González, F.M., “Tráfico de drogas (arts. 368, 369, 369 bis y 370)”, en Álvarez García, F.J., y González Cussac, J.L., *Comentarios a la reforma penal de 2010*, *cit.*, p. 420.

<sup>63</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 311.

<sup>64</sup> Véase Cardona Torres, J., *Derecho penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 437; Rius Diego, F.J., *Análisis policial del Código penal. Actualizada conforme a la LO 5/2010 de reforma del Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 261, autor que, en el extenso capítulo que dedica a los delitos contra la salud pública, es la única modificación que advierte.

<sup>65</sup> Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 800.

<sup>66</sup> Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 679.

<sup>67</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 18.

<sup>68</sup> Artículo 368 del Código penal, párrafo primero.

<sup>69</sup> Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex nova, Valladolid, 2010, p. 1409; del mismo autor, “La nueva redacción de los delitos relativos al tráfico de drogas en la reforma del Código penal de 2010: juicio crítico”, *Diario La Ley*, nº 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 1 y 2.

<sup>70</sup> *Idem.*

<sup>71</sup> Véase Queralt Jiménez J.J., *op. cit.*, p. 1066.

<sup>72</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1317, marginal 15146.

<sup>73</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 18, nota 68.

<sup>74</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

<sup>75</sup> *Idem.*

<sup>76</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas: art. 368, 369 y 370 CP”, en Álvarez García, F.J., y González Cussac, J.L. (dirs.), *Consideraciones a propósito del proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. Conclusiones del seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 365.

<sup>77</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1318, marginal 15149.

<sup>78</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

nueve a seis años, “viene a reconciliar el precepto con el principio de proporcionalidad de las penas”,<sup>79</sup> cuya lesión por la anterior legislación se “reconoce”.<sup>80</sup> Por lo demás, dicha rebaja penológica se adecua al artículo 4.2 de la decisión marco 2004/757/JAI, que exige castigar al narcotráfico de “las drogas más perjudiciales para la salud”<sup>81</sup> con “penas máximas de cinco a diez años de privación de libertad, como mínimo”,<sup>82</sup> redacción que, pese a su confuso tenor literal, se refiere a que el límite máximo de la pena se sitúe, al menos, entre cinco y diez años, lo que ocurre con los seis años de prisión máxima que el artículo 368 dispone para el tipo básico de tráfico de drogas “duras”.<sup>83</sup>

Realmente, en la práctica, la modificación legislativa no va a suponer un cambio radical, porque la judicatura, dentro de sus posibilidades, venía atemperando el exceso de las penas anteriores,<sup>84</sup> incluso con interpretaciones forzadas<sup>85</sup> y hasta se llegó a hablar de una “corruptela”<sup>86</sup> de los tribunales y la fiscalía, cuando únicamente pretendían que prevaleciese la proporcionalidad y la justicia material<sup>87</sup> mediante la imposición casi sistemática del mínimo de la pena, pietismo judicial tan comprensible como injustificable desde la perspectiva del principio de legalidad,<sup>88</sup> cuyo imperio queda ahora restablecido con la reforma penal de 2010.

Así, la rebaja, de nueve a seis años, en el límite máximo del tipo básico relativo al tráfico de drogas “duras” “responde a lo que venía haciéndose en la práctica judicial”,<sup>89</sup> que se movía normalmente en

la mitad inferior del marco penal<sup>90</sup> y se situaba “en todos los casos de menudeo en el límite mínimo de tres años”,<sup>91</sup> tendencia de la que dejó constancia la exposición de motivos del proyecto de 2009, a cuyo tenor los nueve años de prisión acreditaron “su excesiva rigidez para una adecuada individualización judicial, como de forma reiterada ha puesto de manifiesto la práctica jurisdiccional, dando lugar incluso a un elevado número de indultos a propuesta o con informe favorable del tribunal sentenciador y del ministerio fiscal”,<sup>92</sup> texto que desaparece del preámbulo de la Ley orgánica 5/2010.<sup>93</sup>

En todo caso, el cambio debe “estimarse como muy positivo”<sup>94</sup> ya que, además, comporta “una rebaja automática”<sup>95</sup> en los tipos agravados de los artículos 369 y 370,<sup>96</sup> cuyas penas se verán “reducidas a partir de esta rebaja del límite máximo”.<sup>97</sup> El “efecto beneficioso”<sup>98</sup> se materializa en una moderación importante de las penas, dado que al imponer el artículo 369 del Código Penal la prisión superior en grado a la prevista en el artículo 368 ahora dispone un marco penal de seis años y un día a nueve años, frente al anterior de nueve años y un día a trece años y seis meses;<sup>99</sup> de otro lado, el artículo 370 del Texto punitivo, que eleva la pena del artículo 368 en uno o dos grados, permite actualmente una prisión máxima de nueve años y un día a trece años y medio, mucho más moderada que la privación de libertad de trece años, seis meses y un día a veinte años y tres meses vigente hasta el 23 de diciembre de 2010.<sup>100</sup>

<sup>79</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 19.

<sup>80</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 310.

<sup>81</sup> Artículo 4.2.b).

<sup>82</sup> Artículo 4.2, inciso inicial.

<sup>83</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 19.

<sup>84</sup> Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 679.

<sup>85</sup> Véase Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 44.

<sup>86</sup> Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 2.

<sup>87</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, pp. 310 y 316, nota 1.

<sup>88</sup> Véase Vives Antón, T.S., *op. cit.*, p. 52.

<sup>89</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1317, marginal 15146.

<sup>90</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

<sup>91</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 365.

<sup>92</sup> *Proyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX legislatura, Serie A: proyectos de ley, nº 52-1, 27 de noviembre de 2009, exposición de motivos, p. 9.*

<sup>93</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 20.

<sup>94</sup> *Idem.*

<sup>95</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 311.

<sup>96</sup> Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, pp. 807 y 813.

<sup>97</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1317, marginal 15146.

<sup>98</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 365.

<sup>99</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 21.

<sup>100</sup> *Idem.*

Por consiguiente, la Ley orgánica 5/2010, según sostiene Queralt Jiménez, “disminuye los efectos devastadores que la pena supone para los incautos aprendices de brujo”,<sup>101</sup> introducidos en el lucrativo negocio de las drogas solamente “para unos pocos bien resguardados”.<sup>102</sup> A modo de ejemplo, un universitario que en los pasillos de este auditorio onubense regalara o vendiese unas pastillas de éxtasis a sus compañeros, para hacer más excitante y llevadera mi intervención en el XII Congreso de Justicia Penal, hasta ahora por ello le correspondería una prisión de nueve años y un día a trece años y medio, cuando si hubiera matado a uno de nosotros podría ser castigado con diez años de prisión y con seis si hubiese violado a una compañera.<sup>103</sup> La desproporción era tan evidente como la necesidad de cambio legislativo, gracias al cual ahora este universitario puede ser castigado con prisión de seis años y un día o incluso, como se verá en el siguiente epígrafe, con tres años de cárcel, susceptibles de suspensión conforme al artículo 87 del Texto punitivo.

Otra consecuencia de la rebaja penológica operada en el artículo 368 es la revisión de sentencias, cuando el penado esté cumpliendo la pena, en virtud de la aplicación retroactiva de las normas penales que favorezcan al reo,<sup>104</sup> consagrada en la disposición transitoria segunda de la Ley orgánica 5/2010, en el párrafo segundo de su apartado primero, para lo cual “es necesario que el máximo de la pena nueva sea inferior

a la pena anterior impuesta”,<sup>105</sup> o dicho en términos mucho más sencillos: los presos “que superen los seis años de prisión en el caso del artículo 368 y los nueve años en el caso del 369 verán reducida su condena hasta tales límites”,<sup>106</sup> pero no alcanzará la revisión de sentencias a las rebajas facultativas previstas en el párrafo segundo del artículo 368,<sup>107</sup> ya que la mencionada disposición transitoria entiende “la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial”.<sup>108</sup> Prueba de la anterior práctica judicial correctora de la Ley es que el ministro de Justicia preveía escasas excarcelaciones de presos narcotraficantes a la entrada en vigor de la reforma,<sup>109</sup> concretamente de gente que transportaba la droga en el cuerpo o “muleros”<sup>110</sup> y sobre todo de mujeres que se dedicaban al tráfico a pequeña escala o “trapicheo”,<sup>111</sup> muy pocas excarcelaciones, pese a la “encomiable rapidez”<sup>112</sup> de la secretaria general de instituciones penitenciarias, si se tiene en cuenta que la mayoría de los presos en España se encuentran en la cárcel por delitos relacionados con las drogas.<sup>113</sup>

### III. El nuevo tipo atenuado

La reforma de 22 de junio de 2010 también añade un nuevo párrafo segundo al artículo 368 del Texto punitivo según el que “los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias

<sup>101</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1076.

<sup>102</sup> *Idem.*

<sup>103</sup> Véase Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 44, en relación con el que vende drogas “duras” en una Facultad, que también alude al caso del investigador que crea en un laboratorio universitario una droga de diseño que regala a sus amigos, el cual, además de pagar una multa proporcional, podría permanecer en prisión hasta trece años y medio, cuando si hubiese elaborado armas exterminadoras de la especie humana el máximo de prisión que le correspondería, según el artículo 160, sería de siete años a los que se uniría una inhabilitación especial.

<sup>104</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 21, nota 76.

<sup>105</sup> Uncilla Galán, I., Vicente Casillas, C., y Cordero Lozano, C., “Revisión de sentencias y régimen transitorio de la reforma penal de 2010”, en *Guía legislativa del Código Penal. Texto anotado y comparado, adaptado a la reforma de la L.O. 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 39.

<sup>106</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 316.

<sup>107</sup> *Idem.*

<sup>108</sup> En el mismo sentido Fiscalía General del Estado, Circular 3/2010, de 23 de diciembre, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, en <http://www.fiscal.es>, p. 13; Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 3. De otra opinión Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Disposiciones adicionales y transitorias”, en Quintero Olivares, G., “La reforma penal de 2010...”, *cit.*, pp. 404-406.

<sup>109</sup> Véase “Caamaño advierte de que la reforma del Código Penal ‘no prevé una excarcelación masiva’”, *Diario La Ley*, nº 7533, de 22 de diciembre de 2010, 26539, p. 1.

<sup>110</sup> Véase “Al menos 408 presos serán puestos en libertad con la entrada en vigor del nuevo Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 7536, de 28 de diciembre de 2010, 26907, p. 1.

<sup>111</sup> Véase “Caamaño afirma que se rebajarán las penas a los ‘trapicheantes’ de droga, unas 200 personas, y no a los narcotraficantes”, *Diario La Ley*, nº 7536, de 28 de diciembre de 2010, 269010, p. 1.

<sup>112</sup> Mestre Delgado, E., *op. cit.*, p. 4.

<sup>113</sup> Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 436.

personales del culpable”, modificación que constituye una “novedad de extraordinaria relevancia”,<sup>114</sup> ya que “permite”<sup>115</sup> rebajar la pena en un grado en el tráfico de drogas tanto “duras” como “blandas”. Esta “atenuación facultativa”,<sup>116</sup> con antecedentes en la redacción dada por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, al artículo 344 del antiguo Código penal,<sup>117</sup> merece una estimación “positiva”<sup>118</sup> habida cuenta de que “refuerza la vigencia del principio de proporcionalidad”,<sup>119</sup> ya que la “necesaria reforma”<sup>120</sup> atiende a la crítica doctrinal contra las desproporcionadas penas de los delitos relativos a drogas,<sup>121</sup> cuyo rigor punitivo ahora es posible “mitigar”<sup>122</sup> o “moderar”<sup>123</sup> mediante la fórmula flexible que se ha incorporado, la cual permite paliar excesos como el que todo “trapicheo” con drogas “duras” tuviese que ser sancionado al menos con tres años de prisión.<sup>124</sup> En tal sentido la reforma de 2010 comporta un “tímido, pero sensible, viraje”<sup>125</sup> político criminal, especialmente “en el campo del menudeo”.<sup>126</sup>

En punto a los dos parámetros atenuatorios, respecto a la referencia a “la escasa entidad del hecho”, tradicionalmente diversas legislaciones nacionales, *v.gr.* la alemana, austríaca o sueca, atemperan el rigor de las sanciones en función de la cantidad mínima de droga con la que se trafica,<sup>127</sup> en tal línea la rebaja penalógica alcanzará ventas que no excedan demasiado las dosis de consumo para un par de días<sup>128</sup> y, en gene-

ral, los casos en los que “no se produce una afectación cuantitativamente relevante a la salud pública”;<sup>129</sup> en cuanto al otro criterio, algún autor se ha preguntado qué pueden significar “las circunstancias personales del culpable (?)”,<sup>130</sup> a lo que debe responderse que, sobre todo, permiten tomar en consideración la figura criminológica del traficante consumidor, para el que se amplía el acceso a la suspensión de la ejecución de la pena,<sup>131</sup> y “todas las circunstancias que configuren, condicionen o modifiquen la culpabilidad”.<sup>132</sup>

Por lo que hace a los antecedentes próximos de la reforma, según el preámbulo de la Ley orgánica 5/2010, la posibilidad de reducir la pena “acoge la previsión contenida en el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del Tribunal supremo, de 25 de octubre de 2005”.<sup>133</sup> En realidad, dicho acuerdo contenía dos propuestas: la primera, de Martín Pallín, versaba sólo sobre las cantidades módicas de drogas, para las que “las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causan grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causen grave daño”;<sup>134</sup> y la segunda propuesta, de Martínez Arrieta, aprobada como alternativa, a cuyo tenor “los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”,<sup>135</sup> fue la que se acogió,<sup>136</sup> tras destacar el

<sup>114</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 21.

<sup>115</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 678.

<sup>116</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1065. Así también véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, pp. 1311 y 1317, marginales 15102 y 15149; Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

<sup>117</sup> Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1409; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 2.

<sup>118</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 366.

<sup>119</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 21.

<sup>120</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1065.

<sup>121</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1318, marginal 15149.

<sup>122</sup> Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1409.

<sup>123</sup> Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 2.

<sup>124</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 365.

<sup>125</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1041.

<sup>126</sup> *Idem.*

<sup>127</sup> Véase Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 42.

<sup>128</sup> Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 805.

<sup>129</sup> *Idem.*

<sup>130</sup> Vázquez Iruzubieta, C., *Comentario al Código Penal, actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*, La Ley, Madrid, 2010, p. 806.

<sup>131</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 16 y 21, nota 77.

<sup>132</sup> Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 805.

<sup>133</sup> Preámbulo, XXIV, párrafo segundo. Así también véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 436; Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, pp. 1311 y 1317, marginales 15102 y 15149; Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 679; Quintero Olivares, G., *La reforma penal de 2010...*, *cit.*, p. 21.

<sup>134</sup> Véase Manzanares Samaniego, J.L., *Código Penal. (Adaptado a la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio.) (Comentarios y jurisprudencia) II. Parte especial. (Artículos 138 a 639)*, Comares, Granada, 2010, que reproduce el acuerdo en p. 949.

<sup>135</sup> *Idem.*

<sup>136</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 22 y nota 79; Navarro Blasco, E., *op. cit.*, pp. 311 y 312.

consejo general del poder judicial el acierto de ambas propuestas y preferir por su flexibilidad el consejo fiscal la del segundo magistrado, que como ponente ya había dejado constancia de la necesidad del cambio legislativo en las sentencias del Tribunal supremo 1370/1999, de 30 de septiembre, 1831/1999, de 22 de diciembre, y 199/2004, de 18 de febrero.<sup>137</sup> Previamente el alto Tribunal había propuesto la reforma de la pena en el acuerdo de 25 de mayo de 2005,<sup>138</sup> que se desarrolló en la reunión llevada a cabo cinco meses después<sup>139</sup> y mucho antes se había pronunciado la doctrina,<sup>140</sup> la cual reclamaba un tipo atenuado que acabase, en determinados supuestos, con la imposibilidad de graduar la sanción, que en el tráfico de drogas “duras” saltaba, desde la atipicidad hasta los tres años de prisión,<sup>141</sup> todo un abismo penológico. Aunque también es posible remontarse a la fórmula del artículo 344 del antiguo Código Penal que, desde la Ley de 15 de noviembre de 1971, permitía imponer la pena inferior en grado “atendidas las circunstancias del culpable y del hecho”; esto es: una privación de libertad de seis meses y un día, precepto que, por desgracia, igualmente admitía un despreciable arbitrio judicial incompatible con el principio de legalidad que alcanzaba los veinte años de reclusión menor.<sup>142</sup>

De otro lado, la facultad de imponer las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo 368 no se opone a la decisión marco 2004/757/JAI, la cual

“nada establece para los topes mínimos de pena”,<sup>143</sup> sino que la “harto curiosa”<sup>144</sup> redacción de su artículo 4, “penas máximas... como mínimo”, con “inducir a confusión”,<sup>145</sup> se refiere sólo al límite máximo de la pena que, además, puede ser superado,<sup>146</sup> que se fija en uno y cinco años, respectivamente, para el tráfico de drogas menos y más perjudiciales, “límites respetados escrupulosamente por la modificación”.<sup>147</sup>

Ciertamente, el legislador podría haber ido más lejos, de manera que dispusiera una imposición de la pena inferior en grado obligatoria y no una mera facultad,<sup>148</sup> con todo, la nueva regulación no sólo implica “un avance indudable”<sup>149</sup> respecto a la anterior sino que también mejora la redacción del proyecto de 2009, al eliminar el adverbio “excepcionalmente” y con ello el carácter extraordinario de la rebaja,<sup>150</sup> supresión a la que alguna autora permanece ajena.<sup>151</sup> La excepcionalidad del descenso penológico, introducido en el anteproyecto de 2006,<sup>152</sup> mereció la valoración positiva del consejo fiscal porque, en su opinión, “obligará a los tribunales a motivar dicha atenuación”,<sup>153</sup> sin embargo, la supresión del carácter inusual resulta acertada tanto por su inutilidad, al no señalarse los parámetros que configuraban la regla frente a la excepción,<sup>154</sup> con lo que “nada se opondría en la práctica a la frecuente utilización de dicha rebaja”,<sup>155</sup> como por la siempre necesaria motivación, “ra-

<sup>137</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Perspectivas de reforma y estrategia de la Unión Europea en la represión del tráfico de drogas”, en Álvarez García, F.J. (dir.), *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 693, 694 y nota 13; de la misma autora, “La venta de una pequeña cantidad de droga. La dosis mínima psicoactiva”, en Álvarez García, F.J. (dir.), *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 146, 147 y nota 296.

<sup>138</sup> Véase Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, pp. 941 y 949.

<sup>139</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312.

<sup>140</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Perspectivas de reforma...”, *cit.*, pp. 692 y 693, nota 13; de la misma autora, “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 146, nota 296.

<sup>141</sup> Véase Morillas Cueva, L., *op. cit.*, pp. 31 y 32 y 42-44.

<sup>142</sup> Véase Vives Antón, T.S., *op. cit.*, p. 49.

<sup>143</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en “Homenaje al profesor Landrove Díaz”, *cit.*, p. 22.

<sup>144</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 311.

<sup>145</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Perspectivas de reforma...”, *cit.*, p. 720.

<sup>146</sup> *Idem.*

<sup>147</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 311.

<sup>148</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

<sup>149</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 23.

<sup>150</sup> *Idem.*

<sup>151</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, pp. 1317 y 1318, marginal 15149, que sigue hablando del carácter excepcional de la atenuación pese a pronunciarse sobre ella en dos ediciones posteriores a la reforma.

<sup>152</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Perspectivas de reforma...”, *cit.*, pp. 147 y 148; de la misma autora, “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, pp. 693 y 694; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, p. 366.

<sup>153</sup> *Informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, acuerdo de 27 de noviembre de 2006, en <http://www.fiscal.es>, p. 217.

<sup>154</sup> Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1410; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, pp. 2 y 3.

<sup>155</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 23.

zonando la estimación o el rechazo de la aplicación del tipo atenuado”,<sup>156</sup> al tratarse de una “discrecionalidad reglada”,<sup>157</sup> así como en virtud del principio de proporcionalidad<sup>158</sup> y, especialmente, por la previsible “aplicación generalizada”<sup>159</sup> de la rebaja penológica, dado que la mayoría de las incautaciones representan sólo una o pocas dosis de droga,<sup>160</sup> el 95 por ciento no superan un gramo,<sup>161</sup> o sea: el tipo atenuado procederá en casi todos los casos.<sup>162</sup>

No obstante, advierte Lorenzo Salgado que el efecto atenuatorio en la privación de libertad puede neutralizarse por el mantenimiento de una multa proporcional que, aun cuando se rebaje en grado aplicando analógicamente la regla del artículo 70 según permite el acuerdo del pleno, de 22 de junio de 2008, de la sala segunda del Tribunal supremo, no siempre será posible pagar y que comportará una privación de libertad adicional por responsabilidad personal subsidiaria, la cual podría minimizarse si se adoptase para la multa proporcional la fijación analógica del arresto sustitutorio, defendida por el Tribunal supremo en su sentencia de 11 de diciembre de 2000, mediante el criterio previsto para la multa por cuotas; así, sobre la base del principio de proporcionalidad, cabría dividir el año que puede durar la responsabilidad personal subsidiaria entre diez, pues el décuplo constituye la multa proporcional máxima de nuestro Código Penal, de suerte que el arresto sustitutorio por no satisfacer las multas inferiores en grado contempladas en el artículo 368, de la mitad del tanto al tanto menos un euro, abarcaría de 18 a 35 días,<sup>163</sup> muy lejos del “recargo de hasta un año más de pena carcelaria”<sup>164</sup> que

la insolencia del pequeño traficante venía suponiendo “en muchos supuestos”.<sup>165</sup>

Asimismo, se ha manifestado que la atenuación del artículo 368 puede generar el “efecto perverso”<sup>166</sup> de un desplazamiento mayor, en el ámbito de los delitos relativos a drogas, de las eximentes y atenuantes genéricas, a cuya aplicación se resiste una práctica jurisprudencial “bastante deteriorada”.<sup>167</sup>

Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 368 “niega”<sup>168</sup> o no permite la nueva rebaja de la pena en grado “si concurriera alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”, de manera que la atenuación también alcanza, a diferencia del proyecto de 2009 y gracias a la enmienda n° 462 del grupo socialista que pretendía potenciar el arbitrio judicial,<sup>169</sup> al tipo cualificado del artículo 369, cuyas circunstancias —salvo la quinta, referente a la “notoria importancia” de la cantidad de la droga—<sup>170</sup> son compatibles con la “escasa entidad del hecho” exigida para la rebaja penológica,<sup>171</sup> por lo que el cambio de última hora merece una “valoración positiva”.<sup>172</sup> En contra de ello se ha considerado incomprensible que la atenuación abarque no sólo el tipo básico del 368 sino también el agravado recogido en el artículo 369 del Código Penal,<sup>173</sup> por vulnerar el “espíritu que inspira la norma”,<sup>174</sup> pero precisamente de lo que se trata es de excluir la atenuación de los tipos cualificados en los que los hechos representen una mayor gravedad,<sup>175</sup> tan es así que incluso cabría plantearse la oportunidad de que se permitiese la rebaja en algún caso del artículo 369 bis, *v. gr.*, al parado que con otros desempleados forma un grupo que recoge en la costa

<sup>156</sup> *Idem.*

<sup>157</sup> Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1410; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 3.

<sup>158</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

<sup>159</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1318, marginal 15149.

<sup>160</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 23.

<sup>161</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 366.

<sup>162</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 421.

<sup>163</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 23 y 24 así como las notas 87 y 89.

<sup>164</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1041.

<sup>165</sup> *Idem.*

<sup>166</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 422.

<sup>167</sup> *Idem.*

<sup>168</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 679.

<sup>169</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312.

<sup>170</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 366.

<sup>171</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>172</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 421.

<sup>173</sup> Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1411.

<sup>174</sup> *Idem.*

<sup>175</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 25.

unos fardos de hachís, el cual puede ser sancionado con prisión de diez años, además de corresponderle una multa proporcional<sup>176</sup> y hasta se ha defendido la conveniencia de que la atenuación alcance, respecto al artículo 370, al “correo de la coca” que, en situación de necesidad, transporta grandes cantidades de droga.<sup>177</sup> No obstante, debe criticarse la discordancia legislativa que entraña la exclusión en el preámbulo de la reforma de la rebaja penológica “en los artículos 369 bis, 370 y siguientes”,<sup>178</sup> cuando la redacción final del artículo 368, después de la tramitación parlamentaria, sólo alude al “369 bis y 370” y no al tráfico de precursores del artículo 371, incluido en el proyecto de 2007,<sup>179</sup> discordancia que, desde luego, debe resolverse mediante la prevalencia del texto articulado.

En lo que atañe a las penas del tipo atenuado, la privación de libertad oscilará, en los casos subsumibles en el artículo 368, de año y medio a tres años menos un día cuando el objeto material del delito sean drogas que causen grave daño a la salud y de seis meses a un año menos un día en el tráfico de drogas menos nocivas;<sup>180</sup> de otro lado, en los supuestos agravados del artículo 369 en que proceda rebajar la pena la prisión abarcará de tres a seis años en el tráfico con drogas “duras” y de un año y medio a tres en el menudeo con drogas “blandas”.<sup>181</sup> Por lo que hace a la multa, irá de la mitad del valor de la droga objeto del delito<sup>182</sup> hasta el tanto<sup>183</sup> menos un euro —de conformidad con la ya mencionada aplicación analógica del artículo 70 a la que acude el Tribunal supremo para rebajar en grado la multa proporcional— en los cuatro casos, al partirse siempre del “tanto”.<sup>184</sup>

Por último, se ha puesto de relieve el “carácter acumulativo”<sup>185</sup> de los dos criterios para proceder a la atenuación penológica, que dificultará la aplicación del tipo privilegiado, pues el legislador emplea la conjunción copulativa “y” en vez de la disyuntiva “o” entre la “escasa entidad del hecho” y las “circunstancias personales del culpable”.<sup>186</sup> La interpretación queda en manos de la jurisprudencia,<sup>187</sup> a la que la doctrina ya le ha ofrecido una no descartable aplicación del tipo atenuado cuando únicamente concorra uno de los criterios “pero de gran entidad”,<sup>188</sup> *v. gr.* en el tráfico de drogas “en pago de una operación quirúrgica a un familiar”.<sup>189</sup>

En suma, la elasticidad<sup>190</sup> del párrafo segundo del artículo 368 representa “un paso importante en la buena dirección”<sup>191</sup> porque faculta una mayor adaptación del reproche penal a los casos de menor incidencia,<sup>192</sup> permite adecuar mejor la pena a la conducta que los irracionales y valorativamente incoherentes<sup>193</sup> marcos penales anteriores, irreconciliables con el principio de proporcionalidad.<sup>194</sup>

#### IV. Supresión del tipo agravado de contrabando

La Ley orgánica 5/2010, en el apartado centésimo quinto de su artículo único, dispone que “se suprimen las circunstancias 2ª y 10ª del apartado 1” en el artículo 369 del Código Penal, afirmación correcta respecto a la eliminación de la agravante décima referente al contrabando pero no en relación con la circunstancia segunda de pertenencia a una organización o asociación que tenga como finalidad difundir drogas, la cual

<sup>176</sup> Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

<sup>177</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1318, marginal 15149.

<sup>178</sup> Preámbulo, XXIV, párrafo segundo, *in fine*.

<sup>179</sup> Véase *Proyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII legislatura, serie A: proyectos de ley, nº 119-1, 15 de enero de 2007, p. 29.

<sup>180</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 25.

<sup>181</sup> *Idem*.

<sup>182</sup> Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 806.

<sup>183</sup> Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1066.

<sup>184</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 25, nota 96.

<sup>185</sup> Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 805.

<sup>186</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312.

<sup>187</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 25.

<sup>188</sup> Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 806.

<sup>189</sup> *Idem*.

<sup>190</sup> Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1409; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 2.

<sup>191</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1066.

<sup>192</sup> Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 438.

<sup>193</sup> Véase Silva Sánchez, J.M., “Notas a la última reforma...”, *cit.*, p. 379.

<sup>194</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 25 y 26.

no se suprime sino que se traslada de ubicación<sup>195</sup> al nuevo artículo 369 bis, que contempla “un tratamiento especial”<sup>196</sup> para la pertenencia a una organización delictiva.<sup>197</sup>

En cuanto a la valoración que merece la eliminación del tipo agravado de contrabando, que elevaba la prisión en grado y la multa hasta el cuádruplo cuando “el culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional”, es “muy”<sup>198</sup> positiva<sup>199</sup> como pone de relieve la doctrina mayoritariamente, al faltarle un soporte político criminal.<sup>200</sup> Carecía de relevancia agravatoria que el tráfico se ejecutase mediante contrabando,<sup>201</sup> por eso la supresión de la circunstancia se ha realizado “con buen criterio”<sup>202</sup> y se estima no sólo “acertada”<sup>203</sup> y aceptable desde el punto de vista técnico y político criminal<sup>204</sup> sino “imprescindible”.<sup>205</sup>

Ciertamente, no existe unanimidad en la procedencia de eliminar el tipo agravado de contrabando y así su mantenimiento fue defendido por el grupo parlamentario popular en el Congreso, sin más argumentación que “no se encuentra justificación alguna”<sup>206</sup> para el cambio, curiosa forma de argüir que ha encontrado reflejo en un fiscal para el que la circunstancia debería haberse conservado “al no existir razón alguna para su supresión”.<sup>207</sup>

La polémica no es nueva. Ya Vives Antón había puesto el acento, respecto al antiguo Código Penal, en la coincidencia de las conductas de narcotráfico y las de contrabando, que entrañaba un concurso de leyes y no de delitos, el cual debería resolverse en favor del Texto punitivo, pues la duplicidad de sanciones implicaría un inconstitucional *bis in idem*.<sup>208</sup> La relación concursal se mantuvo entre los delitos relativos a drogas previstos en el Código Penal de 1995 y el artículo 2.3 a) de la Ley de contrabando, que la jurisprudencia solucionaba apreciando un concurso ideal,<sup>209</sup> criticado extrajudicialmente por vulnerar el principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 25 de la Constitución,<sup>210</sup> hasta el acuerdo del pleno de la sala segunda del Tribunal supremo, de 24 de noviembre de 1997,<sup>211</sup> que se decantó por el concurso aparente de normas penales, defendido por casi toda la doctrina,<sup>212</sup> dada la identidad de bien jurídico protegido en el Código Penal y la Ley de contrabando, la salud pública,<sup>213</sup> ya que el interés fiscal, por la naturaleza de las sustancias, nunca se lesionaría al no poder realizar pago alguno al Estado,<sup>214</sup> como advirtió la fiscalía general del Estado en su circular 2/2005, de 31 de marzo,<sup>215</sup> “aunque el autor hubiera querido satisfacer las tasas aduaneras”,<sup>216</sup> por lo que la invocación del interés económico estatal, que algunos entendían

<sup>195</sup> Véase Informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en su sesión de 4 de febrero de 2009, en Diego Díaz-Santos, M.R., Matellanes Rodríguez, N.P., y Fabián Caparrós, E.A. (comps.), *XXI Congreso universitario de alumnos de Derecho Penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, p. 208.

<sup>196</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 685.

<sup>197</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1320, marginal 15178; Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 26; Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 367; Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312; Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 422; Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 3.

<sup>198</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 365.

<sup>199</sup> Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009..., *cit.*, p. 208; Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 313.

<sup>200</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 17, 18 y 26.

<sup>201</sup> Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 682.

<sup>202</sup> *Idem*.

<sup>203</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 422.

<sup>204</sup> Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 810.

<sup>205</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 367.

<sup>206</sup> Grupo parlamentario popular en el Congreso, enmienda nº 369, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, IX legislatura, serie A: proyectos de ley, nº 52-9, de 18 de marzo de 2010, p. 166.

<sup>207</sup> Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 4.

<sup>208</sup> Véase Vives Antón, T.S., *op. cit.*, pp. 59-61.

<sup>209</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 26.

<sup>210</sup> Véase Castro Moreno, A., “El culpable introdujere o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas”, en Álvarez García, F.J., “El delito de tráfico de drogas”, *cit.*, pp. 218-221.

<sup>211</sup> El texto del acuerdo puede consultarse en Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 949.

<sup>212</sup> Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1050.

<sup>213</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 26.

<sup>214</sup> Véase Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009..., *cit.*, p. 208.

<sup>215</sup> Véase Castro Moreno, A., *op. cit.*, p. 222.

<sup>216</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 313.

tutelado en el tráfico de drogas,<sup>217</sup> resultaba absurda en los géneros ilícitos y de tráfico prohibido.<sup>218</sup>

Sin embargo, la Ley orgánica 15/2003, con el “objetivo de poner fin a la razonable solución”,<sup>219</sup> acordada por el pleno de la sala segunda del Tribunal supremo, relativa al concurso aparente de normas penales,<sup>220</sup> introdujo en el artículo 369.1 del Código Penal el “error mayúsculo”<sup>221</sup> de la circunstancia décima, que comporta un “retroceso incomprensible”<sup>222</sup> al endurecer, incluso, los efectos del concurso,<sup>223</sup> puesto que antes del acuerdo de 1997 se imponía la pena del tipo básico en su mitad superior al apreciar el concurso ideal que el acuerdo quiso evitar y después de la reforma de 25 de noviembre de 2003 pasó a castigarse un solo delito con la pena superior en grado a la del tipo básico.<sup>224</sup>

Tamaño era la desproporción del castigo tras la reforma de 2003 con la agravante décima de contrabando que la jurisprudencia “se ha resistido enormemente a su aplicación”,<sup>225</sup> hacía lo posible para disminuir la pena, pese a las dificultades legales para apreciar una rebaja,<sup>226</sup> hasta se llegó a no aplicar el tipo agravado por alguna audiencia cuando concurría,<sup>227</sup> y la doctrina lo interpretaba restrictivamente para evitar una prisión de nueve años y un día a trece años y medio,<sup>228</sup> exigiendo una “finalidad de facilitar la difusión internacional del consumo”.<sup>229</sup>

Afortunadamente el legislador de 2003 había hecho mal sus deberes en el diseño del tipo, pues al exi-

gir que se “introdujera o sacare ilegalmente” la droga del territorio nacional requería el traspaso de la línea o de la barrera de la aduana,<sup>230</sup> de modo que, como la “mayoría”<sup>231</sup> de las incautaciones se producen en los recintos aduaneros,<sup>232</sup> “no podía estimarse en rigor la consumación”<sup>233</sup> sino una tentativa, castigada abstractamente con menor pena que la correspondiente al tipo básico consumado y el subtipo agravado en grado de consumación únicamente procedía cuando se superasen los controles aduaneros,<sup>234</sup> casos frecuentes,<sup>235</sup> en los que por desgracia no cabía la rebaja penalógica, ya que al ser escasa la incidencia del cultivo de la droga en España su mercado se surte sobre todo mediante la importación clandestina.<sup>236</sup>

En definitiva, la supresión de la agravante de contrabando permitirá a los correos de la droga la revisión de sus sentencias pendientes de ejecución o cuando se encuentren cumpliendo condena, aunque no siempre,<sup>237</sup> pues habrá que tomar en consideración el endurecimiento de las penas por pertenencia a una organización delictiva operado en la Ley orgánica 5/2010,<sup>238</sup> las discordancias legislativas producidas en este ámbito, que se verán a continuación, y la concurrencia de otras agravaciones.<sup>239</sup>

De otro lado, la reforma de 22 de junio de 2010 elimina en el mismo artículo 369 del Código Penal su apartado segundo, que disponía para las organizaciones tanto una multa proporcional como el comiso y permitía pérdidas de derechos, *v. gr.* la posibilidad

<sup>217</sup> Véase la bibliografía citada por Núñez Paz, M.A., y Guillén López, G., *op. cit.*, en p. 82.

<sup>218</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 703.

<sup>219</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 26.

<sup>220</sup> *Idem.*

<sup>221</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 367.

<sup>222</sup> *Idem.*

<sup>223</sup> Véase Landrove Díaz, G., *op. cit.*, p. 101.

<sup>224</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Perspectivas de reforma...”, *cit.*, p. 156 y nota 3; de la misma autora, “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 704.

<sup>225</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 422.

<sup>226</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, pp. 310 y 316, nota 1.

<sup>227</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 367.

<sup>228</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 26.

<sup>229</sup> *Idem.*

<sup>230</sup> Véase Castro Moreno, A., *op. cit.*, pp. 216 y 217.

<sup>231</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312.

<sup>232</sup> Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 810.

<sup>233</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 27.

<sup>234</sup> Véase *Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009...*, *cit.*, p. 208.

<sup>235</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 705, nota 31.

<sup>236</sup> Véase Núñez Paz, M.A., y Guillén López, G., *op. cit.*, p. 93.

<sup>237</sup> Véase *Circular 3/2010, de 23 de diciembre, sobre régimen transitorio...*, *cit.*, pp. 13, 14 y 16.

<sup>238</sup> Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 447.

<sup>239</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 704.

de obtener subvenciones, y la aplicación de las medidas previstas en el artículo 129. La supresión pretendida “evitar la duplicidad de regulaciones”<sup>240</sup> y adaptar sistemáticamente el trasvase de conductas de las organizaciones delictivas, la nueva responsabilidad de las personas jurídicas reconocida en el artículo 31 bis<sup>241</sup> y las previsiones específicas que en materia de narcotráfico se contienen para ellas en el artículo 369 bis del Código Penal.<sup>242</sup>

### V. Agravación por pertenencia a una organización delictiva

Hasta aquí, en términos generales, llegan los aspectos positivos de la reforma, las acertadas modificaciones que se operaron en los artículos 368 y 369, pero a partir del 369 bis el legislador obliga al principio de proporcionalidad y al narcotraficante no sólo a estar a las “maduras” sino también a las “duras”.

En efecto, la “cualificación especial”<sup>243</sup> por pertenencia a una organización delictiva, establecida en el párrafo primero del artículo 369 bis, ya durante la tramitación parlamentaria mereció una “valoración muy negativa”<sup>244</sup> con razón, ya que el tipo es “demasiado abierto”<sup>245</sup> al no exigir a la asociación, a diferencia de su precedente, la circunstancia segunda del artículo 369.1, una finalidad de difundir drogas, aunque la gravedad de la pena parezca requerirla<sup>246</sup> —en cualquier caso, la claridad brilla por su ausencia respecto a la necesidad de que se trate de organizaciones dedicadas al tráfico de drogas—<sup>247</sup> y debido a que el

“tratamiento agravatorio específico”<sup>248</sup> desvinculado al artículo 368, sobre el que tradicionalmente se elevaban las penas en grado<sup>249</sup> genera una “distorsión valorativa”<sup>250</sup> del sistema<sup>251</sup> por la “penalidad totalmente autónoma”<sup>252</sup> “técnicamente objetable”<sup>253</sup>

Así, el párrafo primero del artículo 369 bis castiga la pertenencia a una organización delictiva con prisión de nueve a doce años si se trafica con drogas “duras” y de cuatro años y medio a diez cuando el narcotráfico sea de drogas “blandas”, además de una multa proporcional del tanto al cuádruplo del valor de la droga en ambos casos, “penas ciertamente graves”,<sup>254</sup> injustificadamente desproporcionadas, sobre todo las relativas al tráfico organizado de drogas que no causen grave daño a la salud, que hasta ahora únicamente se sancionaban con prisión de tres años y un día a cuatro años y medio,<sup>255</sup> mientras que la “excesiva”<sup>256</sup> agravación de la reforma permite castigar tales conductas con diez años de privación de libertad, incremento “importante”,<sup>257</sup> “enorme”<sup>258</sup> y “particularmente llamativo”.<sup>259</sup> La ostensible agravación de la pena impedirá revisar las sentencias sobre tráfico organizado de drogas “blandas”, aunque curiosamente sí podrán acceder al mencionado beneficio los narcotraficantes dedicados asociadamente al comercio de sustancias que causen grave daño a la salud, castigados actualmente con un máximo de doce años de prisión frente a los trece años y medio anteriores.<sup>260</sup>

Con todo, algo se ha ganado en la tramitación parlamentaria, dado que las desproporcionadas<sup>261</sup> priso-

<sup>240</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

<sup>241</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 313.

<sup>242</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 27.

<sup>243</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 682.

<sup>244</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 368.

<sup>245</sup> Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 970.

<sup>246</sup> *Idem.*

<sup>247</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1326, marginal 15212.

<sup>248</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 680.

<sup>249</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 28 y nota 105.

<sup>250</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

<sup>251</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 370.

<sup>252</sup> Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 970.

<sup>253</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

<sup>254</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 28.

<sup>255</sup> Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1425; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 6.

<sup>256</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

<sup>257</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1327, marginal 15215.

<sup>258</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

<sup>259</sup> *Idem.*

<sup>260</sup> Véase Circular 3/2010, de 23 de diciembre, sobre régimen transitorio..., *cit.*, p. 14.

<sup>261</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 713; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, p. 369.

nes de nueve a catorce años, para el tráfico organizado de drogas “duras”, y de cinco a diez años, respecto al narcotráfico asociado de drogas “blandas”, recogidas en el proyecto de 2009, se sustituyeron por las menos rigurosas sanciones hoy vigentes,<sup>262</sup> gracias a la enmienda nº 463 del grupo parlamentario socialista en el Congreso.<sup>263</sup>

En cualquier caso, la Ley orgánica 5/2010 solapa en parte los marcos penales en el tráfico organizado de drogas “duras” y “blandas”, que además castiga con la misma multa proporcional,<sup>264</sup> “solapamiento parcial absolutamente indeseable”<sup>265</sup> habida cuenta de que en las sanciones que dispone “pesa más la pertenencia a la organización delictiva”<sup>266</sup> que el tipo de drogas con las que se trafica, lo cual “no cuadra”<sup>267</sup> con un sistema como el nuestro que hasta ahora establecía penas muy diferentes en función de la “naturaleza de la sustancia”.<sup>268</sup>

Nos hallamos ante una “evidente discordancia”<sup>269</sup> carente de sentido si se atiende al bien jurídico que se pretende proteger,<sup>270</sup> pues “desde el punto de vista de la salud pública”<sup>271</sup> resulta patente que “no deben tratarse igual las drogas gravemente nocivas y las que no lo son tanto”.<sup>272</sup>

En consecuencia, el legislador, con los nuevos marcos penales del párrafo primero del artículo 369 bis, manda al que decida integrarse en una organización el sorprendente mensaje de que “le compensa dedicarse a las drogas que causan mayor daño a la salud”,<sup>273</sup> lo que, considerando la potencial afectación de las diversas sustancias para el bien jurídico, “no es de recibo”.<sup>274</sup>

## VI. Exasperación penal para los jefes, encargados o administradores

El párrafo segundo del artículo 369 bis dispone un incremento punitivo “desmedido”<sup>275</sup> o “desmesurado”,<sup>276</sup> una “notable exasperación”<sup>277</sup> para los jefes, encargados o administradores de la organización, puesto que les eleva las penas en grado a las previstas en el párrafo primero, de modo que en el caso de tráfico de drogas “duras” la prisión abarcará de doce años y un día a dieciocho años y en cuanto al narcotráfico de drogas “blandas” la pena privativa de libertad comprenderá de diez años y un día a quince años.<sup>278</sup> Por consiguiente, al jefe de una organización dedicada al tráfico de drogas que causen menor daño a la salud se le eleva la pena respecto a la regulación anterior, pues en la hipótesis de que se impusiese la pena superior en dos grados, que permitía el artículo 370, la prisión no excedería de seis años y nueve meses frente a los quince años actuales. Asimismo, la Ley orgánica 5/2010 vuelve a solapar en parte los marcos penales del tráfico de drogas “duras” y “blandas”, ahora para los encargados de las organizaciones, y a desconocer la distinta afectación potencial relativa a la salud pública de las diversas sustancias.<sup>279</sup> En cuanto a la multa, se ha dicho que sería en ambos casos del cuádruplo al séxtuplo del valor de la droga,<sup>280</sup> aunque si se atiende a lo acordado por el pleno de la sala segunda del Tribunal supremo, el 22 de junio de 2008, ante la imposibilidad de fijar la pena superior en grado de la multa proporcional, porque no existe una regla específica, ya que el artículo 70 sólo

<sup>262</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 28, nota 106.

<sup>263</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 314.

<sup>264</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

<sup>265</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 28.

<sup>266</sup> *Idem.*

<sup>267</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 715; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, p. 369.

<sup>268</sup> *Idem.*

<sup>269</sup> Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 5.

<sup>270</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 28 y 29.

<sup>271</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 674.

<sup>272</sup> *Idem.*

<sup>273</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

<sup>274</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 28 y 29.

<sup>275</sup> Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1425.

<sup>276</sup> Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 6.

<sup>277</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 29.

<sup>278</sup> *Idem.*

<sup>279</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 715; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, pp. 369 y 370, en relación con el proyecto de 2009, que también agravaba la pena a los jefes en el tráfico organizado de drogas “duras”, con prisión de catorce a veintiún años, respecto a la antigua regulación.

<sup>280</sup> Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 812; Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1076.

se refiere a la multa por cuotas, la sanción pecuniaria para los jefes, tanto en el tráfico de drogas “duras” como “blandas”, sería la misma multa proporcional del tanto al cuádruplo contemplada para los demás miembros de la organización en el párrafo primero del artículo 369 bis.<sup>281</sup>

En todo caso, la desproporción de las penas previstas para los jefes, encargados o administradores, difíciles de identificar,<sup>282</sup> puede provocar “una jurisprudencia renuente a aplicar estas agravaciones”<sup>283</sup> y el efecto criminógeno inherente a las sanciones desproporcionadas.<sup>284</sup> Adviértase que al que trafica por cuenta propia con toneladas de hachís le corresponde una pena privativa de libertad máxima de seis años y nueve meses,<sup>285</sup> mientras que “sería posible”<sup>286</sup> castigar con quince años de prisión<sup>287</sup> al jefe de una organización que trafica con unos gramos de marihuana,<sup>288</sup> al “capo” de la droga que vende una “china” de “costo”.

Precisamente, estos excesos penológicos traen causa de la decisión marco 2004/757/JAI,<sup>289</sup> invocada por el preámbulo de la Ley orgánica 5/2010, que alude a “reajustes en materia de penas”,<sup>290</sup> de los que sólo se puede predicar la “reacción especialmente firme”, mencionada como cierre de párrafo, pero no el “refuerzo del principio de proporcionalidad de la pena”,<sup>291</sup> del que la reforma presume.

Sin embargo, no era necesario tamaño exceso para cumplir con el instrumento comunitario. El artículo 4.3 de la decisión marco sólo requiere que el tráfico organizado de drogas se castigue “con penas máxi-

mas de al menos diez años de privación de libertad”, exigencia que no justifica el importante aumento de sanción operado por la reforma.<sup>292</sup> Los requerimientos comunitarios, que no alcanzan a las penas mínimas ni a las intermedias, ya se cumplían con la anterior regulación,<sup>293</sup> salvo en el caso del tráfico organizado de drogas blandas con “grandes cantidades”, para el que el artículo 4.3 de la decisión marco, puesto en conexión con la letra a) de su artículo 4.2, exige alcanzar los diez años de prisión sin distinguir entre drogas más o menos perjudiciales, por lo que para respetar la norma bastaba que la Ley orgánica 5/2010 circunscribiese la pena máxima de diez años, en el tráfico organizado de drogas que no causan grave daño a la salud, a los casos en que entrasen en juego “grandes cantidades”.<sup>294</sup>

Por último, debe denunciarse el “error”<sup>295</sup> o la “incongruencia”<sup>296</sup> de un legislador que pretende agravar la pena del narcotráfico por la pertenencia a una organización delictiva y dispone a la vez que, en el tráfico de drogas duras, cuando se den dos circunstancias del artículo 369, “paradójicamente”<sup>297</sup> la condición de miembro de una organización “suponga un privilegio”,<sup>298</sup> excluya la pena superior en dos grados prevista en el artículo 370 para los casos de “extrema gravedad” por concurrencia de tres circunstancias del artículo 369, pues ahora la pertenencia a la organización delictiva figura en el artículo 369 bis y no en el 369,<sup>299</sup> de modo que a ese sujeto le corresponde, en virtud del artículo 369 bis, una pena menor, de nueve a doce años de prisión, que la contemplada en el

<sup>281</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 23, nota 87 y p. 29.

<sup>282</sup> Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

<sup>283</sup> *Idem.*

<sup>284</sup> Véase Queralto Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1075.

<sup>285</sup> Véase Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 6.

<sup>286</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 29, nota 111, que también advierte sobre la desproporción comparativa cuando el objeto material esté integrado por drogas que causen grave daño a la salud.

<sup>287</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, pp. 423 y 424.

<sup>288</sup> Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1425.

<sup>289</sup> Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 442; Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 424.

<sup>290</sup> Preámbulo, XXIV, párrafo primero.

<sup>291</sup> *Idem.*

<sup>292</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1328, marginal 15220.

<sup>293</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, pp. 715, 720 y 721; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, pp. 368-370; Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 424.

<sup>294</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 29-31.

<sup>295</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 716, respecto al proyecto de 2007.

<sup>296</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 31.

<sup>297</sup> *Idem.*

<sup>298</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 716.

<sup>299</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 31.

artículo 370, de nueve años y un día a trece años y medio,<sup>300</sup> pese a la “excesiva”<sup>301</sup> o “demasiada fuerza agravante,”<sup>302</sup> otorgada a la organización. No obstante, semejante beneficio para el culpable no se produce si se trafica con drogas “blandas” al proceder una prisión de cuatro años y medio a diez, “más rigurosa”<sup>303</sup> que la de cuatro años, seis meses y un día a seis años y nueve meses que impone el artículo 370; esto es: “sorprendentemente,”<sup>304</sup> se beneficia a los miembros de una organización delictiva con dos agravantes del artículo 369 cuando trafican con las sustancias más perjudiciales para la salud.<sup>305</sup>

## VII. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

La reforma de 22 de junio de 2010 también incorpora, en los párrafos tercero y cuarto del artículo 369 bis, un novedoso tratamiento específico de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el campo del narcotráfico, para las que dispone diversas penas, cuando sean responsables, según el artículo 31 bis, de los delitos previstos en los artículos 368 y 369. De manera que el tráfico de precursores, contemplado en el artículo 371, se excluye de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, lo cual, con haberse considerado “discutible”<sup>306</sup> en conexión con el respeto de compromisos comunitarios, no incumple la decisión marco 2004/757/JAI,<sup>307</sup> porque el Texto punitivo “no necesitaba en su adaptación a la normativa europea prever la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con ninguno de los delitos

referidos a drogas”,<sup>308</sup> ya que la decisión marco permite elegir entre la imposición de “multas de carácter penal o administrativo”<sup>309</sup> a las personas jurídicas por delitos relacionados con el tráfico de drogas y precursores, siempre que se trate de “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”.<sup>310</sup>

Concretamente, por una parte, la letra a) del artículo 369 bis, cuando el delito cometido por la persona física se castigue “en abstracto”<sup>311</sup> con más de cinco años de prisión, una “pena grave”,<sup>312</sup> impone la sanción pecuniaria más elevada entre la multa por cuotas —la cual siempre tendrá la consideración de pena grave y cuyas cuotas diarias oscilarán entre treinta y cinco mil euros, a tenor de los artículos 33.7 y 50.4— de dos a cinco años, que puede alcanzar nueve millones de euros,<sup>313</sup> y la multa proporcional del triple al quintuple del valor de la droga, regla del “mayor de los montantes”<sup>314</sup> que se fija “en previsión de las dificultades que el criterio proporcional pueda producir”.<sup>315</sup> De otro lado, si el delito de la persona física se sanciona abstractamente con pena privativa de libertad “de más de dos años no incluida en el inciso anterior”, curiosa fórmula con la que la letra b) del artículo 369 bis se refiere a la prisión de dos a cinco años, la sanción pecuniaria será la mayor entre la multa por cuotas de uno a tres años, que puede llegar a 5 400 000 euros,<sup>316</sup> y la multa proporcional del doble al cuádruple del valor de la droga.

En punto a estas sanciones pecuniarias para las personas jurídicas en el marco de los delitos relativos a drogas, se ha puesto de relieve su “adecuación punitiva”<sup>317</sup> para castigar penalmente a las organizaciones.<sup>318</sup>

<sup>300</sup> *Idem.*

<sup>301</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1327, marginal 15214.

<sup>302</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 370.

<sup>303</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 31.

<sup>304</sup> *Idem.*

<sup>305</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 31, que también se refiere a la problemática concursal en p. 32.

<sup>306</sup> Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 812.

<sup>307</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, pp. 424 y 425.

<sup>308</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 33 y 34.

<sup>309</sup> Artículo 7.1.

<sup>310</sup> *Idem.*

<sup>311</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34; Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 970.

<sup>312</sup> Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1427.

<sup>313</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34.

<sup>314</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 315.

<sup>315</sup> *Idem.*

<sup>316</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34.

<sup>317</sup> Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1427; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 8.

<sup>318</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1329, marginal 15225.

Además, “facultativamente”,<sup>319</sup> el párrafo final del artículo 369 bis permite imponer a las personas jurídicas, de conformidad con las reglas del artículo 66 bis, las penas contempladas en las nuevas letras b) a g) del artículo 33.7; a saber: disolución de la persona jurídica, clausura de locales, suspensión o prohibición de realizar actividades, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar, gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social e intervención judicial.

Finalmente, “destaca una ausencia”:<sup>320</sup> el “estatuto procesal”,<sup>321</sup> que a la incorporación de la “compleja y desordenada”<sup>322</sup> regulación sobre la responsabilidad criminal para las personas jurídicas no le acompañe la imprescindible reforma procesal de unas normas inadaptadas al nuevo modelo de incriminación.<sup>323</sup> El legislador ni siquiera alude “a la necesidad de una coetánea reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal”<sup>324</sup> que establezca el *status* procesal de las personas jurídicas o sus garantías, modificación sin la que “resulta sumamente dudoso que el nuevo modelo pueda cumplir sus pretendidos objetivos”,<sup>325</sup> pues no tomar en consideración las características específicas de la actividad empresarial aboca a una “ineficacia preventiva”.<sup>326</sup> Precisamente por ello el fiscal general del Estado ha calificado de “imperiosa”<sup>327</sup> la necesidad de reformar el proceso penal para esclarecer las múltiples dudas sobre la manera de sentar en el banquillo a una sociedad.<sup>328</sup>

### VIII. El tipo de extrema gravedad por uso de embarcaciones

Termina la reforma sobre drogas de 2010 con una pequeña alteración de caracteres dentro del artículo 370 del Código Penal: en su número segundo cambia la referencia a las circunstancias “2 y 3 del apartado 1 del artículo anterior” por la “2ª del apartado 1 del artículo 369” y añade, en el tipo de extrema gravedad del número tercero, después de “buques”, “embarcaciones”, modificación ésta que entraña la verdadera novedad.

Técnicamente cabría reprochar a los diputados y senadores que aprobaron la Ley orgánica 5/2010 el no acordarse de que con su reforma acaban de suprimir el 369.2, según vimos, por lo que la mención que hacen en el número segundo del artículo 370 al “apartado 1 del artículo 369”, “chirría”,<sup>329</sup> “es incorrecta”.<sup>330</sup> Dada la condición humana del legislador, que le hace tropezar dos veces en la misma piedra, vuelve a referirse al erróneo “369.1” en el número tercero del artículo 370<sup>331</sup> y, como no hay dos sin tres, al final del siguiente artículo, el 371, el desmemoriado legislador de 2010 se olvida de corregir la alusión al inexistente “artículo 369.2” desde su intervención.<sup>332</sup>

La modificación operada en el número segundo del artículo 370 es “coherente”<sup>333</sup> y “lógica consecuencia de la introducción del nuevo art. 369 bis”,<sup>334</sup> al que se trasladó “la anterior agravante 2ª del art. 369.1”<sup>335</sup>

<sup>319</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1066.

<sup>320</sup> González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 41.

<sup>321</sup> “Jueces y fiscales piden tribunales especializados en discapacidad y advierten del riesgo de ‘populismo’ punitivo”, *Diario La Ley*, n° 7575, 23 de febrero de 2011, p. 2.

<sup>322</sup> Mapelli Caffarena, B., en Cuello Contreras, J., y Mapelli Caffarena, B., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 259, marginal 478.

<sup>323</sup> Véase Fernández Teruelo, J.G., en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.), *Memento experto Francis Lefebvre. Reforma penal. Ley orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 329, marginal 3006.

<sup>324</sup> Silva Sánchez, J.M., “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La Ley*, n° 7464, 9 de septiembre de 2010, p. 7.

<sup>325</sup> *Idem.*

<sup>326</sup> Terradillos Basoco, J.M., “Financiarización económica y política criminal”, en Serrano-Piedecasas Fernández, J.R., y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, Madrid, 2010, p. 148.

<sup>327</sup> “Conde-Pumpido pide ‘estrangular financieramente’ a los grupos que blanquean dinero en España”, *Diario La Ley*, n° 7535, 27 de diciembre de 2010, p. 2.

<sup>328</sup> *Idem.*

<sup>329</sup> Manzanera Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 970.

<sup>330</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1331, marginal 15238.

<sup>331</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 31, nota 115.

<sup>332</sup> Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 444.

<sup>333</sup> *Circular 3/2010, de 23 de diciembre, sobre régimen transitorio...*, *cit.*, p. 15.

<sup>334</sup> *Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009...*, *cit.*, p. 211.

<sup>335</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 425.

dotando de “autonomía cualificante”<sup>336</sup> tanto a la organización delictiva como a su jefatura, y del cambio de numeración de la vieja circunstancia tercera del artículo 369 que pasa a convertirse en la segunda,<sup>337</sup> esto es: que “el culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”, circunstancia que el legislador de 2010 debería haber al menos corregido, exigiendo el carácter delictivo de las actividades,<sup>338</sup> o eliminado.

Efectivamente, la “llamativa”<sup>339</sup> u “obscura”<sup>340</sup> redacción de la actual circunstancia segunda del artículo 369 carece de justificación<sup>341</sup> “incluso gramaticalmente”<sup>342</sup> y supone “un solapamiento”<sup>343</sup> o “problemas de delimitación”<sup>344</sup> con el artículo 369 bis, que se ha propuesto solucionar reservando éste para las organizaciones delictivas y la circunstancia segunda del 369, al no ser posible agravar la pena por una actividad ajustada a derecho, para la realización de “otras actividades organizadas ilícitas”,<sup>345</sup> aunque el tenor literal de la norma admita “una actividad organizada de cualquier clase que incluso podría ser lícita”.<sup>346</sup> Una interpretación que atendiese a los precedentes internacionales de los que la agravación trae causa podría tener en cuenta que la Convención de Viena sobre drogas, de 20 de diciembre de 1988, aludía en la letra b) del artículo 3.5 a la participación del sujeto en otras actividades delictivas internacionales organizadas y su letra c) hacía referencia a la

participación en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito<sup>347</sup> y sobre esa base exigir, restrictivamente, la ilicitud de las actividades, mas de la tramitación parlamentaria de la reforma de 2003 se desprende lo contrario,<sup>348</sup> pues se rechazaron tres enmiendas que pretendían evitar que la agravante alcanzase a las actividades lícitas.<sup>349</sup> También se ha defendido que sólo se aplique la agravante cuando el narcotráfico se use para “facilitar otras actividades delictivas organizadas o coadyuvar a sus fines”<sup>350</sup> y que el legislador parece estar pensando en “el terrorismo, la trata de blancas o el tráfico de armas”,<sup>351</sup> el contrabando y la prostitución, aunque si se sancionan independientemente no procede el tipo agravado de narcotráfico.<sup>352</sup> Asimismo, la fiscalía general del Estado requiere la pertenencia a una “organización dedicada a actividades criminales distintas a las de tráfico de drogas”<sup>353</sup> y la comisión en su ámbito de actuación o el favorecimiento de delitos de narcotráfico,<sup>354</sup> ya su circular 2/2005 entendía que sólo era posible aplicar la circunstancia cuando se participase en otras actividades delictivas organizadas o ilícitas, cuya ejecución se facilitase por el narcotráfico, porque la interpretación literal que admitía la participación en actividades organizadas lícitas resultaba “desproporcionada, y hasta absurda”<sup>355</sup> al agravar “supuestos, que no revisten una mayor gravedad ni denotan una especial peligrosidad”.<sup>356</sup>

<sup>336</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34.

<sup>337</sup> *Idem.*

<sup>338</sup> Véase *Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009...*, *cit.*, p. 211.

<sup>339</sup> Álvarez García, F.J., “El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”, en el mismo autor, *El delito de tráfico de drogas...*, *cit.*, p. 170.

<sup>340</sup> Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 953.

<sup>341</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Perspectivas de reforma...”, *cit.*, p. 157; de la misma autora, “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, pp. 705 y 706; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, pp. 373-375.

<sup>342</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 685.

<sup>343</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1331, marginal 15238.

<sup>344</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 425.

<sup>345</sup> *Idem.*

<sup>346</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1321, marginal 15186.

<sup>347</sup> Véase Gallego Soler, J.I., *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los artículos 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 205 y 206.

<sup>348</sup> Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 807.

<sup>349</sup> Véase Álvarez García, F.J., “El culpable participare en otras actividades...”, *cit.*, pp. 171 y 172.

<sup>350</sup> Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1412.

<sup>351</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 315.

<sup>352</sup> Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1413.

<sup>353</sup> *Circular 3/2010, de 23 de diciembre, sobre régimen transitorio...*, *cit.*, p. 15.

<sup>354</sup> *Idem.*

<sup>355</sup> *Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009...*, *cit.*, p. 211, que reproduce el contenido de la circular.

<sup>356</sup> *Idem.*

En definitiva, la Ley orgánica 15/2003, al eliminar el término “delictivas”, que calificaba a las actividades organizadas, generó un problema hermenéutico subsistente,<sup>357</sup> el cual suscita cuestiones de constitucionalidad,<sup>358</sup> que se sumó a los ya planteados por la regulación del Texto punitivo de 1995<sup>359</sup> —fusión de las circunstancias octava y novena del artículo 344 bis a) del antiguo Código penal—<sup>360</sup> que con razón se tachó de “poco afortunada”,<sup>361</sup> problemas con los que podría haber acabado la reforma de 2010 si hubiese suprimido esta cada vez más perturbadora agravante.

Por lo que a la modificación sustancial del artículo 370 se refiere, la Ley orgánica 5/2010 genera un “obvio endurecimiento respecto a la regulación anterior”<sup>362</sup> al interpolar el sustantivo “embarcaciones” entre “los medios comisivos cualificadores”<sup>363</sup> de “transporte de droga específicos”,<sup>364</sup> recogidos en el tipo “superagravado”<sup>365</sup> por su “extrema peligrosidad”,<sup>366</sup> cambio que “no parece acertado”<sup>367</sup> en la medida en que “amplía considerablemente el ámbito de agravación”.<sup>368</sup>

La novedad se justifica en el preámbulo de la reforma por la necesidad de precisar la agravante de buque en la que se detectaban problemas de interpretación al no alcanzar las embarcaciones habitualmente usadas en el narcotráfico, como las semirrigidas.<sup>369</sup> Realmen-

te, el término “buque” no se precisa, como pretende el frontispicio de la reforma, sino todo lo contrario, pues se añade a una especie, buque, su género, embarcación, por lo que al incluirse aquél en ésta ahora sobra la reiterativa alusión a los “buques”.<sup>370</sup> En tal sentido la reforma deviene “incorrecta desde una perspectiva técnica”.<sup>371</sup> Aunque sí existían problemas hermenéuticos,<sup>372</sup> aclarados por el acuerdo de la sala segunda del Tribunal supremo, de 25 de noviembre de 2008, contra el que la modificación se dirige, acuerdo que limita, con toda lógica, el concepto de buque a las embarcaciones con cubierta, propulsión propia, cierta capacidad de carga e idóneas para travesías de entidad, lo que excluye las planeadoras o lanchas motoras.<sup>373</sup>

Ciertamente es frecuente el uso de nodrizas y lanzaderas o planeadoras con el fin de acercar la droga a las costas,<sup>374</sup> pero para alcanzar a estos medios de transporte marítimo “utilizados comúnmente”,<sup>375</sup> que dificultan la persecución del narcotráfico, no era necesaria una agravación tan cualificada,<sup>376</sup> por lo que la reforma es “materialmente improcedente”,<sup>377</sup> sobre todo porque no sólo quedan abarcadas estas embarcaciones sino muchas otras,<sup>378</sup> se equipara un gran buque a un pequeño bote, “exceso”<sup>379</sup> que conviene descartar a través de una interpretación restrictiva que exija que los medios de transporte destinados espe-

<sup>357</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 705; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, p. 373.

<sup>358</sup> Véase Álvarez García, F.J., “El culpable participare en otras actividades...”, *cit.*, pp. 173 y 174.

<sup>359</sup> Véase Acale Sánchez, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 189-192; Gallego Soler, J.I., *Los delitos de tráfico de drogas*, *cit.*, pp. 206-210.

<sup>360</sup> Véase Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 953.

<sup>361</sup> Acale Sánchez, M., *op. cit.*, p. 189.

<sup>362</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 686.

<sup>363</sup> Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 973.

<sup>364</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34.

<sup>365</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1073.

<sup>366</sup> *Idem.*

<sup>367</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 371.

<sup>368</sup> *Idem.*

<sup>369</sup> Véase Preámbulo, XXIV, párrafo tercero.

<sup>370</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 315.

<sup>371</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34, nota 131.

<sup>372</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1331, marginal 15245, que cita diversas sentencias del Tribunal supremo.

<sup>373</sup> Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 814; Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 35; Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 371; Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 983; Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 686; Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 315; Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 426.

<sup>374</sup> Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1074.

<sup>375</sup> Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1430; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 10.

<sup>376</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 686.

<sup>377</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34, nota 131.

<sup>378</sup> Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, pp. 371 y 372.

<sup>379</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 426.

cialmente al narcotráfico<sup>380</sup> entrañen “una mayor potencialidad lesiva para la salud pública”.<sup>381</sup> En otro caso la literalidad del término embarcación alcanzaría a una “barca de remos”<sup>382</sup> y si a ello le unimos otro problema anterior, la construcción alternativa de la agravante, que permite una irracional apreciación en el transporte de pequeña cantidad,<sup>383</sup> resultaría que al esforzado marinero que, ante la carestía actual del combustible, lleva remando en un bote, desde la costa hasta las Islas Cíes, una “papelina” de “coca” a un campista, el Estado le amenaza con una prisión de

hasta trece años y medio en vez de seleccionarlo para el equipo olímpico de remo por su proeza.

En suma, la reforma de 2010 da a la regulación sobre drogas del Texto punitivo español “una de cal y otra de arena”, puesto que embellece la pared maestra de nuestra reacción penal contra la droga con la reluciente cal de las atinadas modificaciones operadas en los artículos 368 y 369, pero también deja una áspera mano de arena en ese rugoso muro, con las reformas de los artículos 369 bis y 370, que provoca fricciones con principios penales básicos.

---

<sup>380</sup> Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 35.

<sup>381</sup> *Idem.*

<sup>382</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 686.

<sup>383</sup> Véase Landrove Díaz, G., *op. cit.*, p. 102.





## Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica\* \*\*

Donato Castronuovo

Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia

Revista Penal México, núm. 2, julio-diciembre de 2011

**RESUMEN:** *El presente trabajo estudia la relevancia de los “hechos psíquicos” en el ámbito concreto del concurso de personas. Se ciñe el estudio a aquellos hechos psíquicos encuadrables en el ámbito del concurso moral analizando los diferentes problemas que se suscitan al respecto y especialmente en relación con la prueba.*

**PALABRAS CLAVE:** *Hechos psíquicos, concurso de personas, concurso moral.*

**ABSTRACT:** *The present article studies the relevance of “psychological facts” in the specific sphere of multiple participation. The study focuses on those psychological facts which can be accommodated within the sphere of moral participation, analysing the different problems arising in this respect, particularly regarding evidence.*

**KEYWORDS:** *Psychological facts, multiple participation, moral participation.*

**SUMARIO:** *1. Introducción. 2. El concurso moral como “hecho psíquico”. 3. La causalidad psíquica: ¿un paradigma incierto pero necesario?*

\* Texto revisado y con actualización de las notas, de la ponencia presentada en el congreso: *La prova dei fatti psichici*, Pisa, 9-10 mayo 2008, destinado al volumen que recoge las actas. La traducción del italiano ha sido realizada por Paz Francés Lecumberri, doctoranda en Derecho Penal en la Universidad Pública de Navarra.

\*\* En esta traducción se ha querido respetar la terminología propia del legislador italiano en materia de autoría, prescindiendo del concepto de “participación” y manteniendo el de “concurso de personas”, siendo el concepto que utiliza el *Codice Penale Italiano* recogiendo en el Capítulo III del Título las disposiciones relativas al “Concurso de personas en el delito”. El legislador italiano mantiene, por tanto, una concepción unitaria de autoría por lo que se entenderá que hay un concurso de personas en el delito cuando, por un lado, éste se cometa por una pluralidad de personas —siendo esto lo que caracteriza al concurso de personas— y se lleve a cabo un hecho típico y antijurídico y, por último, exista una contribución causal entre el hecho y cada uno de los sujetos, la cual será individualizada por el juez en el caso concreto.

### 1. Introducción

I. La noción de “hechos psíquicos”, aunque sea en el más limitado contexto del concurso de personas posee una amplitud y un peso específico respetables.<sup>1</sup>

En ésta pueden estar incluidos contenidos muy heterogéneos.

Son o pueden ser entendidos como hechos psíquicos, por ejemplo: algunos perfiles cognitivos y volitivos del elemento subjetivo doloso o culposo de los concurrentes; el conocimiento y voluntad de concurrir en el hecho delictivo realizado por otros. Pero es también hecho psíquico, en una acepción amplia, el hecho de la interacción psíquica entre el partícipe moral y el partícipe material (determinación, fortalecimiento, consejo técnico), así como el encuentro de la voluntad de los partícipes (acuerdo).

El análisis que sigue estará limitado a esta última tipología de hechos psíquicos, o a aquéllos encuadrables en la hipótesis de interacciones relevantes e identificables en el universo del concurso moral, con el intento de aportar luz a los perfiles problemáticos apreciables también en el plano de la prueba.

La elección selectiva es dictada sobre todo —aparte de por razones de síntesis— por los aspectos realmente peculiares que la prueba de los efectos psíquicos de la interacción posee en el ámbito más general de los perfiles subjetivos del fenómeno de la participación criminal.

### 2. El concurso moral como “hecho psíquico”

I. Como ha sido apuntado, el concurso moral presenta, entre otras, delicadísimas cuestiones de orden probatorio, referidas a la averiguación de los “fenómenos psíquicos” ligados a la interacción entre varios sujetos; es decir, no con referencia a la relación entre una conducta y un resultado (como datos externos, material y naturalísticamente apreciables sobre el plano físico, fisiológico o biológico); sino a la relación (a grandes rasgos) entre conductas de sujetos diversos, una de las cuales —aunque de por sí atípica— es considerada penalmente relevante en el momento en que se postule alguna influencia de ésta sobre el proceso de decisión del agente principal.

Los fenómenos psíquicos de los que se discute consisten en los efectos motivacionales producidos sobre la psique del concurrente por la *instigación*, relevantes —cuando ésta sea acogida por el sujeto instigado— bajo la forma de determinación o de refuerzo del propósito criminal ajeno; o en los efectos vinculados con el encuentro de las voluntades que se realiza, en condiciones de “reciprocidad comunicativa”, con el *acuerdo criminal*; o, también, en los efectos cognitivos apreciables en términos de mayores conocimientos, obtenidos por el ejecutor material que es destinatario de un *consejo o información* de orden técnico.

II. Una precisión, aunque obvia. Tanto el acuerdo criminal como la instigación aceptada, implican siempre “hechos psíquicos” derivados de relaciones de interacción subjetiva, incluso cuando permanecen ajenos al fenómeno concursal, porque no son seguidos de la comisión del delito: son los casos en los que el acuerdo y la instigación pueden valer mucho como presupuesto para la aplicación de una medida de seguridad, según exige el artículo 115 de nuestro código penal (CP).

Ligeramente diversa, sin embargo, es la hipótesis de provocación aceptada, la cual —si concierne a un delito— también puede llevar a (conllevar) los efectos del artículo 115 CP, pero no implica la producción de un hecho psíquico posterior respecto a la mera no aceptación (en el sentido de que se puede de todos modos prescindir del proceso motivacional que ha llevado al instigado a no aceptar la instigación), consistiendo en una suerte de “tentativa de instigación psíquica”.

Desde el punto de vista de la estructura fenomenológica (y de su traducción en la lógica del sistema normativo), las variables son las siguientes:

i) En la hipótesis de provocación acordada, estamos ante una interacción carente de efectos psíquicos posteriores y jurídicamente relevantes: el hecho exterior con objetivo significado instigatorio es *per se* lo que determina la posible aplicación de la medida de seguridad.

ii) En los casos de acuerdo criminal y de provocaciones aceptadas pero no seguidas de la comisión del delito, la instigación se limita a producir un resultado psíquico que se caracteriza por su influencia

<sup>1</sup> Sobre la “variedad” y sobre el “rol fundante” del elemento subjetivo concursal, véanse las reflexiones de Ardizzone, “In tema di aspetto subiettivo del concurso di persone nel reato”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, RIDPP, 1995, pp. 51 y ss., en particular pp. 55-56.

sobre el proceso de decisión relativo a la asunción del propósito criminal, que después no ha sido puesto en práctica.<sup>2</sup>

iii) Finalmente, únicamente en los casos de interacción psíquica seguida de la comisión de un delito —aquellos en que se configura un posible concurso de personas bajo la forma de la participación moral—, la estructura etiológica, como veremos, se presenta mucho más compleja, articulándose en un *doble resultado*: el efecto interno de naturaleza psíquica y el consiguiente hecho ofensivo exterior.<sup>3</sup>

III. La evocada delicadeza de las cuestiones que el tema conlleva, especialmente puesto en términos de averiguación de estos hechos de interacción psíquica, ha crecido desde una consideración pragmática traída de la realidad práctica.

El concurso moral es, de hecho, una categoría tan huidiza cuanto dotada de tendencia expansiva, mostrándose propenso a “canibalizar” las formas de participación “atípica” —y los respectivos mecanismos de imputación— en varias constelaciones de casos que presentan caracteres (si bien entre ellos heterogéneos) de interacción.

La presencia inactiva en el lugar del delito y la connivencia mediante “adhesión moral”,<sup>4</sup> las contribuciones no necesarias, inútiles o contraproducentes;<sup>5</sup>

algunas formas de “participación del *extraneus*” en asociación criminosa;<sup>6</sup> la responsabilidad de los jefes o dirigentes de organizaciones criminales por los delitos de mera actividad;<sup>7</sup> todas éstas —aquí apenas mencionadas— son hipótesis en las que, injustamente o con razón, la categoría del concurso moral ha terminado a veces por jugar un rol decisivo, cuando no exclusivo, en la eventual afirmación de la responsabilidad con referencia a la realización de contribuciones atípicas.

IV. Como es notorio, en la elaboración jurisprudencial y doctrinal se tiende prevalentemente a reconducir el concurso moral al paradigma causal, a través del argumento de la denominada *causalidad psíquica o psicológica*.

Un fenómeno, sin embargo, el de la causalidad o interacción psíquica que, aunque a menudo circunscrito a la participación moral, se entiende no limitado al contexto del concurso de personas, asumiendo importancia decisiva también para las cuestiones surgidas en torno a los *condicionamientos psíquicos*;<sup>8</sup> o como requisito central de varios tipos penales, fundados sobre el elemento de la *instigación*, de la *determinación*, de la *inducción* o, eventualmente, también de la *constricción* o de la *amenaza* (así, por ejemplo, la instigación a delinquir o al suicidio, el fraude, el

<sup>2</sup> Más exactamente, cuando se trata de acuerdo criminal, el efecto psíquico no será naturalísticamente “único”, sino más bien “unitario” desde el punto de vista de su significado (normativo) global, en función del carácter de necesaria reciprocidad del encuentro de la voluntad de varios sujetos que es típico del acuerdo mismo.

<sup>3</sup> Véase *infra*, § 2.V.

<sup>4</sup> Véanse, por ejemplo, las referencias jurisprudenciales referidas por: Romano, Grasso, *Commentario sistematico del Codice Penale*, vol. II, 3ª ed., Milán, 2005, p. 172; Coco, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Nápoles, 2008, pp. 20-32, distinguiendo, más analíticamente, las hipótesis (analizadas en sentido crítico) de mera presencia, de adhesión evidente, de adhesión implícita, de promesa de silencio (*cf.* también *ibidem*, pp. 255-258).

<sup>5</sup> Sobre las condiciones de “convertibilidad” de la contribución material inútil o dañosa en una hipótesis de participación moral, véase, en síntesis: Fiancada y Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, 5ª ed., Bolonia, 2007, p. 463; Mantovani, *Diritto Penale. Parte generale*, 5ª ed., Padua, 2008, p. 510.

<sup>6</sup> El concurso externo como forma de participación moral resulta, como se sabe, más fácilmente admisible por la doctrina y por la jurisprudencia que la de tipo material. Piénsese en el ejemplo tomado de Romano, Grasso, *Commentario sistematico del Codice Penale, op. cit.*, p. 186, del jefe de la mafia “en descanso”, ajeno al pacto que induce al hijo a asumir un rol directivo en el seno de una asociación criminal. No obstante, como la controvertida evolución jurisprudencial de la figura del concurso externo ha demostrado, las superposiciones entre participaciones materiales y morales pueden generar una notable confusión: como parece evidente, por ejemplo, en el caso en que se considera que la conducta del *extraneus* “determine en los exponentes del pacto la conciencia de poder contar con seguridad con el aporte de un sujeto [...] cualificado [...]”, con la consecuencia de que “un efecto así constituye *per se* un indiscutible refuerzo de la estructura asociativa” (así, Sesión Unida de Casación, audiencia del 30 de octubre de 2002, depósito del 21 de mayo de 2003, n. 22327, Carnevale, en *Cassazione Penale*, 2003, pp. 3276 y ss., especialmente p. 3297). Sobre el punto, también para referencias actualizadas, véase Coco, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico, op. cit.*, pp. 39-54.

<sup>7</sup> Véase, una vez más, la exposición de Romano, Grasso, *Commentario sistematico del Codice Penale, op. cit.*, pp. 198-201 (en particular, n.m. 136), así como las referencias desarrolladas en Papa, “Concorso di persone nel reato”, en Giunta (coord.), *Dizionario sistematico di Diritto Penale*, Milán, 2008, pp. 316 y ss.

<sup>8</sup> Con referencia a los condicionantes psíquicos (y a la tutela de la persona), extensamente en: Usai, *Profili penali dei nuovi condizionamenti psichici. Riflessioni sui problemi penali posti dalla fenomenologia dei nuovi movimenti religiosi*, Milán, 1996; y Cornacchia, “Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali”, en Canestrari y Fornasari (coords.), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bolonia, 2001, pp. 187 y ss.

engaño de incapaces, la concusión, la extorsión, la violencia privada, etc.); o, por último, como momento motivacional que fundamenta el efecto eximente vinculado con la *coacción moral* (art. 54, apartado 3, CP) y la atenuación o exclusión de la pena en las diversas figuras reconducibles a la *provocación* (art. 61, n. 2; art. 599, apartado 2, CP).<sup>9</sup>

V. De otra parte, la denominación que frecuentemente se utiliza, centrada sobre la causa psíquica, podría parecer confusa.

Lo que caracteriza como “hecho psíquico” al fenómeno en examen no depende de la naturaleza del comportamiento individualizado como antecedente de una determinada conducta típica, sino del tipo de resultado fruto de la interacción entre al menos dos sujetos: el *resultado psíquico*, o sea, la consecuencia intermedia —de naturaleza psicológica— consistente en la decisión por parte del sujeto *A* de comportarse de una determinada manera, como consecuencia del influjo ejercitado por la conducta mantenida por el sujeto *B*.<sup>10</sup>

En definitiva, la denominada causalidad psíquica evoca una relación de estructura compleja (es decir, de varios “términos”), y puede ser esquemáticamente representada como sigue: una conducta de valor *comunicativo* mantenida por *B* (por ejemplo la incitación a golpear a un sujeto o el consejo sobre cómo introducirse en un sistema informático, o la entrega de un objeto escaso)<sup>11</sup> adopta importancia en el proceso de decisión (de por sí apreciable en la medida

de resultado psíquico intermedio) que llevará a *A* a la realización de una conducta ejecutiva (respectivamente: pegar un puñetazo, introducirse en un sistema informático siguiendo la secuencia sugerida, o forzar una puerta con el auxilio del objeto de difícil adquisición proporcionado por *B*).

Obviamente, una estructura compleja de varios términos se encuentra fácilmente también en las hipótesis de la denominada causalidad material, al menos todas las veces en que sea heurísticamente apropiada una explicación de la relación causal mediante la identificación de resultados intermedios o subresultados.

La particularidad del fenómeno aquí estudiado viene dada, entonces:

i) por la necesaria presencia de un resultado intermedio;

ii) y, sobre todo, por la naturaleza de tal resultado intermedio al referirse al proceso motivacional que está en la base de una futura conducta de un sujeto, se tratará de un resultado psíquico (o interno).<sup>12</sup>

Pero, claro —también argumentando sobre la base de la regla contenida en el art. 115 CP—, no será nunca suficiente la producción de un mero efecto intermedio de naturaleza psíquica, requiriéndose la necesaria verificación del *resultado final*: el momento terminal de la secuencia causal en cuestión estará siempre representado por el *hecho ofensivo* realizado por el sujeto *A* (al menos en la forma mínima de la tentativa del delito).<sup>13</sup>

<sup>9</sup> En la misma latitud de la noción de causalidad psíquica en el Derecho Penal —además de, más en general, para una consideración actualizada de las cuestiones por ésta implicadas— véanse los siguientes artículos de: Cornacchia, “Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali”, *op. cit.*, pp. 198-223; Ronco, “Le interazioni psichiche nel Diritto Penale: in particolare sul concorso psichico”, *Indice Penale*, 2004, pp. 815 y ss. (en particular pp. 818-820); y Risicato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Turín, 2007, *passim* (en particular pp. 8 y ss., 38 y ss., 42 y ss.).

<sup>10</sup> Cfr. Cornacchia, “Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali”, *op. cit.*, p. 199: “más que de causa, se debería hablar del resultado psíquico de una conducta” (cfr., además, *ibidem*, p. 222).

<sup>11</sup> Obviamente —sin poder aquí profundizar mínimamente—, en el ámbito interpersonal un valor “comunicativo” dotado de sentido bien puede serle reconocido también a conductas o comportamientos *diversos* de aquéllos consistentes en la manifestación de expresiones lingüísticas: por ejemplo, en consideración del contexto concreto en que se presentan, también la actitud, la gestualidad, la entrega de un objeto o el cumplimiento de cualquier conducta por parte de un sujeto podrían asumir significado comunicativo *lato sensu* instigatorio, allí donde produzcan efectos psíquicos correspondientes sobre otro agente.

<sup>12</sup> En general sobre la noción de “subresultado” o “resultado intermedio”, en relación con un “resultado final primario”, véase a propósito de la explicación causal: Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel Diritto Penale*, Milán, 1975; reimpresión integrada, Milán, 1990, pp. 268 y ss.; y con referencia a la estructura preventiva de las reglas cautelares: Forti, *Colpa ed evento nel Diritto Penale*, Milán, 1991, pp. 488 y ss. En nuestro contexto de discurso, una descripción de la participación moral como fenómeno articulado en el mencionado *doble pasaje etiológico* se encuentra muy claramente, entre otros, en Seminara, “Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, pp. 1126 y ss., dando relevo a la “serie continua” (entre “dos resultados”, es decir, aquello consistente “en la causación del propósito criminal en cabeza del sujeto instigado” y aquel consistente “en la ejecución que sea conseguida por parte del instigado mismo”). Sobre este “doble resultado” se pueden ver, también, entre otros: Marinucci, Dolcini, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milán, 2006, p. 359; Papa, “Concorso di persone nel reato”, en Giunta (coord.), *Dizionario*, *op. cit.*, p. 315.

<sup>13</sup> Pone decididamente el acento sobre el hecho lesivo, como segundo término de la relación causal típica de la participación moral Donini, “La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui”, *Rivista Italiana di Diritto Penale*, RIDPP, 1984, p. 224 y ss., subrayando la necesidad de que la conducta instigatoria posea “un ligamen etiológico *con el hecho lesivo*, en vez de únicamente *con la esfera psíquica* del ejecutor”. [Cursivas en el original.]

### 3. La causalidad psíquica: ¿un paradigma incierto pero necesario?

I. Hechas estas precisiones de orden más general, volvamos al problema central de las hipótesis de interacciones psicológicas relevantes en el concurso de personas, o sea en el contexto en el que la categoría de la causalidad psíquica ha conocido el mayor desarrollo argumentativo.<sup>14</sup>

Según el modelo de la causalidad psíquica, serían consideradas “relevantes” exclusivamente aquellas *contribuciones morales* acaecidas sólo en la fase de

ideación (o, según otra versión, también durante la fase ejecutiva) sin las cuales el hecho típico, realizado por el autor principal, no se habría verificado.

Se discute, después, si se trata de un modelo de causalidad realmente fundado sobre el criterio de la *condicio sine qua non*<sup>15</sup> o sobre un criterio que si bien es causal, no es necesariamente condicional.<sup>16</sup> No obstante, como es sabido, se trata de distinciones y disputas concernientes al plano más general de los criterios de tipificación de la contribución “atípica” en el concurso de personas, sea material o moral.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> A pesar de que no faltan reconstrucciones más generales o relativas a sectores diversos al de la participación, también en la elaboración doctrinal y jurisprudencial alemana el problema de la *Psychische Kausalität* parece tratarse principalmente con referencia a las figuras de participación y, en particular, de la instigación (§ 26 StGB: Anstiftung) y de la complicidad (§ 27 StGB: Beihilfe). De todos modos, sobre la causalidad psíquica más en general, véanse con diferentes planteamientos: Engisch, “Das Probleme der psychischen Kausalität beim Betrug”, en F.S.H. von Weber, Bonn, 1963, pp. 247 y ss.; Kahrs, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Hamburgo, 1968, pp. 22 y ss.; Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt, 1972, pp. 183 y ss.; Bernsmann, “Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Recht”, en *ARSP*, 1982, pp. 536 y ss.; Koriath, *Kausalität: Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Gotinga, 1988, *passim*; Kahlo, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei den unechten Unterlassungsdelikten. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafrechtlichem Begriff*, Berlín, 1990, pp. 39 y ss.; Otto, “Die objektive Zurechnung eines Erfolgs im Strafrecht”, *Jura*, 1992, pp. 90 y ss.; Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, Berlín, 1996, pp. 29 y ss.; Jescheck y Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., Berlín, 1996, p. 694; Osnabrügge, *Die Beihilfe und ihr Erfolg. Zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB*, Berlín, 2002, pp. 159 y ss.; Puppe, “Vorbemerkungen zu § 13”, en Kindhäuser, Neumann y Paefßen (coords.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, vol. I, 2ª ed., Baden-Baden, 2005, n.m. 125 y ss., pp. 363 y ss.; Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre*, 4ª ed., München, 2006, § 11, n.m. 31 s., pp. 364 y ss. (la causalidad psíquica en general); Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, § 26, n.m. 197 y ss., pp. 198 y ss. (causalidad psíquica y *Beihilfe*); Lenckner y Eisele, “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, en Schönke y Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., München, 2006, n.m. 75, p. 184; Cramer y Heine, “§ 27”, en Schönke y Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., München, 2006, n.m. 12, pp. 554 y ss. Reseñas sobre la literatura alemana en cuestión, cuidadas y puestas al día, se pueden encontrar en las contribuciones de Cornacchia, “Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali”, *op. cit.*, pp. 199 y ss.; Ronco, “Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico”, *loc. cit.*, pp. 821 y ss.; 834 y ss. Para la literatura de lengua inglesa es obligatorio hacer referencia, al menos, al celebre estudio de H.L.A. Hart y T. Honoré: Hart y Honoré, *Causation in the Law* (1959), 2ª ed., Oxford 1985, pp. 51 y ss. *Cutor vs. Jelicic*, *supra* nota 15, párrafo 70.

<sup>15</sup> Se trata de la opinión tradicionalmente dominante en la doctrina y, al menos en las declaraciones de principio, en la jurisprudencia. Para una argumentada reproposición, en la literatura reciente, Romano y Grasso, *Commentario sistematico del Codice Penale*, *op. cit.*, pp. 169 y ss. (causalidad en la participación moral), pp. 163 y ss. (causalidad en la participación material); *cfr.*, además, Romano, *Commentario sistematico del Codice Penale*, vol. I, 3ª ed., Milán, 2004, p. 367 (causalidad psíquica en general). La necesidad de remitir a un “modelo nomológico-deductivo” —aun no escondiendo la dificultad del paradigma condicional en los contextos de interacción psíquica— es reafirmada, por ejemplo, también por Mormando, “Il concorso di persone nel reato”, en Ronco (dir.), *Commentario sistematico al Codice Penale*, vol. 2, t. II, *Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, Bologna, 2007, p. 128. Para la literatura anterior, es necesario mencionar al menos a Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel Diritto Penale*, *op. cit.*, pp. 102-107: “también para los denominados influjos psíquicos [...] sigue siendo válida la afirmación de que un antecedente es causal sólo si es condición *sine qua non*, y que el condicionamiento no puede ser verificado sin la ayuda de generalizaciones adecuadas”. Según el insigne autor (*ibidem*, pp. 313 y ss.) —que sobre este punto reenviaba al pensamiento del filósofo de la ciencia Ernest Nagel (Nagel, *The Structure of Science: Problems in the Logic of the Scientific Explanation*, Indianapolis, Cambridge, 1961, pp. 473 y ss.)— tales generalizaciones tienen carácter probabilístico, fundándose sobre leyes estadísticas: “afirmarán, por ejemplo, que la mayor parte de los hombres, o que un importante porcentaje de ellos, se comporta, en determinadas circunstancias, de un determinado modo”. *Cfr.*, entre otros: Fiandaca y Musco, *Diritto Penale, Parte generale*, *op. cit.*, pp. 502 y ss.; Pulitanò, *Diritto Penale*, 2ª ed., Turín, 2007, pp. 466 y ss.

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, últimamente, Riscicato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, *op. cit.*, pp. 14 y ss., 21, quien distingue entre *determinación* e *instigación-refuerzo*. Según la autora, únicamente respecto a la determinación se daría la posibilidad de individualizar un nexo causal efectivo de naturaleza condicional, basado sobre leyes “sociales” de cobertura: la referencia llevaría al comportamiento “normalmente” idóneo para incidir sobre la capacidad de determinación ajena, condicionándola. En cambio, por lo que respecta a la instigación-reforzamiento, en cuanto a conducta accesorias, ésta podría ser casual, pero no condicional respecto a la verificación del resultado-delito: se deberá comprobar, entonces, que la incitación, el consejo o la promesa de ayuda han tenido una efectiva incidencia sobre las modalidades de realización concretas del delito.

<sup>17</sup> Síntesis eficaces y actualizadas de este problema “neurálgico” de teoría del concurso de personas en: Amati, E., “Concorso di persone nel reato”, en *Dizionario di Diritto pubblico*, vol. II, Milán, 2006, pp. 1177 y ss.; Mormando, “Il concorso di persone nel reato”, *op. cit.*, pp. 120 y ss.; Musco, “Art. 110”, en Crespi, Forti y Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, 5ª ed., Padua, 2008, pp. 417 y ss.; Papa, “Art. 110”, en Padovani (coord.), *Codice penale*, vol. I, 4ª ed., Milán, 2007, pp. 755 y ss.; *id.*, “Concorso di persone nel reato”, en Giunta (coord.), *Dizionario*, *op. cit.*, pp. 311 y ss. Para un estudio monográfico actualizado, véase Coco, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, *op. cit.*, *passim*.

De cualquier manera, según los sustentadores de la causalidad psicológica, para obviar los problemas de *prueba diabólica*, para llegar a la comprobación de los efectos de la interacción psíquica sobre el plano motivacional, sería necesario aplicar los criterios de generalización nomológica o las máximas de la experiencia, postulando así la posibilidad de descubrimiento de las “regularidades” y de definir tales fenómenos de acuerdo con los “hechos repetibles” y, por tanto, procesalmente hechos pertenecientes a la “lógica de los hechos probables”.

II. Según otras opiniones, en cambio, la utilización del modelo condicional o en todo caso causal (en absoluto inmune a perfiles altamente problemáticos ya en el terreno del concurso material), también para explicar la participación moral, termina por reducirse a una “ficción jurídica”, puesto que impone postular (¡y por tanto comprobar!) una suerte de *condición psíquica* o cuando menos un antecedente

etiológico influyente sobre el proceso motivacional del partícipe.

La crítica al dogma causal se desarrolla según los ahora ya habituales argumentos. El paradigma nomológico de tipo causal-condicional —más allá de sus dificultades epistemológicas, denunciadas ya en el plano de la física o de la biología o de la fisionomía— no estaría en condiciones de explicar la etiología de las consecuencias de las conductas instigatorias, o en todo caso de conductas capaces de generar procesos de interacción psíquica que desembocan en efectos de determinación o refuerzo del propósito de realizar un hecho delictivo.

En cuanto procesos psicológicos que se desarrollan completamente *en el interior* del sujeto instigado, y en cuanto *irrepetibles*, o sea, no necesariamente reducibles a secuencias dotadas de regularidad, tales mecanismos parecen indemostrables, no susceptibles por tanto ni de una averiguación científica ni de una prueba procesal.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Cfr. para referencias, de nuevo, Canestrari, Cornacchia, De Simone, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2007, pp. 720 y ss. En sentido contrario a la utilización del concepto de causalidad psíquica, o en todo caso a la extensión del paradigma causal a las hipótesis del concurso moral (al menos como *paradigma único*), en la literatura reciente, entre otros: Sereni, *Istigazione al reato e autoreponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padua, 2000, pp. 138 y ss., 141 y ss., 193 y ss. Quien coloca junto al nivel de la imputación causal el “riesgo jurídicamente tolerado en la comunicación”, recavando los límites de relevancia penal de la instigación del principio de autorresponsabilidad; Cornacchia, “Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali”, *op. cit.*, pp. 199 y ss. (quien sintetiza los argumentos contrarios a la asimilación entre causa material y causa psíquica reclamando los caracteres de la *irrepetibilità* e *inerinidad* de los fenómenos psíquicos y de la no predeterminabilidad de las acciones humanas: *ibidem*, pp. 200 y ss.); De Francesco, G.A., “Concorso di persone nel reato”, en AAVV, *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Turín, 2001, pp. 335 y ss.; Di Giovine, “Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, p. 679; EAD, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Turín, 2003, pp. 303-306; Padovani, “La concezione finalistica dell’azione e la teoria del concorso di persone nel reato”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2003, p. 405 (“la causalidad ‘psíquica’ es en realidad hija de una psicología indeterminada de la que ya ha pasado el tiempo, si es que alguna vez lo ha habido, y que sobrevive solamente en las páginas de algún manual penal o de alguna sentencia proclive a motivar recurriendo a *tópoi* conceptuales gastados y extravagantes”); Ronco, “Le interazioni psichiche nel Diritto Penale: in particolare sul concorso psichico”, *loc. cit.*, pp. 815 y ss., en particular pp. 834 y ss., 843 y ss. Este último autor —que afirmada la irreductibilidad de las relaciones psíquicas interpersonales al paradigma de la descripción mediante “leyes”— propone el abandono de la causalidad psíquica y una reconstrucción de la figura del concurso moral sobre la base de un acercamiento “funcional” y *ex ante*, que (declaradamente) considera necesarios (y suficientes) los mismos requisitos de punibilidad de la tentativa: la intencionalidad, la idoneidad y la univocidad (*ibidem*, pp. 845 y ss.). De modo que la coparticipación psíquica postularía, “sobre el plano subjetivo, la intencionalidad de la ofensa consumada por el autor material” (*ibidem*, p. 849); “sobre el plano objetivo”, no sólo la congruencia y proporción entre el mensaje comunicado al ejecutor y la ofensa (*ibidem*, p. 846), sino también “la dirección no equívoca de los actos atípicos respecto a aquellos ejecutivos, en el sentido de que los primeros deben presentarse funcionalmente como medios respecto de los segundos” (*ibidem*, p. 849). En perspectiva de reforma, véanse, por el contrario, las observaciones de Donini, “Il concorso di persone nel Progetto Grosso”, en *id.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padua, 2003, pp. 333 y ss., el cual —considerando un “falso dilema” el del mantenimiento del unitario paradigma causal o su integral abandono— propone establecer junto al paradigma principal de tipo etiológico (entendido como causalidad respecto al resultado o a la consumación y no únicamente respecto a la ejecución o realización) algunas soluciones diferenciadas —válidas en particular para la facilitación y la instigación— que recurran a la “tipificación legal” de “singulares formas de participación mediante conductas no causales respecto al resultado”. Según el autor, la “razón sustancial de la relevancia de las contribuciones psíquicas no consiste en el tener efectivamente una eficacia sobre el delito cometido, ni en el ser conductas de adhesión, sino en una efectiva incidencia del acto sobre la *decisión* que ha hecho posible la actividad ejecutiva y el resultado [...] o bien su incidencia sobre aspectos significativos de la organización general del delito [...]. Se trata [...] de reconocer lúcidamente que determinadas aportaciones, pero sólo éstas, son relevantes incluso prescindiendo de la prueba de su incidencia sobre la fase ejecutiva o sobre la consumación: son formas típicas de participación”; en resumen, se trataría de “excepciones” respecto al paradigma etiológico, que serían sin embargo tipificadas por el legislador (*ibidem*, pp. 336 y ss.). La solicitud de tipificación no puede sino ser compartida. Se puede sólo observar —pero se trata de una circunstancia obvia— que el problema de la comprobación de una interacción (*ergo* de una causalidad) psíquica, aunque en parte desdramatizado, se volvería a presentar, también en presencia de la mejor técnica de tipificación de las hipótesis de concurso moral: sería necesario en todo caso verificar la incidencia efectiva del comportamiento de un sujeto sobre el *resultado interno* consistente en la “decisión” que está en la base de una futura actividad ejecutiva llevada a cabo por otro sujeto. Lo que representa precisamente, como se ha visto, el modo correcto

Una dificultad posterior—esta vez de orden, por decirlo así, “normativo”—atañería, ahora, al hecho que la así llamada causalidad psíquica viene referida, por lo general, a la hipótesis de interacción entre sujetos “autorresponsables”: se supone que el comportamiento del instigador desarrolla sus influjos condicionando la decisión tomada por un autor capaz de comprender el significado del propio proceder y al que será reconducible, materialmente, la sucesiva conducta.<sup>19</sup>

III. Sin embargo, no obstante este “déficit epistemológico” (y, en parte, como se acaba de apuntar, también “normativo”), la fórmula de la causalidad psíquica—es decir, la explicación de las interacciones psíquicas mediante extensión del modelo causal—obtiene un cierto éxito jurisprudencial y doctrinal.

Seguramente, sea un éxito del dogma causal,<sup>20</sup> y, quizá, también un legado del ontologismo metafísico de sello aristotélico, fundado sobre el concepto de *causa eficiente*.<sup>21</sup>

Por otro lado, un peso no desdeñable en esta—a veces problemática o poco convincente—adhesión al dogma causal podría ser el argumento pragmático

orientado a las consecuencias en el plano aplicativo, donde por razones garantistas la disponibilidad de modelos explicativos separados del paradigma etiológico parece poco tranquilizadora.<sup>22</sup>

Pero también al querer asumir sobre el tema de las interacciones psíquicas una posición “posibilista” en orden a la posibilidad de identificar un estatuto causal—quizá fundado más sobre generalizaciones probabilísticas del sentido común que sobre (por lo demás inaccesibles) criterios de probabilidad científica—, no puede dejar de evidenciarse la elevada tasa de incertidumbre de toda esta operación.<sup>23</sup>

Por último, tampoco las soluciones orientadas a sustituir el paradigma causal, recurriendo a mecanismos de pronóstico de la imputación basados en la idoneidad o peligrosidad *ex ante* de la contribución (material y moral),<sup>24</sup> consiguen librarse—¿y cómo podrían?—de la lógica común “etiológica” que liga, inseparablemente, los conceptos de causa y de peligro.<sup>25</sup>

Si así es, al menos *de lege lata*, el paradigma causal se muestra, al mismo tiempo, débil pero necesario; ineludible, si bien incierto.

---

de describir la estructura del fenómeno de la interacción psíquica en el concurso de personas, que permanece centrado sobre la identificación de un doble resultado: un resultado interior influyente sobre el proceso motivacional del sujeto instigado, seguido del resultado ofensivo puesto en práctica por este último (*cf. supra*, § 2. V). Si se introdujese una tipificación expresa de las conductas de instigación, estos dos resultados deberían ser de todas formas verificados, incluso cuando se decidiese prescindir de un ligamen condicional entre ellos.

<sup>19</sup> *Cfr.* Riscicato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, *op. cit.*, pp. 7 y ss.; Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 304. Sobre este punto, más ampliamente Sereni, *Istigazione al reato e autoreponsabilità*, *op. cit.*, 138 y ss., 193 y ss. (*y passim*).

<sup>20</sup> Para una crítica decidida al dogma causal, De Francesco, G.A., “Concorso di persone nel reato”, *op. cit.*, p. 330, quien indica como “equivocación de fondo” que se incurre en la teoría del concurso de personas el obstinarse en reproducir en formas diversas las categorías estructurales propias del delito monosubjetivo: en particular, “el esquema conceptual y el ‘arquetipo’ ” original puesto en la base de la categoría lógica de la ‘causalidad’ ”. *Cfr.* también, *Id.*, “Sul concorso di persone nel reato”, *Studium iuris*, 1998, pp. 732 y ss. Véase, además, Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Turín, 2004, pp. 6 y ss. (*y passim*).

<sup>21</sup> Así Canestrari, Cornacchia y De Simone, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, *op. cit.*, pp. 720 y ss. Véase también Cornacchia, “Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali”, *op. cit.*, pp. 205, 211, 220 y ss.

<sup>22</sup> Sin embargo, en un sentido crítico sobre este punto metodológico, Ronco, “Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico”, *loc. cit.*, pp. 831 y ss., quien observa cómo el rechazo de las minoritarias reconstrucciones contrarias a la causalidad psíquica se ha concentrado especialmente sobre el aspecto de las aparentes “consecuencias operativas”, “como si fuese posible discutir sobre la validez de cualquier tesis científica prescindiendo de su valor epistemológico y de su no contradicción sobre el plano lógico” (*cf.* también *ibidem*, pp. 843 y ss., donde se mantiene, por el contrario, que es el instituto de la causalidad psíquica el que obra de modo no garantista). La cuestión evocada por el autor es, como se ve, de orden general y de relevancia metodológica, y no puede ser aquí abordada. Sin embargo, sin obviamente poder nunca prescindir del intrínseco valor lógico-epistemológico de las tesis elaboradas, aquellas que nos ocupan, en cuanto *jurídicas*, son peculiares también por el contexto discursivo en que se colocan, y obedecen al menos a un vínculo ulterior: aquel, por así decir, deontológico. En el fondo, la prevalencia de las posibles consecuencias aplicativas de una tesis (en todo caso) interpretativa, como la jurídica, es funcional a un control preventivo sobre su efectiva compatibilidad con el *sistema* normativo de referencia considerado en conjunto, fundado sobre reglas y principios.

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, la advertencia de Insolera, voz “Concorso di persone nel reato”, en *DDP*, vol. de actualización, Turín, 2000, p. 71: “¿cuánto arbitrio se deja al juez en la extrapolación de las constantes motivaciones de la acción humana! Una operación con seguridad lógicamente no imposible, pero tan incierta y, por tanto, tan lejana de la función de garantía expresada por el concepto mismo de tipicidad”.

<sup>24</sup> Para una reseña razonada de las “soluciones *non causali*” propuestas en la literatura italiana, *cf.*, recientemente, Coco, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, *op. cit.*, pp. 87 y ss.; Riscicato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

<sup>25</sup> Lo recuerda, de manera efectiva, Donini, “Il concorso di persone nel Progetto Grosso”, *op. cit.*, p. 334: “Causalidad e idoneidad (o peligrosidad *ex ante*) son categorías genéticamente inseparables pertenecientes a las misma cepa [...] La idoneidad es causalidad en potencia”. [Cursivas en el original.]

Una solución satisfactoria parece, entonces, realmente inalcanzable: de un lado, están las dificultades lógicas y epistemológicas que rodean la *causalidad* (*efectiva* o *potencial*), especialmente si es aplicada a los fenómenos psíquicos, donde se muestra empresa ardua la individualización de regularidades y generalizaciones; del otro, sin embargo, persisten dificultades de individualizar un *modelo alternativo*<sup>26</sup> que explique la eventual relevancia penal de los fenómenos de interacción psíquica de manera lógica y normativamente satisfactoria, así como compatible con los principios garantistas.

La puesta en juego es bastante alta y está representada por el riesgo de intolerables violaciones de los principios de taxatividad-determinación y de personalidad: la incertidumbre y la plasticidad que caracterizan los paradigmas de imputación del concurso (*tout court* y en particular de aquel) moral hacen que sea posible una aplicación muy amplia, siempre que el comportamiento—incluso sólo pasivo—de un sujeto se preste a ser interpretado como dotado de sentido comunicativo respecto de la realización del delito, quizá privilegiando argumentos que desde siempre han sido “resbaladizos”, como aquéllos de tipo subjetivista y sintomático.

IV. Una posición escéptica frente al problema en examen depende, en sustancia, de la improbable solución del dilema ahora evocado, es decir: dificultad epistemológica e incertidumbre lógica *versus* exigencias garantistas.

Soluciones improbables al menos en relación con el dato normativo actual, deducible de la consolidada interpretación de los arts. 110 y ss del código.

En una perspectiva de reforma, por el contrario, será indispensable buscar—para las hipótesis de

participación atípica aquí discutidas—soluciones diferenciadas respecto al dogma causal interpretado según el modelo de la *condicio sine qua non*, privilegiando la elección de criterios de imputación que, en vía de “excepción”, prescindan del paradigma etiológico-condicional mediante la *tipificación* de conductas “instigadoras” relevantes a título de concurso de personas en el delito.<sup>27</sup> Una elección que podrá disminuir la carga problemática de la averiguación de las interacciones psíquicas, incluso como ya se ha apuntado, sólo en parte, siguiese siendo de todas formas imprescindible la referencia a un efecto psíquico incidente sobre la resolución del autor de comportarse de manera ilícita.<sup>28</sup>

V. De frente a tales aporías conceptuales—considerando que de todas formas la reconstrucción más difundida está orientada a argumentar mediante el *topos* de la causalidad psíquica, entendida como modelo de explicación del concurso moral—tal vez se pueda intentar obtener, por lo menos, una conclusión “mínima” desde el punto de vista de la averiguación.

En las constelaciones de casos en que se plantean cuestiones de concurso moral, se tratará—sin considerar hipótesis límite—de una prueba necesaria y estructuralmente indiciaria, incluso cuando se funde, al menos en vía de principio, en criterios generalizadores como los de la condición conforme a leyes científicas o a máximas de la experiencia.<sup>29</sup>

Todo lo anterior, como se ha dicho, sin considerar las hipótesis límite.

Un caso límite, en el que la averiguación de la denominada causalidad psíquica podrá ser más fácil y menos mediatizada por argumentaciones indiciarias, podría atañer a las hipótesis de “mandato criminoso”; por ejemplo, el efecto de determinación al homicidio

<sup>26</sup> Se entiende: un modelo *realmente alternativo* respecto al causal, ya que, como se ha dicho, también las soluciones fundadas sobre paradigmas de idoneidad *ex ante* conservan una necesaria estructura etiológica (sin embargo potencial).

<sup>27</sup> En este sentido, como se ha visto precedentemente (nota 18), las propuestas de *lege ferenda* formuladas por Donini, “Il concorso di persone nel Progetto Grosso”, *op. cit.*, pp. 333 y ss. Sobre la cuestión de la tipificación de las conductas de participación moral véase también Risicato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

<sup>28</sup> *Cfr. supra*, en la parte final de la nota 18.

<sup>29</sup> *Cfr.* Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, *op. cit.*, pp. 304 y ss.: “En primer lugar, la verificabilidad empírica de las leyes es, en relación con los mecanismos psíquicos, inferior que en otros lugares. Lo que de por sí invalida la tasa de científicidad de la ley, rebajándola a criterio meramente indiciario. En segundo lugar, el recurso a asunciones tácitas debe ser abundante, y por tanto capaz de desvalorizar posteriormente la bondad del método lógico, oscureciendo la posibilidad misma de aclarar el fenómeno *en particular* del condicionamiento psicológico [...] Si así es, en estas aplicaciones, el recurso a la (así llamada) ley parece agotar todo el juicio”, dada la imposibilidad de recuperar el momento *ex post*. La autora mantiene que, también quien siente apego al paradigma causal, termina en verdad por replegarse sobre esquemas de valoración *ex ante* [...] y, en la dificultad de operar una comprobación del caso particular, insiste sobre la utilidad de indicios meramente indiciarios, como el estado de incapacidad o de particular inadaptación del instigado (el que carecería de la normal *autorresponsabilidad*) o, por el contrario, la utilización de medios cualificados (amenazas, promesas), por parte del instigador”. [Cursivas también en el original.]

surgido en el asesino profesional (únicamente) después de la correspondiente solicitud efectuada por el mandante.

O bien, un caso límite en el mismo sentido, podría concernir algunas hipótesis de “consejo técnico”; por ejemplo, cuando la comunicación de una información, que de otra forma no sería conocida por el autor, se revele indispensable para la ejecución del hecho o para la realización de éste de acuerdo con particulares modalidades.<sup>30</sup>

En cambio, es claro que los casos más difíciles, también desde el punto de vista de la comprobación de la relevancia causal, serán representados por aquellos en que se discuta del eventual efecto de “refuerzo” de un propósito criminal, cuyo proceso decisional estuviese ya *in itinere*.<sup>31</sup> Aquí, la necesidad del recurso al procedimiento de averiguación indirecta se revela de por sí necesario, justamente para evitar que ésta se forje en una *diabolica probatio*.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> En algunas de estas hipótesis, por otro lado, el consejo técnico podría describirse de forma no demasiado diferente a una contribución material, sobre todo porque el autor tiene ya decidido el actuar y falta, por eso, un efecto psíquico de refuerzo, dándose, por el contrario, sólo un efecto de “crecimiento cognitivo” (por la posible asimilación entre consejo técnico y suministro de un instrumento, *cf.* Coco, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico, op. cit.*, pp. 253-255). No obstante, para que pueda hablarse de hecho psíquico causalmente relevante, será necesario siempre individualizar un *efecto cognitivo* del denominado consejo técnico y su desempeño concreto en la relación o en la organización del delito.

<sup>31</sup> *Cfr.* sobre este extremo, las consideraciones de Donini, “La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui”, *loc. cit.*, pp. 221 y ss., en particular p. 224 (donde se distinguen netamente “los influjos psicológicos bien objetivables en formas definidas, como el consejo técnico”, de aquellos, bastante menos acogidos, de “mero ‘refuerzo’”).

<sup>32</sup> Los casos en los que se discute un eventual refuerzo, por lo demás, se muestran de pronto difíciles por la ambigüedad y pluralidad de los posibles encuadramientos. Considérese el siguiente caso: A, una suerte de ideólogo nihilista, “externo” respecto a un grupo revolucionario, sugiere a B —jefe de la célula de conspiradores, afligido por la dificultad de tenerla unida— que induzca a los miembros del grupo a asesinar a uno de ellos (uno cualquiera), con el pretexto de que está a punto de traicionarlos. Sucesivamente B y otros miembros del grupo matan a C. B, de cualquier manera, sospechaba ya desde hacía tiempo de C, y albergaba el propósito de matarlo, simplemente no siendo claro cuándo se haya determinado a ello. Este caso es tomado, naturalmente, de F.M. Dostoevskij, *I demoni*, 1871-1872, consultado en la trad. ital. publicada por Oscar Mondadori, Milán, s.d., p. 395: se hace referencia, en particular, al pasaje en que Stavrogin sugiere a Verchovenskij: “inducid a cuatro miembros del grupo a matar al quinto, con el pretexto de que éste os denuncia e inmediatamente los atáis a todos con la sangre esparcida, como en un nudo”. Los desarrollos sucesivos conducen al asesinato de Sciatov —ya sospechoso de traición— por parte de Verchovenskij y otros miembros del grupo. Un caso como éste se presta a lecturas y encuadres diferentes desde el punto de vista de las interacciones psíquicas: se puede vislumbrar una suerte de consejo técnico consistente en una instigación a realizar un homicidio (además de, eventualmente, una instigación a cometerlo junto a los otros); o también, con referencia al sujeto A, un *curso externo bajo la forma de la participación moral, en un delito asociativo*, si se otorga valor a la circunstancia de que el mismo A es externo al grupo, y que su “consejo técnico” interviene en una fase de “fibrilación” de la asociación criminal dirigida por B, estando dirigido a sugerir un modo para volver a unir el grupo; o, aún, dando valor al tradicional argumento del *omnimodo facturus*, se podría concluir valorando tal consejo como penalmente irrelevante, en caso de que se considere probado que éste no haya influido sobre la decisión de asesinar a C.

<sup>33</sup> Ciertamente queda un problema general y no desdeñable: aquel de la difícil compatibilidad entre los instrumentos del proceso penal y la averiguación de los estados psíquicos. *Cfr.* una vez más Ronco, “Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico”, *loc. cit.*, pp. 841 y ss., el cual observa: “por un lado, el reenvío a leyes de tipo psicológico requeriría la utilización de específicas competencias científicas, de las que el juez no está profesionalmente dotado; por otro lado [...] en el juicio está prohibida la pericia para establecer las cualidades psíquicas del imputado [en este caso, por lo tanto, del concurrente moral] independientes de causas psicológicas”.

<sup>34</sup> *Cfr.* pero con referencia, más en general, a la averiguación del dolo, Hassemmer, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en GS Armin Kaufmann, Colonia, 1989, pp. 289 y ss., disponible en la trad. ital. (de Canestrari): “Caratteristiche del dolo”, *Indice Penale*, 1991, pp. 481 y ss., en particular pp. 496 y ss.: “Las doctrinas tradicionales del dolo no hacen otra cosa que parafrasear en varios modos el dolo, esto es, girar en torno a sus objetivos sin entenderlo”. Considero que lo mismo pueda decirse con referencia a los efectos motivacionales de las interacciones psicológicas de las que se discute en el concurso moral, bajo la consolidada (tanto en Italia como en la literatura alemana) etiqueta de la “causalidad psíquica” (véase *supra*, nota 14). De nuevo Hassemmer indica: “el dolo”, pero más general cualquier “hecho psíquico”, “se sustrae a la mirada del observador y por eso no puede ser considerado ni descrito. Por tanto la doctrina debe acercarse a este objeto suyo de manera diversa, esto es mediato”. Efectivamente, se trata de “una ‘disposición’, un estado ‘interior’ no directamente observable. Las disposiciones pueden

forma y el contenido prevalentes de una *averiguación lógico-fáctica* (además de, como ahora diremos, normativa),<sup>35</sup> más bien que etiológico-condicional en sentido estricto, tratándose de una valoración (fáctica y social), expresada en términos de razonable certeza, fundada en gran parte sobre elementos indiciarios e indirectos, incluso cuando se han desgranado argumentos nomológicos o experienciales.

En otros términos, la impresión es que —en todas las hipótesis más controvertidas de interacciones psíquicas en las que se remite al paradigma causal, bien sea que se asuma (determinación) o no (refuerzo) su naturaleza condicional— la comprobación del nexo psicológico está destinada a fundarse prevalentemente, cuando no exclusivamente, sobre la “probabilidad lógica” o, más allá de las declaraciones de principio, a revelarse inevitablemente desequilibrada en la vertiente de la *comprobación fáctica*. Por su parte, la referencia a una probabilidad fundada sobre regularidades obtenidas de la experiencia o, a veces, sobre un criterio nomológico de cobertura (en realidad, como habitualmente se admite, basado en valoraciones “sociológicas”) desarrolla un rol poco más que argumentativo, en virtud de la extrema dificultad explicativa de los fenómenos de interacción psíquica.

Finalmente, resultarán decisivos “indicios exteriores” de los cuales deducir, mediante apreciación fundada en regularidades de tipo socioexperiencial que, con razonable certeza (probabilidad lógica), existe una relación penalmente relevante entre la conducta

de un sujeto, valorada en el plano comunicativo, y el proceso motivacional de otro sujeto que desemboca en la decisión de realizar un hecho típico.

Si éste es el esquema reconstructivo de la tipificación del concurso moral, incluso cuando se remite a mecanismos causales o deductivos, es necesario admitir que el respeto a los principios garantísticos (entre otros del principio de personalidad) no se asegura sólo por esto. Todo depende de cómo sea aplicado este esquema.

Por otro lado, junto a las carencias de tipificación y de culpabilidad del concurso de personas en el código Rocco tomadas en su conjunto, se pone en dramático conflicto en primer lugar con el principio de *responsabilidad por el hecho propio*.<sup>36</sup> Un conflicto —obviamente— que se acentúa con referencia a las hipótesis de la imputación de un hecho a un sujeto diverso del partícipe material, según la figura del concurso moral.<sup>37</sup>

Dicho lo anterior, y tratando de esquematizar las secuencias de la averiguación de los efectos de la interacción psíquica entre varios sujetos, nos parece posible identificar dos vías consecutivas:

*i) la búsqueda de (pretendidas) regularidades o generalizaciones nomológicas o experienciales:* en realidad, la individualización del paradigma general de referencia será normalmente conducida no mediante un método condicional-deductivo, sino normativo (se hace referencia a la normal “reactividad” y “motivabilidad” —delante de ciertos estímulos— de una determinada clase de sujetos colocada en un cierto contexto),<sup>38</sup>

---

hacerse operativas únicamente a través de los indicadores, es decir, ser interpretadas a través de los datos”, que —en cuanto “observables”, “completos” y “relevantes”— permitan la indispensable “deducción desde el exterior”, o sea “mediante indicadores” (*ibidem*, pp. 496 y ss.). Véase en la literatura alemana precedente también Krauß, “Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht”, en F.S. Bruns, Colonia, 1978, pp. 11 y ss., en particular p. 27 (el cual, a propósito de las diferentes teorías sobre la distinción entre dolo y culpa, observaba cómo es decisiva “la individualización de indicios objetivos condicionados por la situación, socialmente relevantes”: por tanto —y esto parece reconducirse también terminológicamente a nuestro tema de los *hechos psíquicos*— “el problema de la delimitación de dolo y culpa es un problema de valoración social de un determinado estado de cosas psicológico [*psychologische Sachverhalt*], objetivamente manifestado en una conducta”). Una referencia a los criterios de averiguación de los datos psicológicos, y en particular del dolo, para la prueba del efecto de determinación o reforzamiento del propósito criminal ajeno, se encuentra también en nuestra literatura: *cfr.*, por todos, Mantovani, *Diritto Penale. Parte generale*, *op. cit.*, pp. 509 y 510, en relación con las pp. 313 y ss. Sobre la posibilidad de utilizar las “leyes científicas de probabilidad” en el campo de la interacción psíquica, véase Risicato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

<sup>35</sup> En efecto, normalmente se termina por argumentar mediante la referencia a la potencial motivabilidad (más que a la concreta motivación o reacción psíquica) del sujeto frente a ciertos estímulos vinculados con conductas ajenas dotadas de significado “comunicativo”.

<sup>36</sup> En último término sobre esta relación entre el concurso de personas y el principio de responsabilidad por hecho propio —privilegiando, pues, los conexos problemas de imputación y de individualización de los sujetos— se fundamenta la original reconstrucción propuesta por Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, *op. cit.*, *passim* (y, en particular, de manera programática, pp. 17 y ss.).

<sup>37</sup> Más general, *cfr.*, Donini, “Il concorso di persone nel Progetto Grosso”, *op. cit.*, p. 317: “Ya la esencia del concurso de personas está en potencial contraste con aquel principio [...] El posible contraste con la prohibición de responsabilidad por el hecho ajeno se acentúa si la disciplina se conforma con aportes insignificantes y centra toda su atención en la importancia sintomática de la voluntad de delinquir, en los acuerdos criminales o en las contribuciones preliminares a fases organizativas”.

<sup>38</sup> En general, sobre la distinción entre motivaciones psíquico-fácticas (proceso motivacional del autor como conjunto de datos psíquicos efectivos) y motivación normativo-hipotética (motivabilidad de un agente-modelo), véase Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Turin, 2000, pp. 14 y ss.

ii) *la comprobación del caso concreto*: la averiguación se reducirá, en concreto, a una comprobación probabilística, por la cual, mediante una inferencia empírica, se afirmará o se negará que el estímulo comunicativo haya influido en el proceso de motivación del agente. Tal evaluación será llevada a cabo sobre la base de datos del hecho (por ejemplo, la relación consecucional cronológica y lógica entre el estímulo y la reacción, la correspondencia de las modalidades ejecutivas, las declaraciones del destinatario del estímulo, etc.) que funcionen como “indicadores” externos de los motivos.

Se puede también hacer referencia a una causalidad psíquica, pero en los movimientos lógicos de la averiguación concreta del esquema nomológico-condicional resulta aplicado de manera cuanto menos incompleta o incongruente: como se ha visto, las generalizaciones no son (o no son solamente) de tipo nomológico, sino (también) normativo; parece por otra parte dificultoso aplicar la fórmula contrafáctica de la eliminación mental.<sup>39</sup> La averiguación fáctica está destinada a jugar un rol prevalente que podrá ser expresado en términos probabilísticos (normalmente lejos de parámetros de certeza) y (con referencia al primer término de la secuencia causal: el resultado psíquico) se asemejará mucho al elemento subjetivo del delito, concretándose mediante la valoración de “indicadores” externos de los cuales obtener los efectos de la interacción psíquica sobre el concreto proceso motivacional.

VI. Por otra parte, que se trate de una averiguación indiciaria, podría, de por sí, no resultar particularmente preocupante.

No es así, si se valoran las posibilidades resultantes de tal tipología de averiguación en una óptica “orientada a las consecuencias”. En tal perspectiva de análisis, se muestran poco tranquilizadores los efectos de la debilidad estructural e intrínseca de la averiguación de las interacciones psíquicas, una vez puesta en relación con algunas posibles distorsiones

de la praxis. De hecho, como se ha anticipado, en muchos casos jurisprudenciales, la participación psíquica (con los problemas conexos de averiguación antes evocados) en la argumentación que conduce a afirmar la responsabilidad a título de concurso asume un rol decisivo, desempeñando (por decirlo así) una función supletoria y auxiliar, puesto que permite “recuperar” la relevancia concursal de actitudes carentes de significado etiológico en el plano material.

A menudo, cuando no sea posible probar una contribución material en la concreta dinámica causal, ocurre que la jurisprudencia afirma de todas formas la responsabilidad a título de concurso, replegándose, de manera oblicua, sobre el *topos* argumentativo del concurso moral, bajo la forma del refuerzo psíquico causado a la concreta realización del delito, no necesariamente a través de una conducta, sino mediante una mera *actitud*, o por la sola *presencia*, o por vía de la *posición* o del *rol* de un sujeto, o por una precedente manifestación de intenciones.<sup>40</sup>

La casuística es tan variada como conocida: va de la mera presencia en el lugar del hecho criminal, a la actitud de complacencia o de adhesión moral respecto al delito, a las varias hipótesis reconducibles a la —demasiado etérea— noción de connivencia, consistentes en una presencia pasiva o indiferente a la perpetración del *actio sceleris*; o bien a las hipótesis de participación (moral) en los delitos cometidos por los otros sujetos que forman parte de una organización compleja, cuando se valore, en ausencia de una contribución material, la mera posición o exclusivamente el rol revestido por el sujeto en el interior de la misma organización baste pensar en la responsabilidad del dirigente o administrador en relación con los delitos cometidos por otros en el ámbito de la política de empresa; o del jefe de una organización criminal por los delitos de mera actividad realizados en particular por los asociados.

VII. En definitiva, el efecto sinérgico entre las dificultades probatorias del concurso moral y las pres-

<sup>39</sup> Cfr. Cornacchia, “Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali”, *op. cit.*, p. 218.

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, Ronco, “Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico”, *loc. cit.*, pp. 817 y ss. Sobre la tendencia expansiva de las formas de participación moral, cuando son utilizadas “para ‘cubrir’ la ausencia o la difícil demostrabilidad del ligamen etiológico por conductas de tipo material”, véanse entre otros: Musco, “Art. 110”, *op. cit.*, pp. 419 y ss. (del cual ha sido extraída la cita realizada); Coco, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, *op. cit.*, pp. 16 y ss., 265 y ss.; Papa, “Concorso di persone nel reato”, *op. cit.*, pp. 313, 314 y ss.; y además Donini, “Il concorso di persone nel Progetto Grosso”, *op. cit.*, pp. 335 y ss.: “el empleo indirecto de la causalidad psíquica ‘de refuerzo’, parece una mera construcción auxiliar, un tributo que se paga a las tradicionales concepciones monocausales del acto de participación y comporta la consecuencia negativa de habitar a un empleo extensivo de la causalidad psíquica, lo cual disimula o en todo caso favorece un planteamiento subjetivista, en el sentido de que la voluntad de concurrir compensa el aporte efectivo a la realización”.

taciones represivas que tal forma de participación ofrece en términos de extensión de la incriminación (a sujetos respecto a los cuales no se logra probar una contribución material) demuestra toda la importancia de circundar tales verificaciones de particulares cautelas.

El respeto, no solamente formal, al principio de *personalidad* de la responsabilidad penal (en particular en su contenido “mínimo” de responsabilidad por el hecho propio) precisará de una averiguación rigurosa sobre la explicación de los efectos de determinación o refuerzo (o, en el caso del denominado consejo

técnico, de los efectos cognitivos que hayan influido sobre la sucesiva realización del hecho) para poder afirmar una responsabilidad a título de concurso del sujeto que haya realizado una contribución atípica, consistente en una supuesta interacción psíquica.

Un juicio que —en la actual situación normativa— deberá, por supuesto, privilegiar la valoración social y lógica de los datos exteriores expresivos de estados psíquicos, referibles a la relación entre la conducta “comunicativa” de un sujeto, el proceso motivacional del autor y el hecho ofensivo sucesivamente realizado.



## Ciencia del Derecho Penal y nacionalsocialismo\*

Andreas Hoyer

Universidad Christian-Albrechts, Kiel, Alemania

Revista Penal México, núm. 2, julio-diciembre de 2011

**RESUMEN:** El siguiente trabajo no se limita a informar sobre el pensamiento jurídico-penal nacionalsocialista de los años 1933-1945 en Alemania, sino que pretende, además, mostrar que muchas de las concepciones desarrolladas entonces marcaron el Derecho Penal de posguerra hasta el presente. Esto vale tanto para la sustitución de los bienes jurídicos individuales por colectivos como para el complemento del dogma del bien jurídico mediante la idea de infracción de deber, la subjetivización de la concepción de lo injusto o la impregnación ética de funciones y contenidos del Derecho. Aun cuando el origen histórico-jurídico de una idea en el nacionalsocialismo no basta por sí mismo para su condena o rechazo, sí lleva a una sospecha inicial justificada y da motivo a un examen crítico, un examen que para la dogmática jurídico-penal española, junto con la alemana, representa un especial desafío por su también pasado fascista.

**PALABRAS CLAVE:** Principio de legalidad, Derecho Penal del ánimo, bienes jurídicos colectivos, nacionalsocialismo, elementos subjetivos de lo injusto.

**ABSTRACT:** Der folgende Beitrag begnügt sich nicht damit, über das nationalsozialistische Strafrechtsdenken in Deutschland von 1933-45 zu informieren, sondern will darüber hinaus dartun, dass viele der damals entwickelten Vorstellungen auch das Strafrecht der Nachkriegszeit bis in die Gegenwart hinein geprägt haben. Dies gilt für die Ersetzung von Individual-durch Kollektivrechtsgüter ebenso wie für die Ergänzung des Rechtsgutsdogmas durch den Pflichtverletzungsgedanken, die Subjektivierung des Unrechtsbegriffs sowie die Ethisierung von Funktionen und Inhalten des Rechts. Zwar reicht der rechtshistorische Ursprung einer Idee im Nationalsozialismus allein noch nicht aus, um sie zu verurteilen oder zu verwerfen, wohl aber führt er zu einem begründeten Anfangsverdacht gegen sie und gibt zu einer kritischen Prüfung Anlass –eine Prüfung, zu der neben der Strafrechtsdogmatik in Deutschland auch die in Spanien wegen dessen gleichfalls faschistischer Vergangenheit besonders herausgefordert ist.

**KEYWORDS:** Gesetzlichkeitsprinzip, Gesinnungsstrafrecht, Kollektivrechtsgüter, Nationalsozialismus, subjektive Unrechtselemente.

\* “Strafrechtswissenschaft und Nationalsozialismus”, texto con notas de la ponencia ofrecida por el autor el 28 de marzo de 2008 en las Universidades de La Laguna y Las Palmas de Gran Canaria, celebradas en el marco del proyecto de investigación “Derecho Penal y nuevas tecnologías: sobre los intentos de adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico, SEJ 2005-07489 MEC”. Traducción castellana de Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro.

**SUMARIO:** A. Introducción. B. El pensamiento jurídico-penal en el nacionalsocialismo. I. Abandono de la protección de los bienes jurídicos individuales como fin del Derecho Penal. II. Abandono del principio de legalidad a favor de un concepto material de delito. III. Subjetivización de los elementos de lo injusto. IV. Unidad del orden jurídico y moral. V. Conclusión provisional. C. Influencias del pensamiento penal nacionalsocialista en la dogmática actual. I. Lesión de deber frente a lesión del bien jurídico. II. Tutela de bienes jurídicos colectivos frente a individuales. III. Construcción analógica frente a principio de legalidad. IV. Ánimo reprochable e infracción moral como fundamentos de la pena. D. Conclusión.

### A. Introducción

El tema general de estas jornadas, “Modernos desarrollos de la ciencia del Derecho Penal”, quizá les lleve a preguntarse por qué pretendo exponerles justamente una ponencia histórico-jurídica —y precisamente una que se ocupa exclusivamente de la historia jurídica de mi país, aunque ciertamente esta conferencia no tiene lugar en Alemania, sino en España. En el caso de que teman, en este sentido, una conferencia exclusivamente de Derecho comparado, entonces no se hubiera comprendido mi tema, que no lleva por título, por ejemplo, “Ciencia del Derecho Penal en el nacionalsocialismo”, sino que ha sido titulada conscientemente “Ciencia del Derecho Penal y nacionalsocialismo”. De conformidad con este título las siguientes explicaciones no deben orientarse primariamente a describir cómo se desarrollaron el Derecho Penal y la ciencia del Derecho Penal durante el nacionalsocialismo en Alemania. Tampoco se pretende mostrar y desarrollar el fracaso personal de determinados penalistas que en un primer momento, en los años 1933-1945, contribuyeron al desarrollo de un específico Derecho Penal nacionalsocialista y posteriormente, en el periodo siguiente a la guerra (*Nachkriegszeit*), marcaron de nuevo y de forma decisiva el pensamiento jurídico-penal de la recién nacida República Federal de Alemania. El fin de las siguientes reflexiones pretende ser, ante todo, la detección y cuestionamiento de los restos del nacionalsocialismo en el aún vigente y actual Derecho Penal y en la presente ciencia del Derecho Penal, mientras que la exposición del Derecho Penal y de la ciencia del Derecho Penal en el periodo nacionalsocialista debe

ser aquí un mero instrumento (ciertamente necesario) para tal fin.

De acuerdo con el tema de las jornadas escucharán, por tanto, una ponencia que no sólo quiere preguntar desde una perspectiva histórico-jurídica y contemplativa, “cómo ha sido realmente”,<sup>1</sup> sino que trascendiendo este pasado pretende contribuir a la interpretación del presente y a la conformación del futuro Derecho Penal. Pues “así como una historia del derecho sin referencia al derecho vigente resulta historia muerta, también resulta ingenua una dogmática jurídica sin la experiencia de la historia”.<sup>2</sup> Como personalmente no me dedico a la historia del Derecho o al Derecho comparado, sólo puedo intentar responder en relación con la ciencia del Derecho Penal alemana, a la cuestión de cómo y en qué medida sus modernos desarrollos descansan aún en el pensamiento jurídico-penal nacionalsocialista, retoman éste inconscientemente o incluso de forma consciente se enlazan con el mismo y lo desarrollan.

Sobre el estado actual de la ciencia del Derecho Penal española no puedo ni quiero pronunciarme por falta de los debidos conocimientos. Pero con todo, Alemania y España no sólo disponen de un presente común como Estados democráticos de Derecho dentro de la Unión Europea, también de un pasado marcado respectivamente por diversas variantes del fascismo. La expresión alemana del fascismo debe caracterizarse aquí, sin duda, como mucho más agresiva, brutal y radical en comparación con la española. Cómo y en qué medida se aprecian, sin embargo, paralelismos entre el desarrollo alemán y español del Derecho Penal en el fascismo, podrán juzgarlo ustedes, como penalistas españoles, mejor que yo. Lo mismo vale

<sup>1</sup> Ranke, *Geschichten der romanischen und germanischen Völker von 1494 bis 1535*, vol. 1, 1824, p. VI.

<sup>2</sup> Eckert, “Die Krise der Rechtsgeschichte und die Frage nach ihrem Nutzen für die Theorie und die Praxis des Rechts”, en Eckert (edit.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte, Hattenhauer-Festschrift*, 2003, p. 158; véase Schwab, “Geschichtliches Recht und moderne Zeiten”, en Hübner-Festschrift, 1984, pp. 215, 237.

para los respectivos continuismos que aún se dejan observar dentro de la ciencia del Derecho Penal con posterioridad al ocaso hace tiempo acontecido, de nuestras ambas formas fascistas de Estado. En este sentido agradezco ya las intervenciones y apuntes en la discusión siguiente a mi presente esbozo del desarrollo alemán del Derecho Penal en el nacionalsocialismo, pero sobre todo del enlazado con el nacional-socialismo.

## B. El pensamiento jurídico-penal en el nacionalsocialismo

### I. Abandono de la protección de los bienes jurídicos individuales como fin del Derecho Penal

En mi opinión, la principal particularidad del pensamiento jurídico-penal en el periodo nacionalsocialista residió en el “abandono del individualismo y racionalismo, o desde una perspectiva histórica del pensamiento, de la ilustración y el liberalismo”, difundido por *Georg Dahm* y *Friedrich Schaffstein* en su polémico escrito “¿Derecho Penal liberal o autoritario?”, se pasa con ello, paralelamente, a un “primado incondicional de la nación y de los valores tradicionales encarnados en ella, frente a los intereses del individuo”.<sup>3</sup> Esta supremacía de la colectividad frente al individuo la acentuó también *Heinrich Gerland* ya en 1933: “Ante la comunidad significa el particular sólo tanto como es significativo para aquella”.<sup>4</sup> Correspondientemente, el Derecho Penal ya no puede ser considerado como un instrumento para la protección de los intereses individuales. En palabras de *Schaffstein*: “Para nosotros el sentido de la pena y del Derecho Penal ya no es la protección de esferas de bienes individuales, sino depuración y a la vez pro-

tección de la comunidad del pueblo mediante la separación de los degenerados”.<sup>5</sup> Ante todo, el Derecho Penal constituye un “medio para el mantenimiento y la conservación del poder coercitivo del Estado... El Estado utiliza la pena, para hacer visible su poder ante los ojos del mundo. En la pena se manifiesta simbólicamente la dignidad del Estado, la pena de muerte muestra con total claridad que procede entregar el individuo al Estado”.<sup>6</sup>

Las consecuencias que debiera tener este “abandono del individualismo” (*Abkehr vom Individualismus*)<sup>7</sup> ahora, para el concepto de bien jurídico eran discutidas dentro de la Ciencia del Derecho Penal nacionalsocialista: por una parte, se acentuó que el concepto de bien jurídico no debía ser entendido necesariamente de forma individualista,<sup>8</sup> sino que como mero principio metodológico era lo suficientemente abierto<sup>9</sup> como, por ejemplo, para incorporar también “la dignidad del Estado y el honor de la nación”.<sup>10</sup> Pero mayoritariamente se señalaban las insuficiencias derivadas de querer explicar el merecimiento de pena de cada delito mediante el hecho de que se ha producido una lesión del bien jurídico.<sup>11</sup> A los delitos especiales impropios no se les dotaba de un mayor marco penal, en relación con los delitos comunes que los subyacen, por la producción adicional de un menoscabo a un bien jurídico, sino por la concurrencia de la lesión de un deber especial.<sup>12</sup> Sin embargo, y más allá de la categoría de los delitos especiales impropios, de la pertenencia del individuo a una comunidad, como la familia o también el pueblo alemán, resultan siempre deberes frente a esta comunidad cuya lesión, llegado el caso, constituye un hecho punible.<sup>13</sup> El merecimiento de pena de un delito se fundamenta por ello y al menos, tanto en la lesión del deber como en la del bien jurídico.<sup>14</sup>

<sup>3</sup> Dahm y Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933, pp. 37 y s.

<sup>4</sup> Gerland, “Neues Strafrecht”, *DJZ*, 1933, pp. 857, 860.

<sup>5</sup> Schaffstein, “Das subjektive Recht im Strafrecht”, *DRWis*, 1936, pp. 39, 46.

<sup>6</sup> Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), 41.

<sup>7</sup> Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), 37.

<sup>8</sup> H. Mayer, “Der Verbrechensbegriff”, *DStR*, 1938, pp. 73, 81.

<sup>9</sup> Schwinge y Zimmerl, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937, pp. 67 y s.

<sup>10</sup> Así la demanda de Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), p. 50.

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, Dahm, “Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft”, *ZStW*, 57 (1938), pp. 225, 235; Schaffstein, “Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?”, *DStR*, 1935, pp. 97, 98; el mismo, “Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma”, *DStR*, 1937, pp. 335, 338.

<sup>12</sup> Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 120 y ss.

<sup>13</sup> Schaffstein (cit. n. 12), pp. 126 y ss.; el mismo, “Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts”, *Gleispach-Schrift*, 1936, pp. 70, 101.

<sup>14</sup> Schaffstein (cit. n. 12), p. 132; el mismo (cit. n. 13), p. 99.

### II. Abandono del principio de legalidad en favor de un concepto material de delito

El mencionado “abandono del individualismo”<sup>15</sup> no sólo incidió, naturalmente, en el plano de la víctima, ocupando la comunidad la posición del individuo lesionado, sino que además tenía que incidir, incluso con mayor virulencia, sobre la figura del autor: un Derecho Penal que se niega a proteger la esfera de los bienes individuales de la víctima, con mayor razón se opone a respetar la esfera de los bienes individuales del autor. Desde la perspectiva de la comunidad resultaba insoportable, en especial, la protección de la esfera de bienes individuales del autor a través del principio “nulla poena sine lege” frente a los excesos en favor de los intereses punitivos de la comunidad.<sup>16</sup> En lugar de un principio de legalidad formal, constitucionalmente consagrado en el art. 116 WRV, debía situarse —según *Carl Schmitt*— la fórmula material de justicia “nullum crimen sine poena”.<sup>17</sup>

El mandato de determinación y la prohibición de la analogía y retroactividad no debían, en aras de una mal entendida seguridad jurídica, proteger al enemigo de la comunidad (*Gemeinschaftsfeind*) del castigo materialmente merecido. Seguridad jurídica ya no significaría más, como en el Estado liberal de Derecho, que el espacio de libertad individual del autor sea garantizado a través de un Derecho rígido y formal, degenerando así el Derecho Penal en una *magna charta* del delincuente,<sup>18</sup> seguridad jurídica significaba la “certeza de la imposición del Derecho en el sentido del pensamiento jurídico de la comunidad del pueblo”.<sup>19</sup> Sin embargo, la necesidad de pena de la comunidad del pueblo se satisface primeramente mediante una “valiente renuncia a las delimitaciones típicas”, así como a través de la su-

presión de la prohibición de la analogía, creándose así una más amplia “zona de peligro” para el autor alrededor del, en cualquier caso indeterminado, tipo legal.<sup>20</sup>

En lugar de un concepto formal de delito, que se sustenta en la infracción del derecho positivo mediante una conducta, debe situarse un concepto material de delito que se basta con la “contradicción a la comunidad” (*Gemeinschaftswidrigkeit*) de la conducta.<sup>21</sup> A este concepto material de delito corresponde el legislador cuando, en 1935 en el entonces nuevo § 2 del Código Penal alemán, admite la construcción analógica de la ley penal, “cuando el pensamiento jurídico que la subyace y el sano sentimiento popular exigen castigo”. Interpretamos el concepto jurídico indeterminado “sano sentimiento popular” (*gesunde Volksanschauung*) en el sentido “de la idea del derecho alemana y nacionalsocialista”,<sup>22</sup> y se llega así a la siguiente y clara constatación: “Acción materialmente antijurídica es una acción contraria a la ideología alemana nacionalsocialista”.<sup>23</sup>

Los tipos legales, por razón de su capacidad analógica, ya no podían desempeñar la función de delimitar el ámbito de la conducta punible de una forma clara y terminante. Antes bien, sólo debían intentar comprender, de forma necesariamente incompleta, el contenido típico del delito descrito en los mismos, esto es, únicamente perfilar un concreto tipo de delito y autor.<sup>24</sup> En el caso concreto, el juez podía mediante una interpretación material, tanto extender como reducir el tenor literal del precepto, cuando concurren circunstancias atípicas. La completa, terminante y —para el juez— vinculante definición de un delito, por ejemplo de un hurto, no se encuentra ya en la ley, sino que “resulta de la naturaleza de las cosas”, esto es, ladrón es “quien según su propia naturaleza es ladrón”.<sup>25</sup>

<sup>15</sup> Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), 37.

<sup>16</sup> Dahm, “Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht“, DStR, 1934, pp. 87, 92.

<sup>17</sup> Schmitt, “Nationalsozialismus und Rechtsstaat“, JW, 1934, pp. 713, 714.

<sup>18</sup> Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), p. 9.

<sup>19</sup> Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, 1934, p. 66; en un sentido próximo Dahm, “Beibehaltung oder Abschaffung des Grundsatzes“, *Nulla poena sine lege, Sonderschrift der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, año 11, 1937, pp. 514, 520; Schaffstein, *Formalismus im Strafrecht*, DR, 1934, pp. 349, 351.

<sup>20</sup> Henkel (cit. n. 19), p. 68.

<sup>21</sup> Larenz, *Vom Wesen der Strafe, ZfKulturph*, 1936, pp. 26, 33; en un sentido próximo Dahm, “Gemeinschaft und Strafrecht“, *Kieler Universitätsreden*, 1935, p. 12; Gallas, “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung“, *Gleispach-Festschrift*, 1936, pp. 50, 67.

<sup>22</sup> Así Dahm (cit. n. 16), p. 91.

<sup>23</sup> Mezger, “Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht“, ZStW, 55 (1936), pp. 1, 9; en un sentido próximo E. Wolf, “Der Methodenstreit in der Strafrechtslehre und seine Überwindung“, DRWis, 1939, pp. 168, 177.

<sup>24</sup> Véase Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975, pp. 203 y ss.

<sup>25</sup> Dahm, “Verbrechen und Tatbestand“, en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, pp. 62, 102.

Esta comprensión esencial debía ser íntegra y sin quebrar las concretas conexiones vitales mediante una separación artificial entre elemento y elemento, categoría de delito y categoría de delito, estableciéndose así, por encima de las mismas, si se han cumplido las correspondientes condiciones para ello. El “pensamiento categorial y atomizador”<sup>26</sup> en las categorías de la tipicidad y antijuridicidad, injusto y culpabilidad, autoría y participación se concibe como un producto de “la forma de pensamiento deductivo-racionalista del Derecho natural y de la ilustración”,<sup>27</sup> e impide el acceso a la verdadera esencia de las concretas manifestaciones vitales. Correspondientemente, los proyectos de Código Penal alemán de 1934 y 1936 preveían, a propuesta de *Edmund Mezger*,<sup>28</sup> una supresión de la distinción formalista entre distintas clases de autoría y participación, y recogen en su lugar un sistema unitario de autoría con un concepto extensivo de autor.

*Friedrich Schaffstein* ha explicado en 1995, en su recuerdo escrito a su amigo y colega *Georg Dahm*,<sup>29</sup> durante los años compartidos en la “escuela de Kiel” (1935-1938), cómo ambos se sintieron fascinados por la condena de *Carl Schmitt* al “pensamiento categorial” (*Trennungdenken*) como pensamiento liberal de una época pasada: “Dahm y yo nos esforzamos en superar este pensamiento categorial en la parte general del Derecho Penal. Para Dahm se trataba especialmente de la separación entre tipicidad y antijuridicidad, mientras que para mí de la separación de injusto y culpabilidad en la sistemática de la teoría general. Ambos defendimos nuestras comprensiones en dos trabajos coordinados publicados en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”.<sup>30</sup> Mientras el rechazo de Dahm “a la separación de tipicidad y antijuridicidad debía haber conducido a una teoría de los elementos de las causas de justificación como ele-

mentos negativos del tipo”, él, *Schaffstein*, se aferró siempre “a una concepción personal de lo injusto”.<sup>31</sup>

### III. Subjetivización de los elementos de lo injusto

Esta concepción personal de lo injusto está en estrecha relación con la crítica al dogma del bien jurídico antes referida, también para *Schaffstein*. Lo merecedor de pena en un delito ya no reside siempre y en ningún modo de forma exclusiva o siquiera primaria en el hecho de que se lesione un concreto bien jurídico existente en el mundo exterior, de forma objetivamente determinable, o se ponga en peligro concreto. En especial, el contenido de lo injusto de la tentativa absolutamente inidónea no se deja explicar ya, mediante el recurso de que ésta ha sido objetivamente lesiva o en cualquier caso, peligrosa para el bien jurídico agredido, sino sólo así: el autor ha confirmado una voluntad merecedora de pena.<sup>32</sup> Luego, una parte esencial de lo injusto residiría en el hecho de que el autor no habría orientado su voluntad, conforme a deber, hacia los valores de la comunidad<sup>33</sup> —y precisamente en ello reside su culpabilidad—: “La culpabilidad es precisamente lo injusto”,<sup>34</sup> esto es, el ánimo contrario a deber. Ya al comienzo de la ejecución de la conducta actúa el autor como “enemigo del pueblo y su orden vital”.<sup>35</sup>

Ello repercute aquí de forma que la razón para clasificar una conducta como merecedora de pena, primariamente, ya no reside más en el hecho de que se ha causado o se hubiese podido causar una lesión de un bien jurídico, sino en la infracción de un deber: donde la “fidelidad a los valores comunes” se eleva a deber, la “traición a los valores comunes” constituye ya una infracción de deber.<sup>36</sup> Pero los valores comunes son ya traicionados por un acto conforme a un plan de lesión,

<sup>26</sup> Kempermann, *Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente*, 1934, pp. 7 y ss.

<sup>27</sup> Schaffstein (cit. n. 11, 1935), p. 97.

<sup>28</sup> Schubert, Regge, Rieß y Schmid (eds.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, II. Abteilung, NS Zeit (1933-1939) —Strafgesetzbuch, tomo 2— Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums*, 1ª parte, 1988, pp. 799 y s.

<sup>29</sup> Schaffstein, “Erinnerungen an Georg Dahm”, en Vormbaum (eds.), *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, tomo. 7, 2005-2006, pp. 173 y ss.

<sup>30</sup> Schaffstein (cit. n. 29), 188; los trabajos coordinados eran, concretamente Dahm (cit. n. 11), pp. 225 y ss., y Schaffstein, “Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems”, *ZStW*, 57 (1938), pp. 71 y ss.

<sup>31</sup> Schaffstein (cit. n. 29), p. 189.

<sup>32</sup> Schaffstein, “Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht”, *ZStW*, 55 (1936), pp. 18, 33.

<sup>33</sup> Freisler, “Ergebnisse der Beratungen des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht”, *Denkschrift der Akademie*, 1933, pp. 13 y ss.

<sup>34</sup> Dahm, “Verrat und Verbrechen”, *ZStaatW*, 95 (1935), pp. 283, 288.

<sup>35</sup> Freisler, “Willensstrafrecht, Versuch und Vollendung”, en *Das kommende deutsche Strafrecht AT*, 1934, p. 24.

<sup>36</sup> Dahm, “Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht”, *Schriften der Deutschen Hochschule für Politik*, n° 12, 1935, pp. 17 y ss.

mientras que la consecución o no del concreto plan puede depender del puro azar.<sup>37</sup> Por ello recogía ya el proyecto de Código Penal de 1934, ante todo, la supresión de la distinción entre delito consumado e intentado a través del concepto de “emprendimiento” (*Unternehmen*) de una puesta en peligro inmediata de un bien jurídico. Los proyectos de ley de 1936 y 1939 mantenían frente a ello la diferencia conceptual entre tentativa y consumación, pero sin pretender obligar al juez, a diferencia del derecho vigente hasta entonces, a efectuar una reducción del marco penal en la tentativa.<sup>38</sup>

#### IV. Unidad del orden jurídico y moral

A raíz de la subjetivización del concepto de lo injusto fue además posible la introducción de elementos relativos al ánimo, más allá del dolo, como elementos constitutivos o de agravación de lo injusto en los tipos penales. Para un Derecho Penal que, siguiendo a *Schaffstein*, se ocupa de la “depuración y a la vez protección de la comunidad del pueblo mediante la separación de los degenerados”, no queda “nada más próximo que reconocer a la expresión de un ánimo degenerado significación inmediata en lo injusto”.<sup>39</sup> En este contexto, resulta degenerado todo ánimo enemigo de la comunidad, donde la “contradicción a la comunidad” (*Gemeinschaftswidrigkeit*) es definida como un “ataque contra el orden moral del pueblo”.<sup>40</sup>

Según esto, ya no debería haber más una separación entre los órdenes moral y jurídico, a diferencia del liberalismo.<sup>41</sup> Al Derecho Penal de un Estado autoritario, que no considera a éste como un fin en sí mismo, sino “al servicio de un orden de valores morales y generalmente vinculantes, corresponde precisamente, una tenaz protección de estos valores espirituales y morales”.<sup>42</sup> El Estado en cuanto forma de expresión de la unidad del pueblo puede exigir no sólo el cumplimiento de deberes jurídicos, sino también morales sin base jurídica positiva. A la vista de la identidad entre derecho y moral en el ordenamiento jurídico del

pueblo se hace innecesaria la distinción entre deberes morales y jurídicos.<sup>43</sup> Desde el momento en que *Schaffstein* sitúa, con carácter general, la infracción de deber como esencia del delito, las normas penales pueden vincularse a la inobservancia de deberes morales no codificados por el Derecho positivo.

Por ejemplo, para la punibilidad por un delito impropio de omisión debiera bastar cuando el omitente permanece inactivo, a pesar de su sujeción a un deber de actuación derivado del orden moral del pueblo.<sup>44</sup> Junto a la infracción de este deber (cuando menos moral) de actuación debiera constatarse únicamente si el omitente, “según el sano sentimiento popular”, corresponde al tipo de autor del correspondiente delito.<sup>45</sup> Para ello bastaría una comparación del ánimo y la motivación de los cuales surge la conducta omisiva, con aquellos que el legislador ha pensado para el correspondiente delito de acción.

#### V. Conclusión provisional

Resumidamente, y según lo expuesto hasta ahora, el Derecho Penal nacionalsocialista se deja caracterizar, a grandes rasgos, con las siguientes notas: sustitución de bienes individuales por bienes colectivos; complemento del dogma del bien jurídico con la idea de la lesión de deber; sustitución del principio de legalidad formal por un concepto material de delito mediante el recurso al sano sentimiento popular; comprensión esencial y total frente al pensamiento analítico y categorial; subjetivización del concepto de lo injusto así como impregnación ética de las funciones y contenido del Derecho.

#### C. Influencias del pensamiento penal nacionalsocialista en la dogmática actual

Como avanzamos en la introducción se tratará, en lo siguiente, de establecer en qué medida son observables aún (o nuevamente) en el Derecho y en la Ciencia

<sup>37</sup> Freisler, “Der Versuch”, *Denkschrift der Akademie*, 1933, pp. 73 y s.

<sup>38</sup> Véase Hartl, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, 2000, p. 200 y s.

<sup>39</sup> Schaffstein (cit. n. 5), p. 46.

<sup>40</sup> Dahm (cit. n. 36), p. 17.

<sup>41</sup> Véase Marxen (cit. n. 24), p. 74.

<sup>42</sup> Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), p. 50.

<sup>43</sup> Dahm, “Bemerkungen zum Unterlassungsproblem”, *ZStW*, 59 (1940), pp. 133, 146; Schaffstein, *Strafrechtsreform und unechte Unterlassungsdelikte*, *DJ*, 1936, p. 767.

<sup>44</sup> Schaffstein (cit. n. 13), p. 96.

<sup>45</sup> Schaffstein (cit. n. 13), p. 95.

del Derecho Penal actual reminiscencias del esbozado Derecho Penal nacionalsocialista. A esta búsqueda no subyace una “lógica de la desacreditación” (*Logik der Diskreditierung*) de forma que todas las tesis desarrolladas entre 1933 y 1945 por la Ciencia del Derecho Penal alemana serían, simplemente por ello, por su especial acentuación en este periodo, definitivamente comprometidas, reprocharles su superación histórica y negarles por ello todo papel en la “ilustrada” dogmática jurídico-penal actual.<sup>46</sup> Contra una tal absolutización del argumento histórico en la práctica interpretativa habla ya la circunstancia de que algunas de las tesis aludidas y asociadas al Derecho Penal nacionalsocialista eran ya esgrimidas con bastante anterioridad a 1933, en el tiempo de la República de Weimar en Alemania, aunque ciertamente no pudieron imponerse como opinión mayoritaria dentro de la Ciencia y tampoco fueron expuestas con la radicalidad que adquirieron crecientemente a partir de 1933.<sup>47</sup>

Es con seguridad cierto que el desarrollo de la Ciencia del Derecho Penal alemana en el siglo XX ha estado marcado por líneas visibles de desarrollo trascendentes a las distintas épocas y presentes durante largo tiempo en la misma que, en el periodo nacionalsocialista únicamente, culminaron, pero no se introdujeron entonces.<sup>48</sup> Pero con todo, alcanzaron estas líneas de desarrollo su punto culminante en el nacionalsocialismo: lo que con anterioridad sólo se había mostrado tímidamente en ideas y tendencias, adquiere ahora su desarrollo pleno y sin límites.<sup>49</sup> El hecho de que el nacionalsocialismo con todas sus connotaciones teóricas no “cayera del cielo” súbitamente en 1933, sino que tuviera precedentes históricos, no puede llevar tampoco a abordar tales elementos con menor desconfianza. La peligrosidad del brote de una enfermedad que puede, a la postre, llegar a ser mortal no se relativiza con la verificación, a la postre, de que las cepas bacterianas responsables de la misma se encontraban presentes de forma latente en el cuerpo con anterioridad a la manifestación de aquélla. Si con posterioridad a la

remisión del estado agudo de la enfermedad se dejan observar aún o de nuevo similares cepas bacterianas en el cuerpo, entonces se tratará a las mismas *prima facie* con desconfianza, cuando menos.

Correspondientemente se procede con los principios dogmáticos jurídico-penales que se han mostrado en el nacionalsocialismo como susceptibles de abuso y radicalización, habiendo favorecido en ese momento al sistema de lo injusto de entonces o integrándose, incluso, como parte del mismo. Expresado en términos procesales jurídico-penales, la constatación de una continuidad histórica desde el (o cierto paralelismo con el) nacionalsocialismo, si bien no debe llevar aún a una condena de la concreta idea, sí que basta suficientemente para justificar una sospecha inicial (*Anfangsverdacht*) contra la misma.

#### *I. Lesión de deber frente a lesión del bien jurídico*

Una tal sospecha inicial se cierne, en consecuencia, también, sobre la comprensión desarrollada decisivamente por *Schaffstein* de que la esencia del delito reside en cualquier caso e incluso, también, prioritariamente en una lesión del deber.<sup>50</sup> Esta concepción fue recogida en 1951 por el Tribunal Supremo (BGH) para poder condenar por un delito de estafa consumado, pese a la falta de menoscabo de un bien jurídico individual susceptible de protección. Según los hechos que recoge esta sentencia, un receptor había privado de parte de los beneficios de la venta al ladrón de quien había obtenido, para tal fin, el objeto sustraído. La consideración de que el ladrón, como primer autor, “no es merecedor de protección jurídico-penal”, lo rebate el BGH con el argumento de que esta comprensión ve “el contenido esencial del delito unilateralmente en la lesión del interés individual, y desconoce que el delito debe ser valorado, y no en último lugar, como infracción de deber del autor; obvia el ánimo por el confirmado y, en ello, desatiende completamente la peligrosidad mostrada para el orden jurídico general”.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Sin embargo, tendencialmente Naucke, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2000, pp. 427 y ss.; Vormbaum, *Beiträge zur juristischen Zeitgeschichte*, 1999, pp. 54 y s.; G. Wolf, *Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?*, JuS, 1996, pp. 189, 195.

<sup>47</sup> Pauli, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, 1992, pp. 241 y ss.; Vormbaum (cit. n. 46), pp. 43 y ss.; Vogel, “Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht”, ZStW, 115 (2003), pp. 638, 641.

<sup>48</sup> Así Hartl (cit. n. 38), p. 377.

<sup>49</sup> Vogel (cit. n. 47), p. 668.

<sup>50</sup> Schaffstein (cit. n. 12), p. 132.

<sup>51</sup> BGHSt 2, 364, 368.

La citada sentencia no recoge una doctrina ni mucho menos superada, sino que aún hoy, es citada con asentimiento por la literatura jurídico-penal dominante.<sup>52</sup> Así explica especialmente *Lenckner*, que el delito “según su naturaleza” no es sólo lesión del bien jurídico, sino “a la vez infracción de deber. Sólo a través del menoscabo al bien jurídico no se puede caracterizar suficientemente el hecho punible. Pues una conducta puede ser ya punible, aunque en el caso concreto falte la producción o puesta en peligro de un bien jurídico (tentativa inidónea). Por otra parte, para el Derecho Penal no basta en ningún caso con la mera lesión del bien jurídico en el sentido de la causación de un estado negativamente valorado”.<sup>53</sup>

Esta última consideración de *Lenckner*, según la cual a esta exigencia de la infracción de deber corresponde un significado de limitación de la pena, en mi opinión, puede asumirse plenamente: Si alguien, a través de una conducta arriesgada pero permitida, lesiona los bienes jurídicos de otro, no fundamenta por ello la imposición de una pena, ni siquiera ya la constitución de lo injusto. No todo comportamiento que se demuestre *ex post* como lesivo de bienes jurídicos es ya por ello también típico y precisa de una específica justificación. Pero tanto el BGH en la sentencia citada como *Lenckner* en su comentario, van más allá del significado limitativo de la infracción de deber y asignan al mismo también significado como fundamento de la pena. Según esto, el fundamento de la pena no debe residir sólo en la lesión del bien jurídico, en tanto consecuencia de una conducta contraria a deber, sino que también la falta de peligrosidad de la conducta para el bien jurídico debe poderse sustituir por la contrariedad a deber. En mi opinión, la sujeción al deber de conducta se eleva aquí al fin mismo,<sup>54</sup> aunque la imposición de un deber de conducta como limitación de la libertad general de acción precisa de legitimación jurídico-constitucional y sólo procede, según ello, en tanto que tal limitación se muestre

como un medio adecuado, necesario y proporcionado para la protección de bienes jurídicos.

La punibilidad de la tentativa inidónea, que ya *Schaffstein* quisiera deducir de la idea de la infracción de deber,<sup>55</sup> se deja igualmente legitimar con meras consideraciones relativas al bien jurídico: Cada tentativa por inidónea que sea fundamenta con todo un peligro abstracto que en la realidad, de estar efectivamente así constituida, como se representa el autor, podría dar lugar a una lesión del bien jurídico.<sup>56</sup> Pero sólo por esta vía se deja también fundamentar la impunidad de la tentativa supersticiosa, que precisamente no se sustenta en un enjuiciamiento erróneo de los hechos, sino en la expectativa de que intervengan poderes irreales en la realidad.<sup>57</sup> Sin embargo, a cada tentativa con medios reales subyace necesariamente, una determinada representación de la realidad por parte del autor, y aún a través de la tentativa más inidónea se expone al riesgo, al menos abstractamente, el bien jurídico agredido; y tal concepción subjetiva de la realidad podría también confirmarse objetivamente. Este abstracto y perenne “riesgo de coincidencia” (*Übereinstimmungsrisiko*) no puede, sin embargo, justificar el mismo marco penal que un delito consumado, donde el riesgo se concreta en un primer momento, y finalmente también se realiza en el caso concreto. Si el fundamento individual de la pena de toda conducta refleja su incidencia lesiva sobre el bien jurídico, entonces debe hacerse un uso obligatorio de la posibilidad de reducción de pena prevista en el § 23 II StGB para los casos de mera tentativa de delito, y no simplemente facultativo.<sup>58</sup>

Tampoco en los delitos especiales es preciso, oponiéndonos a *Schaffstein*,<sup>59</sup> recurrir a la infracción de deber en ellos presentes como elemento de fundamentación de la pena. Que por ejemplo, a un funcionario (§§ 331 siguientes), un administrador patrimonial (§ 266) o un médico (§ 203 I Nr. 1) se les cargue con deberes especiales jurídico-penalmente asegurados,

<sup>52</sup> Ike, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 36ª ed., 2006, § 1 marg. 15.

<sup>53</sup> Schönke, Schröder y Lenckner, *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., 2006, Vor § 13 marg. 11.

<sup>54</sup> Hoyer, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, p. 77.

<sup>55</sup> Schaffstein (cit. n. 12), p. 137; el mismo (cit. n. 5), pp. 48 y s.

<sup>56</sup> Hoyer (cit. n. 54), p. 193.

<sup>57</sup> Hoyer (cit. n. 54), p. 195.

<sup>58</sup> Lo que significaba un retorno a la situación jurídica previa al decreto de 29.5.1943 (RGBl. I, 341). Kohlrausch, *Deutsches Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 1947, p. 43 califica críticamente esta disposición, a mi juicio con razón, como “una exageración de la idea de voluntad, propia del nacionalsocialismo, hasta el punto de un Derecho Penal del ánimo”. Sobre su proceso de gestación véase Hartl (cit. n. 38), pp. 332 y s.

<sup>59</sup> Schaffstein (cit. n. 12), pp. 120 y ss.

encuentra su razón en las también especiales posibilidades fácticas y jurídicas de estas personas de intervenir y menoscabar los bienes jurídicos de un tercero.<sup>60</sup> Que la infracción de un deber especial funja como fundamento o agravación de la pena se deja, por tanto, explicar mediante una mayor necesidad de protección del bien jurídico frente a las personas sujetas, precisamente por ello, a tales deberes especiales, sin que para ello el dogma del bien jurídico deba limitarse o complementarse con un segundo fundamento de pena independiente.

## II. Tutela de bienes jurídicos colectivos frente a individuales

Otro postulado central del Derecho Penal nacionalsocialista residía en el “abandono del individualismo”,<sup>61</sup> para encontrar en su lugar, el “sentido de la pena y del Derecho Penal” en la “protección de la comunidad del pueblo”.<sup>62</sup> Una tendencia a ello, a adscribir a las normas jurídico-penales en caso de duda también o incluso, de forma exclusiva una orientación hacia la tutela de la comunidad, se encuentra aún hoy en la jurisprudencia y en la doctrina dominante: Así se sigue interpretando el § 315c por el BGH en el sentido de “que este precepto no sólo protege la integridad y la vida del usuario individual de la carretera, sino sobre todo persigue la protección del tráfico viario y con ello de la colectividad”.<sup>63</sup> Aun cuando esta “protección de la colectividad en el caso concreto, sólo pueda redundar en un individuo, como representante o miembro de la generalidad protegida”, no se puede “de ningún modo dejar la seguridad de las vías en general... a la voluntad del individuo”. Por esta razón no es posible un consentimiento eficaz de la víctima individual del peligro en relación con la puesta en peligro de su

propia integridad física o su patrimonio.<sup>64</sup> Esta interpretación que hace el BGH del § 315c orientada hacia bienes jurídicos colectivos, no constituye por tanto una mera *façon de parler*, sino que repercute en los resultados acentuando la punibilidad y con ello en perjuicio del autor.

La literatura dominante,<sup>65</sup> por el contrario, adscribe al § 315c una doble función de tutela, por una parte, en favor del bien jurídico colectivo “seguridad en el tráfico viario”, por otra a favor de los bienes jurídicos individuales de las potenciales víctimas del peligro. Para la punibilidad según el § 315c, debieran perjudicarse antijurídicamente ambos bienes jurídicos de forma cumulativa, de modo que en caso de consentimiento de la víctima individual del peligro sólo interviene el § 316, que asegura únicamente bienes jurídicos de la colectividad.<sup>66</sup> Una interpretación individualista consecuente de los §§ 315c y 316 sólo se postula de forma aislada,<sup>67</sup> aunque dista de ser evidente, que el supuesto bien jurídico colectivo “seguridad en el tráfico viario” deba comprender algo más que la seguridad de todos los bienes jurídicos individuales expuestos al tráfico viario en y ante el tráfico viario.

Una similar discrepancia de opiniones sobre una interpretación orientada hacia bienes jurídicos individuales o colectivos se registra en relación con el § 164: Jurisprudencia<sup>68</sup> y doctrina mayoritaria<sup>69</sup> consideran que a través del § 164, y a diferencia del § 145d, junto a la “administración de justicia” (*Rechtspflege*) como bien jurídico colectivo, se protegen también los bienes individuales del *imputado* (*Verdächtigten*). Sin embargo, para la imposición de una pena de acuerdo con el §164 basta con que se haya puesto en peligro únicamente el bien jurídico colectivo. Y sobre este bien jurídico colectivo no puede “disponer el lesionado; por ello su consentimiento carece de significa-

<sup>60</sup> Véase Hoyer, SK-StGB, 7ª ed., 2001, § 28 marg. 36 y ss.

<sup>61</sup> Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), p. 37.

<sup>62</sup> Schaffstein (cit. n. 5), p. 46.

<sup>63</sup> BGHSt 23, 260, 263.

<sup>64</sup> BGHSt 23, 260, 264.

<sup>65</sup> Tröndle y Fischer, *Strafgesetzbuch*, 53ª ed. 2006, § 315c marg. 2; Groeschke en *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, tomo 4, 2006, § 315c marg. 1; Lackner y Kühl, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed. 2007, § 315c marg. 1.

<sup>66</sup> Schönke, Schröder, Cramer y Sternberg-Lieben (cit. n. 53), § 315c marg. 43; Schröder, *Die Teilnahme des Beifahrers an der gefährlichen Trunkenheitsfahrt*, JuS 1994, pp. 846, 848; Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil*, Bd. II, 8ª ed. 2007, § 44 marg. 9.

<sup>67</sup> Especialmente, Horn y Wolters, SK-StGB (cit. n. 60), 2006, § 315c marg. 2 y § 316 marg. 2; Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 140 y s.; Schünemann en Hefendehl, Hirsch y Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 133, 152.

<sup>68</sup> BGHSt 9, 240, 242; 14, 240, 244; 18, 333.

<sup>69</sup> Schönke, Schröder y Lenckner (cit. n. 53), § 164 marg. 1; Tröndle y Fischer (cit. n. 65), § 164 marg. 2; Lackner y Kühl (cit. n. 65), § 164 marg. 1; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 521.

ción; es más, éste aumentará incluso el contenido de lo injusto del hecho ya en consideración, esto es, el engaño de las autoridades”.<sup>70</sup>

La teoría pura de los bienes individuales,<sup>71</sup> que llevaría aquí a unos resultados favorables al autor, se rechaza de forma muy mayoritaria. Lo mismo resulta para la denominada “teoría de la acumulación” (*Kumulationstheorie*),<sup>72</sup> la cual para castigar según el § 164 exige, en todo caso, que tanto los bienes jurídicos individuales como los colectivos hayan sido perjudicados de forma antijurídica; en caso contrario sólo entraría el § 145d en consideración. Mediante este rechazo de la teoría de la acumulación, la doctrina mayoritaria se pone en contradicción con su argumentación, antes citada, relativa al § 315c, que se encuentra en la misma relación con el § 316, que el § 164 con el 145d.

Más claramente colectivista resulta el estado de opinión relativo al bien jurídico del § 267, que es visto de forma muy mayoritaria en la “seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico documental”,<sup>73</sup> en lugar de atender a la libertad de disposición individual del destinatario del documento que, como víctima del engaño mediante tal documento falso, se ve empujada de ese modo a la adopción de un comportamiento no querido.<sup>74</sup> El consentimiento de aquél, del único frente al que ha sido o debiera ser utilizado el documento, no puede excluir entonces un delito consumado, pues se trata de la protección de la “comunidad jurídica”. El alto significado de los bienes jurídicos colectivos protegidos a través del § 267 llevó, por su parte, al legislador nacionalsocialista en 1943 a renunciar a la estructura hasta entonces vigente del delito de false-

dad documental como delito de dos actos, y a contentarse para su punibilidad con un mero acto en el estadio de preparación del fraude proyectado.<sup>75</sup> Por tanto, también aquí se dejan equiparar, en definitiva, colectivización del fin de protección y extensión de lo punible.

Cabe citar numerosos ejemplos en los que la construcción de bienes jurídicos colectivos da lugar a una expansión de la punibilidad. En este sentido, se discute en la mayoría de los tipos de la sección vigésimo segunda del Código Penal alemán, si éstos no valen (también) para la protección de bienes jurídicos colectivos junto o simplemente en lugar de los bienes jurídicos individuales. Así, por ejemplo, el § 264 debiera servir (también) a la confianza de la colectividad en la fiabilidad del mercado de capitales,<sup>76</sup> el § 265 a la capacidad de rendimiento del sector asegurador (*Leistungsfähigkeit der Versicherungswirtschaft*), el § 266a a la seguridad social (*Versichertensolidargemeinschaft*),<sup>77</sup> el § 265b a la capacidad funcional de la forma crediticia como un instrumento especialmente importante del tráfico económico,<sup>78</sup> el § 265 al sector transportes de personas y telecomunicaciones (*Personen- und Fernmeldeverkehrswesen*),<sup>79</sup> el § 266b al tráfico monetario crediticio<sup>80</sup> y en el § 264 a los fines públicos que se persiguen con una subvención.<sup>81</sup> En el momento en que se orienta la interpretación de los concretos elementos típicos de la norma a tales bienes jurídicos colectivos, se legitima, por una parte, el adelantamiento de la punibilidad acometido por el legislador y se renuncia, por otra, a la necesidad de por lo menos un concreto peligro patrimonial para la víctima individual.

<sup>70</sup> BGHSt 5, 66, 68.

<sup>71</sup> Hirsch, *Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung*; Schröder-Gedächtnisschrift, 1978, pp. 307, 312 y ss.; Vormbaum, NK-StGB, tomo 2, 2ª ed., 2005, § 164 marg. 10.

<sup>72</sup> Frank, *Das StGB für das Deutsche Reich*, 18ª ed., 1931, § 164 n. I.

<sup>73</sup> BGHSt 2, 50, 52; Schönke, Schröder, Cramer y Heine (cit. n. 53), § 267 marg. 1; Tröndle y Fischer (cit. n. 65), § 267 marg. 1; Lackner y Kühl (cit. n. 65), § 164 marg. 1; Rengier (cit. n. 66), § 33 marg. 1.

<sup>74</sup> Así, sin embargo, Puppe, NK-StGB (cit. n. 71), § 267 marg. 8; Hoyer, SK-StGB (cit. n. 60), 1998, Vor § 267 marg. 12; Erb, *Münchener Kommentar* (cit. n. 65), § 267 marg. 2.

<sup>75</sup> Art. 11 *StrafrechtsangleichungsVO* de 29.5.1943, RGBl. 1943, I, pp. 339 y s.; sobre ello véase Hartl (cit. n. 38), pp. 318 y s.

<sup>76</sup> BT-Drs. 10/318, p. 22; OLG Colonia NJW 2000, pp. 598, 600; Schönke, Schröder, Cramer y Perron (cit. n. 53), § 264a marg. 1; Tiedemann, LK-StGB (cit. n. 52), 1997, § 264a marg. 13.

<sup>77</sup> Tiedemann (cit. n. 76), § 265 marg. 6; Schönke, Schröder, Cramer y Perron (cit. n. 53), § 265 marg. 2; Rönau, *Der neue Straftatbestand des Versicherungsmissbrauchs—eine wenig geglückte Gesetzesregelung*, JR, 1998, pp. 441, 445.

<sup>78</sup> BT-Drs. 7/5291, p. 14; Tiedemann (cit. n. 76), § 265b marg. 9; Lackner y Kühl (cit. n. 65), § 265b marg. 1; Schönke, Schröder, Cramer y Perron (cit. n. 53), § 265b marg. 3.

<sup>79</sup> OLG Stuttgart NJW 1990, pp. 924, 925.

<sup>80</sup> BGH, NSTZ 1993, p. 283; Tröndle y Fischer (cit. n. 65), § 266b marg. 1; Lackner y Kühl (cit. n. 65), § 266b marg. 1.

<sup>81</sup> Tiedemann (cit. n. 76); § 264 marg. 11; Schönke, Schröder, Cramer y Perron (cit. n. 53), § 264 marg. 4.

### III. Construcción analógica frente a principio de legalidad

Pero aún en mayor medida, el ámbito de las conductas punibles se amplió en el Derecho Penal nacionalsocialista a través del denominado concepto material de delito y de la permisión de la analogía que se desprendía del mismo en la antigua formulación del § 2. Ciertamente, una semejante autorización de la analogía no se encuentra hoy en la parte general del Código Penal. Sin embargo, se tropieza con numerosas cláusulas en la parte especial del mismo que, en realidad, no representan otra cosa que habilitaciones para la analogía, si bien respectivamente limitadas a los concretos tipos penales. Así prevé el § 315b I Nr. 3 la punibilidad de aquel que “ejecute una intervención similar pero igualmente peligrosa” a la que se ha descrito en los números 1 y 2. Correspondientemente, el nuevo tipo del *Stalking*, introducido en 2007, penaliza en el § 238 I Nr. 5 a aquel “que ejecute otra acción comparable” a las que se recogen bajo pena en los números 1 a 4. La técnica legislativa nacionalsocialista de la autorización para la analogía del viejo § 2,<sup>82</sup> que alude a la posibilidad de castigar “un hecho similar” a aquellos que eran “amenazados con pena en el Código”, se diferencia de las citadas cláusulas del Derecho vigente sólo en su extensión, no cualitativamente.

Nada distinto sucede con los ejemplos regla (*Regelbeispielen*), que son considerados por el legislador como una “técnica [especialmente] moderna de legislación penal”.<sup>83</sup> Junto a los casos especialmente graves de delito nombrados en los ejemplos regla, parece que hay también correspondientes casos especialmente graves innominados que deben desarrollarse en relación con los casos descritos y referidos en tales ejemplos. Pero en la apreciación de un caso especialmente grave se trata “sólo” de la determinación de la pena y no de la tipicidad de una conducta. Según el Tribunal Constitucional alemán el principio

de legalidad, consagrado en el art. 103 II de la Ley Fundamental de Bonn, garantiza no sólo el principio *nullum crimen sine lege*, sino también el principio *nulla poena sine lege*.<sup>84</sup> No obstante, el mandato constitucional de determinación legal debiera “no exagerarse” dada la multiformidad de la vida.<sup>85</sup> Por ello, a través de los ejemplos regla se “hace suficientemente claro el criterio material de la especial gravedad del caso” pensado por el legislador.<sup>86</sup> Cuando el Tribunal Constitucional permite que un “criterio material” insinuado por el legislador determine la aplicación jurisdiccional de la norma, ello suena bastante ya pero no sólo terminológicamente al concepto material de delito.

Pero más cuestionables aún deben resultar, en relación con la determinación legal, en los casos especialmente graves completamente innominados, los cuales no son siquiera algo más detallados a través de un ejemplo regla “material”; por ejemplo, el § 212 II con su amenaza punitiva absoluta de cadena perpetua. La diferencia de los casos especialmente graves totalmente innominados frente a los vinculados a ejemplos regla reside, según *Hans Joachim Hirsch*: “sólo en ello, que en los primeros la construcción agravatoria del tipo se deja completamente al criterio del juez. En las cláusulas generales de la técnica de los ejemplos regla, se trata de una habilitación legal para la analogía, y de ese modo, aquí, de una habilitación a la creación libre del derecho”.<sup>87</sup> La propagación de los casos especialmente graves completamente innominados en el Código Penal alemán tiene lugar, por primera vez, de forma considerable, en el periodo nacionalsocialista.<sup>88</sup> El Tribunal Constitucional alemán ha declarado el § 212 II,<sup>89</sup> introducido en 1953, acorde con el art. 103 II de la Ley Fundamental de Bonn, pues del § 211 resultarían “criterios suficientemente seguros” para ello, para establecer qué contenido de injusto y culpabilidad pretendió el legislador (¡nacionalsocialista!) presuponer a la imposición de una pena indefinida de privación de libertad.<sup>90</sup>

<sup>82</sup> Al respecto, véase Marxen (cit. n. 24), pp. 172 y ss.

<sup>83</sup> Así BT-Drs. 13/7164, p. 36.

<sup>84</sup> BVerfGE 25, 269, 295.

<sup>85</sup> BVerfGE 45, 363, 371; en un sentido próximo Gribbohm, LK-StGB (cit. n. 52), 1992, § 1 marg. 63 y s.

<sup>86</sup> BVerfGE 45, 363, 373.

<sup>87</sup> Hirsch, *Die verfehlt deutsche Gesetzesfigur der “besonders schweren Fälle”*, en Dölling y Erb, *Gössel-Festschrift*, 2002, pp. 287, 299.

<sup>88</sup> Hirsch (cit. n. 87), p. 288.

<sup>89</sup> BGBl, 1953, 735.

<sup>90</sup> BVerfG JR, 1979, 28.

### IV. *Ánimo reprochable e infracción moral como fundamentos de la pena*

Tampoco la tendencia general observable en el Derecho Penal nacionalsocialista hacia la subjetivización e impregnación ética (*Ethisierung*) de los elementos de lo injusto llegó precisamente a su fin en 1945. Así, el BGH utilizó con posterioridad un concepto de autor extremadamente subjetivo, el cual para la delimitación entre autores y partícipes atendía sólo a la “actitud interna frente al hecho”.<sup>91</sup> Esta continuidad en la jurisprudencia dominó también en la fundamentación de los deberes de garante precisos para los delitos improprios de omisión: Como el *Reichsgericht*,<sup>92</sup> dedujo también el Tribunal Supremo alemán<sup>93</sup> deberes de garantes jurídico-penales para un supuesto de estafa por omisión, directamente de la confianza, en tanto que existiera un contrato o relación similar a la contractual entre los intervinientes. También el legislador alemán federal dejó en buena medida en su sitio la acentuación subjetiva y ética de los presupuestos de lo injusto llevada a cabo por su predecesor; por ejemplo, el elemento introducido en la figura de asesinato de que la muerte tenga lugar “por motivos bajos” (*aus niedrigen Beweggründen*),<sup>94</sup> o la exclusión del consentimiento, consagrada legalmente desde 1933, cuando la lesión corporal a pesar del consentimiento vaya “contra las buenas costumbres” (*gegen die guten Sitten*).<sup>95</sup> Desde 1953 el legislador, si bien ya no atiende en las coacciones, como en la formulación de 1943, a si el hecho “contradice el sano sentimiento popular”,<sup>96</sup> lo hace en su lugar a si resulta “reprochable”.<sup>97</sup> La separación de los órdenes jurídico y moral está tan presente en esta “reforma” como un aumento en la seguridad jurídica.

Tampoco la teoría de lo injusto personal, que considera lo injusto como integrado por elementos objetivos

y subjetivos (desvalor de acción y resultado), está precisamente superada, sino que es aceptada como nunca antes, de forma general.<sup>98</sup> En tanto que la inclusión de elementos subjetivos en el concepto de lo injusto conduce a una limitación de la punibilidad y ayuda así a evitar una pura responsabilidad por el resultado, no cabe oponer nada a ello. En este sentido funge limitando la punibilidad, por ejemplo, cuando una mera producción del resultado, pese a que tiene lugar de forma objetivamente imputable, no constituye por sí misma injusto, sino que precisa para ello una conducta individual dolosa o imprudente. También resulta una limitación de lo punible de la exigencia del dolo en el delito intentado, puesto que así se deja impune la imprudencia sin consecuencias. Pero los elementos subjetivos de lo injusto comienzan a ser problemáticos siempre entonces, cuando deben conducir a una ampliación o agravación de la punibilidad, como por ejemplo los “motivos bajos” en el marco del § 211 —mientras que, por el contrario, el ser determinado por una seria petición de muerte en el marco del § 216 funciona limitando la punibilidad, y por ello no debe temerse punición alguna de lo injusto del ánimo (*Gesinnungsunrecht*).

Correspondientemente, debe diferenciarse también en la valoración ética de los comportamientos en el marco de la ley: Que se excluya la eficacia del consentimiento, cuando la lesión corporal pese al consentimiento resulte contraria a la moral (*sittenwidrig*), se extiende la punibilidad por razones morales. Lo mismo resulta, cuando las coacciones a pesar de la adecuación a Derecho de los medios empleados y del fin perseguido deben ser punibles, sólo porque la relación medio-fin resulta “reprochable”.<sup>99</sup> Tampoco las numerosas limitaciones ético-sociales del derecho a la legítima defensa, que defiende la doctrina mayoritaria,<sup>100</sup> pueden convencer bajo esta

<sup>91</sup> BGHSt 18, 87, 90.

<sup>92</sup> RGSt 70, 151, 159.

<sup>93</sup> BGHSt 6, 198, 199.

<sup>94</sup> BGHSt 6, 198, 199.

<sup>95</sup> RGBl. I, 295.

<sup>96</sup> RGBl. I, 341.

<sup>97</sup> BGBl. I, 742.

<sup>98</sup> Véase Schönke, Schröder, Lenckner y Eisele (cit. n. 53), Vor § 13 marg. 52; Hirsch, “Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre”, ZStW 94 (1982), pp. 239, 240; Günther, SK-StGB (cit. n. 60), 1998, Vor § 32 marg. 20; Otto, “Personales Unrecht, Schuld und Strafe”, 87 (1975), pp. 539, 541; Welzel (cit. n. 69), p. 62.

<sup>99</sup> Así BGHSt 17, 324, 331, donde se engarza como criterio decisivo con el “sentimiento jurídico del pueblo”; críticamente, al respecto, Horn y Wolters (cit. n. 60), 2003, § 240 marg. 37.

<sup>100</sup> Véase BT-Drs. V/4095, p. 14; Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 4ª ed., 2006, § 15 marg. 55 y ss.; Schönke, Schröder, Lenckner y Perron (cit. n. 53), § 32 marg. 43; Günther, SK-StGB (cit. n. 60), § 32 marg. 103 y s.; Lenckner, “Gebotensein und Erforderlichkeit der Notwehr”, GA, 1968, pp. 1, 9.

óptica.<sup>101</sup> Frente a ello, debieran merecer distinto juicio limitaciones ético-sociales del tipo como, por ejemplo, la exclusión bajo el punto de vista de la adecuación social, de una conducta que sólo literalmente pudiera subsumirse en una norma penal.

#### **D. Conclusión**

Si a modo de conclusión resumo mis palabras una vez más, no tengo más remedio que llegar a la constatación de que todos los conceptos con los que ha sido caracterizado más arriba el Derecho Penal nacional-socialista, encuentran sin esfuerzo correspondencias

en la dogmática actualmente defendida o incluso dominante. En mi opinión, esta conclusión no sólo debe ser motivo de preocupación, también, y ante todo, de un examen crítico. Pero muestra finalmente, a su vez, que “los modernos desarrollos de la ciencia del Derecho Penal” sólo debieran tener lugar mediante la atención y el tratamiento de la propia experiencia histórico-jurídica y de la acontecida en otros Estados —para que todo nuestro desarrollo jurídico no se quede en vueltas irreflexivas e inseguras, sino que mediante el intercambio de nuestros respectivos conocimientos histórico-jurídicos y aprendiendo unos de otros, avancemos juntos hacia un mejor desarrollo.

---

<sup>101</sup> Así también, Spindel, LK-StGB (cit. n. 52), § 32 marg. 308; Marxen, *Die sozioethischen Grenzen der Notwehr*, 1979, pp. 27 y ss.; Erb en *Münchener Kommentar* (cit. n. 65), § 32 marg. 179 y ss.





## La herencia de Franz von Liszt\*

Francisco Muñoz Conde

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España

Revista Penal México, núm. 2, julio-diciembre de 2011

**RESUMEN:** *Franz von Liszt fue uno de los más importantes especialistas en Derecho Penal y Política criminal a finales del siglo XIX en Alemania. En el ámbito del Derecho penal fue un decidido partidario del Estado de Derecho, considerando que el Derecho Penal debería ser una infranqueable barrera para la política criminal. Pero luego en relación con la delincuencia habitual y la reincidencia proponía fuertes medidas de inocuización (Unschädlichmachung) e incluso la pena de prisión de duración indeterminada, que luego influyó notoriamente en la Política criminal del nacionalsocialismo en esta materia. Este artículo analiza esta doble y contradictoria personalidad académica y científica de Franz von Liszt.*

**PALABRAS CLAVE:** *Derecho Penal, política criminal, delincuencia habitual, inocuización.*

**ABSTRACT:** *Franz von Liszt was one the most important specialist on Criminal Law and Criminal policy at the end of XIX Century in Germany. In the field of Criminal Law he strongly supported the rule of law and considered the Criminal Law as a barrier of the Criminal policy. But in the field of recidivist delinquency he was specially worried about that and proposed hard measures of elimination (Unschädlichmachung) and long life prison against recidivists, that influenced strongly the Criminal policy during the National socialism in this area. The article analyzes this double contradictory side of the academic and scientific personality of Franz von Liszt.*

**KEYWORDS:** *Criminal Law, criminal policy, recidivist delinquency, elimination.*

\* Título original: "Das Erbe Franz von Liszt", publicado en alemán en *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*, editado por Felix Herzog y Ulfrid Neumann, en colaboración con Jong-Dae Bae, Andreas von Hirsch, Shozo Horiouchi, Francisco Muñoz Conde y Juárez Tavares, Heidelberg (u.a.), Múnich, 2010, pp. 535-558. Traducción al español de Alberto Nanzer (UBA) revisada por el autor.

El presente trabajo es parte de una investigación sobre Franz von Liszt, llevada a cabo por el autor durante el semestre de verano de 2009 en la Humboldt-Universität de Berlín, en el marco del Premio Humboldt de Investigación que le fue concedido por la Fundación Alexander von Humboldt en noviembre de 1999. Una versión más reducida de este trabajo será publicada, también en alemán, en el Libro Homenaje con motivo del Segundo Centenario de la Universidad Humboldt de Berlín, a finales de 2010.

Franz von Liszt (1851-1919) murió el 21 de junio de 1919 en Seeheim. Hoy, 90 años después de su desaparición, continúa aún siendo el jurista más reconocido de la Friedrich-Wilhelms-Universität de Berlín de finales del siglo XIX y principios del XX.<sup>1</sup> Sus teorías fueron y son muy influyentes, no sólo en Alemania sino en muchos otros países. La bibliografía existente sobre su figura es amplia y apenas se puede considerar completamente en el limitado marco de un artículo.<sup>2</sup>

Las teorías de Von Liszt fueron objeto de aplauso y aprobación durante y después de su vida. Sin em-

bargo, también han sido valoradas críticamente y en ocasiones caracterizadas como el comienzo de una funcionalización política del Derecho Penal que, atravesando la República de Weimar y el nacionalsocialismo, ha llegado hasta el actual “Derecho Penal del enemigo”.

1. La concepción lisztiana de la Ciencia del Derecho Penal como una ciencia jurídico-penal “total”,<sup>3</sup> en la que no sólo está incluida la dogmática penal, sino también la política criminal y la Criminología, ha despertado la sospecha de que el Derecho Penal pue-

<sup>1</sup> Su trabajo más conocido en su tiempo fue *Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil (Manual de derecho penal alemán. Parte General)*, Berlín-Leipzig, 1881, 21ª y 22ª ed. de 1919, traducido por entonces en varios idiomas (en español, por ejemplo, por Quintiliano Saldaña y Luis Jiménez de Asúa) y continuado por Eberhard Schmidt (25ª ed., 1927). Otra obra central de von Liszt es también su *Manual de Derecho Internacional (Das Völkerrecht. Systematisch dargestellt)*, Berlín, 1898, 9ª ed. de 1918), que constituyó durante décadas una obra estándar de la materia (la 12ª ed., reelaborada por el Dr. Fleischmann, fue traducida al español por Domingo Miralles y publicada en Barcelona en 1929). A sus primeros trabajos pertenecen dos ensayos de Derecho procesal que fueron parte de su tesis doctoral: *Meineid und falsches Zeugnis* (Viena, 1876) y *Die falsche Aussage vor Gericht und öffentlichen Behörden nach deutschem und österreichischem Recht* (Graz, 1877). Sus conferencias y artículos fueron publicados en vida del autor en dos tomos, *cfr.* Franz von Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, tt. I y II, Berlín, 1905, citados aquí según la reimpresión de 1970.

<sup>2</sup> Sobre la influencia de von Liszt en la ciencia penal alemana e internacional, véase especialmente el número homenaje publicado para conmemorar el cincuenta aniversario de su muerte en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (t. 81, 1969), con aportaciones de Eberhard Schmidt, Lange, Heinitz, Bockelmann, Roxin, Sieverts (Alemania), Moos (Austria), Jiménez de Asúa (España/Argentina), Ranieri (Italia), Correia (Portugal), Novoa Monreal (Chile), Zlataric (Croacia), Schultz (Suiza), Kempe (Holanda) y Nelson (Suecia). En el tomo 94 (1982) de la *ZStW*, dedicado al 100º aniversario del Programa de Marburgo, se encuentran artículos de Naucke, Frisch, Müller-Dietz, Liebscher y Schöch. Para más bibliografía alemana sobre von Liszt, véase Agnes Schwarzschild, *Franz von Liszt als Strafrechtsdogmatiker*, 1933; Hasso von Wedel, “Franz von Liszt geschichtliche Bedeutung als Überwinder des Positivismus”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1933; A. Baumgarten, “Die Lisztsche Strafrechtsschule und ihre Bedeutung für die Gegenwart”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, t. 51, 1937; Jannis A. Georgakis, “Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts”, *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, ed. 123, 1940; Eberhardt Schmidt, “Anselm von Feuerbach und Franz von Liszt”, *Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, vol. 33, 1942; Gerhard Simson, “Franz von Liszt und die schwedische Kriminalpolitik”, *Festschrift für Karl Schlyter*, 1949; Gustav Radbruch, “Franz von Liszt-Anlage und Umwelt”, *Elegantiae Iuris Criminalis*, 2ª ed., Basel, 1950 (también en Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe 16, Biographische Schriften bearbeitet von Günter Spindel*, Heidelberg, 1988, pp. 25-48); Eberhard Schmidt, “Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts”, *Festschrift für Julius Von Gierke*, Berlín, 1950, pp. 201 y ss.; Eberhardt Schmidt, “Franz von Liszt”, en Hermann Heintzel, Theodor Heuss y Benno Reiffenberg (eds.) *Die grossen Deutschen*, t. 5, 1956, reimp. 1983, pp. 407 y ss.; Joachim Renneberg, *Die kriminalsoziologischen und kriminalbiologischen Lehren und Strafrechtsreformvorschläge Liszts und die Zerstörung der Gesetzmäßigkeit im bürgerlichen Strafrecht*, VED Deutscher Zentralverlag, Berlín, 1956; Heribert Ostendorf, *Von der Rache zur Zweckstrafe 100 Jahre ‘Marburger Programm’ von Franz von Liszt (1882)*, 1982; Hans Heinrich Jescheck, “Die Freiheitsstrafe bei Franz von Liszt im Licht der modernen Kriminalpolitik”, *Festschrift für U. Klug II*, Colonia, 1983, pp. 257 y ss.; H. Müller-Dietz, *Der Begriff der Generalprävention in 19. Jahrhundert von P.J.A. Feuerbach bis Franz von Liszt*, Francfort del Meno, 1984; “Liszt der Vernunft”, *Kriminalsoziologische Bibliografie*, 1984, Jg. 49, FET 42, con artículos de Heribert Ostendorf, Monika Frommel, Miachel Baumann, John Leschka y Uwe Ewald; Monika Frommel, “Franz von Liszt”, *Neue Deutsche Bibliographie (NBD)*, Bayerische Akademie der Wissenschaften (ed.), t. 14; *idem*, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafrechtsdiskussion*, 1987 (pp. 83-97); A. Merkel, “Franz von Liszt und Karl Krauss”, *ZStW*, vol. 105, 1993, pp. 871 y ss.; Cornelia Bohnert, *Zu Strafrecht und Staatsverständnis in Schulenstreit der Jahrhundertwende*, 1992; Susanne Ehret, *Franz von Liszt und das Gesetzmäßigkeitsprinzip: zugleich ein Beitrag wider die Gleichsetzung von Magna-Charta-Formel und Nullum Crimen Grundsatz*, Francfort del Meno, 1996; Michael Köhler, “Einführung zu Franz von Liszt”, en *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, reimp., 2002; Eckart Lang, “Der Zweckgedanke im Strafrecht, Das Marburger Programm Franz von Liszt, Seine Bedeutung als Strafrechtstheorie und Strafvollzugsziel”, *Politische Strafrecht und politische Betätigung in Deutschland*, 1999; Richard Wetzell, *Inventing the Criminal. A History of German Criminology*, 2000, pp. 33-38; Michael Kubink, *Strafe und ihre Alternative im zeitlichen Wandel*, 2002, cap. 1; Arndt Koch, “Binding vs. Liszt-Klassische und moderne Strafrechtsschule”, en Hidelgendorf y Wetzell (eds.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*, Berlín, 2007; Adrian Schmidt-Recla y Holger Steinberg, “Eine publizistische Debatte als Geburtsstunde des ‘Marburger Programms’”, *ZStW*, vol. 119, 2007, pp. 195-213; Urs Germann, “Zweispurige Verbrechensbekämpfung, Kriminalpolitik und Gesetzgebung im transnationalen Diskurs: Franz von Liszt, die schweizerische Strafrechtsreform und die Zweispurigkeit von Strafen und Massregeln”, *Zeitschrift des MPI für europäische Rechtsgeschichte*, Rg. 14, 2009. *Cf.* también la exposición general en Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Gotinga, 1965, pp. 357-386; Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2009, pp. 123-135.

<sup>3</sup> Al igual que el título de la revista fundada por Dochow y von Liszt en el año 1881, considerada hoy como una de las más conocidas en el ámbito de la dogmática penal: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*.

de ser empleado para la consecución de fines político-criminales no supeditados a los límites del Estado de Derecho.<sup>4</sup> Inclusive sus frases más citadas, tales como “El Derecho Penal es la barrera insuperable de la política criminal”, “El Código Penal es la Charta Magna del delincuente” o “el baluarte del ciudadano frente a la violencia total del Estado, el poder arbitrario de la mayoría y el ‘Leviathan’”<sup>5</sup> son interpretadas actualmente como el origen de un doble entendimiento del Derecho Penal.<sup>6</sup>

a) Un Derecho Penal con todas sus garantías derivadas del Estado de Derecho, válido como “Derecho Penal del ciudadano” que alguna vez en su vida u ocasionalmente comete un delito o que, en su calidad de sospechoso por la comisión de uno, aparece como acusado en un proceso penal.

b) Otro Derecho Penal que, por contraste, debe concebirse como un Derecho penal “de otro tipo” para delincuentes reincidentes e “incurables”, que deben ser condenados con la mayor dureza a una pena de aseguramiento perpetua a fin de hacerlos “inofensivos”. Un Derecho Penal, pues, que ya no es una “barrera insuperable” de la Política criminal, sino un mero instrumento para su realización.

2. A fin de poder explicar esta contradicción, que recorre la Ciencia penal alemana como un continuo desde los tiempos de Liszt hasta el actual Derecho Penal del enemigo, pasando por los proyectos de reforma de la República de Weimar y del nacionalsocialismo, debemos dar cuenta de los fundamentos teóricos que, tanto en la época de Liszt como en la actualidad, se sitúan en la base de la Ciencia del Derecho Penal.

A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, la Ciencia del Derecho Penal alemana alcanzó su apogeo en lo que respecta al desarrollo de la dogmática penal y, especialmente, de la teoría general del delito.

El propio Liszt pero sobre todo Karl Binding y Ernst Beling establecieron los fundamentos de una teoría general del delito que aún hoy representa la exposición dominante de su estructura en los manuales alemanes.<sup>7</sup>

Mediante el empleo de una metodología propia de las ciencias culturales, que continuaba la línea propuesta por la escuela sudoccidental del neokantismo,<sup>8</sup> Max Ernst Mayer y Edmund Mezger desarrollaron en los años veinte del siglo pasado un sistema de la teoría del delito en el cual cada una de las categorías fundamentales (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) se refería a valores específicos derivados de los fines del Derecho Penal, que el penalista debía comprender y no sólo observar o describir. El neokantismo, en un intento de superación de la concepción positivista de las ciencias naturales, se proponía fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica a través de la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias culturales. Tanto las unas como las otras, afirmaban los neokantianos, son ciencias particulares, puesto que poseen un objeto definido y un método que le es propio para la investigación del mismo, algo que, sin embargo, es precisamente lo que las distingue entre sí. Las ciencias de la naturaleza investigan su objeto desde un ángulo causal-explicativo y las ciencias culturales hacen lo propio con el suyo a través de la aplicación de un método comprensivo que se refiere a un valor. De acuerdo con este planteamiento, la ciencia del Derecho puede ser incluida en ambas, toda vez que, en el afán por desentrañar su objeto de investigación —el Derecho positivo—, es necesario agregar una valoración.

La influencia de esta corriente filosófica sobre la ciencia del Derecho Penal alemana de principios del siglo XX<sup>9</sup> fue considerable y trajo consigo provecho-

<sup>4</sup> Cfr. por ej. von Liszt, “Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft. Antrittsvorlesung, gehalten am 27. Oktober 1899 an der Berliner Universität”, *Strafrechtliche Vorträge*, op. cit., t. 2, pp. 284 y ss.

<sup>5</sup> Von Liszt, “Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. Gutachten für die Allg. Versammlung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung 1893; Mitteilungen”, *Strafrechtliche Vorträge*, vol. IV, op. cit., t. 2, p. 77.

<sup>6</sup> Sobre este doble entendimiento de las tareas del Derecho Penal en von Liszt, cfr. Thomas Vormbaum, op. cit., p. 131.

<sup>7</sup> Éste es el denominado “concepto neoclásico de delito”. Sobre el desarrollo histórico de la nueva teoría del delito, cfr. por ej. las obras generales de Baumann, Weber, Mitsch, Jescheck, Weigend y Roxin, op. cit.

<sup>8</sup> Esta distinción, que se remonta a Dilthey, fue adoptada y continuada por Heinrich Rickert en *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 1899 (*Ciencia cultural y ciencia natural*, traducción española por García Morente, con prólogo de José Ortega y Gasset, 2ª ed., 1945).

<sup>9</sup> El neokantismo fue introducido en la ciencia jurídica por Emil Lask, un discípulo de Windelband. Sobre las relaciones entre el neokantismo y la ciencia jurídico-penal alemana en los comienzos del siglo XX, véase Sascha Ziemann, *Neukantianisches Strafrechtsdenken*, 2009, pp. 91 y ss.; asimismo, Kubink, op. cit., pp. 242-248; Vormbaum, *Einführung*, op. cit., p. 156. Incluso Gustav Radbruch puede ser señalado como neokantiano; en este sentido Sascha Ziemann, op. cit., pp. 67 y ss.

• • •

sos impulsos, ya que subdividió la investigación del delito en dos planos diferentes de idéntico rango: el causal-explicativo (criminología), por un lado, y el comprensivo-axiológico (dogmática), por el otro. La criminología y la dogmática permanecieron de esta manera perfectamente diferenciadas entre sí, sin que la una se subordinara a la otra, por lo cual ambas mantuvieron su significado y autonomía. El penalista, libre del positivismo criminológico que precisamente había amenazado las sutilezas dogmáticas, podía dedicar su empeño a la dogmática jurídico-penal y, dentro de ésta, al perfeccionamiento del sistema de la teoría del delito, verdadero banco de pruebas de todas las reflexiones acerca del núcleo y los fines del Derecho Penal. La criminología permaneció en cambio en manos de los especialistas en las Ciencias de la naturaleza, que investigaban los mismos problemas que los juristas desde otra perspectiva y con otros métodos (sociológico, biopsicológico, etcétera).

Esta diferenciación metodológica fue ya anticipada *de facto* por Franz von Liszt con su distinción entre Derecho Penal y política criminal, incluyendo en el primero la elaboración jurídica del delito y de sus consecuencias y dejando para la última la explicación causal y empírica de este fenómeno,<sup>10</sup> aunque, ocasionalmente, se pronunció contrario a esta orientación filosófica y aún hoy es considerado partidario de un positivismo científico-naturalista.<sup>11</sup>

De cualquier manera, esta clarificación conceptual, realizada tanto por la ciencia del Derecho Penal influida por el neokantismo de una parte como por el positivismo naturalista influido por Liszt por la otra, provocó también una división radical entre ambas formas de considerar los problemas juridicopenales. A partir de aquí, la criminología y la dogmática jurídico-penal —o la política criminal y el Derecho Penal según la terminología de Liszt— hicieron su propio camino sin relación entre sí, como dos mundos diferentes, que incluso hablaban distintos idiomas. La distinción entre ser y deber ser, realidad y valor, entre la esfera ontológica y la axiológica, condujo a la

ciencia penal, paradójicamente, a una esquizofrenia científica, que en el caso de Liszt se muestra particularmente evidente. Para poder explicar esta contradicción, es menester distinguir entre el Franz von Liszt, como dogmático penal y el Franz von Liszt en su rol político-criminal.<sup>12</sup>

3. Como dogmático, Franz von Liszt fue sobre todo un agudo sistemático que, a partir de los conceptos especiales (es decir, de delitos contenidos en la parte especial, tales como homicidio, hurto o apropiación indebida, y por la vía de la abstracción), desarrolló conceptos generales tales como el concepto de delito. Las bases de este sistema eran, por un lado, el concepto de acción, entendido como movimiento corporal vinculado a través de la causalidad con una modificación del mundo exterior (resultado) y, por otro, el de bien jurídico como fundamento del sistema de la parte especial.<sup>13</sup>

Sobre estas bases, von Liszt edificó un sistema clasificatorio en el que a partir de una división estricta entre el lado objetivo y el lado subjetivo del delito, derivaba a su vez la diferencia entre injusto y culpabilidad, ya introducida por Rudolph von Ihering en el ámbito del Derecho civil.<sup>14</sup> Mientras que lo objetivo se le asignaba al concepto de ilicitud o hecho injusto, lo subjetivo —es decir, tanto la relación psíquica del autor con su propio hecho como la imputabilidad— deberían encontrar su ubicación sistemática en la culpabilidad.

Ante la infructuosidad de la discusión acerca de la libertad de voluntad (von Liszt era determinista), desarrolló una teoría de la culpabilidad que, dejando a un lado este problema, debía servir como base común tanto para los deterministas como para los indeterministas. Para von Liszt la culpabilidad no era más la relación psíquica entre el autor y su hecho.<sup>15</sup>

Ideológicamente, esta teoría de la culpabilidad se encontraba en consonancia con las teorías psicológicas dominantes en aquel entonces.<sup>16</sup> La psicología de fines del siglo XIX, impregnada del pensamiento naturalista, era sobre todo de tipo puramente descrip-

<sup>10</sup> Von Liszt, "Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft, Antrittsvorlesung, gehalten am 27. Oktober 1899 an der Berliner Universität", en *Strafrechtliche Vorträge*, *op. cit.*, t. 2, pp. 284 y ss.

<sup>11</sup> En este sentido, Radbruch, *op. cit.*, p. 219 (en *Bibliographische Schriften*, *loc. cit.*, p. 37); Sascha Ziemann, *op. cit.*, pp. 94-96.

<sup>12</sup> No me referiré aquí a su obra como cofundador de la Asociación Criminalista Internacional, como iusinternacionalista o como político. Sobre lo último, véase Ostendorf, en *Liszt der Vernunft*, *op. cit.*, pp. 2-10. Sobre la biografía, véase Moos, *ZStW*, *loc. cit.*

<sup>13</sup> *Cfr.* von Liszt, "Rechtsgut und Handlungsbegriff", en *Strafrechtliche Aufsätze*, *op. cit.*, t. 1, p. 215.

<sup>14</sup> Véase von Liszt, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867.

<sup>15</sup> Von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21ª y 22ª ed., 1919, pp. 151 y ss.

<sup>16</sup> *Cfr.* von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26ª ed., continuada por Eberhard Schmidt, 1932, p. 228.

tivo, referida a circunstancias psíquicas mensurables. Consecuentemente, von Liszt diseñó una teoría de la culpabilidad que sólo se basaba en una relación cuantitativa y subjetiva entre el autor y su hecho. Esta relación subjetiva era dolosa, cuando el autor quería el resultado del hecho o al menos lo había tenido en cuenta; o imprudente, cuando el autor no había querido el resultado pero lo había ocasionado por indiferencia o desconocimiento. Dolo e imprudencia eran entonces dos formas de culpabilidad. A la exclusión de la responsabilidad por el resultado se la veía como una consecuencia necesaria de esta teoría psicológica de la culpabilidad, dado que no había allí ninguna relación psíquica entre el autor y el hecho antijurídico por él provocado.

Este concepto psicológico de la culpabilidad fue criticado pronto por Gustav Radbruch, discípulo de von Liszt. Para el primero, la imprudencia no era más que una “vergonzante responsabilidad casual”.<sup>17</sup> La imprudencia, según Radbruch, no se adecuaba, pues, a una concepción psicológica de la culpabilidad, ya que ella “no es sólo estado psíquico real, sino también una desviación de ese estado psíquico real del normal y correcto”.<sup>18</sup>

Sea como fuere, esta crítica de Radbruch, juntamente con el desarrollo posterior de la teoría de la culpabilidad sobre la base del giro normativo operado posteriormente en la ciencia del Derecho Penal,<sup>19</sup> el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y la clasificación del dolo como elemento del tipo dejaron obsoleta la sistemática del delito propuesta por von Liszt, de tal forma que hoy no es defendida prácticamente por nadie y sólo conserva a lo sumo un significado histórico en la evolución de la teoría del delito actual. Sin embargo, no puede discutirse que

la teoría del delito edificada por von Liszt a fines del siglo XIX y principios del XX constituyó un pilar de la estructura del delito alemana contemporánea. Esto es considerado aún hoy como el gran mérito de Franz von Liszt en su carácter de dogmático del Derecho Penal.<sup>20</sup>

4. Mayor trascendencia, no obstante, tuvo y tiene Franz von Liszt en el plano político-criminal. En este contexto, su mayor logro fue el de remplazar el Derecho Penal retribucionista influido por la Escuela Clásica por una concepción preventiva de la pena orientada por la idea de fin. Según von Liszt, corresponde aplicar una pena sólo cuando ella es necesaria y oportuna. Consecuentemente, von Liszt propuso la eliminación de las penas privativas de la libertad de corta duración, la introducción de la condena condicional y la ampliación del ámbito de aplicación de la pena de multa, así como muchas otras medidas de tipo preventivo-especial-positivo, orientadas al mejoramiento del autor necesitado de recuperación.<sup>21</sup>

Pero, por otro lado, von Liszt reclamó también una pena de seguridad por tiempo indeterminado de tipo preventivo-especial-negativo, que tenía como fin la “neutralización” o “inocuidación” (*Unschädlichmachung*) de los denominados incorregibles.<sup>22</sup>

Y para alcanzar este fin, contradictorio con sus planteamientos originarios, von Liszt asignó a la pena privativa de libertad una triple función:

- a) Mejoramiento de los delincuentes necesitados de recuperación y susceptibles de lograrla.
- b) Mera disuasión de los que no necesitan ser corregidos.
- c) Neutralización o inocuidación de los delincuentes irrecuperables.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> Radbruch, “Aussetzung”, *Vergleichende Darstellung Bes. Teil*, vol. IV, Berlín, 1905, p. 201, nota 2.

<sup>18</sup> Radbruch, “Über den Schuldbegriff”, *ZStW*, vol. 24, 1902, p. 345.

<sup>19</sup> Véase Reinhard Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, reimp. en Berliner Wissenschafts-Verlag, 2009, con introducción de Hans Joachim Hirsch, que describe muy bien la evolución del concepto normativo de culpabilidad al concepto de culpabilidad de la teoría de la acción final.

<sup>20</sup> Cfr. Hans Heinrich Jescheck, *Lehrbuch*, 4ª ed., p. 181, y Claus Roxin, *ATI*, 4ª ed., p. 241, que denominan el sistema del delito erigido por Liszt y Beling como el “sistema del delito clásico”.

<sup>21</sup> Véase von Liszt, “Kriminalpolitische Aufgabe”, en *Strafrechtliche Vorträge*, op. cit., t. 1, pp. 290 ss.; *idem*, “Die Reform der Freiheitsstrafe”, en *Strafrechtliche Vorträge*, op. cit., pp. 511 ss.

<sup>22</sup> Von Liszt, “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, en *Strafrechtliche Vorträge*, op. cit., t. 1, pp. 166 ss.

<sup>23</sup> Esta triple función de la pena que, al mismo tiempo, va acompañada de una clasificación de los delincuentes en aquéllos susceptibles de recuperación, aquellos que ocasionalmente no la necesitan y en aquéllos incorregibles, fue formulada por von Liszt en su Programa de la Universidad de Marburgo en 1882, publicado como artículo en la *ZStW*, vol. 3, bajo el título *Der Zweckgedanke im Strafrecht* y luego en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, op. cit., vol. I, pp. 126 y ss., Berlín, 1905 (reimp. 1970). Existe una traducción al español de Enrique Aimone Gibson, con prólogo de Manuel de Rivacoba, Valparaíso, Chile, 1984, bajo el título *La idea de fin en el Derecho Penal*, al igual que otra de Carlos Pérez del Valle, con prólogo de José Miguel Zugaldía Espinar, Granada, 1990. Una traducción al italiano de Alessandro Alberto Calvi fue editada bajo el título *La teoria dello scopo nel Diritto Penale*, Milán, 1962.

Quizá deba mencionarse marginalmente que la principal preocupación de von Liszt, al igual que la de muchos penalistas de aquel tiempo —especialmente aquellos que estaban influidos por la criminología de Lombroso— era el autor supuestamente incorregible. Y en relación con éste, decía lo siguiente en su famoso “Programa de Marburgo”:

La lucha contra la criminalidad consuetudinaria presupone conocimientos precisos acerca de la misma. Hoy todavía carecemos de ellos. Se trata de un eslabón, ciertamente del más significativo y peligroso, en aquella cadena de fenómenos sociales patológicos que acostumbramos resumir con el denominador común de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y personas de los bajos fondos en sentido amplio, degenerados física y psíquicamente; todos ellos constituyen el ejército de los enemigos principales del orden social, cuyo Estado mayor está constituido por los delincuentes habituales.<sup>24</sup>

Este recelo en relación con los vagabundos y los delincuentes de poca monta, con los “socialmente peligrosos”, con los asociales en general y más aún con aquellos que cometen delitos habitualmente, era típica de un penalista que vivía en la sociedad alemana disciplinada y próspera de fines del siglo XIX, en medio de la expansión económica y de la política prusiana, en una Alemania que por primera vez se había convertido en una nación unificada bajo ese nombre y que luchaba por un lugar predominante entre las potencias mundiales de aquel tiempo, especialmente Inglaterra y Francia. Los Estados Unidos aún no habían mostrado su verdadero poder; y España, que en 1898 había perdido sus últimas colonias en la guerra justamente contra Estados Unidos, no contaba desde hacía tiempo como un poder real. En consonancia con la mentalidad dominante en ese tiempo —por cierto, no sólo en Alemania—, la preocupación por los entornos sociales marginales, en especial por la criminalidad habitual que había aumentado enormemente con la industrialización y el crecimiento de la población urbana, se reflejaba en el ámbito jurídico en la aprobación de medidas represivas de corte puramente punitivo, y en todo caso en el incremento de los controles policiales de las clases populares más débiles económicamente, y por ello más proclives a

la comisión de delitos. Ello fue corroborado simultáneamente con teorías científicas que hablaban de “delincuentes natos”, “personas deficitarias, indignas de vivir”, “razas inferiores”, “subhumanos”, pero que apenas indagaban las razones sociales y económicas de los problemas mencionados. Los asociales y los delincuentes habituales eran “los otros”, los perturbadores sociales, los inaccesibles a la recuperación y a la corrección, entre otras razones, porque la asociabilidad se atribuía a menudo a defectos congénitos, a enfermedades hereditarias que debían ser removidas a través de la esterilización o simplemente del exterminio de sus portadores. Ni siquiera se hablaba todavía de su resocialización o mejoramiento, toda vez que se partía de métodos de investigación muy rudimentarios, basados fundamentalmente en la reincidencia, según los cuales se trataba de personas “incorregibles”, separadas de la sociedad de forma definitiva. La única salida para proteger de estas personas a la sociedad, al orden social, era pues su “inocuización”.

Correspondientemente, von Liszt describía la forma según la cual, en su opinión, debía tratarse a tales personas, del siguiente modo:

La pena debe ser cumplida en establecimientos especiales comunitarios (presidios o casas de trabajo. Y debe consistir en una “servidumbre penal”, con estricta obligación de trabajar y el mayor aprovechamiento de su fuerza de trabajo; como pena disciplinaria difícilmente no debería prescindirse de la pena de azotes; y la pérdida obligatoria y permanente de los derechos civiles debería señalar con precisión el carácter absolutamente infamante de la pena. El aislamiento celular debería imponerse sólo como pena disciplinaria, junto con arresto en la oscuridad y el ayuno más estricto.<sup>25</sup>

Todavía más duras son las palabras que von Liszt había dedicado a los incorregibles ya antes de la publicación del programa de Marburgo, en una carta a Dochow de 1880:

Reclusión de seguridad para delincuentes habituales: casa de trabajo con estricta severidad militar sin más rodeos y tan económica como sea posible, aunque esos tipos fallezcan. Castigo corporal ineludible [...] El delincuente habitual (no es completamente nuestro concepto técnico: me refiero a los principales enemigos del

<sup>24</sup> Von Liszt, *op. cit.*, p. 167.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 170.

orden jurídico) debe ser inocuizado, y precisamente a su costa y no a la nuestra. Suminístrales alimento, aire, movimiento, etc., según principios racionales, es abusar de los contribuyentes.<sup>26</sup>

A ello debe añadirse que, por aquel entonces, von Liszt reputaba como incorregibles “al menos” a la mitad de los reclusos.<sup>27</sup>

Si los incorregibles eran neutralizados mediante la pena de aseguramiento, la pena de muerte no merecía para él ser objeto de discusión: “La pena de muerte me resulta superflua, tan pronto como los incorregibles sean neutralizados”.<sup>28</sup>

Von Liszt expresa esta idea más claramente con la siguiente frase: “Puesto que decapitar y colgar no queremos y deportar no podemos, sólo nos queda el confinamiento de por vida (mejor dicho por tiempo indeterminado)”.<sup>29</sup>

Esto no implica que, como suele afirmarse, Franz von Liszt estuviera contra la pena de muerte. Ésta era para él sólo una cuestión política, no humanitaria:

“La decisión última debe ser reservada a los factores políticos determinantes [...] Su mantenimiento será aprobado por todos aquellos para quienes las consideraciones políticas tienen más valor que las ideas humanitarias, contagiadas pero también contaminadas por el soplo de los ideales”.<sup>30</sup>

5. Estas citas de von Liszt en relación con los denominados incorregibles suscitan interrogantes:

¿Cómo puede explicarse que el mismo político-criminal propusiera por un lado una reducción de las penas privativas de libertad y su reemplazo a través de pena de multa y la condena condicional y que, por otro, quisiera neutralizar a los llamados incorregibles con una pena perpetua de aseguramiento? ¿Hubo en la misma persona simultáneamente una cara positiva y una negativa que arroja luz por un lado y sombra por el otro, a la manera de “Dr. Jekyll y Mr. Hyde”?

Gustav Radbruch intentó dilucidar esta contradicción, en una breve biografía de su maestro, confrontando sus años de juventud, en los cuales efectuara “tales declaraciones que hoy casi nadie más compararía”, con sus tardías manifestaciones “más maduras y benevolentes”.<sup>31</sup> En estas últimas, empero, se refería sólo a los inimputables y no a otros “incorregibles”.

Pero independientemente de esta evolución personal de von Liszt, que no explica por qué nunca desistió de su teoría de la “inocuidación de los incorregibles”,<sup>32</sup> la contradicción entre una dogmática penal basada en el hecho y una política criminal orientada hacia el autor reside sobre todo en la división metodológica efectuada por él entre el hecho como presupuesto de la pena y el autor como objeto de la medida de la pena. En el centro del Derecho Penal se encontraba ciertamente el hecho, que convertía al Derecho Penal, basado en el principio *nullum crimen sine lege*, en “una barrera insuperable de la política criminal”. Esto significaba para von Liszt que sólo un hecho definido en la ley como delito podía desencadenar como reacción una pena. Pero en el ámbito de la medida de la pena, lo decisivo para él era el autor, para cuyo tratamiento asignaba a la pena de prisión la triple función ya mencionada: disuación de los delincuentes ocasionales, recuperación de los corregibles e inocuidación de los incorregibles. El Derecho Penal ya no es aquí una “barrera insuperable” de la Política criminal, sino sólo un medio para la realización de fines político-criminales y, en tal carácter, un medio ilimitado. Esto conduce inmediatamente a un Derecho Penal de autor, en el cual no es decisivo el hecho sino el autor. Y cuando el autor es incorregible y proviene del mundo del –por él denominado– “proletariado” (“mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y personas de los bajos fondos en sentido amplio, degenerados física

<sup>26</sup> De una carta de von Liszt a Dochow del 21 de noviembre de 1880, citada en Radbruch, *Elegantiae Iuris Criminalis*, op. cit., p. 229 (también en los *Biographische Schriften* de Gustav Radbruch, revisados por Günter Spindel, Heidelberg, 1988, p. 45).

<sup>27</sup> Von Liszt, *Strafrechtliche Vorträge*, pp. 168 ss.: “Estas cifras (sc. las estadísticas prusianas) demuestran que al menos la mitad de todas aquellas personas que, año tras año, pueblan nuestros establecimientos penitenciarios, son delincuentes habituales incorregibles”.

<sup>28</sup> Von Liszt, op. cit., p. 173.

<sup>29</sup> Von Liszt, op. cit., p. 169.

<sup>30</sup> Von Liszt, *Bemerkungen zum Entwurfe des Allgemeinen Teiles eines Strafgesetzbuches für Russland*, op. cit., t. 2, pp. 182 y ss.

<sup>31</sup> Cfr. Radbruch, en *Biographische Schriften*, op. cit., pp. 45 y ss.

<sup>32</sup> Radbruch, op. cit., señala otra cita de von Liszt de 1896 (“Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit”, en *Strafrechtliche Vorträge*, op. cit., t. 2, p. 229), en la cual éste, para la custodia de seguridad, exige “espíritu de favorable indulgencia, de cuidadosa asistencia”. Pero von Liszt se refiere en este texto sólo a los enfermos mentales. No hay noticia de que hubiera renunciado expresamente alguna vez a la idea de “inocuidación”.

y psíquicamente [...] delincuentes habituales”),<sup>33</sup> es claro que esta concepción de la medida de la pena, respecto de la cual varios críticos ya se han pronunciado,<sup>34</sup> puede transformar el Derecho Penal en un “Derecho Penal clasista” y llevar a la destrucción el principio fundamental del Derecho Penal del Estado de Derecho, esto es, el principio de legalidad.<sup>35</sup> El peligro, pues, consiste en la creación de dos derechos penales:

a) un Derecho Penal con todas las garantías del Estado de Derecho para el ciudadano normal, que comete un delito ocasionalmente, y

b) un Derecho Penal sin límites y sin garantías, puro poder penal destinado a lo que él denomina proletariado de la criminalidad (delincuentes habituales) o también a los marginados que, aunque pueden no haber cometido ningún delito, son considerados “amenazadores”.

Más abajo hemos de analizar aún en qué medida estas ideas influyeron en el Derecho Penal del nacionalsocialismo e influyen todavía hoy en el más moderno “Derecho Penal del enemigo”.

6. Resulta evidente que la concepción que von Liszt mantenía por aquel entonces, en modo alguno era defendida solamente por él. Tanto en la medicina (Kraepelin) como en la biología (Darwin, Galton), al igual que en la recientemente aparecida Criminología (Lombroso, Ferri) —que se servía de ambas ciencias—, sus principales representantes sostuvieron tesis similares. En todas partes se hablaba de “eugenesia”, de “esterilización” de discapacitados mentales y de portadores de enfermedades hereditarias. En este sentido, no debe olvidarse que, ya en la época en la que von Liszt escribía su Programa de Marburgo, el juez del Tribunal Imperial Otto Mittelstadt reclamaba

en su opúsculo “Contra la pena privativa de la libertad”, en lugar de una pena de tipo especial preventivo orientada a la recuperación del autor, instrumentos represivos más graves como la pena de muerte, el trabajo forzado, la pena de hambre, etc.<sup>36</sup> Y no menos duras fueron las palabras que dedicó a este problema el otro gran penalista de fines del siglo XIX y principios del XX, Karl Binding.

Sabido es que Binding no era partidario de las penas indeterminadas que von Liszt proponía para los delincuentes habituales, y como representante destacado de un Derecho Penal retributivo; es decir, de una concepción de la pena libre de cualquier fin preventivo, rechazaba la tesis de von Liszt que, en su opinión, degradaba la pena al nivel de una mera medida de seguridad, con las siguientes palabras:

Rechazo incondicionalmente la degradación de la pena a una medida de seguridad policial. ¡Ella consiste en algo distinto, más elevado, más noble! De todas formas, la pena puede agravarse respecto de la “obstinación criminal”, a fin de neutralizar la “estirpe”. En caso de reincidencia, por ejemplo, puede imponerse la pena de muerte o la pena de prisión perpetua.<sup>37</sup>

Como puede advertirse, las diferencias entre ambos autores, que dieron lugar a la famosa “Lucha de Escuelas”, residen más en el nombre que en el contenido. Lo que Liszt se proponía con su tipología del autor era “inocuar” a los incorregibles; lo que Binding defendía con su Derecho Penal retributivo era exactamente lo mismo, si bien —en vez de remitir a una medida policial— recurría a la gravedad de la pena, reclamando una reacción penal más intensa (prisión perpetua o incluso pena de muerte) fundada en la gravedad de la culpabilidad del autor o en ideas abstractas de probidad, exagerando el concepto de pena.

<sup>33</sup> Von Liszt, *Der Zweckgedanke*, op. cit., p. 167.

<sup>34</sup> Esta crítica proviene sobre todo de una serie de penalistas de la RDA, tales como Renneberg, op. cit.; Jelowick, *Die Geschichte der imperialistischen Strafrechtsreform in Deutschland als Ausdruck der Perspektivlosigkeit des imperialistischen Systems*, 1979; idem, *Zur Geschichte der Strafrechtsreform in der Weimarer Republik*, Halle 1983; John Lekschas y Uwe Ewald, “Die Widersprüchlichkeit des Liszt, schon Konzepts vom Strafrecht und ihre historisch-materialistische Erklärung”, en *Liszt der Vernunft*, op. cit., pp. 80-96; Uwe Ewald, *Theoretische Probleme und Ideologie des Tatstrafrechts im imperialistischen Deutschland*, Dissertationsschrift A, Berlín, 1983; idem, “Die Notwendigkeit vertiefter Kritik der Auffassungen des Franz Eduard von Liszt zu Verbrechen und Strafrecht”, en *Staat und Recht*, pp. 6-83. Al respecto Naucke, *Zerbrechlichkeit*, op. cit., pp. 259-260.

<sup>35</sup> En este sentido, ya el mismo título del trabajo de Joachim Renneberg, *Die kriminalsoziologischen und kriminalbiologischen Lehren und Strafrechtsreformvorschläge Liszts und die Zerstörung der Gesetzlichkeit im bürgerlichen Strafrecht*, op. cit.

<sup>36</sup> También el psiquiatra Emil Kraepelin desarrolló una teoría de la recuperación que consideraba al delincuente como enfermo, y según la cual el incapaz de corrección debía ser internado de por vida o deportado. Sobre Mittelstadt y Kraepelin, véase Vormbaum, *Einführung*, op. cit., pp. 123 y ss. Sobre Emil Kraepelin y sus relaciones con Franz von Liszt, véase Schmidt-Rechia y Steinberg, op. cit.

<sup>37</sup> Binding, en el prólogo a su *Grundriss des Strafrechts*, AT, 1906. Sobre Binding y la llamada “Lucha de Escuelas”, véase Frommel, *Präventionsmodelle*, op. cit., pp. 42 y ss.; Kögler, *Die zeitliche Unbestimmtheit der freiheitsentziehender Sanktionen des Strafrechts*, Francfort del Meno, 1988; Cornelia Bohnert, *Zu Straftheorie*, op. cit.; Arndt Koch, *Binding vs. Liszt*, op. cit.; Kubink, *Strafe und ihre Alternative*, op. cit. Véase también la exposición general en Vormbaum, *Einführung*, op. cit., pp. 137, 140.

El fin, sin embargo, es en definitiva el mismo en ambos autores y, por lo demás, muy manifiesto.<sup>38</sup> Esto fue destacado por von Liszt desde el primer momento y con especial claridad:

En esto lo importante no es el nombre que se quiera dar a la critarura. Éste es el lado simpático en el proceder de nuestros adversarios, que se dan por satisfechos cuando son conservadas las venerables etiquetas dignas. En su opinión, en el “castigo” del delincuente habitual no puede ser superada la “proporción entre culpabilidad y expiación”; pero contra las “medidas de seguridad” de por vida o prolongadas luego de cumplida la pena, nuestros detractores no tienen nada que objetar. La justicia “retributiva” no admite dos años de prisión contra los vagabundos incorregibles, pero los adversarios quizá nos concederían cinco años de asilo de trabajo, sustancialmente más duro. Permítasenos pues llamarlo medida de seguridad y asilo de trabajo; permítasenos tomar aquello que podemos obtener.<sup>39</sup>

Frente a estas palabras de von Liszt, posiblemente no resulte injustificada la crítica ensayada por autores antiliberales que, por un lado, afirman que la Escuela Moderna (von Liszt) revela los mismos vínculos ideológicos que informan la Escuela Clásica (Binding) y que, por el otro, destaca que una realización consecuente de las penas de aseguramiento y de la corrección de que propone la Escuela Moderna ofrece resultados incompatibles con el ideario liberal. Ambas tendencias, en definitiva, querían alcanzar por distintas vías el mismo objetivo; un objetivo que Klaus Marxen, con acierto, ha denominado como “lucha contra el Derecho Penal liberal”.<sup>40</sup>

7. Y si todo esto fue propuesto por los penalistas cualificados de aquel tiempo, en medio del periodo de expansión política, económica y militar del Segundo Imperio alemán —con Bismarck en el cenit—, puede imaginarse cómo debieron pensar los penalistas y políticos reaccionarios o conservadores 40 años más tarde, tras la derrota alemana en la Primera Guerra Mundial y del humillante Tratado de Versalles, en un país devastado con millones de desempleados y con

un aumento de la criminalidad hasta entonces desconocido en la Alemania civilizada y disciplinada del Canciller de Hierro y del emperador Guillermo II.

Para aquel entonces, von Liszt había muerto recientemente, pero había muchos discípulos que se habían formado en su entorno y que siguieron las ideas del maestro.

Entre ellos se encontraba Gustav Radbruch —miembro del SPD y ministro de justicia en el gobierno del canciller Wirth— quien, frente al aumento de la crisis social y económica fruto del desempleo que experimentaba Alemania luego de la Primera Guerra Mundial, se sentía políticamente obligado a dar una respuesta a este problema, por así decirlo, ecléctica. Por este motivo, en su carácter de ministro de justicia, elaboró un Proyecto de Código Penal que seguía una línea que —con mayor o menor claridad— ya había sido trazada en proyectos anteriores, y que recogía la propuesta formulada por el suizo Carl Stooss en su anteproyecto de 1896; es decir, el famoso dualismo o sistema de la doble vía o de la doble reacción que, juntamente con la pena para los delincuentes ocasionales, preveía la imposición de medidas para delincuentes profesionales o reincidentes.

Durante el periodo de la República de Weimar (1918-1933), empezaron a introducirse en la legislación penal las tendencias que Franz von Liszt había ya sugerido antes de la Primera Guerra Mundial.

Por una parte, fue renovado el viejo Derecho Penal —aún determinado por las ideas de la Escuela Clásica— mediante reformas parciales que introdujeron un sistema de pena pecuniaria ajustada a las relaciones económicas del autor, así como la conversión de la pena de prisión menor a tres meses en pena de multa y la cancelación de las penas dinerarias inafrentables a través de trabajo libre. En 1923, se creó además el Derecho Penal juvenil, que preveía la condena de ejecución condicional para menores de entre 14 y 18 años y limitaba la pena mediante medidas educativas. Asimismo, fue reformada la ejecución penal e incorporada la extinción de la pena para la rehabilitación del condenado.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Ya Radbruch, *op. cit.*, p. 225, comentaba: “Lo común entre ellos (sc. von Liszt y Binding) es mucho más que lo que los separa”.

<sup>39</sup> Von Liszt, “Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe”, en *Strafrechtliche Vorträge, op. cit.*, p. 368.

<sup>40</sup> Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1974, pp. 41 y ss. (con comprobaciones adicionales).

<sup>41</sup> Para una información general sobre la obra reformista en materia político-criminal de la República de Weimar, véase por ej. Baumann, Weber y Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ª ed., 1995, pp. 62 y ss.; Jescheck y Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 7ª ed., 2004, p. 95; y Claus Roxin, *Strafrecht*, t. 1, 4ª ed., 2007, pp. 111 y ss. Para una información más detallada sobre los trabajos de reforma y sobre la ciencia del Derecho penal durante este periodo, véase Thomas Vormbaum, *Einführung*, pp. 156-183; Kubink, *op. cit.*

Estas reformas correspondían superficialmente con las propuestas de reforma de Franz von Liszt, quien previamente había recomendado en sus escritos la eliminación de las penas de prisión de corta duración, la introducción de la condena condicional, la ampliación del ámbito de aplicación de la pena de multa y muchas otras medidas de prevención especial positiva orientadas a la resocialización del delincuente necesitado de corrección.<sup>42</sup> En esta dirección se dirigía también el Proyecto de Código Penal de 1922, elaborado personalmente por Gustav Radbruch durante su etapa de ministro de justicia.<sup>43</sup> En este proyecto se propugnaba incluso la abolición de la pena de muerte; y posteriormente ejerció una gran influencia sobre el Proyecto Alternativo redactado por un grupo de jóvenes penalistas en 1966.<sup>44</sup>

Por otra lado, el proyecto de Radbruch incorporaba la custodia de seguridad, que también respondía a una demanda de von Liszt y que, al igual que la pena de aseguramiento por tiempo indeterminado que él proponía, también estaba dirigida a la “inocuidación” preventivo-especial-negativa de los denominados incorregibles.<sup>45</sup>

En este sentido, en la Fundamentación o Exposición de Motivos de su proyecto, Radbruch decía lo siguiente:

Por lo demás, el Proyecto propone una dura reacción contra la delincuencia habitual, especialmente contra la delincuencia profesional que, como consecuencia de la guerra, ha adoptado las formas más amenazantes. Quien, a través de múltiple reincidencia, es caracterizado como un delincuente habitual peligroso para la seguridad pública, puede según el Proyecto ser castigado con penas de prisión que pueden alcanzar una escala máxima de cinco años en caso de delitos menos graves y de quince años en caso de delitos graves (§ 77). Aquí se prevé entonces un marco penal especial contra un determinado tipo de personalida-

des criminales, sin consideración al tipo de delito. En la medición de la pena, el hecho se ubica completamente en un segundo plano respecto del autor. Pero el Proyecto no se conforma con la pena que, aunque elevada, permanece limitada. También crea la posibilidad de que los delincuentes habituales mencionados en el § 77, cuando cumplan la pena de prisión sin haberse rehabilitado, sean retenidos para seguridad de la sociedad incluso después del cumplimiento de la pena, es decir, se ordena la custodia de seguridad por un tiempo *a priori* indeterminado (§ 45).

Por el contrario, el Proyecto no ha adoptado la “sentencia condenatoria indeterminada”. Donde es impuesta una pena, la medida de esa pena ya debe ser determinada en la sentencia. Aunque la idea básica de la condena indeterminada —hacer depender el final anticipado o tardío de la pena de prisión del efecto de su ejecución sobre el condenado— encuentra no obstante suficiente consideración en el Proyecto [...].

El confinamiento por tiempo indeterminado, rechazado por el Proyecto para la pena, halla en cambio múltiple aplicación en la medida de internamiento de custodia de seguridad que se contiene en el mismo.

Con razón señala Eberhard Schmidt en su Introducción a este Proyecto de Radbruch de 1922, publicada en el año 1952.<sup>46</sup>

La posición fundamental de una ley respecto del sentido y del cometido de la pena emerge con especial claridad de la forma en que la ley se pronuncia sobre la cuestión de la relación entre pena y medidas de seguridad. En particular, es de un significado revelador la respuesta que la ley da a esta cuestión en relación con el delincuente habitual.

Es comprensible —continúa Schmidt— que, respecto de este problema central de la moderna política criminal y de la dogmática penal, el ministro de justicia no pudiera sentirse tan libre como el intelectual Gustav Radbruch.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> Véase *supra* epígrafe núm. 4.

<sup>43</sup> *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), mit einem Geleitwort von Bundesjustizminister Dr. Thomas Dehler und einer Einleitung von Professor Dr. Eberhard Schmidt*, Tubinga, 1952. Sobre los diversos Proyectos de Código Penal en el periodo de la República de Weimar (1919, 1922, 1925, 1927, 1930), véase Vormbaum y Rentrop, *Reform des Strafgesetzbuchs. Sammlung der Reformentwürfe*, Berlín, 2008.

<sup>44</sup> *Cfr.* por ej. los artículos de Arthur Kaufmann, “Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs”, y de Jürgen Baumann, “Konsequenzen aus einer Reformarbeit-Nicht aufgenommene Vorschläge für die Strafrechtsreform”, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Gotinga, 1968. Y en relación con la influencia de von Liszt sobre el Proyecto Alternativo de 1966, véase Roxin, *ZStW*, *loc. cit.*

<sup>45</sup> Véase *supra* epígrafe núm. 4.

<sup>46</sup> *Cfr.* Schmidt, *op. cit.*, XXI.

<sup>47</sup> Schmidt, *op. cit.*, XXII. La situación política en la que tuvo origen el Proyecto es descrita por el propio Radbruch en su autobiografía *Der innere Weg. Aufriss meines Lebens*, 1915, pp. 113, 115 (también en Gustav Radbruch, *Biographische Schriften*, *op. cit.*, pp. 260, 261.

Pero esta nítida doble vía en las consecuencias jurídicas del hecho punible pretendió ser aunada abriendo la posibilidad en el § 48 de que la custodia de seguridad pudiera sustituir la pena.<sup>48</sup> A este respecto el § 48 I establecía: “Si se impone la custodia de seguridad junto con una pena, el tribunal puede ordenar que la custodia se aplique en lugar de la pena”.

Pero el § 48 II rezaba asimismo que: “El condenado en un caso tal debe permanecer en el establecimiento penitenciario al menos tanto tiempo como duraría la pena”.

Schmidt, comentando este apartado II del § 48, decía lo siguiente:

“Esto sólo puede significar que la custodia de seguridad debe y también puede adoptar completamente la función de la pena. Sin embargo, dado que la custodia de seguridad del § 46 del Proyecto puede durar tanto como lo requiera el fin de su imposición (es decir, la protección de la sociedad), se obtiene con este sistema, de todos modos, exactamente lo mismo que Franz von Liszt había querido alcanzar con su pena de aseguramiento indeterminada”.<sup>49</sup>

No obstante, los Proyectos posteriores de 1927 y 1930 abandonaron este sistema vicarial y la Ley de Delincuencia habitual del 24 de noviembre de 1933 mantuvo definitivamente la estricta dualidad entre pena y medida de custodia de seguridad. Tal como expresa Schmidt:

“Detrás de la ‘solución’ introducida por la Ley de Delincuencia habitual de 1933, se encontraban la fatal palabrería nacionalsocialista acerca de la función ‘expiatoria’ de la pena, que no debía ser perjudicada a través de la función de aseguramiento de la custodia. Pero debe quedar claro el hecho de que el nacionalsocialismo había desnaturalizado de la manera más abominable el sentido de la idea de expiación, tomando este concepto ético como pretexto de su terror penal”.<sup>50</sup>

8. Las consecuencias perversas de este sistema se revelaron precisamente en el Nacionalsocialismo. Así, por ejemplo, puede leerse en Jescheck/Weigend que: “La custodia de seguridad, introducida junto con las demás medidas en el año 1933, encontró una aplicación frecuente durante el Tercer Reich respecto de los delincuentes reincidentes de todo tipo”.<sup>51</sup>

En efecto, según Joachim Hellmer,<sup>52</sup> entre 1934 y 1942 fueron impuestas cerca de 16 000 custodias de seguridad.

Se puede partir de la base —explica Monika Frommel—<sup>53</sup> de que fueron enviados a campos de concentración. Hasta el día de hoy, los denominados “criminales” asesinados en los campos están en mayor o menor medida olvidados. No son reconocidos ni como grupo ni como víctimas individuales del nacionalsocialismo, lo que explica, por otra parte, por qué la Ley de Delincuencia habitual no se trata de ordina-

<sup>48</sup> Schmidt, *op. cit.*, XXII/XXIII.

<sup>49</sup> Schmidt, *op. cit.*, XXIII. El sistema sustitutivo o vicarial puede por cierto regular de otra manera la relación entre pena y medida. Este sistema fue adoptado por ej. en la Propuesta de un Anteproyecto de Código Penal español de 1983 como fórmula general para las medidas. A diferencia del Proyecto de Radbruch, en el anteproyecto español la duración de la medida no puede superar el marco previsto para la pena. En el anteproyecto español la duración de una medida de seguridad privativa de libertad no puede exceder del tiempo que hubiera durado la pena si se hubiera impuesto, mientras que en el Proyecto de Radbruch la medida de seguridad tenía que durar “por lo menos” lo mismo que la pena; *cfr.* al respecto Muñoz Conde, “Vorschlag eines neuen Maßregelensystems”, en Winfried Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik, Bedingungen einer Strafrechtsreform*, Francfort del Meno, 1986, pp. 117 y ss. Esta regla se ha convertido en parte del derecho vigente en el art. 6 del Código Penal español de 1995, que no obstante no contiene la medida de custodia de seguridad. De acuerdo con el art. 6.1. del Código Penal actualmente vigente en España: “La duración de la medida no puede exceder a la de la pena” (*cfr.* también Muñoz Conde, “Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht”, *GA*, 1984, p. 229: “Resulta por ende irrenunciable que el hecho punible cometido constituye la frontera absoluta que no debe ser traspasada en ningún caso”). Así, pues, puede señalarse con Winfried Hassemer (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990, pp. 240, 241) que “la gran tarea constitucional y políticocriminal no consiste hoy en la reactivación de la oposición entre culpabilidad y peligrosidad, sino en el desarrollo de instrumentos que, por un lado, produzcan que el delincuente encuentre una consecuencia penal que sea una respuesta lo más precisa posible a su hecho y a su personalidad y que, por el otro lado, garanticen que el autor —tanto en el ámbito de las medidas como en el de las penas— esté protegido frente a intervenciones desproporcionadas en sus derechos. Frente a esta tarea, la diferencia entre pena y medida resulta de segundo rango”.

<sup>50</sup> Schmidt, *op. cit.*, nota 44.

<sup>51</sup> Jescheck y Weigend, *op. cit.*, p. 814.

<sup>52</sup> Joachim Hellmer, *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945*, Kiel, 1961. Al respecto, el tutor de esta tesis de doctorado, el penalista Kiel Hellmuth Mayer (*Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, p. 163, nota 13), señala que “ya no es más susceptible de comprobación cuán grande fue el número de los destinados a custodia de seguridad en 1942. Pueden haber sido unos 15 000 según el escrito presentado por la defensa de los funcionarios ministeriales obligados (*sic*) a cooperar, al menos 9 000 personas fueron condenadas a esta medida de internamiento en custodia de seguridad, de ellas aproximadamente 8 000 habrían muerto”. Si estos funcionarios ministeriales (probablemente se refiera a los juristas que fueron posteriormente condenados en el denominado “proceso contra los juristas”) fueron o no efectivamente “obligados” a ello, permanece aquí abierto.

<sup>53</sup> Frommel, “Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus”, *Festschrift für Stefan Gagner*, Múnich, 1991, p. 56.

rio como un ejemplo particularmente ilustrativo de la política criminal nacionalsocialista.

Pero si se recuerdan las palabras de von Liszt y de Binding, se comprenderá por qué esta impronta se configuró en las generaciones posteriores. Naturalmente existen diferencias entre aquello que dijeron los autores en relación con los delincuentes habituales y la praxis jurídico-penal elaborada 30 o 40 años más tarde por la jurisprudencia nacionalsocialista siguiendo esas ideas, sin que las precauciones y reservas que había al respecto en el Proyecto Radbruch pudieran servir de algún modo como freno. No obstante, aún en los años treinta la praxis nacionalsocialista experimentó refuerzos teóricos de parte de los representantes del ala derecha de von Liszt, Franz Exner y Eduard Kohlrasuch, y del penalista conservador Edmund Mezger, quien, con su teoría de la “culpa por la conducción en la vida”, legitimaba el agravamiento de la pena para los reincidentes y, además, propugnaba la introducción del “arresto policial, aplicado por la Gestapo contra los “enemigos del pueblo”, para terminar finalmente elaborando un proyecto para el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, en el que claramente proponía su exterminio o eliminación (*Ausmerzung*).

La circunstancia de que el gobierno de entonces no estuviera del todo satisfecho con la Ley de Delincuencia habitual de 1933 hizo que en 1944 aprobara un Proyecto de Ley redactado en 1943 por Edmund Mezger y Franz Exner que, junto con el nuevo Código Penal, debía entrar en vigor el 1 de enero de 1945. Este Proyecto no sólo preveía el envío a prisión por tiempo indeterminado para los por él denominados “extraños a la comunidad” (se aludía a los asociales de todo tipo, delincuentes, pero también homosexua-

les, “disolutos”, “holgazanes”, etc.), sino también la pena de muerte, la castración de los homosexuales y la esterilización de los asociales. A ello deben también añadirse otros marginados (mendigos, alcohólicos, prostitutas, etc.) que fueron directamente enviados por la policía (Kripo, Gestapo o SS) a los campos de concentración.<sup>54</sup>

9. Cuando en 1950, en su artículo publicado como apéndice a la tercera edición inalterada de su Tratado de Derecho Penal, Edmund Mezger manifestaba que: “La dogmática penal ha permanecido largo tiempo alejada del interés jurídico-penal. Su joven y más mundana hermana, la política criminal, la ha ensombrecido”.<sup>55</sup>

Sabía exactamente de qué Política criminal “más mundana” se trataba.

En el año 1933, en el que llegó a la Facultad de Derecho de Múnich como sucesor de Ernst Beling, Mezger había publicado no solamente la segunda edición de su *Tratado de Derecho Penal*, sino también una “Política criminal sobre bases criminológicas”, en cuyo prólogo revelaba súbitamente su veta político-criminal y pregonaba desde el primer momento:

“El nuevo Estado total se construye sobre las dos ideas fundamentales de pueblo y raza. También el Derecho Penal es profundamente alcanzado por esta revolución.”<sup>56</sup>

Con esta nueva Política criminal, sin duda alguna, el Derecho penal se transformó fuertemente en los años siguientes, de tal forma que se convirtió en un medio ineludible no sólo para el mantenimiento de la comunidad popular basada en la raza, la historia y el liderazgo, sino también para la “eliminación de los sectores social y racialmente nocivos de la población”.

<sup>54</sup> Al respecto, véase Muñoz Conde, Edmund Mezger. *Beiträge zu einem Juristenleben*, Berlín, 2007, p. 47 y ss. (en español: *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo, Estudios sobre el Derecho Penal nacionalsocialista*, 4ª ed., Valencia, 2003; hay traducción al portugués de Paulo Busato, São Paulo, 2004). Sobre este Proyecto de Ley para el tratamiento de los extraños a la comunidad, elaborado por Edmund Mezger y Franz Exner, ya había llamado la atención anteriormente Gerhard Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, 1989, pp. 621 y ss. En relación con este proyecto, véase también “*Gemeinschaftsfremde*”, *Quellen zur Verfolgung von “Asozialen” 1933-1945*, editado por Wolfgang Ayass, Koblenz, 1998. Sobre la situación de los detenidos durante el nacionalsocialismo, véase Nikolaus Wachsmann, *Gefangen unter Hitler*, 2006, pp. 105-165. Recientemente, sobre Franz Exner, véase Sebastian Scheerer y Doris Lorenz, “Zum 125. Geburtstag von Franz Exner (1881-1947)”, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 89, 2006, pp. 436-454; Andrea Elisabeth Sebald, *Der Kriminalbiologe Franz Exner (1881-1947): Gratwanderung eines Wissenschaftlers durch die Zeit des Nationalsozialismus*, Francfort del Meno, 2008; Walter Fuchs, *Franz Exner (1881-1947) und das Gemeinschaftsfremden-gesetz. Zum Barbarisierungspotenzial moderner kriminologischer Wissenschaft*, Berlín, 2008; Thorsten Kruwinnus, *Das enge und das weite Verständnis der Kriminalsoziologie bei Franz Exner. Eine vergleichend-werkimmanente Vorstudie*, Berlín, 2009. Ya en 1934 Franz Exner reconoció que la Ley del Delincuente habitual de 1933 debía atribuirse a las propuestas de von Liszt (*ZStW*, t. 53, 1934, pp. 629 y ss.).

<sup>55</sup> Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, p. 1 (traducción española de Muñoz Conde, *Modernas tendencias del Derecho Penal*, Valencia 2001).

<sup>56</sup> Mezger, *Vorwort zu Kriminalpolitik auf kriminologische Grundlage*, 1934.

Las terribles consecuencias de esta perversión del Derecho Penal a través de la Política criminal del Nacionalsocialismo son mundialmente conocidas en la actualidad: penas de muerte en una magnitud desconocida hasta ese momento, envío a campos de concentración, esterilización y castración de los denominados “extraños a la comunidad” (asociales, delincuentes consuetudinarios, “disolutos”, homosexuales, etcétera).

Después de esta horrible experiencia, puede comprenderse que muchos penalistas alemanes, que habían presenciado o incluso acompañado las crueles consecuencias de esta Política criminal, ni siquiera quisieran volver a emplear esa palabra. La dogmática penal y la refinada polémica en torno al concepto ontológico de acción como fundamento de la teoría del delito y de la posición sistemática del dolo en su estructura hicieron las veces de un *refugium peccatorum* para quienes habían cometido tales pecados político-criminales en la etapa anterior. Si ese flamante interés en la dogmática penal fue utilizado como encubrimiento del pasado o como subterfugio, eso ha de permanecer abierto. Winfried Hassemer ha descrito de forma universal las razones para un tal vuelco repentino: Quien recurre en la posguerra al debate sobre el Derecho natural y funda el Derecho Penal sobre seguridades apriorísticas y estructuras lógico-materiales, dirige el foco científico a un aspecto atemporal y puede ponerse a resguardo de preguntas incómodas sobre el pasado reciente.<sup>57</sup>

De ese modo, la Política criminal y Franz von Liszt fueron desechados en la posguerra como un recuerdo únicamente histórico.<sup>58</sup> Sin embargo, los mismos penalistas que de aquí en adelante pretendieron entender la ciencia penal sólo como dogmática penal, no tuvieron ningún problema, como miembros de la Gran Comisión del Derecho Penal, de participar en la elaboración del Proyecto de 1962 y, naturalmente, adoptaron decisiones político-criminales que siempre iban en una dirección conservadora en ámbitos como la pena de prisión o los delitos contra el Estado o las buenas costumbres.

Como reacción frente a esta tendencia político-criminal conservadora, un grupo de penalistas alemanes, integrantes de la generación más joven, redactó en 1966 un Proyecto Alternativo que recogía muchas de las ideas de von Liszt, tales como la reducción de las penas cortas de prisión y su remplazo por penas pecuniarias, etc. Claus Roxin, uno de los autores del Proyecto Alternativo, decía entonces: “El Proyecto Alternativo se ubica en una línea histórica que se remonta a Franz von Liszt”.<sup>59</sup> Esta línea no es más que el lado positivo de las ideas político-criminales de Franz von Liszt: la eliminación de la idea retributiva, el predominio de la prevención especial frente a la prevención general, la resocialización de los delincuentes necesitados de corrección, la limitación de la pena a la protección de bienes jurídicos, etc. Respecto de la otra cara, esto es, de la idea de la pena de aseguramiento para los delincuentes habituales y de los “incorregibles”, ya no había más nada que hablar. En lugar de ello, para aquellos que se han convertido en múltiples reincidentes y ya no pueden ser resocializados a través de penas privativas de la libertad adecuadas a la culpabilidad, se incorporó como medida la remisión a un establecimiento de terapia social “que tenga en cuenta en el mayor grado realizable lo que resulte desable desde el punto de vista preventivo especial, sin limitación a través de la medida de la culpabilidad”. En cuanto a la idea de la “inocuidación de los incorregibles” propuesta por von Liszt, Roxin manifestó expresamente que ésta “no tuvo eco en el Proyecto Alternativo”.<sup>60</sup>

De esta manera recobró vida nuevamente la concepción de von Liszt orientada hacia la prevención especial positiva, y la Política criminal fue otra vez establecida como objeto prioritario de la Ciencia del Derecho Penal. Pocos años más tarde, Roxin propuso inclusive un sistema de Derecho Penal fundado político-criminalmente,<sup>61</sup> desarrollado tiempo después como base teórica de su Tratado de Derecho Penal.<sup>62</sup>

Desde entonces, la Política criminal se ha ubicado en el centro del interés juridicopenal, si bien aún es problemática su relación con la dogmática penal y

<sup>57</sup> Winfried Hassemer, en Albin Eser, Winfried Hassemer y Björn Burkhardt (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Múnich, 2000, p. 28.

<sup>58</sup> En este sentido, Roxin, *ZStW*, ob. cit., p. 614.

<sup>59</sup> Roxin, ob. cit., ibid.

<sup>60</sup> Roxin, ob. cit., p. 635.

<sup>61</sup> Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1ª ed. de 1970, 2ª ed. de 1972.

<sup>62</sup> Roxin, *Strafrecht*, cit.

no es infrecuente la práctica de incursiones ilegítimas entre ambas.<sup>63</sup> Así, por ejemplo, en su trabajo crítico sobre el Programa de Marburgo, Wolfgang Naucke ha advertido que una dogmática penal establecida sobre la Política criminal puede ser convertida en una dogmática de la persecución penal, que utilice el Derecho Penal como un instrumento de la Política criminal y no como límite de la misma.<sup>64</sup>

Este peligro, naturalmente, no puede descartarse sin más. Esto no significa, empero, que la Política criminal deba ser desterrada de la ciencia jurídico-penal, o que la dogmática penal no deba tener ninguna relación con aquélla, sino más bien que la Política criminal (sea socialista, capitalista o liberal) debe respetar ciertas reglas compatibles con los principios constitucionales y del Estado de Derecho. Como señala Baurmann:

“La actuación racional dirigida a un fin necesita por tanto de una base axiológica, que permita al sujeto que decide valorar las consecuencias de su elección y balancear los probables beneficios y perjuicios de sus alternativas [...] Debe ser pues una determinada base axiológica, un determinado sistema axiológico, la base a partir de la cual se puedan rechazar las propuestas de von Liszt y formular alternativas”.<sup>65</sup>

En mi opinión, este debate acerca de los límites y competencias de ambas materias, mientras la discusión sobre las relaciones entre Derecho Penal y Política criminal se desarrolle dentro del marco fijado por los principios constitucionales del Estado de Derecho y no ponga en cuestión derechos humanos fundamentales reconocidos nacional e internacionalmente, es completamente legítimo y puede resultar fructífero no sólo para la interpretación y sistematización del Derecho Penal vigente, sino también para su reforma. Si se trata por ejemplo de una reforma de la legislación penal, son los problemas político-criminales —no los dogmático-penales— los que se ubican en primer plano. El peso de la dogmática penal en caso de una reforma penal es pues muy limitado. Pero in-

cluso aquí ha tenido lugar una evolución, a través de la cual la dogmática penal ha mostrado mayor interés en la política, desempeñando tareas de asesoramiento, cooperando productivamente en una extensión del Derecho Penal y desarrollando nuevos conceptos a fin de ajustarse al Derecho Penal “moderno”. La tarea de la dogmática penal en el futuro podría entonces consistir en abrir la puerta a la reforma del Código Penal mediante el ejercicio de una crítica al Derecho Penal vigente. De esta forma puede convertirse en una dogmática penal crítica, portadora de puntos de vista político-criminales, como parte de una ciencia jurídico-penal total, que remite a su entorno y tematiza las expectativas que se le dirigen desde ese entorno.<sup>66</sup>

Pero si se reconoce y admite que también en las sociedades actuales, junto con un Derecho Penal que observe las garantías y límites del poder penal en el Estado de Derecho, debe existir todavía otro Derecho Penal, un “Derecho Penal del enemigo”, mediante el cual el Estado debe reaccionar más combativamente respecto de determinados sujetos que atacan grave y reiteradamente normas sociales fundamentales, sin tener que respetar las garantías y principios del Estado de Derecho,<sup>67</sup> entonces el regreso de aquello que antes hemos señalado como lado negativo de von Liszt no es para celebrar, sino más bien para llorar; el Derecho Penal no es entonces ninguna “barrera insuperable” de una Política criminal que no respeta los límites y principios del Estado de Derecho, sino que se convierte en un instrumento para su realización.

La cuestión es, pues, nuevamente si debe existir una Política criminal y ésta debe ser tenida en cuenta por la dogmática penal. Política criminal, bien pero ¿cuál? y ¿de qué Política criminal se trata?

En el marco del “Derecho Penal del enemigo”, según Jakobs, para luchar efectivamente contra “enemigos o no-personas”, el Estado interviene con penas draconianas y desproporcionadas, declara como punibles acciones en sí inofensivas o que están muy lejos de representar una amenaza o riesgo para un bien ju-

<sup>63</sup> Cfr. Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974, pp. 195 y ss.

<sup>64</sup> Cfr. Naucke, *ZStW*, 1982, ob. cit., p. 563; *idem*, *Über die Zurechenbarkeit*, cit., pp. 427 y ss.; al respecto, críticamente, Baurmann, en *Liszt der Vernunft*, cit., pp. 72 y ss.

<sup>65</sup> Baurmann, ob. cit., p. 73.

<sup>66</sup> Sobre ello ya me he pronunciado desde hace tiempo; véase Muñoz Conde, “Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform”, *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Colonia, 1975, p. 310; *idem*, “Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Sonderheft: Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*, 2000, p. 130 (también en Albin Eser, Winfried Hassemer y Björn Burkhardt [eds.], cit.).

<sup>67</sup> Ésta es la tesis que Günther Jakobs ha defendido repetidamente desde su conferencia en el Congreso de Berlín en octubre de 1999; véase Jakobs, *Kommentar zum Hauptreferat von Hassemer*, en Albin Eser, Winfried Hassemer y Björn Burkhardt (eds.), cit., pp. 47 y ss.

rídico, y —lo más grave— elimina o reduce al mínimo garantías y derechos del imputado en el proceso penal. Un panorama, como el propio Jakobs concede, “que suena desagradable”, pero que, según dice, es inevitable “toda vez que trata sobre la imposibilidad de una juridicidad universal; es decir, contradice la equiparación de racionalidad y personalidad”.<sup>68</sup>

No deseo ocuparme en este lugar de la tesis de Jakobs —que ya he criticado reiteradamente—<sup>69</sup> sino únicamente indicar que esta tesis se asemeja espantosamente a la “inocuidación de los incorregibles” postulada por Franz von Liszt, y a la “eliminación de los racial o socialmente nocivos” propuesta por Mezger y que, de este modo, el espectro de un Derecho Penal autoritario vuelve a mostrar su faz tenebrosa sobre nuestras sociedades democráticas.

10. La propuesta de von Liszt para el tratamiento de los delincuentes habituales —la inocuidación— mostró su lado negativo, incluso en la versión de la medida de custodia de seguridad que introdujo en su Proyecto de Código penal de su discípulo Gustav Radbruch, en el abuso que de la misma realizaron los nacionalsocialistas, manipulando esta propuesta ya en sí misma criticable, que posteriormente, con un Proyecto tan inhumano y brutal como el del “tratamiento de los extraños a la comunidad”, llevaron hasta sus últimas consecuencias, siguiendo las recomendaciones de von Liszt para la inocuidación de los “incorregibles”.

No resulta por ello sorprendente que algunos autores afirmen que la Política criminal de los nacionalsocialistas no representó una verdadera ruptura, sino

más bien una continuidad de la Política criminal proyectada por la burguesía conservadora y presentada por el Gobierno durante la última etapa de la República de Weimar.<sup>70</sup> No se trata aquí de una continuidad personal, tal como ha sido mostrado en el caso del penalista dogmático Edmund Mezger o del discípulo de von Liszt Eduard Kohlrausch.<sup>71</sup> En el caso de Gustav Radbruch, removido de su cargo por los nazis ya en el año 1933, sucedió inclusive lo contrario, lo cual demuestra claramente que en modo alguno fue partidario del Nacionalsocialismo.

Se trata más bien de una continuidad estructural, del contenido, que fue proseguida después de la muerte de von Liszt, en otro contexto político, por discípulos de ambas fracciones y que, como señala Thomas Vormbaum, se prolonga hasta la actualidad.<sup>72</sup> No cabe ninguna duda de que la fundamentación conservadora y autoritaria respecto del tratamiento de los delincuentes habituales que, desde los tiempos de von Liszt, se había extendido como un hilo conductor a través de los proyectos de la República de Weimar, le vino muy bien al Nacionalsocialismo para llevar a cabo su propia Política criminal. No es, por tanto, sorprendente que la Ley de Delincuencia habitual de 1933 fuera la primera reforma del Derecho Penal emprendida por el nuevo régimen. En este sentido, puede decirse que la reforma penal nacionalsocialista fue, al menos en sus comienzos, el apogeo de la ideología antilberal y autoritaria, caracterizada por los enunciados de von Liszt en relación con el delincuente habitual y continuada en gran parte por los jueces y profesores más importantes de la República de Weimar.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> Jakobs, ob. cit., p. 53.

<sup>69</sup> Cfr. por ej. Muñoz Conde, *Über das Feindstrafrecht*, 2007 (con prólogo de Winfried Hassemer); *idem*, “Politische Straftat und Feindstrafrecht”, en *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2007; *idem*, “Der Kampf gegen den Terrorismus und das Feindstrafrecht”, en *Festschrift für Klaus Volk*, 2009; *idem*, “Politische Straftat und Feindstrafrecht”, en Vormbaum (edit.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Berlín, 2009; versión italiana, en Gamberini y Orlandi (eds.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bolonia, 2007. En español la mayoría de estos trabajos están recogidos en la segunda edición de la monografía *De nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008. También *idem*: “Los orígenes ideológicos del Derecho Penal del enemigo”, en *Revista Penal*, 2010 (publicado como monografía en México, Instituto de Formación Profesional, México, 2010).

<sup>70</sup> Esta tesis ya había sido defendida por penalistas de la RDA, cf. referencias en nota 29.

<sup>71</sup> Sobre Mezger, cfr. Gerit Thulfaut, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1982-1963)*, 2000; Muñoz Conde, *Edmund Mezger*, cit.; sobre Eduard Kohlrausch, véase Holger Karitzky, *Eduard Kohlrausch, Kriminalpolitik in vier Systemen, eine strafrechtshistorische Biographie*, 2002.

<sup>72</sup> Cfr. Vormbaum, *Einführung*, cit., p. 271. Además, véase Joachim Vogel, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, Berlín, 2004.

<sup>73</sup> Sobre la posibilidad de la manipulación de ideas que pudieron haber sido admisibles en otro contexto político, en relación con la práctica jurisdiccional durante la República de Weimar, Kühnl (*Die Weimarer Republik*, 1984, pp. 101 y 102) señala lo siguiente: “tales teorías, cuyas ‘normas supremas’ son derivadas de la naturaleza humana, de la naturaleza de la comunidad o de la voluntad de Dios, pueden ser rellenas con contenidos muy diversos. En la época de la Ilustración, pudieron ser rellenas con contenidos progresistas, e introducidas con apelación a los derechos humanos generales contra el sistema absolutista existente. En la República de Weimar, sin embargo, fueron utilizadas por la derecha para restringir su validez y poner en cuestión las leyes aprobadas por el Parlamento y, de esta manera, sustraer lo más posible el poder ejecutivo estatal al control democrático. Estas teorías fueron completadas y efectivizadas en la práctica a través de la

Evidentemente, estas tendencias experimentaron una “radicalización o aceleración”<sup>74</sup> durante la época del Nacionalsocialismo, que se extiende desde la Ley de Delincuencia habitual hasta el Proyecto para el tratamiento de los extraños a la comunidad, redactado por Mezger y Exner en 1943/44.<sup>75</sup> De cualquier manera, la herencia de von Liszt, con el abuso de su doctrina sobre la “inocuidad de los incorregibles y delincuentes habituales” en un sistema autoritario tan horrendo y atroz como fue el Nacionalsocialismo, ha desacreditado algunas de sus ideas y puede hoy reputarse como amarga. Los teóricos del Derecho Penal deben entender esta experiencia histórica como una advertencia para el futuro, ser conscientes de cuán frágil<sup>76</sup> es el Derecho Penal del Estado de Derecho y de cómo ideas aparentemente inocuas o puramente teóricas pueden ser convertidas en un programa de aniquilamiento de los Derechos humanos más elementales de muchas personas, independientemente de que se las caracterice como “incorregibles” (von Liszt), como

“extraños a la comunidad” (Mezger) o sencillamente como “enemigos o no personas” (Jakobs).

Lo alarmante no es sólo que estas realidades existan y se encuentren en los códigos penales de muchos países, sino que sean fundadas y legitimadas aún hoy con construcciones teóricas más o menos brillantes.<sup>77</sup> El peligro de estas tendencias políticocriminales para la dogmática jurídico-penal es que, en lugar de ser una dogmática liberal, se convierta en una dogmática de la persecución penal, a fin de proveer al Estado recursos técnicos que la hagan efectiva.<sup>78</sup> En tal caso, podríamos llegar a una situación que Gustav Radbruch, en relación con la posición de algunos profesores alemanes sobre la Primera Guerra Mundial, explicaba gráficamente con estas palabras:

“Con demasiada frecuencia, tanto antes como durante la guerra, el profesor se había convertido en una trompeta que creía sonar por sí misma, sin darse cuenta de que eran otros quienes la soplaban. [...] Con el caudillismo y su parafernalia, las Universidades fueron

---

tesis de que, en razón de la ‘independencia’ del juez, cada tribunal tenía el derecho de examinar si las leyes sancionadas por el Parlamento estaban en consonancia con los principios de la Constitución. También aquí se abría a la judicatura un amplio margen de interpretación, que permitía falsear arbitrariamente la voluntad de la Constitución”. Que la Constitución de la República de Weimar no ejerció gran influencia sobre la Ciencia penal de aquel entonces, es un hecho probado, que Hans Achenbach (*Historische und systematische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, p. 135) confirma con las siguientes palabras, en relación con el desarrollo de la teoría de la culpabilidad durante ese periodo: “La escasa influencia de la Constitución: La Revolución de 1918 y la sanción de la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919 apenas tuvieron influencia sobre la discusión científica en la teoría de la culpabilidad. La nueva posición del ciudadano individual en el Estado republicano y democrático y la introducción de los derechos fundamentales no fueron comprendidos como una llamada para la revisión del concepto tradicional de la culpabilidad y de su repercusión jurídica. Que la pena, como intervención en la libertad personal o en la propiedad, y la culpabilidad, como una de sus reguladoras esenciales, tienen también un aspecto relativo al Estado de Derecho, fue algo que no fue tenido en cuenta en ninguna parte. La tradición filosófica de la Ciencia del Derecho Penal había impregnado ya su conciencia de tal modo en las teorías de la Parte General, en especial la teoría de la culpabilidad, en relación con el Código penal, que la vinculación de este complejo con la frecuentemente desdenada Constitución republicana quedó totalmente fuera del campo de su análisis”. Sobre el significado de la verificación constitucional de las leyes en una democracia constitucional, véase Winfried Hassemer, *Verfassungsgerichtsbarkeit in einer Demokratie*, en Hassemer, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, 2007, pp. 63 y ss. Actualmente, la famosa frase de von Liszt: “El Derecho Penal es la barrera infranqueable de la Política criminal”, podría reformularse en el sentido de que, en un Estado constitucional, no debe ser el “Derecho Penal” sino el “Derecho constitucional” la “barrera infranqueable de la política criminal”, lo cual por cierto no significa, como lo muestra entre otras la polémica sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la aplicación adicional tras el cumplimiento de la pena de una medida de custodia de seguridad (cf. BVerfGE 109, p. 133; 109, p. 190; NJW 2004, p. 750), que la jurisdicción constitucional funcione realmente siempre como una barrera de tales características. Sobre la jurisdicción constitucional como límite de un denominado “Derecho Penal del enemigo”, véase Muñoz Conde, *Über das Feindstrafrecht*, cit., pp. 22-34; *idem*, *Der Kampf gegen den Terrorismus und das Feindstrafrecht*, cit., y demás trabajos citados *supra* en nota 69. Cf. también Bernd Heinrich, *Die Grenzen des Strafrechts bei der Generalprävention*, en ZStW, t. 121, 2009, pp. 94 y ss.; Geraldine Louise Merquet, *Feindstrafrecht. Eine kritische Analyse*, Berlín, 2009; y los diversos trabajos recogidos en Cancio Meliá, Manuel, y Gómez Jara Diez, Carlos (eds.), *El Derecho Penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, Madrid 2006; Gamberini y Orlandi (eds.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bolonia, 2007; Vormbaum (edit.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Berlín, 2009, 282. Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

<sup>74</sup> Expresiones utilizadas por Vormbaum, *Einführung*, cit., p. 272, para describir esta evolución.

<sup>75</sup> Al respecto, Muñoz Conde, *Edmund Mezger*, cit.

<sup>76</sup> El título del libro de Naucke, *Über die Zerbrechlichkeit*, citado anteriormente en nota 34, alude precisamente a la “fragilidad” del Estado de Derecho.

<sup>77</sup> En este sentido advierte Agamben, *Homo sacer, El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, 2003, 217, que a la vista de los horrores sucedidos en los campos de concentración durante el Nacionalsocialismo, “la pregunta correcta no es requerir hipócritamente cómo fue posible cometer en ellos delitos tan atroces respecto a seres humanos; sería más honesto, y, sobre todo, más útil, indagar atentamente indagar sobre los procedimientos jurídicos y los dispositivos políticos que hicieron posible llegar a privar tan completamente de sus derechos y prerrogativas a unos seres humanos hasta el punto de que realizar cualquier tipo de acción contra ellos no se considerara ya como un delito”.

<sup>78</sup> Véase Vormbaum, *Einführung*, cit. 274.

muchas veces arrastradas por el espíritu de la época, pero con frecuencia fueron ellas las que arrastraron a su vez al resto de la sociedad hacia aquel espíritu”.<sup>79</sup>

En qué medida la obra de Franz von Liszt como dogmático penal y como político-criminal puede clasificarse más en una o en otra tendencia, puede hoy aún discutirse. Una cosa, no obstante, es segura: si no hubiera existido el Nacionalsocialismo, probablemente hoy no caería ningún manto de dudas sobre las teorías de Franz von Liszt. Por otra parte, sin embargo, no debemos olvidar lo que manifestara von Liszt en su Lección inaugural de Marburgo respecto de la por él sugerida “inocuización” de los llamados “incorregibles”, perfeccionada y aplicada por los nacional-

socialistas, con la teoría de los tipos de delincuentes y la Ley para el tratamiento de los extraños a la comunidad que les llevó a la “eliminación de los elementos social y racialmente nocivos de la población”. Esto es sin más ni más una oscura y amarga herencia de las teorías de Franz von Liszt, herencia que él mismo, quizás, no hubiera podido siquiera imaginar.

Una apreciación de esta compleja personalidad y de su compleja labor, en mi opinión, únicamente es factible si hacemos un análisis de su vida y su obra en el contexto económico, político y social de su época, independientemente de los abusos y manipulaciones cometidos luego sobre sus ideas e, inclusive, en su propio nombre.

---

<sup>79</sup> W. Kahl, *Die deutschen Universitäten und der Staat*, Tubinga, 1926, Reihe Staat und Recht, Nr. 44, p. 33; citado por Kühnl, 106.





## Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial\*

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Universidad de La Laguna, Tenerife, España

Revista Penal México, núm. 2, julio-diciembre de 2011

**RESUMEN:** Una deconstrucción del riesgo permitido muestra, primeramente, las razones que subyacen a éste y lo diferencian como instituto jurídico-penal frente a los restantes contenidos de antijuridicidad, en particular frente al Derecho administrativo. En un segundo momento, evidencia incongruencias en su desarrollo en relación con las diferentes figuras de la parte especial, pero también buenas razones para un desarrollo coherente del mismo.

**PALABRAS CLAVE:** Riesgo permitido, imprudencia, principio de precaución, principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad.

**ABSTRACT:** The deconstruction of permissible risk-taking in Criminal Law shows, on the one hand, the reasons which underlie and make it different from the permissible risk-taking in Administrative Law. On the other hand, it shows the incoherence in its development regarding the different specific criminal offences, as well as good reasons for its coherent development.

**KEYWORDS:** Permissible risk, negligence, precautionary principle, proportionality principle, culpability principle.

**SUMARIO:** I. A modo de introducción, una breve reducción argumental. II. Algunos desarrollos específicos. A. Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas y riesgo permitido. B. Sobre el principio de precaución. C. Delitos contra la seguridad vial.

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

### I. A modo de introducción, una breve reducción argumental

Según la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, un ciudadano —por ejemplo, “Blas, mayor de edad y sin antecedentes penales, que... a causa de sufrir una depresión, estaba tomando ansiolíticos”, supera los márgenes de riesgo permitido cuando circula con su vehículo tras haber consumido varios whiskies, “6 o 7, mezcla de alcohol y ansiolíticos que le produjo una situación de absoluta o importante incapacidad para poder conducir vehículos de motor, con mínima seguridad, por el sueño que ello le ocasionó y las dificultades de concentrarse”. Luego, si debido a esta “situación de incapacidad para conducir en la que el acusado se encontraba, y al conducir con mayor velocidad de la reglamentariamente permitida en el lugar” arrolla a un “peatón, de 74 años de edad, Paulino, produciéndole lesiones de tal importancia que determinaron su fallecimiento”—<sup>1</sup> se expone a diversas consecuencias jurídico-penales. Al respecto se apuntan dos parámetros para el enjuiciamiento de los márgenes de riesgo, en relación con la aplicación del artículo 142 del Código

—homicidio imprudente: “b) una infracción del deber de cuidado..., y d) la creación de un riesgo previsible y evitable”.<sup>2</sup> En relación con este último, se habla del “elemento psicológico”, el cual se concreta “en el poder y facultad humana de previsión y que se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso”.<sup>3</sup> Mientras que en relación con el primero, el “elemento normativo” nos dice “que está en la base de toda imprudencia, y puede provenir tanto de un precepto jurídico, como de una norma de la común experiencia general, admitida en el desenvolvimiento ordinario de la vida”.<sup>4</sup> En el caso expuesto, se señalan los deberes de “abstención de pilotar un automóvil en esas condiciones, y [...] (de aminorar) la velocidad para adecuarla al tipo de tramo urbano por donde transitaba en ese momento”.<sup>5</sup> También, desde el plano subjetivo, los notorios márgenes de “previsibilidad del hecho”.<sup>6</sup>

Ciertamente, este pronunciamiento permite diversas matizaciones. Así, el desvalor de acción no se reduce a la mera “infracción de la norma de cuidado”,<sup>7</sup> pues aquél encierra en particular —y más allá de ésta— la idoneidad lesiva de la conducta frente a los bienes jurídicos expuestos.<sup>8</sup> En este sentido, se apunta

<sup>1</sup> Hechos probados, STS 270/2005, de 22 febrero.

<sup>2</sup> En concreto, STS 270/2005, de 22 febrero, fundamento de derecho segundo: “la ‘imprudencia’ exige: a) una acción u omisión voluntaria no maliciosa; b) una infracción del deber de cuidado; c) un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta, y d) la creación de un riesgo previsible y evitable (v. SS. 19 abril 1926, 7 enero 1935, 28 junio 1957, 19 junio 1972 y 15 marzo 1976, entre otras muchas)”; igualmente ilustrativa, STS 665/2004, de 30 junio, fundamento de derecho segundo: “Las infracciones culposas o por imprudencia, sean delito o falta, están constituidas por los siguientes elementos: a) la producción de un resultado, previsto como tal en el ordenamiento punitivo; b) la infracción de una norma de cuidado, cuyo aspecto interno es del deber de advertir la presencia del peligro, y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido; y c) que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta”; STS 2445/2001, de 22 diciembre, fundamento de derecho segundo: “a) una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa, o sea, que se halle ausente en ella todo dolo directo o eventual; b) factor psicológico o subjetivo, eje o nervio de la conducta imprudente en cuanto propiciador del riesgo, al marginarse la racional presencia de las consecuencias nocivas de la acción u omisión empeñadas, siempre previsibles, prevenibles y evitables; elementos de raigambre anímica no homogeneizable y, por lo mismo, susceptible de apreciarse en una gradación diferenciadora; c) factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, definido el mismo no sólo atendiendo a la respuesta exigible a un hombre consciente, de prudencia e inteligencia media, sino, también, a un conjunto de reglas extraídas de la estimable cantera de la común y diaria experiencia, muchas de ellas cristalizadas y consolidadas a través de normas reglamentarias o de otra índole, aceptadas e impuestas en la vida social y en cuyo escrupuloso cumplimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro acentuadas por sobrevenencia de circunstancias excepcionales; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al erigirse aquéllos en reglas rectoras de un sector actuacional; el reproche de culpabilidad pasa por la constatación de que el autor, con su comportamiento peligroso, ha infringido el deber de cuidado requerido, en general, en el tráfico en aras de la evitación del resultado dañoso, mostrándose igualmente inobservante de aquellas previsiones que eran exigibles en atención a sus personales aptitudes; d) originación de un daño, temido evento mutatorio o alterador de situaciones preexistentes; e) adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante, desatador del riesgo, y el ‘damnum’ o mal sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro potencial entrevisto o podido prever en una consecuencialidad real, en un efectivo resultado lesivo; constatación de la relación causal que conecta el efecto criminal con el comportamiento delictivo, juicio ‘a posteriori’ que permite atribuir el efecto dañoso a la acción humana desplegada por el agente”.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> Con numerosas referencias jurisprudenciales, STS 270/2005, de 22 febrero, fundamento de derecho segundo.

<sup>5</sup> STS 270/2005, de 22 febrero, fundamento de derecho tercero.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> *Idem*. En este sentido, también STS 206/2001, de 16 febrero, fundamento de derecho décimo.

<sup>8</sup> Así, con carácter general, Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 2005, pp. 114 y ss.

—en relación con la distinción entre imprudencia grave y leve— que “la gravedad de la imprudencia está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo”.<sup>9</sup> Luego, conductas antijurídicas como “el consumo previo de cannabis” o “el hecho de conducir sin seguro” no van más allá de la mera infracción administrativa si no se concretan en un incremento no permitido de los márgenes materiales de riesgo —esto es, un incremento no permitido de la posibilidad concreta de lesión del bien jurídico.<sup>10</sup> Igualmente, la materialización de este concepto sitúa en su sede la valoración de determinados aspectos como la capacidad individual del agente, en la medida en que la mayor o menor capacidad en el manejo de la fuente de peligro —el vehículo, el arma, etcétera— se traduce en una mayor o menor probabilidad de producción del resultado lesivo.<sup>11</sup> Se trata, en la conformación de este instituto, de razones relativas a los principios de proporcionalidad y, en un segundo momento, de culpabilidad o —en sede de tipicidad— responsabilidad subjetiva.

Sólo cuando más allá de la mera infracción de normas se exponen bienes jurídicos, parece justificarse una solución jurídico-penal,<sup>12</sup> y de este modo la cualificación —como ilícito penal— de lo que hasta entonces se agotaba en un ilícito administrativo —“consumo previo de cannabis”, “el hecho de conducir sin seguro”, por poner dos ejemplos,<sup>13</sup> luego también, razones de proporcionalidad en sentido estricto en tanto que adecuación a la consecuencia jurídica. En este sentido, la SAP Bizkaia antes citada atiende correctamente a los “signos externos de afectación de tal consumo” y su incidencia en la conducción. En un segundo momento, del principio “no hay pena sin culpabilidad”, se infiere la necesidad de una culpabilidad material, que sustenta el reproche no en la infracción de disposiciones administrativas —como, por ejemplo, el citado artículo 27 del Reglamento General de Circulación o el artículo 25.1 de la LO 1/1992, de 21 febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana— sino en la exposición o/y lesión de bienes jurídicos. Se trata de que los contenidos de proporcionalidad materializan este segundo principio, permitiendo así

<sup>9</sup> STS 211/2007, de 15 marzo, fundamento de derecho primero; STS 665/2004, de 30 junio, fundamento de derecho segundo, ambas con ulteriores referencias. En la doctrina, en un sentido próximo, Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 286, marg. 12, para quien “a estos efectos, deben tenerse en cuenta tanto la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo. Para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si se refiere a un bien jurídico más importante). La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos”.

<sup>10</sup> Así, SAP Bizkaia 208/2007, de 11 mayo, fundamento de derecho segundo: “En cuanto al resultado positivo del cannabis..., al parecer obedece efectivamente a unas caladas a un ‘porro’ que refiere se fumó el día anterior Agustín, como él mismo refiere, sin que en todo caso exista prueba que acredite cual pretende el apelante, que contribuyera a la causación del evento lesivo, pues ninguna maniobra irregular se pudo apreciar que realizara influido por aquel presunto consumo tóxico, toda vez que el Agente... refiere que no se reflejó en el atestado la afectación del Sr. Agustín por el consumo de tales sustancias, lo que refiere significa que no apreciaron signos externos de afectación de tal consumo. Ello además, en su caso sería constitutivo de una infracción administrativa, ‘ex’ art. 27 del RGC... Lo mismo cabe decir del hecho de que en tal momento pudiera circular sin seguro, ya que en todo caso tal circunstancia carece de toda relevancia a los efectos de valorar la posible negligente conducción del Sr. Agustín en el momento concreto de la colisión con el peatón, siendo en su caso constitutiva tal acción de una mera infracción administrativa”.

<sup>11</sup> Así, ya Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004, p. 106, con ulteriores referencias en n. 516 y ss. De otra opinión Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 169. En la doctrina, últimamente, en relación con las normas técnicas, véase Frígols I. Brines, Eliseu, “El papel de las reglas técnicas en la determinación del injusto de los delitos imprudentes: su relevancia en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, en Javier Boix Reig (ed.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 271 y ss., cuya argumentación adolece de razones de lesividad. En la jurisprudencia, por ejemplo véase STS 211/2007, de 15 marzo, fundamento de derecho primero; STS 2445/2001, de 22 diciembre, fundamento de derecho segundo: “conjunto de reglas extraídas de la estimable cantera de la común y diaria experiencia [...] cristalizadas y consolidadas a través de normas reglamentarias o de otra índole, aceptadas e impuestas en la vida social”. Sobre esta última cuestión, críticamente véase Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal...*, cit. n. 8, pp. 315 y ss., 331 y ss.

<sup>12</sup> Véase Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., Beck, Múnich, 2006, A § 24, marg. 16 y ss. En nuestra doctrina, en particular, Paredes Castañón, José Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal...*, cit. n. 8, pp. 73 y ss., 114 y ss., 143 y ss., 177 y ss., señalando igualmente, en p. 115, las necesidades de individualización; en el mismo sentido, pp. 127 y ss.; anteriormente, también Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 145 y ss.

<sup>13</sup> Con carácter general, Kühl, Kristian: “Strafrecht in Anlehnung an Ethik/Moral”, en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymann, Colonia, 2007, p. 74: “Aus der Sicht der Strafe als ‘sozialethische Missbilligung’ ist aber zu fordern, dass das sanktionierte Verhalten sich nicht als Bagatelle darstellen darf, sondern eine gewisse Erheblichkeit aufweisen muss”.

su comprensión como magnitud graduable —“la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad”—<sup>14</sup> en tanto que presupone la adecuación del reproche, también, a lo injusto material imputable.<sup>15</sup>

Con ello, se esboza ya una concreta estructura del instituto del riesgo permitido. Frente a otros contenidos de antijuridicidad, se encuentran aquí particulares razones relativas a los principios de proporcionalidad y en un segundo momento, también, de culpabilidad en sentido amplio. Sobre estas razones cabe argumentar, frente a la doctrina mayoritaria, la necesidad de atender a la capacidad individual del sujeto de imputación: razones de proporcionalidad y —relativas al principio de— culpabilidad.<sup>16</sup> Aquí no se reprochan meras infracciones de preceptos como el citado artículo 27 del Reglamento General de Circulación o de otros parámetros normativos<sup>17</sup> —“persona inteligente y sensata”, etcétera; sino la generación de márgenes de riesgo sobre determinados bienes jurídicos. El concepto de riesgo permitido responde a la idea básica de que hay “casos en los que un bien jurídico es puesto en peligro sin que ello genere responsabilidad penal para el creador del dicho peligro”,<sup>18</sup> precisamente por ello, porque los márgenes de riesgo generado para el concreto bien no exceden de lo jurídico-penalmente tolerado. Sin embargo, las inconsecuencias en el desarrollo y aplicación de este instituto —incluso en sus nociones

más básicas— se acentúan a medida que nos alejamos de los habituales supuestos de imprudencia. Y ello con importantes costes para las razones que lo subyacen y en consecuencia, debieran informar su aplicación.

## II. Algunos desarrollos específicos

### *A. Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas y riesgo permitido*

Según doctrina y jurisprudencia mayoritarias, los artículos 368 a 370 del Código penal español —delitos de tráfico de drogas— tutelan el bien jurídico salud pública.<sup>19</sup> Se apunta, en este sentido, que “la salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras. En los supuestos aquí previstos, procede una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud —en el sentido supraindividual apuntado—, puede sostenerse”<sup>20</sup> que la promoción, favorecimiento o facilitación de su consumo genera márgenes de riesgo

<sup>14</sup> Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 16.

<sup>15</sup> En un sentido distinto, señala asimismo este principio Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal...*, cit. n. 8, p. 104. Respecto a la correlación injusto/culpabilidad, por ejemplo, en relación con los márgenes de exigibilidad, igualmente ilustrativo Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, Comares, Granada, 2009, pp. 183 y ss. En la doctrina alemana, por ejemplo, Zaczyk, Rainer, “Über den Grund des Zusammenhangs von personalem Unrecht, Schuld und Strafe”, en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymann, Colonia, 2007, p. 191. Con carácter general, cuestionando el alcance de esta distinción Pawlik, Michael, “Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht”, en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymann, Colonia, 2007, pp. 133 y s.

<sup>16</sup> Sobre el peso de estas razones, véase Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal...*, cit. n. 15, pp. 175 y ss. No obstante, en un sentido distinto, por ejemplo véase Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II*, cit. n. 11, p. 169, quien atiende, siguiendo a Welzel, al “criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social” que el actor; sobre el peso de las razones de Cerezo, igualmente véase Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal...*, cit. n. 15, pp. 175 y ss., en particular, 194 y ss. En sentido contrario a su vez, Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal...*, cit. n. 8, p. 265, n. 34.

<sup>17</sup> No obstante, de otra opinión, últimamente véase Kudlich, Hans, “Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung”, en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymann, Colonia, 2007, pp. 374 y ss., en particular pp. 381 y ss., con amplias referencias bibliográficas.

<sup>18</sup> Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal...*, cit. n. 8, p. 27; por lo demás, sobre la comprensión del mismo, en particular véase pp. 71 y ss., 82, 103 y ss., 138 y ss., 342 y ss., sobre la idea de ponderación de intereses.

<sup>19</sup> Así, entre otras, véase STS 280/2007, de 12 abril, fundamento de derecho segundo; STS 444/2005, de 11 de abril, fundamento de derecho segundo; STS 298/2004, de 12 marzo, fundamento de derecho primero; STS 431/2002, de 8 marzo, fundamento de derecho tercero; SAP Bizkaia 35/2002, de 21 marzo, fundamento de derecho tercero; todas ellas con ulteriores referencias. En la doctrina, por ejemplo, Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 654.

<sup>20</sup> STS 444/2005, de 11 de abril, fundamento de derecho segundo. Por lo demás, con carácter general, véase Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 306 y ss., quien sugiere atender a la función social de los bienes jurídicos colectivos como criterio de determinación; sobre la caracterización de estos bienes, pp. 193 y ss.

relevantes en el sentido de los citados preceptos.<sup>21</sup> En cuanto a su estructura típica, se ha impuesto una comprensión de estas figuras como delitos de peligro abstracto, de forma que se “sancionan conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión”.<sup>22</sup> Los márgenes de riesgo aquí no derivan tanto de las modalidades de conducta tipificadas —ejecución de “actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten [...] o las posean con aquellos fines”— como del objeto material sobre el que recaen las mismas: “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. De ahí —entre otras cosas— que los actos de cultivo de la papaya, el mango o el aguacate resulten ser atípicos.

En este marco, la determinación del concepto de droga mediante una remisión —por ejemplo, en relación con un supuesto de tráfico de heroína— a la “lista I aneja a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1.961 y enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1.972 [...], cuyo texto fue establecido en Nueva York el 8 de agosto de 1.975 de conformidad con el art. 22 del Protocolo”,<sup>23</sup> resulta tan poco elocuente como la remisión en un supuesto de imprudencia al artículo 27 del Reglamento General de la Circulación antes citado.<sup>24</sup> Tampoco argumentos del tenor siguiente: “El tráfico de tales sustancias se encuentra prohibido por el art. 15 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, de Estupefacientes a la que se remite el art. 41 de la Ley 25/1990 de 20 de diciembre, del Medicamento, y que también determina su calificación legal de ‘estupefacientes’”.<sup>25</sup> Mientras que la alusión a la capacidad de esta sustancia “para causar un grave daño a la salud debido a su gran dependencia, tanto

física como psíquica, su tolerancia aguda, que obliga a aumentar para producir los mismos efectos y por las importantes secuelas orgánicas que produce su uso continuado, tal como ha señalado una muy reiterada jurisprudencia (STS 8.7.90)”,<sup>26</sup> si bien apunta en el sentido correcto, refleja una comprensión equivocada de los criterios de valoración del riesgo: no se trata de establecer su antijuridicidad por una parte —mediante el criterio de la lista I aneja a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1.961 y demás instrumentos internacionales— y su lesividad, en su caso, por otra, sino de establecer la relevancia jurídico-penal —y con ello, el carácter permitido o no— mediante el grado de acentuación de ésta. Sólo así se observan materialmente las citadas razones de proporcionalidad.

Estas contradicciones se reflejan, posteriormente, y entre otros aspectos, en el desarrollo del principio de insignificancia. Así, se apunta por ejemplo, sobre razones de lesividad, la necesidad de excluir de lo punible a todas “aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido”; y en particular, “cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carec[iendo] la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo [Sentencias de 12 de septiembre de 1994 (0.05 grs. de heroína); 28 de octubre de 1996 (0.06 grs. de heroína); 22 de enero de 1997 (0.02 grs. de heroína); 22 de septiembre de 2000, núm. 1441/2000, (0.03 gramos de heroína y 0.10 gramos de cocaína, sin poder concretarse el grado de pureza), 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, (0.02

<sup>21</sup> STS 444/2005, de 11 de abril, fundamento de derecho segundo.

<sup>22</sup> STS 444/2005, de 11 de abril, fundamento de derecho segundo. Asimismo v. STS 280/2007, de 12 abril, fundamento de derecho segundo, deduciendo de ello la atipicidad de aquellas conductas “totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro —aun potencialmente— la salud pública”; STS 11/2005, de 14 enero, fundamento de derecho segundo, deduciendo de ello resistencias para la apreciación de formas imperfectas de ejecución, “y ello porque el ilícito alcanza su consumación tan pronto se posee una determinada cantidad de droga dispuesta para su transmisión a terceros”; todas ellas con abundantes referencias.

<sup>23</sup> SAP Bizkaia 35/2002, de 21 marzo, fundamento de derecho cuarto.

<sup>24</sup> Véase Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, cit. n. 12, A § 24 marg. 16. Ampliamente, sobre el significado de estas remisiones, véase Kudlich, Hans, “Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung”, cit. n. 17, pp. 373 y ss.; sobre el estado de la cuestión, pp. 374-80; si bien Kudlich sugiere minoritariamente, sobre débiles razones concursales, una acentuación de su significación, pp. 379 y ss. Sobre el peso de las razones aquí expuestas, ilustrativo, Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, cit. n. 15, pp. 175 y ss.; sobre el peso de las razones esgrimidas por Kudlich, fundamentalmente, jurídico-formales, cfr. pp. 194 y ss.

<sup>25</sup> SAP Bizkaia 35/2002, de 21 marzo, fundamento de derecho cuarto.

<sup>26</sup> SAP Bizkaia 35/2002, de 21 marzo, fundamento de derecho cuarto.

gramos de cocaína), 10 de diciembre de 2001, núm. 1591/2001 (una sola pastilla de buprex, sin constancia de su peso), 18 de julio de 2001, núm. 1439/2001 (compartir una dosis del tratamiento con metadona), y 11 de mayo de 2002, núm. 216/2002 (0.037 gramos de cocaína)]”.<sup>27</sup> Se apunta, en este sentido que “el objeto del delito debe tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues como establece la sentencia de 28 de octubre de 1996 ‘el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal’”.<sup>28</sup> Sin embargo, el establecimiento de tales límites —de riesgo, luego— materiales no se compagina bien con una determinación formal —mediante una remisión a normativa extrapenal: Ley 17/1967, de 8 de abril, de Estupefacientes, Ley 25/1990 de 20 de diciembre, del Medicamento, Convención Única sobre Estupefacientes de 1961— del objeto material de este precepto,<sup>29</sup> advirtiéndose aquí un salto lógico, cuya conclusión no se infiere del concepto de droga presente en la comprensión jurisprudencial. De esta forma, mediante la citada cláusula de insignificancia se pretende, parece, atenuar de forma asistemática los costes de proporcionalidad que genera una determi-

nación conceptual del objeto material de este delito prescindiendo de razones de lesividad.

Frente a ello, se insiste desde nuestra doctrina sobre la necesidad de elaborar un concepto jurídico-penal de “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”.<sup>30</sup> Pues una vez que se conviene en establecer límites cuantitativos y cualitativos sobre tales razones —de lesividad, no resulta comprensible la siguiente forma de argumentos: “todo derivado cannábico es sustancia estupefaciente, previéndolo así la Convención Única de Ginebra de 1961 (Listas I y IV), ratificada por España”.<sup>31</sup> La introducción asistemática del principio de insignificancia se concreta, por su parte, en un discurso jurisprudencial bipolar. Así, se mantiene por un lado: “el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal”.<sup>32</sup> Mientras se asevera por otro, que “una vez se constata la presencia de THC y demás principios cannábicos, que demuestran que estamos ante un derivado del cáñamo índico o Cannabis Sativa, no es necesario que se acredite concretamente el porcentaje de THC contenido en él a los efectos de aplicación del tipo básico previsto en el art. 368 del Código Penal”.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> STS 280/2007, de 12 abril, fundamento de derecho segundo; no obstante, también, en un razonamiento incongruente: “sin embargo, la última corriente jurisprudencial afirma que en el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera de *lege ferenda*, un ‘principio de insignificancia’ que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u opera como causa suprallegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera, la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención [SSTS 901/2003 de 21.6 y 250/2003 de 21.7]”.

<sup>28</sup> STS 280/2007, de 12 abril, fundamento de derecho segundo. Igualmente, véase STS 431/2002, de 8 marzo, fundamento de derecho tercero: “la posibilidad de falta de antijuridicidad material de la conducta enjuiciada, ante la ausencia de verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo, cuando la cantidad de droga transmitida, en este caso un comprimido y medio supuestamente de Tranxilium, es tan insignificante que resulta, por sí sola, incapaz de producir efecto nocivo real a la salud (SSTS de 28 de octubre de 1996 y 9 de julio de 2001, por ejemplo), procede la estimación del motivo único en que el Recurso se apoya..., con la consiguiente casación de la Resolución de instancia y absolución del recurrente en la segunda Sentencia que, a continuación de ésta, seguidamente se dictará”.

<sup>29</sup> Véase Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, cit. n. 19, p. 653. Señalando la incidencia de factores culturales y económicos, Díez Ripollés, José Luís, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 128.

<sup>30</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, cit. n. 19, p. 654.

<sup>31</sup> Así, sin embargo SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho tercero, apuntando incluso: “lo máximo a lo que podría llegarse, si se acreditara una cantidad mínima de THC en la sustancia cannábica, o incluso no se lograra establecer su porcentaje, es estimar la sustancia como grifa o marihuana, incluidas, en todo caso, en aquellas listas como sustancias estupefacientes, y calificadas por nuestros tribunales como no causantes de un grave daño a la salud”. En este sentido ya Lorenzo Salgado, José Manuel, *Las drogas en el Ordenamiento penal español*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pp. 103 y ss. Más recientemente, también Serrano Gómez, Alfonso, y Serrano Maíllo, Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª ed., Dykinson, Madrid, 2006, pp. 694 y s.

<sup>32</sup> SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho cuarto.

<sup>33</sup> SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho cuarto. Pero se insiste, sin embargo, SAP Bizkaia 35/2002, de 21 marzo, fundamento de derecho tercero: “el Derecho Penal actual ya no admite la existencia de delitos meramente formales o de simple desobediencia a la norma. Ha de existir necesariamente una lesión o un peligro respecto del bien jurídico protegido”.

Este déficit de congruencia se traduce en un menoscabo de los principios antes citados. En este sentido, la comprensión del precepto como una suerte de “norma penal en blanco”<sup>34</sup> permite obviar las señaladas cuestiones de lesividad,<sup>35</sup> de forma que se desplaza el eje de este precepto desde la puesta en peligro del bien jurídico salud pública hacia la citada “lista I aneja a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1.961”. De este modo, también, se permite el castigo de determinadas conductas como delitos contra la salud pública sin que se justifique el grado de afectación del concreto bien jurídico protegido,<sup>36</sup> así como la valoración como —materialmente— no permitido de los correspondientes márgenes de riesgo. Al respecto, cabe apuntar que las razones de *lege ferenda* referentes a su relativa inocuidad o a los “efectos terapéuticos que pudiera tener el cáñamo índico”<sup>37</sup> suscitan dudas ya de *lege lata*, y más allá de lo recogido en el artículo 25.1 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, sobre su grado de incidencia en el bien jurídico salud pública. Se trata de razones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; con otras palabras: ¿se castiga como delito de tráfico de drogas la posesión —con los fines del art. 368 CP— de “una cantidad mínima de THC en la sustancia cannábica, o incluso

[cuando] no se lograra establecer su porcentaje”<sup>38</sup> en un marco jurídico en el que se permite o favorece el consumo de sustancias como el alcohol o el tabaco?<sup>39</sup> Esta comprensión formal de lo injusto desnaturaliza igualmente el principio “no hay pena sin culpabilidad”, en tanto que no se trata de márgenes de riesgo o afectación de bienes jurídicos, sino de lo prescrito por las normas objeto de remisión; y con ello, la adecuación del juicio de reproche también, a lo injusto imputable: ¿injusto imputable? La incongruencia en los criterios jurisprudenciales comporta, además, costes de seguridad jurídica.

Estas inconsecuencias se advierten igualmente en la comprensión de esta figura como delito de peligro abstracto. Pues este componente, el “peligro, aun cuando sea abstracto [...], como riesgo de futura lesión del bien jurídico, debe contenerse en la acción, quedando excluidas aquellas totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro —aun potencialmente— la salud pública”,<sup>40</sup> lo cual casa mal con una determinación formal del concepto de droga, y con ello de lo injusto —mediante remisiones como las antes apuntadas.<sup>41</sup> Se señala igualmente la distinción ya en el marco del artículo 368 entre “sustancias o productos que causen grave daño a la salud” y “los demás casos”,<sup>42</sup> así como algunas de las cir-

<sup>34</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, cit. n. 19, p. 653.

<sup>35</sup> En este sentido, ya Díez Ripollés, José Luís, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, cit. n. 29, p. 128, sugiriendo abandonar la distinción entre drogas legales e ilegales en la medida en que “tal distinción no está justificada por su capacidad adictiva ni aun por su nocividad para la salud”. Con carácter general, señalando el principio de intervención mínima Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cit. n. 8, pp. 75 y s., 143 y s.; igualmente v. p. 177: “no es posible presumir sin más que de toda conducta administrativamente prohibida ha de derivarse necesariamente *ex ante* un peligro para bienes jurídico-penalmente protegidos. Al contrario [...], frecuentemente las normas administrativas responden más a intereses de carácter económico [...], político, etc., que de protección de bienes jurídicos”.

<sup>36</sup> Sobre la función del concepto de bien jurídico, últimamente, ilustrativo Kühl, Kristian, “Strafrecht in Anlehnung an Ethik/Moral”, cit. n. 13, pp. 73 y s.

<sup>37</sup> SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho cuarto.

<sup>38</sup> SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho cuarto.

<sup>39</sup> Sin embargo, al respecto véase BVerfGE 90, 145, margs. 182 y ss.

<sup>40</sup> STS 280/2007, de 12 abril, fundamento de derecho segundo; STS 444/2005, de 11 de abril, fundamento de derecho segundo: “lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, razón por la cual deben de quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido”; STS 11/2005, de 14 enero, fundamento de derecho segundo, deduciendo de ello resistencias para la apreciación de formas imperfectas, “y ello porque el ilícito alcanza su consumación tan pronto se posee una determinada cantidad de droga dispuesta para su transmisión a terceros”; STS 298/2004, de 12 marzo, fundamento de derecho primero; todas ellas con abundantes referencias. En la jurisprudencia menor, igualmente ilustrativa, SAP Bizkaia 35/2002, de 21 marzo, fundamento de derecho tercero: “aunque parezca una obviedad, hay que decir que los delitos de peligro no existen cuando la conducta perseguida no es peligrosa para ese bien jurídico protegido o cuando sólo lo es en grado ínfimo. Tal ocurre en estos delitos relativos al tráfico de drogas cuando el comportamiento concreto no pone en riesgo la salud pública (o sólo lo hace de modo irrelevante)”.

<sup>41</sup> Pues este modelo de estructura presupone un umbral de injusto mínimo de carácter material; al respecto, véase Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II*, cit. n. 11, pp. 111 y ss.

<sup>42</sup> En relación con la situación anterior, críticamente véase Lorenzo Salgado, José Manuel, *Las drogas en el ordenamiento penal español*, cit. n. 31, pp. 105 y s.

cunstances previstas en los dos artículos siguientes —“notoria importancia”, “las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud” o los supuestos de extrema gravedad por exceder “notablemente de la considerada como de notoria importancia”, las cuales favorecen una comprensión de estos preceptos como una progresiva acentuación de una línea de ilícito, ya desde un primer momento, de carácter material.

En este último sentido, apunta por ejemplo, el concepto jurídico-penal de droga que sugiere Muñoz Conde sobre las notas de la dependencia —psíquica y física— y tolerancia.<sup>43</sup> Se trata de establecer márgenes materiales de riesgo que excedan de lo tolerado.<sup>44</sup> Luego, si a un ciudadano se le aprehenden 2.05 gramos de cannabis, cantidad que “manejando criterios jurisprudenciales, supondría unas dos o tres dosis para cualquier consumidor de la sustancia cannábica, en

forma de cigarrillo, comúnmente llamado ‘porro’”,<sup>45</sup> no debiera atenderse ya —según este modelo— al hecho de “que la especie botánica cannabis sativa contiene un conjunto de sustancias incluidas dentro de la moderna clasificación en el grupo de alucinógenos [...] los tetrahidrocannabinales”, sino a los márgenes de dependencia y tolerancia referentes a la misma. Se señalan, en un sentido próximo, “los efectos de esta sustancia [...] que ha[n] motivado su prohibición y la punibilidad de su tráfico [...], decrecimiento de la responsabilidad, la apatía y el desinterés incidentes en la voluntad, llegando el consumo crónico a producir dependencia psíquica [...] aunque no crea dependencia orgánica”.<sup>46</sup> Si bien no se confronta esta capacidad lesiva con los márgenes de riesgo permitido o, incluso, públicamente fomentado,<sup>47</sup> abriendo así la puerta a inasumibles costes en términos de proporcionalidad,<sup>48</sup> y con ello, en un segundo momento, a costes relativos al principio de culpabilidad.

<sup>43</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, cit. n. 19, p. 652: “a la luz de las diversas declaraciones de la Organización Mundial de la Salud, se puede entender por droga la sustancia, natural o sintética, cuya consumición repetida, en dosis diversas, provoca en las personas: 1º) el deseo abrumador o necesidad de continuar consumiéndola (dependencia psíquica), 2º) la tendencia a aumentar la dosis (tolerancia) y 3º) la dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia, que hace verdaderamente necesario su uso prolongado para evitar el síndrome de abstinencia”; advirtiendo, no obstante [p. 653], que “de la lectura de las listas anejas al Convenio de 1961 se deduce que no son sólo los criterios médicos o sanitarios los que se tienen en cuenta a la hora de decidir cuáles son las sustancias cuyo tráfico debe ser prohibido”. Destacando la nota de la dependencia como el componente “que otorga especificidad al fenómeno social del tráfico”, Díez Ripollés, José Luis, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, cit. n. 29, pp. 127 y s.

<sup>44</sup> De otra opinión Lorenzo Salgado, José Manuel, *Las drogas en el Ordenamiento penal español*, cit. n. 31, pp. 108 y ss., circunscribiendo estos argumentos a cuestiones de *lege ferenda*. Por lo demás, véase Díez Ripollés, José Luis, “Alternativas a la actual legislación sobre drogas”, en José Luis Díez Ripollés y Patricia Laurenzo Copello (coords.), *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 584 y ss., y la “Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas del Grupo de Estudios de Política Criminal”, en *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, ult. cit., pp. 646 y ss.

<sup>45</sup> SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho cuarto.

<sup>46</sup> SAP Barcelona, de 13 octubre 2003, fundamento de derecho cuarto.

<sup>47</sup> Así, en relación con el tabaco, ilustrativa BVerfGE 95, 173, marg. 56, “Das Rauchen tötet mehr Menschen als Verkehrsunfälle, Aids, Alkohol, illegale Drogen, Morde und Selbstmorde zusammen (cf. Martina Pötschke-Langer, Bericht über die IX. Weltkonferenz über Tabak und Gesundheit vom 10. bis 14. Oktober 1994 in Paris, Zeitschrift ärztliche Fortbildung-ZaeF-89 [1995], S. 537 f.). Zigarettenrauchen ist in den Industrieländern die häufigste und wissenschaftlich am deutlichsten belegte Einzelursache für den Krebstod (cf. Richard Doll and Richard Peto, “Mortality in relation to smoking: 20 years observations on male British doctors”, *British Medical Journal*, 1976; “Mortality in relation to smoking: 40 years observations on male British doctors”, *British Medical Journal*, 1994, S. 901 ff.; dies, “Cigarette smoking and bronchial carcinoma: dose and time relationships among regular smokers and lifelong non-smokers”, *Journal of Epidemiology and Community Health*, 1978, S. 303 ff.). “Im Ergebnis ist nach heutigem medizinischen Kenntnisstand gesichert, daß Rauchen Krebs sowie Herz- und Gefäßkrankheiten verursacht, damit zu tödlichen Krankheiten führt und auch die Gesundheit der nicht rauchenden Mitmenschen gefährdet”. Igualmente, señalando la menor incidencia lesiva frente al alcohol o esta última sustancia, véase [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/estudio/dice/cannabis/danino/alcohol/tabaco/elpepusoc/20081003elpepusoc\\_2/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/estudio/dice/cannabis/danino/alcohol/tabaco/elpepusoc/20081003elpepusoc_2/Tes); <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/11/02/internacional/1257175393.html>; no obstante, también véase BVerfGE 90, 145, margs. 182 y ss. En cualquier caso, sobre su potencialidad lesiva, por ejemplo, véase <http://www.ieanet.com/index.php?op=InfoNoticia&idNoticia=26511>; <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2009/10/15/neurociencia/1255630474.html>, donde si bien se concluye “son necesarios más estudios que aclaren todos los riesgos asociados a esta droga cuyo uso “probablemente es modesto comparado con el del alcohol, el tabaco y otras sustancias ilegales”. En la doctrina igualmente véase Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, cit. n. 19, p. 653. Con ulteriores referencias, véase Lorenzo Salgado, José Manuel, *Las drogas en el Ordenamiento penal español*, cit. n. 31, pp. 106 y ss.

<sup>48</sup> Con carácter general, Pawlik, Michael, “Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht”, cit. n. 15, pp. 140 y ss.: “zwischen Verbrechensbegriff und Strafbegründung [besteht] ein untrennbarer Zusammenhang... Beide müssen zueinander passen wie Rede und Gegenrede... Eine unpassende Reaktion ist sinnlos, und sinnlose Übelzufügungen sind unzulässig”.

### B. Sobre el principio de precaución

Hace algunos años, ofrecía Romeo Casabona un esbozo de los posibles márgenes funcionales del principio de precaución en el pensamiento jurídico-penal.<sup>49</sup> Se trata, como sabemos, de un principio desarrollado en el Derecho administrativo alemán en la década de los setenta, y que muestra unos peculiares parámetros de enjuiciamiento de los márgenes de riesgo, en la medida en que “supone el tránsito del modelo de previsión (conocimiento del riesgo y de los nexos causales) al de la incertidumbre del riesgo, al de la incalculabilidad del daño y del posible nexo causal entre uno y otro”.<sup>50</sup> En cuanto a su contexto problemático, se tiende a caracterizar mediante dos rasgos principales: “en primer lugar, tiene como presupuesto un contexto de incertidumbre científica; y, en segundo lugar, la eventualidad de daños graves e irreversibles”,<sup>51</sup> si bien se matiza que el citado principio “no parte de una absoluta falta de previsión sobre el futuro, pues se basa en la sospecha de los riesgos que puede comportar una actividad determinada, por lo general con consecuencias de especial magnitud e incontrolables y tal vez irreversibles”,<sup>52</sup> aunque no es posible anticipar el posible “curso causal de esa acción desde una perspectiva *ex ante*” —tratándose,

por tanto, de una mera sospecha de lesividad cualificada.<sup>53</sup>

Según los parámetros al uso del juicio de peligro, los presupuestos fácticos y epistémicos del principio de precaución debieran concluir en la no peligrosidad de estas conductas —y su consideración, por tanto, como riesgo permitido,<sup>54</sup> pues los conocimientos al respecto resultan insuficientes para establecer algún grado de certeza en la exposición del bien o bienes jurídicos.<sup>55</sup> Sin embargo, Romeo insinúa su introducción, en este marco, como un criterio específico de determinación de los márgenes de riesgo.<sup>56</sup> Así, en relación con los delitos de peligro, apunta que el principio de precaución “*podría* ayudar a construir una acción peligrosa al margen del criterio de partida de la previsibilidad, pero con semejantes, si no superiores presupuestos de seguridad jurídica basados en las prescripciones de conducta que tal principio impone”; si bien de *lege lata* señala su posible entrada “por medio de la remisión del tipo penal a una norma extrapenal”.<sup>57</sup> Mientras que en relación con la imprudencia, entiende que el principio de precaución plantea un paradigma diverso de modo “que la no previsibilidad no sería ya necesariamente equivalente a la negación de una conducta imprudente”.<sup>58</sup> Advierte aquí el autor posibles resistencias

<sup>49</sup> Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004, pp. 385 y ss.; en esta línea, siguiendo al anterior, Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004, p. 444 n. 23.

<sup>50</sup> Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 389. Con carácter general, ilustrativo, Baño León, José María, “El principio de precaución en el Derecho público”, en Javier Boix Reig (ed.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 29 y ss.

<sup>51</sup> Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 390.

<sup>52</sup> Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 391. Apunta igualmente la nota de la lejanía temporal, Schroeder, Friedrich-Christian, “Principio de precaución, Derecho Penal y riesgo”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004, p. 424. Igualmente, véase Baño León, José María, “El principio de precaución en el Derecho público”, cit. n. 50, pp. 31 y s.; Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, pp. 436 y ss.

<sup>53</sup> Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 410.

<sup>54</sup> Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 405. Críticamente Sola Reche, Esteban, “Principio de precaución y tipicidad”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004, pp. 477 y ss.

<sup>55</sup> Véase Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, cit. n. 12, A § 24, marg. 16.

<sup>56</sup> Expresamente Romeo Casabona, Carlos María: “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 421.

<sup>57</sup> Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, pp. 406 y ss. Críticamente, García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, en Javier Boix Reig (ed.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 435 n. 30, 458 y ss.; no obstante véase pp. 459 y ss., sobre la concepción mayoritaria de los delitos de peligro abstracto.

<sup>58</sup> Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, pp. 409 y s.

a través de razones de *ultima ratio* e intervención mínima.<sup>59</sup> También el hecho de que la estructura del delito imprudente “se ha venido basando en la previsibilidad, esto es, en que se puede prever o anticipar por cualquier sujeto, antes de iniciar con su conducta la participación en un ámbito determinado de la vida de relación, la posibilidad de que un resultado lesivo [...] para el bien jurídico llegue a producirse [...], la imprudencia se orienta al paradigma indiscutido de la prevención por medio de la previsibilidad objetiva”. Frente a ello, el principio de precaución conlleva una reinterpretación de este modelo —de prevención— en contextos de incertidumbre.<sup>60</sup> “el principio de precaución no supondría una quiebra de la estructura del tipo de lo injusto del delito imprudente ni de la culpabilidad [...], se sigue asentando en la base de la conducta imprudente, y ésta se compara con la conducta diligente exigible en el caso concreto”, si bien ésta “ya no se establece a partir de la idea de previsibilidad”, sino que toma como premisa una actividad de la que se sospecha un cierto riesgo no determinable ni verificable *ex ante*, debido a la incertidumbre científica sobre las leyes causales, y se determina de la mano del citado principio.<sup>61</sup> Romeo intuye aquí posibles déficits de seguridad jurídica, sugiriendo por ello su consideración en los supuestos de remisión a normativa extrapenal donde se recoja este principio. Ello, sin embargo, no le ha resguardado de la crítica.

Así, se apunta, en particular, sobre la tradicional comprensión del juicio de peligrosidad, que “la decisión sobre si una conducta es peligrosa se basa en la constatación de su capacidad de influir en la activación o interrupción de procesos causales”, lo que requiere

“el previo conocimiento [...], de los mecanismos de tales procesos causales”.<sup>62</sup> Luego, cuando “los graves efectos no son claramente predecibles aunque tampoco descartables, incluso [...] dependientes de muchos otros posibles factores de azarosa concurrencia, y, en su caso, de realización distante en el tiempo, o cuando no se tiene certeza ni siquiera de una mínima capacidad lesiva por no ser suficientemente conocida la ley causal que, se teme, la conducta activaría, ésta no acaba de hacerse acreedora de su tratamiento como peligrosa”.<sup>63</sup> Sin embargo, tales juicios se basan en comprensiones unilaterales de la peligrosidad. Por ilustrarlo con un ejemplo, según tal comprensión, si se arroja con un vehículo a un ciudadano, por frenar a destiempo, afectando su integridad física, se realiza una conducta peligrosa —que justifica, por tanto, una intervención jurídico-penal—; mientras que si se ciernen grandes márgenes de incertidumbre —parafraseando a Sola Reche— mediante aventuras de la industria farmacéutica, alimenticia, veterinaria, agropecuaria o nuclear, masiva y precipitadamente sobre bienes jurídicos personales de generaciones presentes y futuras, no.<sup>64</sup> Se trata de que esta ecuación sólo se sostiene sobre el grado de certeza lesiva de la conducta: sin duda, sabemos que si golpeamos con un vehículo a un viandante podemos afectar al citado bien jurídico. Ahora bien, cuando se atiende a su potencialidad lesiva —“generaciones presentes y futuras”, “graves e irreversibles”— surgen ulteriores criterios de enjuiciamiento de la peligrosidad: entidad de los bienes expuestos, alcance e intensidad, respectivamente. Y de este modo, también, razones de proporcionalidad: a menor certeza, mayor entidad de los bienes, alcance e intensidad. Luego, aun cuan-

<sup>59</sup> Señalando igualmente la exposición del principio de culpabilidad, Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 421. De otra opinión, señalando la entidad de los posibles daños y complejidad del marco problemático, Schroeder, Friedrich-Christian, “El principio de precaución, Derecho Penal y riesgo”, cit. n. 52, pp. 424 y s.

<sup>60</sup> Sin que ello suponga una relajación de los criterios de imputación del resultado, Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, pp. 409, 410, 421 y ss.

<sup>61</sup> Romeo Casabona, Carlos María, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 411.

<sup>62</sup> Sola Reche, Esteban, “Principio de precaución y tipicidad”, cit. n. 54, p. 479.

<sup>63</sup> Sola Reche, Esteban, “Principio de precaución y tipicidad”, cit. n. 54, p. 482. Sobre el principio de intervención mínima, con carácter general, también véase Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal...*, cit. n. 8, pp. 504 y s.

<sup>64</sup> Ilustrativa, en este sentido, resulta también la cuestión planteada por Andorno: “¿tiene la generación actual el derecho de dirigir nuestra propia evolución como especie?”, cit. por Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, “La especie humana como sujeto de protección ante los avances biotecnológicos”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Biotecnología, desarrollo y justicia*, Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2008, p. 205, citando igualmente a Gross en n. 8: “los temas incluidos en la genética y las acciones como consecuencia de los desarrollos científicos y tecnológicos en la materia son de extrema gravedad y pueden atentar contra estos derechos y contra la dignidad humana, de enorme importancia, de un modo distinto que las violaciones tradicionales encerradas por el Derecho, ya que pueden significar cambios en la vida humana, en el ser del individuo y en la idea de humanidad”.

do tales divergencias aconsejasen un diverso material conceptual —¿delitos de riesgo?—,<sup>65</sup> no se advierte un déficit de proporcionalidad, en el sentido de que se ocupen así “lugares en principio reservados al Derecho administrativo”.<sup>66</sup>

Igualmente, la creciente significación del principio de precaución, expresión de un cambio cultural frente al riesgo,<sup>67</sup> ha determinado su reconocimiento jurisprudencial, en cuanto criterio informador de diversas políticas de gestión del riesgo.<sup>68</sup> Así, en relación con los delitos contra la salud pública, señala de forma expresa nuestro Tribunal Supremo “la posibilidad de aplicar en materia alimentaria el llamado principio de precaución”, de acuerdo con el cual, las intervenciones “en esta materia pueden ser fundamentadas en criterios de precaución, según los que aun “cuando subsista una incertidumbre respecto de la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar que la realidad y la gravedad de los riesgos estén plenamente demostrados”.<sup>69</sup> Más recientemente, se apunta asimismo, que “cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la

realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición”.<sup>70</sup> Ambos pronunciamientos se exponen, ciertamente, a diversas objeciones. Así, en relación con el primer pronunciamiento, se advierte una aplicación descontextualizada, en la medida en que la ingestión de carnes procedentes de animales tratados con clenbuterol, da lugar —luego, sin márgenes de incertidumbre “respecto de la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas”— a “cuadros clínicos caracterizados por nerviosismo, taquicardias, cefaleas, mareos, sequedad de boca, temblores, mialgias, vómitos, insomnios, etc., además de en algunos casos, aumentos de la glucemia, efectos que pueden tener un riesgo vital en menores de seis años, durante el primer trimestre de embarazo o en personas que padecen enfermedades coronarias o arritmias preexistentes”.<sup>71</sup> Expresamente, se apunta, en un supuesto de amplia realización del riesgo, que los efectos “del clenbuterol son conocidos con certeza y han sido constatados en numerosos casos por sus efectos anabolizantes que producen alteraciones hormonales y anomalías graves en el sistema circ-

<sup>65</sup> Así Foffani, Luigi, “Responsabilidad penal por el producto y Derecho comunitario: ¿hacia un nuevo Derecho Penal del riesgo?”, en Javier Boix Reig (ed.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Lustel, Madrid, 2005, pp. 109 y ss., con ulteriores referencias en n. 9; en relación con aquellos “peligros lejanos y aún no aclarados lo suficiente desde un punto de vista científico”. También Schroeder, Friedrich-Christian, “Principio de precaución, Derecho Penal y riesgo”, cit. n. 52, pp. 425 y s.

<sup>66</sup> Sola Reche, Esteban, “Principio de precaución y tipicidad”, cit. n. 54, p. 485; apunta este riesgo, siguiendo al anterior, Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, “La especie humana como sujeto de protección ante los avances biotecnológicos”, cit. n. 64, p. 234. En esta línea, también García Rivas, Nicolás: “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit. n. 57, p. 464: “desactiva el papel esencial que cumplen los principios de lesividad e intervención mínima en la configuración del injusto”. Desde el Derecho administrativo, Baño León, José María, “El principio de precaución en el Derecho público”, cit. n. 50, p. 39. De otra opinión, sin embargo, Schroeder, Friedrich-Christian: “Principio de precaución, Derecho Penal y riesgo”, cit. n. 52, p. 425.

<sup>67</sup> Desde el Derecho administrativo, Baño León, José María: “El principio de precaución en el Derecho público”, cit. n. 50, p. 36: “el Derecho de policía tradicional parte de que toda innovación —por hipótesis no prohibida— está permitida. El Derecho de la precaución parte justamente de lo contrario”. Igualmente véase Frígols I. Brines, Eliseu: “El papel de las reglas técnicas en la determinación del injusto de los delitos imprudentes: su relevancia en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”, cit. n. 11, p. 269: “La realidad a la que nos enfrentamos es que el dominio de la ciencia y de la técnica, que en tiempos de Max Weber se le presumía al Estado, ya no está en manos públicas, sino en manos privadas. Son las empresas las que, en todos los campos, definen lo que debe entenderse por el estado de la ciencia y de la técnica”; Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, pp. 439 y ss. Como criterio de política criminal, Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, “La especie humana como sujeto de protección ante los avances biotecnológicos”, cit. n. 64, p. 234: “cuando se prohíbe penalmente la clonación reproductiva o la intervención genética en línea germinal, en la determinación de los tipos penales prohibitivos se plasma la necesidad actual de impedir un riesgo científicamente desconocido consecuencia de estas actuaciones”.

<sup>68</sup> Ilustrativo, Baño León, José María, “El principio de precaución en el Derecho público”, cit. n. 50, pp. 29 y ss. Con carácter general, señalando el condicionamiento político de las decisiones político-criminales, García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit. n. 57, p. 431, igualmente véase n. 74.

<sup>69</sup> Así, en relación con el art. 364.2 del Código, STS 1546/1999, de 6 noviembre, fundamento de derecho segundo. Con ulteriores referencias Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, pp. 448 n. 47, 463 y s. n. 64 y ss.; señalando la incidencia al respecto de las normas penales en blanco, p. 451 n. 41.

<sup>70</sup> STS 1442/2002, de 14 de septiembre, fundamento de derecho segundo; críticamente, sobre la misma García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit. n. 57, p. 458 n. 74. Más recientemente, en relación con el art. 363.3 del Código, SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre, fundamento de derecho primero.

<sup>71</sup> STS 1546/1999, de 6 noviembre, fundamento de derecho segundo.

latorio de los humanos”.<sup>72</sup> Mientras que, en relación con el segundo, cabe señalar que las figuras sustentadas sobre este principio se prestan, igualmente, a una comprensión material, por ejemplo, sobre las notas de incertidumbre, extensión e intensidad.

En esta última línea, se señala más concretamente, desde la doctrina la necesidad de exigir en todo caso “una sospecha fundada en datos con cierta base científica, un temor racional fruto de una evaluación científica, de que la infracción de tal regla de control puede llevar consigo ciertos riesgos graves para bienes de máxima relevancia jurídico-penal”,<sup>73</sup> o que cuando “menos no quepa excluir *ex ante* como absolutamente improbable la posibilidad de que la conducta pueda llegar a crear o comportar un peligro para los bienes jurídicos en juego, sobre la base de sospechas científicamente fundadas”.<sup>74</sup> Se apunta igualmente, la necesidad de limitar la tutela a “bienes de la máxima

entidad e importancia, básicamente vida y salud humana y todo lo que directa o indirectamente pueda afectarla, incluida la preservación de los ecosistemas de los que depende nuestra supervivencia presente y futura”,<sup>75</sup> así como, en relación con los presupuestos de imputación subjetiva, la exigencia de “una conciencia [...] al menos posible o potencial... de la fundada sospecha de riesgos, de la incertidumbre respecto a los temibles, aunque imprecisos, efectos de la conducta que se realiza”.<sup>76</sup> Se trata, en definitiva, de razones de lesividad —y proporcionalidad en sentido amplio, o con otras palabras, de “qué rasgos pueden hacer de un comportamiento no probadamente lesivo algo merecedor de una intervención penal legítima”.<sup>77</sup> También, las preocupaciones relativas a la conformación del tipo subjetivo introducen razones adicionales relativas al principio de culpabilidad.<sup>78</sup> Se pretende así, evitar que la concreta figura delictiva torne en

<sup>72</sup> STS 18/2001, de 20 enero, fundamento de derecho segundo. En esta misma línea SAP Segovia 9/2002, de 11 abril, fundamento de derecho segundo, igualmente en un supuesto descontextualizado: “el riesgo que comporta para la salud pública el consumo de las carnes y vísceras de animales tratadas con las referidas sustancias hormonales [acetato de trembolona y estradiol], estando contraindicadas para los niños y embarazadas, incluso, en dosis terapéuticas al tener, en dichas dosis, efectos hepáticos, hematológicos, cardiovasculares y teratogénicos en la reproducción”; SAP La Rioja 135/2001, de 10 octubre, fundamento de derecho primero; SAP Toledo 3/2002, de 3 enero, hechos probados cuarto: “el acetato de trembolona y el estradiol en animales cuyas carnes se destinan al consumo humano, según el Decreto 1749/1998, de 31 de julio, suponen un riesgo para la Salud Pública produciendo en los hombres efectos carcinogénicos en los individuos expuestos a estos productos, alteración en la función hepática y problemas gastrointestinales, aumentos de la retención de sodio y agua ocasionando en algunos casos edemas, feminización e infertilidad en varones, virilización con supresión de la actividad ovárica en las mujeres y aumento de las lipoproteínas de baja densidad con el consiguiente riesgo de infarto de miocardio”.

<sup>73</sup> Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, p. 451. En esta línea sobre la jurisprudencia del TJCE, García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit. n. 57, pp. 429 y, posteriormente, también 459.

<sup>74</sup> Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, p. 462 y, en términos similares, pp. 465-467. Asimismo, en sentido contrario, véase Schroeder, Friedrich-Christian, “Principio de precaución, Derecho Penal y riesgo”, cit. n. 52, p. 427. Críticamente, Sola Reche, Esteban, “Principio de precaución y tipicidad”, cit. n. 54, p. 485.

<sup>75</sup> Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, pp. 467, e igualmente ilustrativa, 473: “en algunos casos, la máxima relevancia de algunos bienes merecedores de tutela penal y la fundada sospecha de la amenaza de ciertos riesgos de elevada gravedad justifican y legitiman la represión de conductas infractoras de controles instaurados en atención al principio de precaución; ello permite asimismo interpretar que está presente la peligrosidad de la conducta en estos casos —y sin que ello pueda generalizarse—, en la medida en que no pueda descartarse un riesgo serio de acuerdo con los conocimientos científicos disponibles”.

<sup>76</sup> *Ibidem*; al respecto, ilustrativo, Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cit. n. 8, pp. 357 y s., en particular v. n. 45.

<sup>77</sup> Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, pp. 443, 445 y ss., 461, apuntando, en el segundo lugar citado, su potencialidad expansiva “en la medida que no tiene límites immanentes”; ilustrativa, STS 1546/1999, de 6 noviembre, fundamento de derecho segundo. En esta línea, también Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, “La especie humana como sujeto de protección ante los avances biotecnológicos”, cit. n. 64, pp. 231 y ss.: “la determinación de las conductas peligrosas que se incorporen en los nuevos tipos penales deberán construirse sobre nuevas construcciones jurídico penales que permitan mantener la coherencia necesaria propia de un Derecho Penal liberal”. En sentido contrario, García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit. n. 57, p. 464. Asimismo, Baño León, José María, “El principio de precaución en el Derecho público”, cit. n. 50, p. 31, señalando que “la noción de precaución está lejos de alcanzar un contenido jurídico mínimamente estable que confiera un mínimo de previsibilidad sobre las exigencias del principio”.

<sup>78</sup> Expresamente, Mendoza Buergo, Blanca, “Principio de precaución, Derecho Penal del riesgo y delitos de peligro”, cit. n. 49, pp. 451 y 471: “no se trata de establecer presunciones, sino de determinar que efectivamente hubo una infracción de un deber específico basado en un suficiente conocimiento de lo arriesgado de la conducta, basada en una razonable hipótesis de peligro y la actuación pese a tal conciencia”; en cuanto a su interpretación como norma de conducta, p. 450; igualmente véase n. 40, pp. 452 y ss., 456, señalando aquí “que donde el principio de precaución tiene más posibilidades de operar de manera positiva, es en la introducción, integración e interpretación de aquellas reglas de cuidado o de seguridad que han de guiar la puesta en práctica —o, en su caso, la omisión— de ciertas actividades o conductas de las que se tiene una seria sospecha de peligrosidad para bienes de alto valor... Tanto la prohibición de llevar a cabo conductas sólo sospechosamente

“una prohibición formal” sobre comprensiones igualmente formales del citado principio.<sup>79</sup>

No obstante, la preocupante tendencia jurisprudencial acentúa la necesidad de ulteriores desarrollos al respecto. Así, su aplicación en relación con el delito de tráfico de drogas, nuevamente en un supuesto descontextualizado: 29.910 grs. de cocaína, con una riqueza del 74.3%; donde se afirma que este “delito contra la salud pública [...] está basado en un principio de precaución”,<sup>80</sup> excluyendo seguidamente la posibilidad de apreciar formas imperfectas de ejecución en tales supuestos. También se recurre al mismo para castigar, como delito de peligro abstracto, supuestos donde los márgenes de riesgo se agotan —luego, nuevamente, de forma descontextualizada—<sup>81</sup> dentro de lo permitido. En concreto, el suministro de una dosis de clenbuterol “autorizada con efectos terapéuticos”, dada la diversa finalidad del actor.<sup>82</sup> Sin embargo,

los márgenes de riesgo no dependen de la diversa intención del sujeto activo, sino —particularmente, en supuestos donde se dispone de base epistémica suficiente: clenbuterol— del grado de exposición del bien jurídico.<sup>83</sup> Luego, tampoco en Derecho Penal, la valoración de ese riesgo como permitido. Todo ello acentúa la necesidad de una mayor definición de este principio en el actual pensamiento jurídico-penal y en particular, en el establecimiento del riesgo permitido.

### C. Delitos contra la seguridad vial

Mediante la reciente reforma del Código penal, operada por la LO 15/2007, de 30 noviembre, en materia de seguridad vial, se introducen una serie de cláusulas que resultan disfuncionales con una comprensión del instituto del riesgo permitido como la aquí esbozada.<sup>84</sup> Se avanzaba, en el preámbulo, la necesidad de

---

peligrosas como, alternativamente, la exigencia del cumplimiento de ciertas medidas de control o cuidado, no cabe duda que pueden venir aconsejadas por la aplicación del principio de precaución, a la vista del desconocimiento o la falta de evidencias”; en este último sentido, ilustrativo, también Romeo Casabona, Carlos María: “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, cit. n. 49, p. 411: “el sujeto ha de probar la inocuidad de la actividad antes de iniciarla, procediendo a las investigaciones que parezcan necesarias para la evaluación de riesgos, en el caso de que deba dar conocimiento previo a las autoridades competentes para, en su caso, recibir la autorización oportuna de ellas [...], el principio de precaución puede ayudar al sujeto a identificar cuál es el comportamiento diligente antes de actuar en unas circunstancias en las que de lo contrario carecería o quedaría despojado de cualquier pauta orientativa respecto a cuál pueda ser aquél. En consecuencia, dada la producción de un resultado típico, al sujeto le bastará para acreditar que actuó conforme al cuidado objetivamente debido con indicar que siguió las pautas de conducta de acuerdo con el principio de precaución”. Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, p. 192.

<sup>79</sup> STS 1442/2002, de 14 septiembre, fundamento de derecho segundo.

<sup>80</sup> ATS 477/2007, de 1 marzo, razonamiento jurídico segundo. Anteriormente, también ATS 2274/2006, de 2 noviembre, razonamiento jurídico séptimo.

<sup>81</sup> Igualmente, SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre, hechos probados: “las vieiras intervenidas a análisis, se constató la presencia de la toxina neurotóxica ASP, en la cantidad de 32,3 microgramos de ácido domoico por gramo, cantidad dañina para la salud, que excede de la permitida para el consumo humano de 20 microgramos por gramo”, señalando, no obstante, que “cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición”. Más propiamente, STS 1442/2002, de 14 septiembre, hechos probados: “el Olaquinox es un coccidiostático del grupo de las di-N-óxidos quinoxalinas, que parece actuar como promotor del crecimiento, probablemente por su acción en la composición de la flora intestinal del animal, siendo una molécula genotóxica, motivo por el cual debe considerarse susceptible de perjudicar la salud pública en cualquier concentración, habida cuenta que en los conejos no se va a dar el tiempo suficiente de lavado para disminuir las concentraciones debidamente, pudiendo afectar además la salud pública al seleccionar resistencias a sustancias antimicrobianas en determinadas bacterias, lo que dificulta el tratamiento de posteriores infecciones por éstas, habiendo producido fotodermatitis en trabajadores expuestos al polvo de los piensos en algunos casos, en concreto con exposiciones a 1 g/kg”. No obstante, al respecto, García Rivas, Nicolás, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit. n. 57, p. 458 n. 74.

<sup>82</sup> STS 1546/1999, de 6 noviembre, fundamento de derecho segundo, apuntándose, sin embargo, que el delito de peligro abstracto depende “de la realización de la acción peligrosa en sí misma”; en esta línea, igualmente, STS 1973/2000, de 15 diciembre, fundamentos de derecho cuarto, séptimo, octavo y noveno. Igualmente SAP La Rioja 135/2001, de 10 octubre, fundamento de derecho primero: “se administró clenbuterol, sustancia potencialmente peligrosa para la salud a las reses que llevaban más de un año en algunos casos casi dos años, en la explotación del acusado, sin que conste, ni se haya invocado siquiera; haberse prescrito por veterinario tratamiento con clenbuterol, por tocolisis o cualquier otra causa”.

<sup>83</sup> No obstante, sobre la idea de ponderación de intereses véase Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cit. n. 8, pp. 75 y ss., 82, 86, 103 y ss., por ejemplo; en particular, con matices, pp. 410 y ss.; en cualquier caso, p. 413: “los elementos típicos de carácter interno no fundamentan por sí solos nunca de forma suficiente el juicio de desvalor de la conducta”.

<sup>84</sup> Sobre la citada reforma, críticamente, con detalle, Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, InDret penal, 2009/4, pp. 1 y ss. Igualmente ilustrativo, Mir Puig, Santiago, “Presentación”, en Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), *Seguridad vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 13 y ss. Con matices, Prieto González, Helena María, “El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra ‘la seguridad vial’”, en Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), *Seguridad vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 281.

evitar que “determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes”.<sup>85</sup> Sin embargo, el concepto de violencia vial que subyace a la citada reforma, y con ello el concepto de riesgo que pretende sancionarse penalmente, muestra rasgos en exceso formales. Se apuntan en este sentido, la difuminación de los ámbitos del Derecho Penal y del administrativo, así como posibles consecuencias: “la primera e inmediata, la desnaturalización de la distinción, la imposibilidad de diferenciación entre injusto penal e injusto administrativo; la segunda, mediata, la pérdida de fuerza del Derecho Penal y de su sanción, la pena de prisión, como sistema de motivación social cuando su uso se generalice en exceso”.<sup>86</sup> Se arguye al respecto: “la frontera, que antiguamente era definida por el riesgo o lesión del comportamiento vial para la vida o salud de una persona, se fue desdibujando desde que se comenzaron a incluir como delito conductas que no exigían la prueba de una cercanía del riesgo para la salud de alguna persona. Ahora, con la punición de comportamientos como, por citar algunos ejemplos incorporados con la reforma del Código Penal de 2007, la conducción por encima de determinadas velocidades, con una determinada tasa de alcohol en sangre, o la conducción sin permiso, ya no puede afirmarse que la conducta viaria que infringe el orden regulatorio estatal sin suponer un peligro para la vida o la salud de las personas constituirá tan

sólo una infracción administrativa, y que cuando se traspase la ‘frontera del riesgo’ se incurrirá en responsabilidad penal”.<sup>87</sup> Sin embargo, también aquí cabe contraargumentar. Pues el hecho de que el legislador haya recurrido en “la tipificación en vía... penal de un comportamiento de ‘violencia vial’ [a] otros criterios diferentes a los de la peligrosidad de la conducta para los bienes jurídicos individuales”,<sup>88</sup> no impide que éstos se empleen, sobre buenas razones, en su interpretación. Por concretar algo más el ejemplo, sobre —buenas— razones de proporcionalidad.<sup>89</sup>

En este sentido, hay que insistir en que la definición legal de la conducta establece, simplemente, los márgenes de lo discursivamente posible.<sup>90</sup> Y que dentro del mismo, se trata de las razones a favor y en contra de las distintas posibilidades de interpretación. Por poner un ejemplo, en relación con el artículo 379.1 del Código Penal: “el que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses”. Ciertamente, una primera interpretación posible de este precepto consiste en agotar su marco semántico, limitándonos a comprobar el exceso de velocidad señalado para el concreto tipo de vía y estimar, en su caso, la tipicidad de la conducta.<sup>91</sup> Ahora bien, caben otras interpreta-

<sup>85</sup> LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial; en adelante “LO 15/2007.s 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 y Nieto [coords.]), Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 241.

<sup>86</sup> Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, pp. 14 y s. Igualmente, véase Hortal Ibarra, Juan Carlos, “El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 *in fine* y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas”, en Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), *Seguridad vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 151 y ss., señalando la ausencia “del mínimo contenido de lesividad”.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 15.

<sup>89</sup> Que advierte, sin embargo, Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 15.

<sup>90</sup> Sin embargo, véase Prieto González, Helena María, “El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial”, cit. n. 84, pp. 274 y ss.

<sup>91</sup> Así, paradigmática, SAP Madrid 568/2008, de 9 diciembre, fundamento de derecho primero: “el artículo 379.1 del Código Penal en redacción dada por Ley Orgánica 15/2007 establece un tipo penal de carácter objetivo, por lo que lo único trascendente es determinar, de manera indubitada, si el acusado, que conducía su vehículo por vía interurbana cuyo límite de velocidad permitida es de 80 km/h, circulaba a una velocidad superior en 80 km/h, esto es, superior a 160 km/h”. En la misma línea, por ejemplo, véase SAP Teruel 32/2009, de 16 junio, fundamento de derecho primero; SAP Álava 21/2009, de 27 enero, fundamento de derecho segundo; SAP Jaén 97/2008, de 18 abril, fundamento de derecho primero, señalando que esta figura “por su configuración objetiva, requiere la constatación de que se han cumplido los requisitos, siendo evidente que el bien jurídico protegido por dicho precepto es la seguridad del tráfico, y según su contenido básico, se persigue con dicho apartado incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos”. En la doctrina, asimismo véase de Vicente Martínez, Rosario, *Derecho Penal de la circulación*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2008, p. 499: “el legislador ha configurado el nuevo delito de conducción a velocidad excesiva como un delito formal, donde, constatada la velocidad superior a la exigida en el tipo penal, se está en presencia de un delito, sin que sea necesario indagar en más ele-

ciones más restrictivas, por ejemplo, sobre el principio de proporcionalidad.<sup>92</sup> Luego, hay buenas razones para exigir cierta “peligrosidad del comportamiento [...], y absolver de tales delitos cuando no pudiera demostrarse el peligro o la capacidad de peligro del comportamiento”.<sup>93</sup> De esta forma, el campo semántico posible del precepto —velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana— se restringe sobre las citadas razones y el correspondiente bien jurídico,<sup>94</sup> reduciendo lo injusto típico a aquellas que más allá de estos elementos —esto es, velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana— y por tanto, dentro de su campo semántico, muestren un componente adicional: peligro o capacidad de peligro del comportamiento.

Estas mismas razones pueden esgrimirse en relación con el delito de conducción sin permiso, art. 384 del Código penal.<sup>95</sup> Así, se apunta con razón, que “hay que tratar de huir de formalismos gramaticales y buscar un sentido material relacionado con la intervención mínima en un precepto tan formal

como éste”.<sup>96</sup> Sin embargo, un precepto —aún con rasgos formales— torna más o menos formal también, en fase de interpretación, en función de la concreta comprensión que se haga del mismo. Luego, cabe interpretar este artículo de modo “que la prueba de que el conductor estaba capacitado para la conducción con el vehículo de que se tratase, unida a la tenencia de una licencia de conducción [diferente a la exigida para el vehículo conducido], eliminase la pena y supusiese la sanción únicamente por vía administrativa”.<sup>97</sup> Pero no se trata de la única forma de interpretación restrictiva posible. Así, por ejemplo, se apunta una segunda aún más restrictiva que exime de responsabilidad, por poner otro ejemplo, a “la hija que conduce el coche sin licencia un sábado por la tarde por un polígono industrial prácticamente abandonado al lado de su padre”.<sup>98</sup> La opción por una u otra depende del peso de las razones correspondientes.<sup>99</sup> Así, en relación con esta última, se apunta la armonización “del precepto con algunos de los principios básicos del Derecho Penal”.<sup>100</sup> Las razones expuestas en su contra, relativas a la separación de poderes, pierden fuerza mientras

mentos objetivos”; Gutiérrez Rodríguez, María, “Excesos de velocidad e intoxicaciones punibles”, en María Gutiérrez Rodríguez (coord.), *Protección penal de la seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 57 y ss.: “la conducta no requiere para su consideración como delictiva nada más que la superación de los límites de velocidad recogidos [...] no se precisa, por consiguiente, la creación de una situación de peligro concreto para la seguridad del tráfico ni para otros bienes jurídicos individuales”; no obstante, también, incurriendo en cierta contradicción en pp. 69 y ss.: “ahora bien, aunque el tipo no exija expresamente la creación de una situación de riesgo para la circulación debe entenderse en cierto modo implícita [...], de modo que por vía interpretativa los supuestos en los que la conducta no revele ningún tipo de peligrosidad para la circulación [...] deberían quedar excluidos del tipo penal, en atención a los principios de lesividad y fragmentariedad”.

<sup>92</sup> En este sentido, ilustrativo, Klatt, Matthias, *Theorie der Wortlautgrenze*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 237, 272 y ss.: el mismo, “Die Wortlautgrenze”, en *Die Sprache des Rechts, Band 2. Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*, Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York, 2005, p. 359: “Wortgebrauchsregeln geben an, welche Eigenschaften ein Objekt erfüllen muss, damit es unter einen Gesetzesbegriff fällt [...] Sie zählen die Merkmale auf, die aufgrund der Bedeutung eines Ausdrucks erfüllt sein müssen, damit der Ausdruck auf ein Objekt richtigerweise angewendet wird”.

<sup>93</sup> Y sobre éstas, su delimitación frente a las correspondientes infracciones administrativas, véase Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, pp. 30 y ss. Apunta estas razones, también Gutiérrez Rodríguez, María, “Excesos de velocidad e intoxicaciones punibles”, cit. n. 91, p. 70, en contradicción con su comprensión formal del precepto.

<sup>94</sup> Sobre la función del concepto de bien jurídico, últimamente, ilustrativo, Kühl, Kristian, “Strafrecht in Anlehnung an Ethik/Moral”, cit. n. 13, pp. 73 y s.

<sup>95</sup> De otra opinión Prieto González, Helena María, “El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra ‘la seguridad vial’”, cit. n. 84, pp. 265 y ss. Sobre su oportunidad político-criminal, críticamente, en cualquier caso Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, pp. 18 y ss.

<sup>96</sup> Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 44. No obstante, en nuestra jurisprudencia, últimamente véase SAP Tarragona 25/2009, de 18 diciembre, fundamento de derecho tercero. En la doctrina, subrayando “la taxatividad del enunciado”, igualmente De Vicente Martínez, Rosario, *Derecho Penal de la circulación*, cit. n. 91, pp. 753 y s., 761, 781 y ss. En esta última línea, de forma un tanto equívoca, García del Blanco, Victoria, “El nuevo artículo 384 del Código penal: quebrantamientos, desobediencias y conductas afines”, en María Gutiérrez Rodríguez (coord.), *Protección penal de la seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 411 y ss., concluyendo en p. 416: “si finalmente, como es de temer, no pudiéramos encontrar un bien jurídico distinto a la indemnidad de la normativa administrativa lo que habría que plantearse seriamente sería su legitimidad”.

<sup>97</sup> Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 45.

<sup>98</sup> Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 47. En este sentido, equívocamente, véase García del Blanco, Victoria, “El nuevo artículo 384 del Código Penal: quebrantamientos, desobediencias y conductas afines”, cit. n. 96, p. 459; Gutiérrez Rodríguez, María, “Excesos de velocidad e intoxicaciones punibles”, cit. n. 91, p. 70.

<sup>99</sup> Véase Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cit. n. 8, p. 486.

<sup>100</sup> Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 47.

nos encontremos en el campo de lo semánticamente posible.<sup>101</sup> Luego, se trata de materializar observando —en todo caso— las condiciones mínimas que permitan la subsunción en el marco semántico de la citada norma.<sup>102</sup> Aunque tampoco ésta sería última la “única interpretación que otorgara legitimidad material al precepto del art. 384 CP”,<sup>103</sup> tan sólo una, entre otras, para la que es posible esgrimir buenas razones.

En cuanto a los posibles argumentos, hay que subrayar que no se trata de razones arbitrarias o relativas

al sentido común —por ejemplo, desde la perspectiva de quien esto escribe—, sino de principios que vertebran nuestro marco jurídico y que permiten igualmente esgrimir —en mayor o menor medida— en su favor el argumento democrático.<sup>104</sup> En este punto, no es preciso insistir una vez más en las razones que —según la comprensión aquí esbozada— subyacen al instituto del riesgo permitido, simplemente apuntar que a éstas se suman ahora, en relación con los nuevos delitos contra la seguridad vial, razones —sistemáticas, esto es— de congruencia en su comprensión.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> En concreto, apunta Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 47: “estaría afectando claramente a la regla de la división de poderes esencial en el Estado democrático de derecho”. Véase 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.

<sup>102</sup> Véase Klatt, Matthias, *Theorie der Wortlautgrenze*, cit. n. 92, pp. 237, 272 y s.

<sup>103</sup> Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 47.

<sup>104</sup> Al respecto, ilustrativa STC 55/1996, de 28 marzo, fundamento de derecho sexto: “el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática”. Por lo demás, véase Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, cit. n. 15, pp. 175 y ss. De otra opinión Miró Llinares, Fernando, “El ‘moderno’ Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, cit. n. 84, p. 48: “ni desde posiciones hermenéuticas contextualistas o convencionalistas y, mucho menos, basándonos en criterios intencionalistas que atiendan a una presunta ‘voluntad del legislador’, podemos superar el obstáculo, para una interpretación tal como la anteriormente planteada, de la ausencia en el tipo penal de cualquier referencia a la peligrosidad o la falta de pericia del sujeto. Tal exigencia, o cualquier otra que supusiera la no aplicación del tipo fuera de las que, con una idea de aplicación restrictiva, he aquí defendido, sería más bien una tipificación que una interpretación judicial y, por tanto, no es defendible. De otra forma además, seguiríamos cayendo en el círculo vicioso que al principio de este trabajo se apuntaba como una de las claves de la nueva política vial, pues se reforzaría la idea de la falta de confianza del legislador en un juzgador que se arrogaría competencias que no tiene”.

<sup>105</sup> En este sentido, ilustrativo Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cit. n. 8, p. 129.



## Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad (*Amicus Curiae*)

Jan-Michael Simon  
y Pablo Galain Palermo\*

*Instituto Max Planck para el Derecho  
Penal Extranjero e Internacional,  
Friburgo de Brisgovia, Alemania*

*Revista Penal México*, núm. 2, julio-diciembre de 2011

**RESUMEN:** *Este aporte tiene como base un amicus curiae en una causa judicial en la República del Perú sobre la fundamental relación de dos principios constitucionales elementales en el Derecho Penal: la contradicción entre el derecho al honor de los funcionarios públicos y el derecho a la libre expresión de los ciudadanos. El análisis de derecho se realiza según el sistema penal alemán como aporte a la discusión doctrinaria peruana y colaboración con la judicatura peruana en la búsqueda de los mejores argumentos.*

**PALABRAS CLAVE:** *honor, funcionarios públicos, libertad de expresión, difamación, principio de lesividad.*

**ABSTRACT:** *This contribution is based on an amicus curiae regarding a criminal case in the Republic of Peru about the fundamental relation of two elementary constitutional principles in the Penal Law: the contradiction between the right to be respected in one's social standing (honor) on the one side and the right to freedom of expression on the other. The legal analysis is conducted according to the German penal system, aiming at contributing to the Peruvian legal doctrine and collaborating with the Peruvian judiciary in the search of the best legal arguments.*

**KEYWORDS:** *honor, government officials, freedom of speech, defamation, harmfulness principle.*

**SUMARIO:** *A. Introducción. B. Hechos. C. Bien jurídico protegido en delitos contra el honor. D. Tipos objetivos que protegen el honor. E. Tipo subjetivo de difamación e injurias según el Derecho Penal alemán. F. La conducta que es objeto de este proceso penal. G. Valoración de la conducta. H. Conclusión.*

\* Los autores agradecen los comentarios de Gastón Chaves Hontou.

### A. Introducción

1. Este informe en derecho se presentó en una causa judicial en la República del Perú en 2010 como un *amicus curiae* en un tema que atañe a la esencia misma del Estado de Derecho, relacionado con el ejercicio de las libertades y la protección de los derechos individuales.

2. El objeto de este *amicus curiae* es contribuir al debate jurídico que tiene lugar en el Perú en un caso jurídico-penal, por medio de un informe técnico en Derecho Penal comparado con un análisis del caso concreto aplicando el Derecho Penal alemán. El objetivo es explicar someramente los tipos penales que protegen el bien jurídico “honor” en el código penal alemán y con relación a los mismos, analizar —según el sistema jurídico alemán— si la conducta del ex Procurador Público *ad hoc* para la República del Perú, Antonio Maldonado Paredes, que es motivo de un juicio penal que lo encuentra como imputado ante este tribunal, tendría la potencialidad suficiente para lesionar aquel bien jurídico.

3. La pertinencia y legitimación de este informe técnico en derecho reside en el interés público que tiene este caso jurídico-penal, que refiere a un problema jurídico fundamental en relación a los principios constitucionales más elementales y a las bases mismas del sistema democrático republicano, del cual tanto la República del Perú como la República Federal de Alemania son parte.

4. Como académicos con estrechos vínculos a la ciencia penal latinoamericana, tuvimos interés en ofrecer este aporte a la discusión doctrinaria peruana y colaborar con la judicatura peruana en la búsqueda de los mejores argumentos para la resolución del caso.

5. El informe técnico en derecho que se ofreció es un medio técnico que se puso a disposición del juez de la causa. La imparcialidad del juez no sufrió menoscabo alguno por la presentación de un informe de estas características, sino que en todo caso se benefició con el aporte de argumentos de derecho comparado de la solución del caso en otro Estado del sistema democrático republicano para fundamentar su decisión.

6. La decisión final de este caso penal tiene un interés general que afecta no sólo a la sociedad peruana sino también a la comunidad internacional, en tanto se trata de sentar las bases de un derecho fundamen-

tal reconocido por la Constitución peruana como por todas las Constituciones basadas en el sistema democrático republicano y en la mayoría de las Convenciones y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

7. El *amicus curiae* se refiere a la problemática del derecho a la libertad de expresión en relación con la protección del bien jurídico honor en un sistema liberal-democrático, tomando como base explicativa al sistema penal alemán. En ese sentido se hacen las siguientes proposiciones:

A. Los actos lesivos del honor (como sucede con cualquier bien jurídico) son los que se dirigen hacia la honra ajena, no aquellos que la reciben. En caso contrario se vulneran principios fundamentales del Derecho Penal como son el principio de lesividad y el principio de culpabilidad.

B. Cuando el derecho al honor se opone a una opinión sobre una pregunta esencial para el debate público, ante la trascendencia constitutiva del derecho a la libertad de opinión para el orden fundamental liberal-democrático, se aplica el principio *in dubio* pro libertad de opinión.

C. Un ataque al honor de una persona está justificado en términos penales cuando forma parte de una disputa pública y se realiza como respuesta a un ataque previo.

8. Esto significa que, en el Derecho Penal alemán, el condenado tendría que ser absuelto de cualquier delito que se le imputa relacionado con su entrevista del cuatro de octubre del dos mil seis, publicada el cinco de octubre de 2006 en la página A-10 del diario *El Comercio*, edición nacional.

### B. Hechos

9. El 12 marzo de 2010 el 14 Juzgado Penal de Lima condenó al ex Procurador Público *ad hoc* para la defensa del Estado peruano en los casos vinculados a Fujimori y Montesinos (Antonio Maldonado, diciembre 2004-agosto 2006) por haber cometido un delito de difamación en perjuicio del vicepresidente peruano vicealmirante (r) Luis Giampettri. Los hechos que preceden a esta condena tienen su origen en una entrevista realizada a Maldonado por un diario de circulación nacional, una vez que abandonó la función pública, en la que se hace referencia (y se contesta) a unas críticas formuladas por Giampettri contra la Procuraduría Anticorrupción y, en particular, contra el ex

Procurador *ad hoc*.<sup>1</sup> Es relevante mencionar que entre las funciones atribuidas al ex Procurador se encontraba la investigación de presuntos actos de corrupción de los distintos funcionarios durante la época de 1990 a 2000, con el objetivo de presentar denuncias al Ministerio Público cuando hubiese indicios de actos de corrupción, para que se iniciara una investigación penal. Dentro de ese marco funcional, se consideró que existían unos presuntos actos de corrupción en compras de armamento de la Marina de Guerra del Perú, que podrían involucrar al actual vicepresidente peruano, que cumplía anteriormente funciones en aquella repartición pública. Concluido el mandato del ex Procurador *ad hoc* ofrece una entrevista en un Diario de circulación nacional, en donde se reproduce lo siguiente: Pregunta: “Este, si el Vicepresidente señor Giampietri ha tenido palabras fuertes también sobre su papel, denostando un poco el trabajo sobre estas investigaciones, ¿qué diría usted sobre lo mismo?”<sup>2</sup> Respuesta del ex Procurador *ad hoc*: “¿Qué esperaban que hiciera? ¿Qué porque una de las personas respecto de las cuales la Procuraduría había solicitado la investigación era un alto dignatario de la nación no se le investigara? Es decir, si es que es así por qué no ponemos las cosas en claro, expidan una norma que diga que a ciertas personas nunca se les investigará porque tienen poder político, porque tienen poder económico, porque es un funcionario del Estado, yo hice lo que debía hacer y además frente a personas o del personaje en cuestión yo mantuve corto silencio. No salí a responder a las innumerables afirmaciones que esta persona hizo de mí. Si yo no hacía esto, además era pasible de ser procesado por omisión de denuncia, entonces, ¿fue mi actuación frívola? ¿Careció

de sustento? Fue un pedido de investigación preliminar, ni siquiera una denuncia penal, ni siquiera pedí detención para esta persona, sólo le pedí al Ministerio Público obrase con arreglo legal a sus atribuciones. Le pedí que investigara lo que la Contraloría entendía como una serie de hechos graves que podían ser y éstos solamente los calificara el Fiscal y lo asumirá el Juez en su momento oportuno, podían ser actos de corrupción, lo hice con toda corrección. Parece ser que todavía estamos en escenarios frente a los cuales algunos personajes se dicen intocables. Entonces por eso señalo que, si ésa es la situación, que expidan una norma que diga que tales y cuales personajes no podrán ser investigados nunca por actos de corrupción o violación de Derechos humanos, y así todos los peruanos tendremos un mensaje claro, no ocurrirá lo que ocurrió conmigo”.<sup>3</sup>

10. El 27 de octubre de 2006 el vicealmirante (r) Luis Giampietri interpone una querrela en contra del Sr. Antonio Maldonado al considerar que las expresiones públicas antes señaladas habrían lesionado su honor. Esta denuncia de parte dio inicio a un proceso penal contra Maldonado por la presunta comisión de los delitos de calumnia (atribución de un hecho delictivo), y difamación calumniosa (al haberse difundido la atribuida calumnia a través de un medio de prensa). El querrellado fue condenado en primera instancia por un delito de difamación<sup>4</sup> y, finalmente, absuelto por un tribunal superior.<sup>5</sup>

### C. Bien jurídico protegido en delitos contra el honor

11. La doctrina alemana entiende que el concepto de honor deriva de la dignidad humana y del libre

<sup>1</sup> El Vicepresidente de la República de Perú (Giampietri) realizó declaraciones públicas en las que criticó el funcionamiento de la Procuraduría Anticorrupción, una “sobreactuación” del Procurador *ad hoc* (Maldonado) y una persecución contra la Marina de Guerra.

<sup>2</sup> Pregunta extraída de la diligencia de la reproducción de audio. Caro John, Informe jurídico-penal sobre las declaraciones emitidas por el ex Procurador Público *ad hoc* Antonio Maldonado Paredes, en el marco de una entrevista brindada al diario *El Comercio* y que ha sido objeto de sentencia de culpabilidad expedida por el 14 Juzgado Penal de Lima con fecha marzo de 2010. Caro John, Informe jurídico-penal adjunto en la causa penal.

<sup>3</sup> Respuesta obtenida de la diligencia de reproducción de audio. En el diario *El Comercio*, sin embargo, se publicó el siguiente extracto, que motivó la denuncia penal contra Maldonado: “¿Qué esperaban que hiciera? ¿Qué porque una de las personas señaladas es un alto dignatario, no se le investigará? Si eso es así, mejor que expidan una norma que diga a ciertas personas nunca se les investigará, porque tienen poder político. Parece que algunos personajes se sienten intocables”.

<sup>4</sup> En realidad la sentencia absolvió al querrellado del delito de calumnia, al considerar que las afirmaciones hechas por su persona no constituyen imputación alguna de una comisión de un hecho delictivo; pero, al mismo tiempo, decretó la reserva del fallo condenatorio por el delito de difamación con una serie de reglas de conducta, imponiéndole el pago de una reparación civil de dos mil nuevos soles. Caro John, Informe jurídico-penal, adjunto en la causa penal. En los hechos, Maldonado es declarado culpable del delito de difamación y por ello tiene que cumplir con la reparación civil.

<sup>5</sup> La Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Especializada en lo Penal-Reos Libres, Resolución 739 de 2010, sostuvo que en la conducta del querrellado “no se aprecian los elementos descriptivos del tipo penal imputado en su contra; al no haber emitido alguna expresión calificativa en contra del querrellante que atente el honor del mismo”.

desarrollo de la personalidad en el seno social.<sup>6</sup> El principio de igualdad obliga a considerar el concepto de honor según las relaciones sociales porque él prohíbe una consideración de desigualdad *per se* entre los miembros de una sociedad (léase mayor dignidad, más honor, etc.) de algunos individuos respecto a otros. De este modo, será la participación del individuo en la vida social la que permita delinear y conmensurar este concepto abstracto e igualitario de honor en relación a un individuo en concreto. Desde este punto de vista, el Derecho tiene que proteger las relaciones sociales por medio del resguardo del libre desarrollo de la personalidad; y por ello, la dignidad, la intimidad y el merecido “buen nombre” de las personas no pueden ser sometidos al desprestigio o desprecio de los demás. Esta protección que se exige al derecho, en Alemania es realizada por el derecho constitucional, por los tribunales civiles que ofrecen una amplia gama de derechos de resarcimiento (*Schadenersatzanspruch*)<sup>7</sup> y, en *ultima ratio* por medio del Derecho Penal.<sup>8</sup>

12. El derecho al honor va más allá de la protección de la intimidad y se relaciona con valoraciones que pueden lesionar la dignidad de la persona. Aquello que se considera una lesión al honor no puede quedar librado a la determinación de la autoestima del “ofendido” (criterio subjetivo). Del mismo modo, tampoco se determina por un criterio objetivo que no pueda ser comprobado fehacientemente, por ejemplo, por estar basado en un dato de la realidad como el valor social que una sociedad otorga a la condición de “honorable” o “reputable” de un individuo (criterio objetivo).<sup>9</sup> Es decir, el honor no se desprende de la pertenencia a una clase social, por el ejercicio de una profesión o por el desempeño de una función pública. El honor depende de las “relaciones de reconocimiento” (*Anerkennungsverhältnis*), de modo que su construcción como

bien jurídico también está ligado al comportamiento individual de su titular en el seno social.<sup>10</sup>

Desde un punto de vista teleológico el concepto de honor necesita de una valoración jurídica que pueda ser trasladada al sistema penal conformando un bien jurídico cuya lesión pueda ser medida (concepto normativo).<sup>11</sup> Este concepto normativo diferencia entre los aspectos meramente subjetivos (morales, éticos) y aspectos objetivos que guardan relación con la valoración social de la persona.<sup>12</sup> Es decir, considerando que el concepto de honor deriva de la dignidad de la persona, no puede desaparecer en un caso concreto (por el “mal comportamiento” del individuo) pero sí puede ser disminuido en tanto el concepto normativo vincula el valor personal (dignidad humana) con el comportamiento personal desde un punto de vista ético-social<sup>13</sup> o según el rol que el sujeto desempeña en la sociedad.<sup>14</sup>

13. Un tema de suma relevancia son los parámetros de valoración del bien jurídico honor, que sólo pueden provenir de la norma (constitucional, civil y, en último caso, penal) y guardar relación con derechos o valores a modo de enunciados generales o principios de determinación de aquello que se considere en todos los casos como contenido jurídico del bien objeto de protección. Una concepción normativa (o jurídica) del honor en sentido penal (*ultima ratio*) limita enormemente el alcance del bien jurídico a aquellas afectaciones que directamente se relacionan con la dignidad humana (art. 1 Constitución alemana). De este modo la materia de protección que recoge el Derecho Penal es aquella relacionada con aspectos básicos de la personalidad del individuo (raza, género, orientación sexual, creencia religiosa, etc.), es decir, aquellos segmentos de la personalidad del hombre cuya lesión puedan determinar algún tipo de discriminación (in-

<sup>6</sup> Wolf, “Ehre und Beleidigung. Zugleich eine Besprechung des gleichnamigen Buches von H.J. Hirsch”, *ZStW*, 1969, pp. 895 y ss.; Amelung, *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 38 y ss.

<sup>7</sup> Karpf, *Die Begrenzung des strafrechtlichen Schutzes der Ehre. Durch die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG), die Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) und die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB)*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 86 y s.

<sup>8</sup> Arzt, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre. Vom zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz aus betrachtet*, Mohr, Tübinga, 1970, pp. 4 y ss.

<sup>9</sup> Karpf, *Die Begrenzung des strafrechtlichen Schutzes der Ehre*, cit., pp. 26 y s.

<sup>10</sup> Wolf, *Ehre und Beleidigung*, cit., pp. 893 y ss. Amelung critica que el concepto de honor no se puede derivar únicamente de una imagen ideal del hombre libre prototipo del idealismo alemán que actúa según pautas morales o éticas, Amelung, *Die Ehre*, cit., p. 11.

<sup>11</sup> Hilgendorf, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, De Gruyter, Berlín, vor § 185, nro. 4 y ss.

<sup>12</sup> Winter, Deutschland y Tellenbach (eds.), *Die Rolle der Ehre im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2007, p. 103.

<sup>13</sup> Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 10. Auflage, De Gruyter, Berlín, 1967, p. 292; Hirsch, *Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes*, Mueller, Karlsruhe, 1967, p. 30.

<sup>14</sup> BGHSt, 1, 288; 11, 67.

dividual o social); junto al comportamiento personal en sus relaciones sociales desde un punto de vista ético-social.<sup>15</sup> Esta sumatoria de aspectos esenciales y otros derivados de la conducta en sociedad permiten graduar o mensurar al propio concepto de honor (y el grado de lesión) de quien dice verse afectado en su honor. Para la doctrina alemana se trata de los valores ideales y morales que porta la persona humana *per se*, junto al prestigio y su buena fama en el seno social. El núcleo del honor es la invariable dignidad humana (siempre presente) sumada al aleatorio concepto de prestigio social (que se puede tener o carecer de él).<sup>16</sup> Esta conjunción otorga al sujeto el derecho de protección relativo a su dignidad como persona y la valoración social de su persona, frente a los comportamientos ajenos que pretenden lesionar este bien jurídico (derecho al honor).<sup>17</sup> De este modo se puede hablar de una concepción compleja de bien jurídico-honor compuesta por una base irrenunciable (dignidad humana) y una base social o de consideración que debe ser merecida por el individuo según su intervención en las relaciones sociales (comportamiento ético-social).<sup>18</sup>

14. Lo que mantiene abierta la controversia en la doctrina alemana es la forma en que se cuantifica el honor y su lesión en tanto concepto abstracto (valor de la persona). Las lesiones al honor son lesiones de un valor personal, que el portador del bien jurídico colabora en su construcción con su comportamiento en el seno de una sociedad determinada.<sup>19</sup> La doctrina se divide en este punto, para algunos las disminuciones en el “valor” (cantidad de honor) se deben medir sobre la base de los deberes éticos-sociales y para otros de acuerdo con el libre desarrollo de la personalidad.<sup>20</sup>

En conclusión, en un sentido normativo el honor tiene un componente invariable derivado de la digni-

dad humana y uno aleatorio, producto de la valoración social que deriva del comportamiento de la persona en las relaciones sociales. Esto ha llevado a un sector de la doctrina penal a exigir que la protección penal del honor se limite al “honor merecido”, en tanto no se puede utilizar la amenaza de la pena para proteger un honor aparente o inmerecido.<sup>21</sup> Desde un punto de vista estrictamente político criminal, el Derecho Penal estaría legitimado para intervenir en la protección del bien jurídico honor, en *ultima ratio*, cuando ello sea imprescindible para facilitar la autonomía de las relaciones de reconocimiento en la sociedad.

#### D. Tipos objetivos que protegen el honor

15. El Código Penal Alemán (StGB) protege el honor en los parágrafos 185 a 200. En esa sección decimocuarta del código se ubican los parágrafos 185, 186 y 187 StGB que tipifican la injuria, la difamación y la calumnia, que podemos considerar las formas más comunes de protección penal del honor. Téngase en cuenta que, a diferencia de la tradición hispana, en Alemania la veracidad de las afirmaciones ha operado históricamente como una causa de justificación general de las conductas que pudieran ser interpretadas por el titular del bien jurídico-honor que se siente afectado. Esto guarda relación con una vieja concepción que dice que lo que es veraz no puede lesionar el ordenamiento jurídico.<sup>22</sup> Hoy en día, la verdad no está siempre justificada si ella se utilizara para lesionar un derecho a la intimidad estrechamente ligado con la dignidad humana. Según el sistema penal alemán, un ataque al honor podría verse justificado por otro tipo de intereses legítimos que van más allá de la verdad de una afirmación pública (§ 193 StGB).<sup>23</sup> Esto indica que los tipos pe-

<sup>15</sup> Reiner, *Die Ehre. Kritische Sichtung einer abendländischen Lebens- und Sittlichkeitsform*, Mittler, Dortmund, 1956, pp. 34 y ss.

<sup>16</sup> Wolff, *Ehre und Beleidigung*, cit., pp. 899 y ss.

<sup>17</sup> Hirsch, *Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes*, Mueller, Karlsruhe, 1967, pp. 29 y ss.

<sup>18</sup> De similar opinión en la doctrina española, Alonso Álamo, “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *ADPCP*, 1983, pp. 150 y s.; Berdugo Gómez de la Torre, *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 56 y ss.

<sup>19</sup> Wolff, *Ehre und Beleidigung*, cit., pp. 901 y ss.

<sup>20</sup> Hilgendorf, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., vor § 185, nro. 10 y ss.

<sup>21</sup> Lenckner, *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Auflage, Beck, Múnich, 2006, Vorbem §§ 185ff, nro. 1.

<sup>22</sup> Roeder, *Wahrheitsbeweis und Indiskretionsdelikt nach deutschem und österreichischen Strafrechtentwurf*, Schroeder *et al.* (eds.), *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*, Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 347 y ss.

<sup>23</sup> § 193. Defensa de legítimos intereses: “Juicios de reproche sobre desempeños científicos, artísticos o industriales y expresiones que se hagan para la ejecución o defensa de derechos o para la salvaguardia de legítimos intereses así como reproches o amonestaciones de un superior contra sus subalternos, denuncias oficiales u opiniones por parte de un empleado y casos parecidos, son sólo punibles en la medida en que la existencia de un injuria resulte de la forma de la declaración o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria”. Téngase en cuenta que la justificación del § 193 sólo procede cuando ha fallado la prueba de la verdad y en caso de que el autor demuestre que ha actuado con diligencia en la demostración de la verdad. Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 310.

nales relacionados con el honor no se resuelven desde un punto de vista que sólo incluye los intereses de los involucrados (autor y víctima) sino que se interpretan según intereses colectivos. La verdad sigue siendo relevante ya no tanto como una justificación del comportamiento individual (que elimina la antijuridicidad de la conducta) sino que podría ser exigida como un elemento del tipo penal, en tanto la falsedad puede convertirse en algún tipo penal en una condición objetiva de punibilidad.

16. La injuria (*Beleidigung*) está tipificada en el parágrafo 185 StGB<sup>24</sup> y concentra el núcleo del injusto en la forma en que se realiza la mera declaración que puede lesionar la esfera íntima (dignidad) de una víctima concreta.<sup>25</sup> Aunque su tipo penal no lo indica, se entiende que es una manifestación de irreverencia o menosprecio dirigido al prestigio de la víctima.<sup>26</sup> Objetivamente una opinión puede revestir este carácter si ella niega al afectado su valor humano (individual o social). El delito de injuria se puede cometer frente a la víctima, frente a una tercera persona haciendo referencia a la víctima o afirmando un hecho difamatorio frente a la víctima. Se entiende que la falsedad de la manifestación es un elemento del tipo no escrito,<sup>27</sup> en tanto la veracidad de una manifestación no puede causar un desprestigio porque la protección penal del honor se limita al “honor merecido”. El hecho a resaltar a efectos de este informe es que este delito sólo puede ser cometido en presencia de la víctima.

17. En Alemania la difamación (*üble Nachrede*) está tipificada en el parágrafo 186 StGB<sup>28</sup> y concen-

tra el núcleo del injusto en una afectación de la “reputación” (*Reputation*) de la víctima concreta. Este tipo penal contiene la afirmación o difusión (divulgación) de un hecho injurioso relativo a un tercero. En este tipo penal el injusto se centra en la posibilidad de divulgación del hecho injurioso. Es exigencia del tipo la presencia de terceros (a diferencia del § 185 StGB) de modo que este delito no sólo lesiona la dignidad (intimidad) de la víctima sino su reputación social, en tanto se pretende protegerla del desprecio público. La falsedad del hecho sería una condición objetiva de punibilidad (no un elemento del tipo). Es decir, en este tipo penal la demostración de la verdad suprime la punibilidad.<sup>29</sup> Lo cierto es que para lesionar el honor hay que referir o atribuir un hecho a una persona concreta (así fuera en su calidad de miembro de una colectividad de personas), en tanto para la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán no cabe duda que la difamación (§ 186 StGB) tiene que tener como destinatario a una víctima concreta.<sup>30</sup>

18. El tipo penal de la calumnia (*Verleumdung*) está tipificado en el parágrafo 187 StGB<sup>31</sup> y concentra el injusto en la manifestación de un hecho falso de mala fe. En este tipo penal lo importante es la falsedad del hecho, que se conforma como un elemento del tipo. En ese sentido, una opinión que sólo exagera un hecho insignificante o una discrepancia con otra opinión no lesiva de la personalidad (por ejemplo, una reacción) no son aptas para cumplir con el tipo penal. Es notorio que la prueba de la verdad de una manifestación excluye totalmente la tipicidad.<sup>32</sup>

<sup>24</sup> § 185. Injuria: “La injuria será castigada con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa y cuando la injuria sea cometida por medio de un acto de violencia, será castigada con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa”. *Vide la traducción del StGB de López Díaz, Código penal alemán*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999. Artículo 4.2, inciso inicial.

<sup>25</sup> Amelung, *Die Ehre*, cit., p. 78.

<sup>26</sup> Lenckner, Schönke y Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., § 185, nro. 2.

<sup>27</sup> *Id.*, nro. 6.

<sup>28</sup> § 186. Difamación: “Quien en relación con otro afirme o difunda un hecho para hacerlo despreciable, o para desprestigiarlo ante la opinión pública, cuando este hecho no se prueba como cierto, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa y cuando el hecho haya sido cometido públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones (§11, inciso 3), será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años, o con multa”.

<sup>29</sup> Lenckner, Schönke y Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., § 186, nro. 13.

<sup>30</sup> BGHSt 36, 83, 87.

<sup>31</sup> § 187. Calumnia: “Quien a sabiendas, afirme o difunda un hecho no verdadero en relación con otro para hacerlo despreciable o para desprestigiarlo ante la opinión pública, o para poner en peligro su credibilidad, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años, o con multa y cuando el hecho haya sido cometido públicamente en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11, inciso 3), el castigo será pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa”.

<sup>32</sup> Salvo que se realice el tipo objetivo del §192 denominado injuria formal: § 192: Injuria a pesar de la demostración de la verdad: “La demostración de la verdad del hecho afirmado o divulgado no excluye el castigo de acuerdo con el § 185 cuando la existencia de un injuria resulta de la forma de la afirmación o divulgación de o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria”.

19. También existe un tipo penal para la protección del honor de las personas dedicadas a la vida política.<sup>33</sup>

20. En Alemania no existe un tipo penal que proteja la intimidad de conductas indiscretas, es decir, un tipo penal que castigue intromisiones en la vida privada. Aunque ello fue motivo de discusión en la última gran reforma alemana del sistema penal, el tema quedó en el plano teórico.<sup>34</sup>

### E. Tipo subjetivo de difamación e injurias según el Derecho Penal alemán

21. Para la confirmación del tipo subjetivo basta con la existencia de dolo, lo que abarca también al dolo eventual. En ese sentido no es necesaria la constatación de ningún ánimo específico con independencia del conocimiento del tipo objetivo y la voluntaria realización del mismo. Esto incluye también tener conocimiento (y conciencia) de que la manifestación que afecta al honor puede tener esa potencialidad lesiva en relación al descrédito puede provocar en el titular del bien jurídico.<sup>35</sup> En el delito del § 186 la falta de veracidad de la opinión manifestada no integra el concepto de dolo, que no puede ser eliminado demostrando el autor su diligencia en la obtención de la información que divulga, ni demostrando su total convencimiento sobre la veracidad de sus dichos.<sup>36</sup> La doctrina dominante entiende que el hecho tiene que ser objetivamente falso, interpretando que estamos frente a un delito de peligro abstracto.<sup>37</sup> Una parte de la doctrina es crítica respecto a este delito porque puede lesionar el principio de culpabilidad, que en este caso debería ceñirse a los criterios de la debida diligencia o del dolo para afirmar la ausencia de veracidad de los dichos.<sup>38</sup> En ese sentido, la demostración de haber actuado diligentemente en la averiguación de la verdad eliminaría la tipicidad de la conducta.

22. Para completar el tipo subjetivo de los delitos contra el honor, tampoco se exige que quien expresa públicamente su pensamiento esté convencido de ello. La doctrina alemana entiende que, por ejemplo, quien dice a la cara de una persona “Tú has robado esta cosa”, independientemente de que quien lo diga esté convencido o no de ello, mientras exista la posibilidad de rebatir ese punto (de discusión al respecto), esa afirmación no tiene carácter de lesión al honor.<sup>39</sup> Es decir, ni siquiera es relevante un convencimiento subjetivo sino que habría que buscar parámetros objetivos para constatar el dolo (aspecto cognoscitivo). Para constatar el dolo basta con el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo penal respectivo, no se requiere “querer injuriar” como un ánimo ajeno al dolo, sino que sería suficiente con saber que se está lesionando el honor de un tercero al momento de expresarse públicamente.

### F. La conducta que es objeto de este proceso penal

23. El imputado (Antonio Maldonado) ocupó la función de Procurador Público *ad hoc* entre diciembre de 2004 hasta agosto de 2006 con el objetivo de investigar presuntos actos de corrupción cometidos por las más altas esferas de la gobernabilidad de la República del Perú durante el mandato de Alberto Fujimori (1990-2000).<sup>40</sup> La función de Maldonado exigía recoger pruebas de la existencia de posibles actos de corrupción de altos funcionarios del gobierno o de otras instituciones públicas de Perú. En su caso, Maldonado y su equipo tenían que recolectar pruebas incriminatorias de la participación de distintos funcionarios en delitos concretos (tráfico de influencias, corrupción, soborno, cohecho, etc.), para entregarlas al órgano encargado de la función de investigar y perseguir los delitos. Las investigaciones llevadas a cabo

<sup>33</sup> § 188. Difamación y calumnia contra personas de la vida política: “(1) Si contra una persona de la vida política del pueblo se comete un difamación públicamente en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (§11, inciso 3) por móviles que se relacionen con la posición del ofendido en la vida pública, y si el hecho es apropiado para dificultar considerablemente su actuar público, entonces el castigo será pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. (2) Una calumnia (§ 187), bajo las mismas condiciones, será castigada con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años”.

<sup>34</sup> Schmidt, “Zur Problematik des Indiskretionsdelikts”, *ZStW* 1967, pp. 742 y ss.

<sup>35</sup> Lenckner, Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., § 185, nro. 14.

<sup>36</sup> Esto es sólo una causa objetiva de punibilidad, BGHSt 11, 273, 274.

<sup>37</sup> Amelung, *Die Ehre*, cit., p. 61.

<sup>38</sup> Hirsch, *Ehre und Beleidigung*, cit., p. 168; Amelung, *Die Ehre*, cit., p. 62.

<sup>39</sup> Wolff, *Ehre und Beleidigung*, cit., p. 909.

<sup>40</sup> Maldonado fue nombrado mediante Resolución Suprema N° 267-2004-JUS; en representación de la defensa e intereses del Estado peruano.

por Maldonado dependieron en muchas ocasiones de informes de órganos de contralor públicos, como es la Contraloría General de la República. Uno de esos informes señalaba que existían firmes sospechas de actos de corrupción en la compra de armamento de la Marina de Guerra de Perú.<sup>41</sup> Con base en este informe y según sus atribuciones funcionariales expresas, la Procuraduría Pública *ad hoc* solicitó el 8 de junio de 2006 el inicio de una investigación penal al Ministerio Público, para determinar la posible existencia de actos de corrupción en la compra de armas para la Marina de Perú que pudieran haber cumplido con alguno de los tipos penales contenidos en el ordenamiento jurídico peruano.

24. En fecha posterior al desempeño de la función pública, el 5 de octubre de 2006 Maldonado concedió una entrevista al periodista David Hidalgo publicada en el diario *El Comercio*, en la que realizó un balance de su gestión pública. En un pasaje de la entrevista, Maldonado es preguntado directamente sobre ataques personales que el ahora denunciante realizó mediante la prensa. Semanas atrás, el vicepresidente peruano vicealmirante Luis Giampietri (que ocupó un alto cargo en la Marina durante el tiempo en que se produjeron los presuntos actos de corrupción que se investigaban relacionados con la compra de armamento para esa institución) se había referido en duros términos a la gestión de Maldonado como ex Procurador *ad hoc*.<sup>42</sup> Entre otras cosas Giampietri dijo que Maldonado pretendió “enlodarlo con denuncias malélicas” y denuncia un movimiento de la Procuraduría *ad hoc* contra la institución Fuerzas Armadas, acusando directamente a Maldonado por haber firmado la “denuncia” en su contra. Seguidamente Giampietri dijo que Maldonado había montado “una campaña con denuncias en contra de la Marina de Guerra”.<sup>43</sup> A su

vez, indicó una posible infracción del deber de Maldonado en el ejercicio del cargo en tanto, dijo, hubo “una sobreactuación del Procurador Maldonado. Él se ha arrogado un derecho que no le corresponde. Ha hecho una denuncia ilegal”.<sup>44</sup>

25. Dice Maldonado en la entrevista en el diario *El Comercio* del 05.10.2006: “sólo le pedí al Ministerio Público obrase con arreglo legal a sus atribuciones. Le pedí que investigara lo que la Contraloría entendía como una serie de hechos graves que podían ser y éstos solamente los calificaría el Fiscal y lo asumirá el Juez en su momento oportuno, podían ser actos de corrupción, lo hice con toda corrección”.<sup>45</sup> Más adelante sostiene: “Parece ser que todavía estamos en escenarios frente a los cuales algunos personajes se dicen intocables”. Ésta es la opinión o juicio de valor de Maldonado en la que se sustenta una denuncia penal por difamación e injurias y una condena penal por el delito de difamación.

### G. Valoración de la conducta

26. La sentencia penal de condena se basa en una deducción a partir del contexto de las declaraciones públicas de Maldonado. Allí se establece que existe “evidencia que es de la persona del querellante de quien se ha ocupado y ha sostenido que por su investidura no se le investigará”. Véase que en el supuesto caso de que la deducción contextual con valor de evidencia probatoria del Tribunal de Sentencia fuera correcta, es decir, en caso de que estuviera permitido por el principio de inocencia deducir del contexto que Maldonado hubiera atribuido su libre expresión “a una persona”, esto es, *directamente contra* Giampietri, en Alemania los dichos de Maldonado, sucesivos a las declaraciones de Giampietri, estarían justifi-

<sup>41</sup> Informe N° 054-2005-CG/SDR (fs. 01 a 34), que comprende: Anexo N° 2 (fs.35 a 227), Anexo N° 03 (fs.228 a 607), Anexo N° 35 (fs. 608 a 912), Anexo N° 67 (fs. 913 a 1271), Anexo N° 88 (fs. 1272 a 1 677) y Anexo N° 119 (fs.1678 a 1791).

<sup>42</sup> Diario *La Primera*, edición de 13.09.2006, p. 5.

<sup>43</sup> Diario *Correo*, edición de 12.09.2006, p. 4.

<sup>44</sup> Diario *El Comercio*, edición de 13.09.2006, sección A 7.

<sup>45</sup> Dice en la solicitud de investigación preliminar de 08.06.2006, p. 8: “A partir de las conclusiones del Informe de Contraloría General de la República N° 054-2005-CG/SDR, como resultado de la acción de control realizada en la Unidad Ejecutora de la Marina de Guerra del Perú, que comprendió la revisión selectiva de actividades y operaciones referidas al proceso de adquisición de bienes y servicios entre 1994 a 1997, se presume que los procesos de selección de proveedores, tanto en las licitaciones privadas como en las adjudicaciones directas, materia del referido Informe, habrían estado manipulados a fin de favorecer a los proveedores seleccionados, adjudicándoseles indebidamente la buena pro en perjuicio del Estado. Para tal efecto, se habrían realizado una serie de actos tendientes a tal propósito, presumiéndose en dicho sentido que existió concertación entre estos funcionarios públicos y los terceros interesados. Esta presunción se fundamenta en las múltiples irregularidades detectadas en dichos procesos de selección y en los ajustes y fijación de precios que se plasmaron en los respectivos contratos”. Finalmente: “Solicito a Ud., señor Fiscal Provincial Penal Especializado, se sirva evaluar el Informe de Contraloría General de la República N° 054-2005 CG/SDR y disponga el inicio de una investigación”.

cados.<sup>46</sup> Esta justificación se fundamenta en lo que se denomina “defensa de legítimos intereses” (“Wahrnehmung berechtigter Interessen”, § 193 StGB),<sup>47</sup> que admite que una persona se defiende de un ataque público previo.<sup>48</sup> Según el § 193 StGB se justifican palabras enérgicas, comparaciones y valoraciones, a menos que ellas no contengan ningún exceso ni sirvan exclusivamente a la ofensa del otro, y cuyo comportamiento mesurado es considerado aun como una reacción adecuada.<sup>49</sup> Sólo entonces, cuando existen o se presentan críticas insultantes, es decir, cuando ya no se trata de la cuestión debatida sino de difamar y desprestigiar a la persona con la que se debate, es cuando se sobrepasa el límite de lo permitido.<sup>50</sup> En el caso concreto, Maldonado hubiera estado en su derecho incluso de utilizar expresiones más graves o duras contra Giampetri.

27. Maldonado no hace alusión en ningún momento a Giampetri y se limita a realizar expresiones genéricas sobre un modélico sistema democrático asentado sobre el principio de igualdad en cuanto al sometimiento de todos los ciudadanos peruanos al imperio de la ley. Por ello, *favoris rei e in dubio pro reo* no puede deducirse del contexto que Maldonado pretende atribuir “a una persona” concreta lo dicho en la entrevista. Las manifestaciones de Maldonado y el contexto de la entrevista sugieren que estamos frente a un comportamiento atípico.

Ahora bien, en el supuesto caso de que la deducción contextual del Tribunal de Sentencia superara el test del principio de inocencia, precisamente, con relación a la tipicidad de una conducta, es decisivo para afirmarla (y por exigencia del principio de lesividad) que ésta cause lesión (o peligro de lesión) a un bien jurídico, en el caso el honor. Una conducta no lesiva en ningún caso puede constituir una conducta típica, dado que el tipo penal es el instrumento legal mediante el cual se protegen bienes jurídicos de conductas tendentes a vulnerarlos. El principio de lesividad de la conducta lleva implícito el

de direccionalidad: será lesiva aquella conducta que se dirija a la vulneración del bien jurídico; por el contrario, no lo será aquella situación en que el bien jurídico va hacia la conducta. Por ejemplo, la lesión penalmente relevante se produce cuando el puño golpea el rostro, no cuando sucede el fenómeno inverso. *Mutatis mutandi*, lo que se aprecia es que la expresión de Maldonado en examen no contiene una imputación directa a nadie sino la afirmación de que “parece haber todavía escenarios donde hay personajes que se sienten intocables”. No hay una atribución o señalamiento concretos de conducta a nadie, sino la crítica a la actitud de quien en un orden democrático se siente por encima de las reglas del derecho. En tales circunstancias, la querrela del denunciante es una autoatribución, la concreción en su propia persona, de una imputación que estaba dirigida al reproche de un comportamiento no individualizado en nadie, pero que, sin duda, contraviene la regla democrática de la igualdad. Darle a esta autoatribución el valor de una lesión al honor del querellante en términos penales, invierte el principio de lesividad, de modo que sería el honor de aquél quien colisionaría con la expresión que se considera ultrajante, en lugar de ser ésta la que lesionara a aquél. En menos palabras: los actos lesivos del honor (como los de cualquier bien jurídico) son los que van hacia la honra ajena, no aquellos que la reciben, caso contrario, se vulneran los principios de lesividad y de culpabilidad.

28. Finalmente, tomando en cuenta que en el concepto constitucional alemán los derechos fundamentales no sólo son derechos del ciudadano contra el Estado sino también son “orden de valores objetivo” (*Objektive Wertordnung*), “sistema de valores” (*Wertesystem*), “escala de valores” (*Wertmaßstab*), “normas fundamentales de decisión valorativas” (*wertentscheidende Grundsatznormen*), “decisiones constitucionales fundamentales” (*verfassungsrechtliche Grundentscheidungen*),<sup>51</sup> sería en última instancia la Constitución la que brinde los parámetros para resolver el caso.<sup>52</sup> En

<sup>46</sup> BVerfGE 12, 113, 125; 24, 278, 285; BGHSt 12, 287, 293; 18, 182, 184; sobre la clasificación como causa de justificación, Jescheck y Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlín, 5ª ed., pp. 400 y ss.

<sup>47</sup> Ver nota de pie 24.

<sup>48</sup> Sobre los fundamentos constitucionales, Degenhart, *Bonner Kommentar Grundgesetz*, 122a y 123a, actualización, CF Müller, Heidelberg, Art. 5 Abs. 1 y 2, nro. 568 y ss.

<sup>49</sup> BVerfGE, 24, 278, 286 y ss; 42, 163, 169 y ss.; 43, 130, 137 y ss.

<sup>50</sup> BVerfG NJW, 2004, 589, 590.

<sup>51</sup> BVerfGE, 7, 198 y ss.

<sup>52</sup> Sobre la relación entre el Artículo 5 de la Constitución alemana y el § 193 StGB, Hilgendorf, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., § 193, nro. 4; Lenckner, Schönke y Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., § 193, nro. 1; Lackner y Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Beck, Múnich, 2004, nro. 1; Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, Múnich, 2010, nro. 17.

Alemania la libertad de opinión (un derecho fundamental reconocido internacionalmente)<sup>53</sup> puede consistir en la manifestación de juicios de valor o de simples hechos, que tengan connotación política o no política, asuntos públicos o privados, racionales o irracionales, valiosos o carentes de valor.<sup>54</sup> Según el Tribunal Constitucional Alemán esta manifestación de hechos (*Tatsachenbehauptung*) no puede ser neutral sino tiene que apoyar la expresión de un juicio de valor para caer dentro del ámbito constitucional de protección (art. 5 I Constitución).<sup>55</sup> En este sentido, las declaraciones de Maldonado no se refieren a datos de la realidad que apoyan que en Perú algunos personajes están fuera de la ley sino que ellas consisten en una libre expresión o un juicio de valor, en tanto parecería que algunos personajes se sienten por fuera de la ley. Para decirlo en sus palabras: “Parece ser que todavía estamos en escenarios frente a los cuales algunos personajes se dicen intocables”. Esta expresión en Alemania estaría dentro del ámbito de protección constitucional.<sup>56</sup>

Según el Tribunal Constitucional Alemán cuando se habla de libertad de expresión, en el contexto de una democracia libre,<sup>57</sup> se hace referencia a las opiniones en un sentido amplio,<sup>58</sup> cuyo concepto engloba el derecho a manifestar las ideas, las convicciones, los juicios de valor, estimaciones o declaraciones expresadas sobre objetos, personas y acontecimientos.<sup>59</sup> Este concepto amplio se basa en que el sistema democrático tiene el deber de brindar la protección del derecho, particularmente a las opiniones divergentes.<sup>60</sup> En este sentido, la protección del honor sólo

se justifica contra manifestaciones deliberadas y maliciosas<sup>61</sup> contra la persona que no pretenden rebatir un aspecto de una confrontación o intercambio de ideas, sino buscan una crítica lesiva que no se refiere al objeto de discusión sino a la persona.<sup>62</sup> En el escenario que nos ocupa, sin embargo, se desprende del contexto de sus declaraciones que la opinión expresada por Maldonado se refería al hecho concreto que un Estado de Derecho no puede permitir (ni se puede permitir) la impunidad de determinadas personas en razón de su cargo funcional. Por ello, la expresión de Maldonado en Alemania no sólo estaría dentro del ámbito de protección constitucional, sino que en el caso concreto no habría un conflicto entre el derecho fundamental de la libre expresión de Maldonado y el derecho de honor de Giampetri. En el hipotético caso que Maldonado se hubiera referido directa e inequívocamente a Giampetri, por tratarse de una opinión sobre una pregunta esencial para el debate público y ante la trascendencia constitutiva del derecho a la libertad de opinión para el “orden fundamental liberal-democrático” (*freiheitliche demokratische Grundordnung*), se aplica el principio *in dubio pro libertad de opinión* (*Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede*).<sup>63</sup> Por ello, en Alemania este caso ni siquiera prosperaría en la rama civil.<sup>64</sup>

## H. Conclusión

29. Considerando las especiales características del caso penal que se sigue en la República del Perú, corresponde concluir que en la República Federal

<sup>53</sup> Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; art. 19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

<sup>54</sup> Askaryar, *Die strafrechtsdogmatische Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu Art. 5 Abs. 1 GG*, Kovac, Hamburgo, 2010, pp. 26 y s.

<sup>55</sup> BVerfGE 65, 1, 41.

<sup>56</sup> Artículo 5 Constitución Alemana: Libertad de opinión “(1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura. (2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal”.

<sup>57</sup> BVerfGE 5, 85/134f.; 7, 198/208; 12, 113/125; 20, 56/97.

<sup>58</sup> BVerfGE 61, 1, 9; 71, 162, 179.

<sup>59</sup> Degenhart, *Bonner Kommentar Grundgesetz*, cit., Abs. 1 und 2, nro. 99 y ss.

<sup>60</sup> BVerfGE 33, 1/15.

<sup>61</sup> BGHZ 45, 296, 310.

<sup>62</sup> BVerfGE 82, 272, 284; BVerfGE 66, 116, 151; 62, 1, 12.

<sup>63</sup> Véase la famosa sentencia del Tribunal Constitucional alemán “Lüth” en BVerfGE 7, 198, 212.

<sup>64</sup> *Id.*

de Alemania un caso similar no constituye delito alguno.

30. Las expresiones públicas de Maldonado no lesionan ningún bien jurídico tutelado por el Derecho Penal. La denuncia penal se basa en una autoatribución del querellante en tanto Maldonado no se dirige en sus expresiones contra el honor de Giampetri. En términos penales, atribuir a un comportamiento no individualizado el valor de una lesión al honor es una inversión del *principio de lesividad* y una vulneración del *principio de culpabilidad*.

31. Asimismo en el hipotético escenario que Maldonado también se hubiera referido a Giampetri, se aplica el principio *in dubio pro* libertad de opinión, tanto si el caso se ventilara en la rama penal como en el caso que se llevara a cabo en la rama civil.

32. En el supuesto caso de que la deducción contextual con valor de evidencia probatoria del Tribunal de Sentencia pudiera superar el test del *principio de inocencia*, en Alemania los dichos de Maldonado, sucesivos a las declaraciones de Giampetri, estarían cuando menos justificados.





## La legislación penal relativa a la protección de los derechos de propiedad intelectual a nivel internacional

Wang Shizhou\*

Universidad de Pekín, China

Revista Penal México, núm. 2, julio-diciembre de 2011

**RESUMEN:** El gobierno chino está procurando construir un sistema legal robusto para la protección de los derechos de propiedad intelectual. Este sistema debería tener alcance mundial y cumplir con estándares internacionales. Con el fin de alcanzar este ambicioso objetivo, es necesario conocer y comprender la situación internacional. Este informe analiza los requisitos que emergen del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, especialmente su art. 61, y resume algunas de las leyes penales nacionales sobre los derechos de propiedad intelectual en los principales sistemas legales. Finalmente el autor compara las regulaciones penales chinas actuales con los estándares internacionales y hace su sugerencia a China en cuanto a cómo mejorar su ley penal relativa a los derechos de propiedad intelectual.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos de propiedad intelectual, protección penal, China, ADPIC.

**ABSTRACT:** It is the desire of Chinese government to build up a strong legal system to protect IPR which shall achieve the world dimension and world standards. In order to realize this magnificent goal, it is necessary to understand the situation in the world. This report analyses the requirement of TRIPS, especially Article 61 thereof, and summarizes some of the states' copyright criminal laws typical in the main legal systems. Then, the author compares the current Chinese criminal regulations with this international standard and makes his suggestion for China to improve its copyright criminal law.

**KEYWORDS:** Intellectual property rights, protection by criminal law, China, TRIPS.

**SUMARIO:** Introducción. I. Sentido básico del art. 61 del Acuerdo ADPIC. II. Estudio comparativo de la ley penal de la propiedad intelectual en distintas jurisdicciones. III. Conclusión y perspectivas para la ley penal de protección de los derechos de propiedad intelectual en el mundo. IV. La situación de la ley penal china de copyright en relación con la situación internacional.

\* Profesor de Derecho y tutor de LL. D. de la Universidad de Pekín. Este reporte es el informe final del Proyecto sobre Responsabilidad Criminal en TRIPS. Traducción del inglés: Dra. María Laura Böhm.

### Introducción

En la actualidad, la protección de los derechos de propiedad intelectual (DPI) ha devenido uno de los eslogans más importantes a nivel mundial. China lo ha asumido como una estrategia importante para el siglo XXI: la protección de los DPI y la construcción de un país innovador. Como miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC), China también participa en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de *Propiedad Intelectual* relacionados con el Comercio (ADPIC). Hu Jintao, el Presidente de la República Popular China, dijo cuando visitó la Sede Central de Microsoft en los Estados Unidos de Norteamérica en abril de 2006, que el fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual es necesario para China no sólo para expandir la política de apertura al mundo y para mejorar el desarrollo de las inversiones extranjeras, sino también por la necesidad de fortalecer la capacidad de innovación en el propio provecho de China, a fin de desarrollarse mejor y más rápidamente.

Sin duda va en concordancia con la tendencia general internacional el que China adopte la protección de los DPI como una estrategia de desarrollo y asuma tal compromiso a nivel internacional.

Adoptar medidas legales es absolutamente necesario para la protección de los DPI. Desde las épocas más tempranas se ha recurrido a estos efectos al Derecho Penal, considerándolo el método más efectivo. Las dos cuestiones centrales en este ámbito son, por lo tanto, *si* y *en qué medida* usar al derecho penal con este fin.

En cuanto a la cuestión del “si”, debería ser fácil de responder si se atiende al Acuerdo ADPIC, especialmente para quienes forman parte de él, aunque podrían estar involucrados problemas teóricos o incluso sociales muy complicados. Dado que el Acuerdo ADPIC prevé la obligación de la protección penal para los Estados contratantes, éstos están obligados a sancionar y aplicar los artículos penales en sus propios países, de acuerdo con el requerimiento del Acuerdo y cuando menos dentro de su esfera de validez. Los argumentos en contra de que la ley penal deba ser un

medio de protección de los DPI no podrán alegarse por lo menos en lo que concierne a las obligaciones internacionales previstas por el Acuerdo ADPIC para los Estados Partes.

En cuanto a la pregunta del “en qué medida”, ésta implicará cuestiones de interpretación respecto de los artículos del Acuerdo ADPIC. Por supuesto que la interpretación que realicen los Estados contratantes afectará en forma directa la formulación de la ley penal sobre los DPI en sus respectivos países. El propósito de este artículo es por lo tanto doble: Analizar los artículos de la ley penal previstos en el Acuerdo ADPIC, a fin que el campo de protección penal requerido por el Acuerdo respecto de los DPI pueda ser correctamente entendido; e ilustrar la interpretación internacional que se da habitualmente al Acuerdo ADPIC así como la tendencia general a nivel internacional para la protección de los DPI mediante la ley penal, teniendo en cuenta los principales sistemas legales. Sobre esta base, el autor aspira a que su investigación y sus conclusiones puedan servir de sugerencia para el futuro desarrollo de la ley penal sobre los derechos de propiedad intelectual en China.

### I. Sentido básico del art. 61 del Acuerdo ADPIC

En el Acuerdo ADPIC, únicamente el art. 61 estipula la responsabilidad penal por infracciones a los derechos de propiedad intelectual.

Hasta ahora, ni la OMC ni la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ofrecen una explicación autorizada o académica para el art. 61. Sin embargo, el estudio de los antecedentes y proyectos presentados durante la negociación y los comentarios internacionales ayudan al análisis del sentido básico de la norma.<sup>1</sup>

#### *I.a. Antecedentes legislativos del art. 61*

En la historia moderna de protección de los DPI mediante tratados internacionales, es un fenómeno bastante nuevo el combinar el comercio internacional con la protección de los DPI.

<sup>1</sup> Cfr. Daniel Gervais, *The TRIPS Agreements: Drafting History and Analysis*, Sweet & Maxwell, Londres, 1998. De acuerdo con Investigaciones de la OMC, este libro “es uno de los libros más útiles escritos sobre el tema y contiene además algunos de los documentos de trabajo preliminares centrales relativos al Acuerdo TRIPS” [“is one of the more useful books written on the topic and contains also some of the main preliminary working documents relating to the TRIPS Agreement”].

Cuando se inició la Ronda Uruguay a principios de 1987, no estaba claro si la propiedad intelectual estaría cubierta.<sup>2</sup> Fueron los Estados Unidos de Norteamérica los que por primera vez requirieron (como una condición necesaria para iniciar la Ronda) que en las negociaciones también fueran considerados los DPI relacionados con el comercio. En aquel momento, las Convenciones existentes eran obviamente débiles para la efectiva protección de la propiedad intelectual. Mediante la vinculación de la legislación sobre propiedad intelectual con los derechos comerciales, las negociaciones internacionales recibieron una poderosa fuerza motora que las ayudó a continuar. Otro factor importante que impulsó la negociación hacia adelante fue el claro peligro de la acción unilateral. Muchos países participantes en la negociación creían que un acuerdo multilateral era mejor que las consecuencias impredecibles de acciones unilaterales. El acuerdo, por lo tanto, fue incluir en la Declaración Ministerial de Punta del Este una manifestación en el sentido de que “las negociaciones deben tender a clarificar las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y a elaborar nuevas reglas y disciplinas como sea apropiado”.<sup>3</sup>

Durante las negociaciones en la Ronda Uruguay, la mayoría de los delegados eran experimentados y hábiles negociadores en comercio. Eran muy buenos en lo relativo a las disposiciones GATT pero nuevos respecto a la legislación de la propiedad intelectual. Varias delegaciones presentaron sus propuestas. Sin embargo, fue imposible llevar adelante las negociaciones con base en estos proyectos independientes. Por este motivo los Estados negociantes en 1990 permitieron a la Presidencia preparar un texto compuesto, con alternativas, como base para las negociaciones. Este texto es el así llamado Proyecto W/76.<sup>4</sup>

En diciembre de 1990, la Conferencia Ministerial de Bruselas adelantó también un proyecto (Proyecto Bruselas). Luego de la Conferencia, había sólo un Proyecto Final para las negociaciones (así llamado Proyecto Final [*Draft Final Act*] o *Dunkel Draft*). Sin

embargo, no hay mucha diferencia entre este proyecto y la versión final aceptada, ya que el proyecto iba a terminar siendo aceptado “a libro cerrado” por los participantes.

Luego de difíciles contiendas políticas, económicas, diplomáticas y culturales el Acuerdo ADPIC entró en vigencia en 1994 y devino una nueva regulación para las órdenes de compra en el comercio internacional.

China es Estado Miembro del Acuerdo ADPIC desde el 11 de diciembre de 2001, fecha desde la cual es Miembro de la OMC.

#### *I. b Redacción del art. 61*

En el Acuerdo ADPIC, el art. 61 referente a la protección mediante la ley penal estipula lo siguiente:

(1) Los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. (2) Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. (3) Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. (4) Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial.<sup>5</sup>

El artículo respectivo en el Proyecto Bruselas era básicamente idéntico a éste.

En el así llamado Proyecto W/76, este artículo estipulaba lo siguiente:

Los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales (al menos)<sup>6</sup> para los casos de [falsificación do-

<sup>2</sup> Lars Anell, “Foreword”, en Gervais, cit., nota 1, pp. vii y s.

<sup>3</sup> *Ibid.* [Original en inglés: “The negotiations shall aim to clarify GATT provisions and elaborate as appropriate new rules and disciplines.”] (NdeT: GATT es la sigla de General Agreement on Tariffs and Trade.)

<sup>4</sup> Éste es el así llamado documento MTN. GNG/NG11/W/76, en breve Proyecto W/76.

<sup>5</sup> (Oficina General de la Administración Nacional de Copyright eds.): (*Copyright International y Convenciones relacionadas*), 2000, p. 374. El acuerdo se encuentra disponible online en castellano en el sitio de la OMC: [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/legal\\_s.htm#TRIPs](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#TRIPs).

<sup>6</sup> Los textos que en este párrafo se encuentran entre paréntesis fueron agregados con posterioridad.

losa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial] [infracciones dolosas de marcas de fábrica o de comercio y del derecho de autor a escala comercial] [infracciones dolosas a escala comercial de los derechos de propiedad intelectual afectados por este acuerdo].<sup>7</sup> Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias “efectiva y”<sup>8</sup> suficientemente disuasorias (que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente). Cuando proceda, (entre los recursos disponibles) figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras “y de todo artefacto” (y de todos los materiales y accesorios) [utilizados predominantemente] [utilizados] para la comisión del delito. Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial.

Si se comparan el Proyecto W/76 con el artículo actual, se pueden advertir dos opciones y tres modificaciones.

Las dos opciones se refieren a las tres alternativas en la Oración 1, art. 61, y a las dos alternativas en la Oración 3. El punto en común en la primera opción es el requisito “a escala comercial” para que haya infracción a las marcas de fábrica o de comercio y al derecho de autor. La diferencia, por su parte, reside en si el objeto de la protección penal son “marcas de fábrica o de comercio” y “el derecho de autor”, o “marcas de fábrica o de comercio y el derecho de autor”, o “los derechos de propiedad intelectual afectados por este acuerdo”. Ahora vemos que el Acuerdo escogió la primera alternativa, es decir, “marcas de fábrica o de comercio” y “el derecho de autor”. En las dos alternativas en la Oración 3 podemos ver que el Acuerdo también escogió la primera, o sea, lo que puede ser confiscado, decomisado y destruido son las mercancías infractoras y todos los materiales y accesorios “utilizados predominantemente”, y no sólo “utilizados” para la comisión del delito.

De las tres modificaciones, las dos palabras “al menos” agregadas en la Oración 1 estipulan el requisito mínimo para la criminalización de las infracciones a la propiedad intelectual. En la Oración 2, la modifica-

ción realizada al borrar el “efectiva(mente)” y agregar “que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente” asegura la efectividad disuasoria de la responsabilización penal y enfatiza la coherencia entre la sanción respecto de delitos contra los DPI y la aplicable a delitos contra la propiedad. Y, por último, es obviamente más claro el sentido al cambiar el “y de todo artefacto” en la comisión del delito por la frase “y de todos los materiales y accesorios”.

De la revisión del artículo pueden extraerse las siguientes conclusiones:

Primero: Desde el inicio de las negociaciones del Acuerdo ADPIC no hubo objeción en aplicar el Derecho Penal contra delitos violatorios de los DPI.

Segundo: Tampoco hubo objeción durante las negociaciones y la redacción de los proyectos del Acuerdo ADPIC en cuanto a que la condición básica para la aplicación de la sanción penal sobre infracciones a los DPI es que dichas infracciones sean “dolosas” y “a escala comercial”.

Tercero: Lo que el Acuerdo remarca en su parte relativa a la responsabilidad penal es la naturaleza de *propiedad* de la propiedad intelectual y la función preventiva de la ley penal.

Cuarto: Los Estados contratantes deberían criminalizar al menos la “falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio” y la “piratería lesiva del derecho de autor”.

### *I. c. Comentarios internacionales al art. 61*

De acuerdo con los materiales internacionales de relevancia,<sup>9</sup> no hubo desacuerdos serios entre los participantes en las negociaciones en cuanto a si las medidas penales deberían dirigirse, al menos, contra cierto tipo de infracciones de los DPI. Las medidas penales son habitualmente consideradas como un ingrediente esencial en la lucha contra infracciones organizadas. El tema principal en la negociación fue hasta qué punto estas infracciones deberían estar prohibidas por la ley penal. Qué era exactamente lo que estaría cubierto por las medidas penales en el Acuerdo ADPIC fue negociado en distintas direcciones entre julio y diciembre de 1990.

<sup>7</sup> Los textos que en este párrafo se encuentran entre corchetes fueron alternativas para los negociadores.

<sup>8</sup> Los textos que en este párrafo se encuentran entre corchetes angulares luego fueron eliminados.

<sup>9</sup> Gervais, cit., nota 1, pp. 233 y ss.

Hubo dos grupos en la negociación. Uno estaba a favor de la utilización de medidas penales para cualquier tipo de infracción. El otro trató de limitarlas a las infracciones dolosas y comerciales que directamente afectaran el “orden público”.

De los argumentos en contra de la implementación de medidas penales frente a toda infracción, los más importantes son los dos siguientes:

Primero: La naturaleza básica de la propiedad intelectual es la de un derecho privado. En el párrafo 4 del Preámbulo del Acuerdo ADPIC se establece claramente que “los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”. Esto fue agregado hacia el fin de las negociaciones para reafirmar que los Estados no están, como regla general, obligados a iniciar acción de oficio contra violaciones de los derechos de propiedad intelectual, sino que tales asuntos deberían ser resueltos entre las partes privadas involucradas.<sup>10</sup> Obviamente esta regla comprometería significativamente las medidas penales.

Segundo: Los países en desarrollo tienen pocos recursos para invertir en la implementación penal. Dada la preocupación de los países en desarrollo por la carga que implica la efectiva observación de los DPI como un deber internacional, el art. 41, párr. 5 de ADPIC establece que “queda entendido que la presente Parte no impone ninguna obligación de instaurar un sistema judicial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general, ni afecta a la capacidad de los Miembros para hacer observar su legislación en general. Ninguna disposición de la presente Parte crea obligación alguna con respecto a la distribución de los recursos entre los medios destinados a lograr la observancia de los derechos de propiedad intelectual y los destinados a la observancia de la legislación en general”. Éste fue particularmente el caso de algunos de los participantes del sudeste asiático, cuyos sistemas legales no prevén mandamientos judiciales preventivos. Más allá de las preocupaciones indicadas, podría decirse que la negociación de esta Parte del Acuerdo no fue particularmente difícil, a pesar de que varios puntos bosquejados quedaron indefinidos por bastante tiempo.<sup>11</sup>

Realmente había numerosas dificultades prácticas para los países en desarrollo en punto a la implementación inmediata de medidas criminales contra ofensas que afectasen los DPI. Para muchos de ellos, especialmente para los países menos desarrollados, una protección integral de los derechos de propiedad intelectual (incluida la protección mediante la efectiva aplicación penal frente a tribunales nacionales y cuerpos administrativos) requería de cambios no sólo en el ámbito legislativo sino también en prácticas bien arraigadas, e implicaba gastos adicionales. En realidad, los Estados contratantes reconocieron esta situación. En el Preámbulo del Acuerdo ADPIC, los párrafos 5 y 6 establecen que “reconociendo los objetivos fundamentales de política general pública de los sistemas nacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de los objetivos en materia de desarrollo y tecnología”; “reconociendo asimismo las necesidades especiales de los países menos adelantados Miembros por lo que se refiere a la aplicación, a nivel nacional, de las leyes y reglamentos con la máxima flexibilidad requerida para que esos países estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y viable”.<sup>12</sup>

Sin embargo, todos los participantes en la negociación alcanzaron compromisos y acuerdos al menos respecto de los dos puntos más importantes relativos a la implementación.

En primer término, todos los Estados contratantes de este Acuerdo concuerdan en que tanto una protección insuficiente como una protección excesiva de la propiedad intelectual podría tener como consecuencia distorsión y desorden. Por lo tanto el párrafo 1 del Preámbulo del Acuerdo ADPIC establece que el fin del Acuerdo es “reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo”, mientras que el párrafo 7 enfatiza “la importancia de reducir las tensiones mediante el logro de compromisos más firmes de resolver por medio de procedimientos multilaterales y las diferencias sobre

<sup>10</sup> Gervais, cit., nota 1, p. 37.

<sup>11</sup> Gervais, cit., nota 1, p. 197.

<sup>12</sup> , cit., nota 5, p. 374.

cuestiones de propiedad intelectual relacionadas con el comercio”. Esto concreta uno de los aspectos centrales de las negociaciones: ¡bajo las directivas GATT ya no es legítimo adoptar medidas unilaterales en el ámbito de la propiedad intelectual!

En segundo término, los Estados contratantes aseguran en el art. 41, párr. 1, “que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso”; y en el párr. 2, que “los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual serán justos y equitativos. No serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios”. Aquí lo que el Acuerdo ADPIC enfatiza es la efectividad de la acción, incluidos los remedios expeditivos para prevenir infracciones y remedios que disuadan de futuras infracciones, así como la compensación y la confiscación.

Durante las negociaciones, la principal preocupación se centró en la piratería de *copyright* y en las actividades de falsificación. En la práctica, la única defensa frente a piratas y falsificadores es tratar de evitar la acción legal y retrasar cualquier intervención en este sentido hasta que aquéllos puedan montar su negocio en algún sitio. Una vez que un “pirata” ha sido localizado (lo que suele ser bastante difícil) debe entrarse en acción inmediatamente a fin de confiscar los bienes en infracción y los accesorios, de manera que pueda evitarse el desplazamiento de los mismos así como la apertura de una nueva fábrica en algún otro sitio.<sup>13</sup> En estos procedimientos debe contarse con la posibilidad de que se produzcan daños, aunque en la práctica se presentan sólo ocasionalmente. Éste es en parte el motivo por el cual las medidas crimina-

les fueron vistas como esenciales por quienes participaron de las negociaciones: en los casos criminales la insolvencia es raramente una buena defensa. Por supuesto que los requerimientos de efectividad y celeridad en la aplicación de la protección de los DPI no deben devenir en barrera para el comercio legal, lo cual también es exigido por el GATT.<sup>14</sup> De esta manera se alcanzó conformidad sobre la criminalización de la piratería de *copyright* y las actividades de falsificación. Sin embargo, el alcance final de la protección legal todavía está siendo debatido.

Sobre este trasfondo, la negociación del Art. 61 del Acuerdo ADPIC tuvo los siguientes logros:

*Primero:* Los Estados contratantes asumieron la obligación de aplicar medidas penales en casos de falsificación voluntaria de marcas de comercio y de piratería de *copyright* a escala comercial. Aquí el término voluntaria (*willful*) parece corresponderse con el *mens rea element* (intención criminal) de la comisión delictiva en los sistemas del *common law*. Su significado fundamental debería ser definido como “voluntario” (*voluntary*) o “intencional” (*intentional*).<sup>15</sup> La frase “a escala comercial” (*on a commercial scale*) se corresponde con lo que ha sido referido como “infractores profesionales”.<sup>16</sup>

*Segundo:* Los Estados contratantes asumen que los remedios jurídico-penales regulados en sus propios sistemas deben incluir multa y/o pena de prisión en un grado suficiente como para prevenir y disuadir tanto a la persona acusada como a otros infractores profesionales. Esto también está estipulado en el art. 41, bajo el título “Obligación General” en la Parte de Ejercicio de Derechos de Propiedad Intelectual. Éste es en realidad el requisito mínimo del Acuerdo ADPIC para una sanción criminal, el cual no prohíbe a los Estados Partes de la OMC que establezcan otras medidas criminales apropiadas en sus respectivas legislaciones criminales, por ejemplo, otras penalidades y la publicación de la identidad de quienes infringen los DPI. En este punto tal vez debería debatirse la efectividad de las sanciones criminales como medios de disuasión. Sin embargo, los Estados contratantes acordaron que el nivel de tales sanciones debe reflejar la seriedad del crimen a la vista de otros delitos san-

<sup>13</sup> Véase Gervais, cit., nota 1.

<sup>14</sup> Véase art. 24, párr. 4 del GATT.

<sup>15</sup> Véase Gervais, cit., nota 1, p. 234, nota al pie 27.

<sup>16</sup> Véase Gervais, cit., nota 1, p. 234, nota al pie 28.

cionados bajo la ley nacional de los Estados miembros de la OMC en cuestión, y acordaron también respetar el art. 41, parág. 1; la gravedad de tales delitos debe equipararse con la de los delitos graves contra la propiedad.

*Tercero:* Los Estados contratantes acordaron que las autoridades judiciales también deberían tener la autoridad, en los “casos apropiados”, de ordenar la confiscación y destrucción tanto de los bienes como de los materiales y accesorios cuyo uso predominante (un uso que prevalece por sobre los demás) fue la comisión del delito. Esto incluiría equipos de producción y reproducción pero podría extenderse también, por ejemplo, a vehículos de transporte, dependiendo de las circunstancias.<sup>17</sup> El significado de los “casos apropiados” está previsto en los arts. 46 y 59. El art. 46 dispone que: “Para establecer un medio eficaz de disuasión de las infracciones, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar que las mercancías que se haya determinado que son mercancías infractoras sean, sin indemnización alguna, apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho, o que sean destruidas, siempre que ello no sea incompatible con disposiciones constitucionales vigentes. Las autoridades judiciales estarán además facultadas para ordenar que los materiales e instrumentos que se hayan utilizado predominantemente para la producción de los bienes infractores sean, sin indemnización alguna, apartados de los circuitos comerciales de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de nuevas infracciones. Se tendrán en cuenta, al dar curso a las correspondientes solicitudes, tanto la necesidad de que haya proporción entre la gravedad de la infracción y las medidas ordenadas como los intereses de terceros. En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente no bastará, salvo en casos excepcionales, para que se permita la colocación de los bienes en los circuitos comerciales”. El art. 59 dispone que: “Sin perjuicio de las demás acciones que correspondan al titular del derecho y a reserva del derecho del demandado a apelar ante una autoridad judicial, las autoridades competentes estarán facultadas para ordenar la destrucción o eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en el artículo 46. En cuanto a las mercan-

cías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, las autoridades no permitirán, salvo en circunstancias excepcionales, que las mercancías infractoras se re-exporten en el mismo estado ni las someterán a un procedimiento aduanero distinto”. Sin embargo, estas disposiciones no necesariamente deberían ser restringidas a su aplicación sólo en casos penales.

*Cuarto:* El art. 61 especifica mediante una disposición facultativa “podrán”, que las medidas penales podrán ser utilizadas en otros casos de violación de los derechos de propiedad intelectual, es decir que están previstas en particular —pero no exclusivamente— para los casos de comisión dolosa a escala comercial.

#### *I.d. Requisitos del Art. 61 sobre la Responsabilidad Criminal por violación de los DPI*

En general, la disposición del art. 61 del Acuerdo ADPIC sobre la responsabilidad criminal por violación de los derechos de propiedad intelectual debe ser entendida en su doble estructura. Una parte está conformada por los requisitos obligatorios para los Estados contratantes del Acuerdo, es decir, el no cumplir en su propia legislación penal y en la práctica judicial con los requisitos allí establecidos conllevaría las consecuencias de la violación del Acuerdo ADPIC. El otro ámbito está constituido por los requisitos no obligatorios, sobre los cuales los Estados contratantes pueden decidir sobre su cumplimiento de acuerdo a sus propios criterios y estándares, es decir, el no cumplir con estos requisitos no va a constituir una violación del ADPIC. Sin embargo, debe ser entendido de acuerdo con los fines del Acuerdo que se espera que los Estados contratantes cumplan incluso con estos requisitos no obligatorios, es decir, que incrementen el nivel de protección de la propiedad intelectual tanto como sea posible, sin que tal protección signifique una barrera para el comercio legal.

Estos requisitos del Acuerdo ADPIC sobre la responsabilidad criminal pueden resumirse del siguiente modo:

*Primero:* Lo que los Estados contratantes deben prohibir en cuanto a los aspectos objetivos del tipo penal en su propia legislación interna es la piratería intelectual. Claro que para otras infracciones contra la propiedad intelectual también puede utilizarse la ley penal.

<sup>17</sup> Véase Gervais, cit., nota 1, p. 234, nota al pie 28.

*Segundo:* Lo que los Estados contratantes deben prohibir en cuanto a los aspectos subjetivos de la piratería intelectual es el dolo, es decir, la conducta intencional. Este requisito subjetivo estaría dado incluso sin propósito criminal. Por su parte, la responsabilidad criminal por infracciones culposas a los derechos de propiedad intelectual no está prevista por el ADPIC, debido a la disposición que establece que “los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”. Para otras infracciones contra los derechos de propiedad intelectual distintas a la piratería, no estaría prohibido por el Acuerdo ADPIC que los requisitos respecto del elemento subjetivo sean mayores, por ejemplo, al requisito adicional del propósito criminal.

*Tercero:* Lo que los Estados contratantes deben prohibir sí o sí en términos de la piratería de derechos intelectuales deben ser las conductas que alcancen el nivel de “a escala comercial”. Esto no impide, sin embargo, que también se utilice la ley penal para prohibir la piratería de derechos intelectuales en menor escala u otro tipo de infracciones de los DPI.

*Cuarto:* Las sanciones penales previstas para la piratería de derechos intelectuales pueden ser multa o pena de prisión, o ambas, pero deben ser suficientes como medio de disuasión y acordes con el nivel de sanciones aplicadas a delitos de similar gravedad.

*Quinto:* Los Estados contratantes deben contar entre las medidas criminales adoptadas la confiscación, el decomiso y la destrucción de los bienes en infracción y de todo otro material o accesorio cuyo uso predominante haya sido la comisión del delito, pero no estarán necesariamente limitadas a tales medidas.

## II. Estudio comparativo de la ley penal de la propiedad intelectual en distintas jurisdicciones

Al estudiar las leyes penales relativas a los DPI debe tenerse presente que el propósito de todo país o región al regular delitos contra la propiedad intelectual en su Derecho Penal nacional o en su sistema jurídico-penal no es primeramente el obedecer el Acuerdo ADPIC. Ni siquiera es necesariamente el promover el comercio internacional. La legislación criminal en cada país o región debe basarse primeramente en su propia situación nacional y proveer la mayor protección legal para sus condiciones de vida

básicas. Cómo se protege la propiedad intelectual y el *copyright* como condiciones básicas de vida social y cuál es el significado de la ley penal en dicha tarea puede variar mucho entre los distintos países o regiones. Sin embargo, luego de que un Estado se haya incorporado a la OMC, su ley penal en protección de los derechos intelectuales originalmente “doméstica” en su naturaleza deberá aceptar la responsabilidad de obedecer las obligaciones internacionales, especialmente teniendo en cuenta que el Acuerdo ADPIC dispone de requisitos detallados al efecto.

Por esta razón, los comentarios y críticas a la legislación penal nacional relativa a los DPI debe realizarse teniendo en cuenta una doble finalidad: En primer término estudiar si la ley penal relativa al *copyright* es acorde con los requisitos del Acuerdo ADPIC en términos de la protección de los derechos de propiedad intelectual. De no ser así, el Estado en cuestión podría hacerse pasible de sanciones bajo el Derecho Internacional. Y en segundo lugar, investigar la actitud básica de ese país hacia la protección de los derechos de propiedad intelectual. En general, cuanto más abarcador y estricto sea un país en el uso de medidas penales para proteger los DPI, mayor será la importancia dada a estos derechos en dicho país y mayor atención pondrá ese Estado en su protección. Es una cuestión absolutamente interna si un Estado decide optar por una “economía intelectual” como estrategia para el desarrollo de su modelo de vida básico, especialmente para el desarrollo del modelo de crecimiento económico, así como es una cuestión interna el cómo proteger la propiedad intelectual mediante la ley. Un Estado incluso podría tratar las controversias en derredor de la propiedad intelectual como una cuestión puramente privada, como lo requiere lógicamente la idea de que “los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”, siempre y cuando cumpla con los requisitos del Acuerdo ADPIC. Sin embargo, por supuesto que es muy significativo para todo Estado y en este caso para China, que está “peleando por ganar nuevas victorias en la construcción de una well-off society”<sup>18</sup>, aprender cómo nuestros países vecinos, sin importar qué tan lejos o cerca se encuentren, protegen la propiedad intelectual, es decir, saber cómo ellos se están enriqueciendo en la era de la globalización.

Para un informe detallado sobre la situación en los sistemas legales preponderantes en el mundo, pue-

<sup>18</sup> 2007 6 25

/ 2007 6 26

de consultarse un trabajo colectivo coordinado por el autor.<sup>19</sup> Él mismo considera, sin embargo, que un breve informe sumarial de la ley de protección de los derechos de propiedad intelectual en estos países o regiones también servirá para tener una mejor comprensión de la tendencia legal en el Derecho Penal del *copyright* en el mundo.

### II.a. Los Estados Unidos de Norteamérica

Es posible que en el mundo actual los Estados Unidos no sean el país que provee la protección más estricta de los DPI, sin embargo, es uno de los Estados que más enfatiza la necesidad de protección de los DPI. Su ley penal del *copyright* tiene el siguiente carácter:

*Primero:* Los Estados Unidos comenzaron a sancionar leyes federales de protección de los DPI en 1897 y es uno de los países que usó desde los primeros tiempos la ley criminal para la protección de los *copyright*. Como resultado de los esfuerzos realizados por más de un siglo, la cobertura que brinda el Derecho Penal a los DPI es bastante amplia, si bien no es la más amplia del mundo.

*Segundo:* La expansión de la ley penal del *copyright* se fue dando gradualmente. En 1897, por ejemplo, esta ley sólo podía ser aplicada en casos de interpretaciones no autorizadas de obras teatrales y música, pero no para la reproducción de libros o mapas, que tienen el linaje más antiguo en nuestra ley penal. En 1976, el *Copyright Act* distendió los prerrequisitos del elemento subjetivo (*mens rea*) al requerir que la infracción fuera realizada voluntariamente y con el propósito de obtener “ventaja comercial” (*commercial advantage*) o “beneficio financiero privado” (*private financial gain*), en vez de simplemente “para obtener algún beneficio” (*for profit*). Luego de 1992 el nivel de protección fue mejorado para el *software* de computadoras y los trabajos audiovisuales. Sólo luego de 1997 fue quitado el requisito del beneficio financiero y en el nuevo milenio se incluyó la protección de las técnicas digitales.

*Tercero:* Las condiciones para la aplicación de la ley penal de *copyright* norteamericana o el umbral

de los crímenes de *copyright* son básicamente dos de acuerdo a la ley actual: El primero es el requisito subjetivo; si está dado el propósito de la ventaja comercial o del beneficio privado financiero, estará constituido el delito incluso si tal intención no llega a concretarse. El segundo es el requisito de monto y cantidad; si el autor no tiene la intención del beneficio financiero, será de todos modos culpable si uno o más de los trabajos bajo marca registrada son reproducidos o distribuidos sumando un valor (de acuerdo al monto de la venta al por menor) total de US\$ 1 000 o más en un periodo de 180 días.

*Cuarto:* La ley penal de *copyright* de Estados Unidos ha mostrado claramente una tendencia a incrementar sanciones: algunas infracciones pasaron de ser faltas (*misdeemeanor*) a ser delitos (*felony*) y el máximo tanto de multas como de penas de prisión posibles para lesiones de *copyright* están aumentando. A esto se suma que han sido montadas agencias especiales de implementación de la ley tales como la Sección de crímenes por computadora y propiedad intelectual (Computer Crime and Intellectual Property Section) en el Departamento de Justicia, las que trabajan efectivamente.

En general, el nivel de protección de la ley penal norteamericana para la protección de la propiedad intelectual es mucho más elevada que los requisitos del Acuerdo ADPIC.

### II.b. La Unión Europea y sus Estados Miembros

De los países pertenecientes a la Unión Europea (UE) hemos considerado en este estudio a Alemania, Francia, Gran Bretaña y Austria. Los instrumentos legales de la UE tienen efecto vinculante para los Estados Miembros.<sup>20</sup> No obstante, la legislación local de estos Estados hasta ahora no han devenido idénticos como si fueran copiados del mismo instrumento legal. Pero es cierto que la región bajo la jurisdicción de la UE, especialmente Europa occidental, es el primer área en el mundo donde la propiedad intelectual es sujeto de la protección legal regional y de la protección mediante ley penal. De hecho, ésta es la región donde los Tratados internacionales fueron usados para proteger la propiedad intelectual.

<sup>19</sup> Shizhou, Wang (ed.), *Report on Copyright Criminal Law in the World*, Publishing House of the University of People's Public Security, 2008.

<sup>20</sup> Véase (Wang Shizhou ed.): ,2000, , p. 183.

(*Legislación e implementación de la legislación de la UE*),

La ley penal de *copyright* de la UE y sus Estados Miembros puede caracterizarse brevemente del siguiente modo:

*Primero:* La UE pone el acento fuertemente en la protección de los DPI. Hasta ahora, la UE ha generado alrededor de 10 documentos legales para sus Estados Miembros en términos de la protección de los DPI y en la forma de “directivas” con efecto vinculante, relativas a *software* de computadoras, derechos de préstamos y renta, *copyright* y derechos relacionados, bases de datos, condiciones de acceso a un servicio, sociedades de información, el derecho a reventa para el beneficio del autor de una obra de arte original, y distintos procedimientos y medidas de relevancia. La UE carece de autoridad para requerir a sus Estados Miembros que sancionen con legislación penal, sin embargo, solicita en sus directivas que “Los Estados Miembros deberán proveer de sanciones y remedios apropiados respecto de las infracciones de los derechos y obligación estipulados en esta directiva y deberían tomar todas las medidas necesarias para asegurar que aquellas sanciones y remedios sean aplicados. Las sanciones así previstas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasivas”.<sup>21</sup> Esto proporciona una base legal en el sentido de una constitución europea para medidas legales, incluyendo la ley penal, adoptadas por los Estados Miembros contra las infracciones al *copyright*.

*Segundo:* La protección de la propiedad intelectual mediante la ley penal comenzó casi en paralelo con la protección legal en Europa occidental. En términos de *copyright*, la piratería es la forma delictiva más antigua. Luego de un desarrollo de dos o tres siglos, la cobertura de la protección de los DPI mediante la ley penal incluye las formas de literatura, arte, música, obras audiovisuales, radio y teledifusión, fotos, noticias y encabezados, bases de datos, así como los derechos relacionados. Con respecto a las conductas, la cobertura se extiende de la forma tradicional de reproducción y distribución hasta las infracciones en

el ámbito de medidas tecnológicas (Alemania), bases de datos (Francia) y la recepción fraudulenta de programas (Gran Bretaña). Vale la pena mencionar que la expansión de la ley penal de *copyright* también es una tendencia obvia en otros Estados Miembros de la Unión Europea.

*Tercero:* En los actuales Estados de la UE existen los siguientes puntos en común sobre los requisitos mínimos de los delitos contra los DPI: 1) El delito de *copyright* se limita principalmente al delito doloso y no incluye delitos culposos.<sup>22</sup> En cuanto al propósito criminal, los primeros requisitos de “propósito de distribución”, “propósito de obtención de beneficio” y otros (Alemania) en general han sido cancelados;<sup>23</sup> 2) los delitos de *copyright* menos graves son bastante común de ser tomados sólo en caso de denuncia (*upon complaint*) como una condición para la persecución penal. En Alemania y en otros países en los que la persecución es de oficio, los fiscales y los jueces tienen discrecionalidad en cuanto a determinar el procedimiento penal bajo ciertas circunstancias; 3) Una de estas circunstancias explícita o implícitamente exigida suele ser que el delito sea cometido “a escala comercial”. En los sistemas en los cuales la ley regula la “escala comercial” como una condición (tal como es el caso de Alemania), esta escala se refiere a “la comisión repetida de un acto con la intención de hacer de ella una fuente continua de ingresos por un determinado periodo de tiempo y por un determinado monto”.<sup>24</sup> En aquellos en que el término no es regulado explícitamente, como es el caso de Gran Bretaña, el uso de los términos “para venta o alquiler” (*for sale or hire*), o “en el curso de los negocios” tiene prácticamente el mismo sentido básico. 4) Para las figuras básicas no hay requisitos mínimos de monto o cantidad en el Derecho Penal europeo de *copyright*.

Obviamente, la UE y sus Estados Miembros proveen un nivel de protección de la propiedad intelectual mucho más alto que los requisitos del Acuerdo

<sup>21</sup> Véase el art. 8 de la European Copyright Directive (EUCD), Directiva 2001/29/EC.

<sup>22</sup> En los primeros tiempos Alemania solía estipular responsabilidad criminal por infracciones culposas de *copyright*, véase *German Report*.

<sup>23</sup> Esto no pretende excluir la posibilidad de que la intención específica sea entendida como una circunstancia agravante que implique una pena más severa, por ejemplo, como sucede en Alemania. Además, existen requisitos como “para la venta o alquiler”, “en el curso de un negocio en vistas a...”, “a sabiendas o teniendo razón para creer que sería utilizado para realizar copias prohibidas para la venta o alquiler o para uso en el curso de un negocio” en la ley de *copyright* británica, sin embargo, no parece haber informes que den cuenta de críticas a Gran Bretaña respecto del Acuerdo ADPIC.

<sup>24</sup> BGHSt. 1, 138; BGH GA 55, 212; RGSt. 58, 19/20, véase *German Report*.

ADPIC. Lo que está sucediendo en esta región podría indicar una suerte de tendencia internacional en la protección de los derechos de propiedad intelectual.

### II.c. Australia

Luego de seguir las leyes inglesas por mucho tiempo, Australia comenzó a aplicar su propia *Copyright Act* en 1968. Si bien es sólo una corta historia, la ley de *copyright* australiana se ha desarrollado en forma bastante significativa. Hoy se puede reseñar la ley australiana con los siguientes puntos:

*Primero:* La tipificación de delitos de *copyright* está aumentando. Sólo por el número de artículos en su ley, la ley australiana de *copyright* podría ser la más prolifera del mundo, incluyendo no sólo ofensas directamente dirigidas contra los DPI, sino también contra la administración y gestión de *copyright*.

*Segundo:* El nivel de la protección de los DPI está aumentando. Con respecto al aspecto subjetivo de la ofensa de *copyright*, por ejemplo, el desarrollo de la ley de *copyright* australiana contiene un amplio espectro: del conocer con un cierto propósito, el “razonablemente debería haber sabido”, pasando al requisito de culpa (*negligent*) y “responsabilidad estricta” (*strict liability*) en 2007.

*Tercero:* “A escala comercial” ya no es una condición para que se constituya el delito, sino más bien una condición para la imposición de una pena mucho más severa.

*Cuarto:* Hay muchas causas de exclusión de la responsabilidad (*defenses*) que se fueron desarrollando en la ley penal de *copyright* de Australia, tanto en la *Copyright Act* como en el Código Penal. La responsabilidad criminal puede ser excluida si existe una o más de estas *defenses*.

Queda claro que la ley penal de *copyright* de Australia ha devenido en una de las leyes de protección de *copyright* más radicales del mundo.

### II.d. Rusia

Rusia ha heredado la posición de la Unión Soviética bajo la ley internacional. De esta manera tiene una historia bastante larga en relación con la protección de los DPI desde la ley en general, y en particular mediante la ley penal. Tanto en la ex Unión Soviética como en el presente Rusia se ha mostrado respetuosa de las convenciones internacionales sobre DPI y ha

adoptado una actitud activa en su participación en las mismas. En breve, la ley penal de Rusia relativa a los DPI puede caracterizarse del siguiente modo:

*Primero:* El modelo básico de protección en Rusia es un modelo mixto con remedios civiles, administrativos y penales. Respecto de la protección por medio de la ley penal hay un requisito cuantitativo de “daño flagrante” (*gross damage*) y “monto relativamente alto” (*relatively large amount*) para que se pueda constituir un delito de *copyright*. Sin embargo, hay sólo una interpretación académica pero no una explicación oficial para tal cálculo. Por lo tanto, cada ciudadano tendrá que estudiar condiciones y alcances de la efectividad de la protección por la ley penal en Rusia. Respecto de la protección administrativa sólo hay sanciones monetarias, ya que no hay detención administrativa. Por supuesto que el sistema de persecución y aplicación de la ley de *copyright* rusa alienta también la implementación de remedios civiles para concretar la protección de los DPI.

*Segundo:* Los artículos en la ley penal rusa de derechos de autor son bastante simples y concisos. Así y todo, se brinda protección especial a los DPI que implican un gran valor económico, tales como *software* para computadoras, bases de datos y productos audiovisuales.

*Tercero:* La ley penal rusa de *copyright* dispone como mayor sanción criminal una multa por el monto de 200, 400 e incluso 800 cuotas mínimas de la remuneración laboral, o del sueldo u otro ingreso de la persona condenada por un periodo de 2, 4 o incluso 8 meses, o la privación de la libertad hasta 6 años. Por supuesto que tales sanciones tienen la disuasión como principal objetivo. Sin embargo, aún se deben seguir estudiando los efectos de este poder disuasorio, mientras que por otro lado el umbral mínimo de los delitos contra el *copyright* no parece estar definido en forma muy clara.

*Cuarto:* Hay muchas formas colectivas de administración del *copyright* en la sociedad rusa, las cuales deberían jugar un rol importante en la prevención de delitos de *copyright*.

Debe entenderse que “daño flagrante” o “monto relativamente alto” es la versión rusa de “a escala comercial” respecto de los crímenes de *copyright*. Sin embargo, no sólo por la falta de certeza respecto de estos estándares, sino porque los umbrales son muy altos, deberíamos prestar más atención a la consistencia de la ley penal rusa de *copyright* con los requisitos

básicos del Acuerdo ADPIC. Para esto, al hacer cualquier evaluación, debería observarse en la práctica el sistema ruso de protección de los DPI: ¿Se logra el efecto de protección de los DPI deseado por el Acuerdo ADPIC, aunque la letra de la ley no se adecua exactamente a él?

### II.e. La República de Corea

Corea sancionó su Ley de *Copyright* en la década de 1950, y participó activamente en organizaciones internacionales de protección de los DPI en la década de 1970. Desde los '90, e incluso desde el 2000, Corea ha revisado su ley de *copyright* frecuentemente, aspirando a alcanzar estándares internacionales. En la actualidad, la ley penal coreana de *copyright* puede reseñarse del siguiente modo:

*Primero:* A fin de ampliar el ámbito de protección de los DPI, las leyes de *copyright* coreanas aceptan activamente nuevos conceptos de la propiedad intelectual, tales como base de datos, radio y teledifusión, transmisión digital, tasación de *copyright* y seguridad de programas. La ley penal de derechos de autor coreana ha alcanzado un cierto sabor moderno —cuando menos en sus ideas.

*Segundo:* Además de criminalizar violaciones tradicionales de *copyright*, la ley penal coreana criminaliza ciertas violaciones de administración de *copyright*. Hay algunos delitos que pueden investigarse de oficio, como los crímenes de *copyright* contra la administración. Sin embargo, sigue manteniendo el sistema de investigación bajo denuncia en lo que respecta a delitos que violan los derechos relativos a programas de computación.

*Tercero:* La ley penal coreana de *copyright* sanciona únicamente delitos dolosos. La infracción culposa del *copyright* está sujeta a sanción administrativa. La intención (*purpose*) criminal sólo es un requisito excepcional. Éste es un diseño muy conducente para la protección de los derechos de propiedad intelectual.

*Cuarto:* En la ley penal coreana no está especificado el significado de “a escala comercial”. De acuerdo con el sistema actual, las infracciones de menor escala deberían ser tratadas en procesos civiles, mientras que los casos que involucran infracciones a gran escala deben tratarse de acuerdo al proceso criminal. Sin embargo, cómo dividir estos dos niveles y cómo combinar el uno con el otro sigue siendo poco claro y requiere de mayor estudio y observación.

La ley penal coreana de *copyright* provee un buen ejemplo de cómo hacer en un breve periodo de tiempo un progreso significativo en la protección de los derechos de propiedad intelectual.

### II.f. Las regiones de Hong Kong y Taiwan

Hong Kong y Taiwan son partes inalienables del territorio sagrado de China. Hong Kong ha sido retornada a la madre patria hace ya más de 10 años y goza de un sistema legal independiente de acuerdo con la *Ley básica de Hong Kong como Región administrativa especial de la República Popular de China*. Taiwan sigue sin estar reunificada con la China continental y cuenta por lo tanto en la actualidad con un sistema legal propio.

Hong Kong es formalmente miembro del GATT y miembro fundador de la OMC. Luego del retorno en 1997, Hong Kong comenzó a hacer más local su ley y a establecer su propio e independiente sistema de propiedad intelectual. Hoy en día Hong Kong aplica la ley de protección de los DPI más estricta de todo el mundo, que es sin duda excesivamente rigurosa. De acuerdo con la Ordenanza de Propiedad Intelectual (*Miscellaneous Amendments*) de 2000, el consumidor final de una copia infractora puede ser declarado responsable penalmente con sólo haber actuado en el curso de intercambio o de negocios conociendo la situación. Sin embargo, esta regulación fue suspendida por preocupación de la sociedad. La ley penal de *copyright* de Hong Kong es muy clara y la multa por copias infractoras se debe calcular por pieza. En 2005, el Sr. Chan Nai Ming, un ciudadano de Hong Kong, fue perseguido por distribuir tres películas en internet usando el *software* BitTorrent. Fue el primer caso mundial de acusación y condena penal por la violación de los derechos de propiedad intelectual por el uso de BT. El delito de violación de *copyright* en Hong Kong sólo requiere de dolo mientras que ciertos tipos de delitos podrían quedar realizados por responsabilidad objetiva. Con respecto al aspecto objetivo, no hay un requisito cuantitativo, es decir, para que se trate de un delito no es necesario que se alcance la escala comercial. Sin embargo, se consideró en el Proyecto de Ordenanza de *Copyright* (revisión) de 2006 estipular un “puerto seguro”, es decir, para trabajos de *copyright* en diarios y revistas (con excepción de las revistas académicas), no se aplica el delito de copia y distribución entre consumidores finales si el número

total de copias infractoras hechas de todos los trabajos en cuestión destinadas a la distribución o distribuidas no excedan las 1000 copias por periodo de 14 días; y para trabajos de propiedad intelectual en libros (incluyendo revistas académicas), el delito no se aplica si el total del valor minorista de las copias infractoras hechas para distribución o distribuidas no excede de \$ 8000 por periodo de 180 días.<sup>25</sup> Si esta revisión deviniese en ley, aportaría entonces una interpretación y regulación de la “escala comercial”.

Taiwan no es miembro del GATT. En los últimos 10 años este país ha hecho numerosas revisiones de su ley de *copyright*, con la esperanza de participar en organizaciones internacionales y reducir las dificultades en el comercio internacional. Actualmente la cobertura dada por la ley penal de propiedad intelectual es bastante amplia, incluyendo no sólo derechos de propiedad, sino también derechos personales sobre propiedad intelectual. Con respecto al aspecto subjetivo de las figuras penales, para la ley penal taiwanesa de *copyright* dolo y culpa no son suficientes. En los delitos de *copyright* que no son directamente delitos de piratería de derechos intelectuales, puede exigirse el propósito de obtener una ganancia, ya sea “para ganancia” o “ganancia directa”. A su vez el dolo específico (como en los casos de venta o alquiler) puede ser requisito para una condena más severa. En cuanto a la “escala comercial” no hay requisitos claros que la definan. En general las investigaciones se inician sólo en caso de denuncia, aunque hay dos excepciones: reincidentes habituales e infracción de DPI personales cuando el poseedor del derecho está muerto o muriendo. Pareciera que la ley penal taiwanesa de *copyright* tiene un alto nivel de protección. Sin embargo, todavía debe investigarse si las relaciones entre la protección civil y la protección criminal son razonables y si la protección mediante la ley penal no es demasiado complicada; también debe evaluarse su efectividad.

### *II.g. India, Brasil, Argentina y Egipto*

India, Brasil, Argentina y Egipto son países en desarrollo importantes que han hecho grandes avances económicos en los últimos 10 años. Sus ordenamientos pueden reseñarse como sigue:

*Primero:* Estos Estados han puesto atención en la protección de los derechos de propiedad intelectual y, especialmente luego del Acuerdo ADPIC, han revisado una o más veces sus leyes de *copyright* o leyes relacionadas con los derechos de autor, poniendo de manifiesto su propósito de hacer esta protección más consistente con los estándares internacionales.

*Segundo:* En estos Estados se provee de protección mediante la ley penal a distintos tipos de obras con propiedad intelectual. Al *software* de computadoras, trabajos audiovisuales y otras obras con *copyright* con un valor económico significativo se les da una protección especial mediante disposiciones y legislación penales especiales. Algunos Estados (como India) incluso dan protección mediante la ley penal a objetos especiales relacionados con derechos de autor, tales como radio y teledifusión satelital y tecnología digital.

*Tercero:* Estos Estados requieren dolo como condición para perseguir delitos de *copyright*. Normalmente no hay un requisito de intención criminal para la piratería de *copyright* directa. La intención criminal o bien es requerida para constituir un delito de *copyright* (como India), o definida en forma amplia como un propósito de “ganancia directa o indirecta” (como Brasil). Sólo Argentina todavía usa el término “fin de lucro” y “con miras a su distribución” al criminalizar las infracciones relacionadas con los fonogramas.

*Cuarto:* Parece no haber requisito de “escala comercial” en las leyes penales de estos Estados. En cuanto a la real implementación, las diferencias son sólo de grado. Se observa que el índice de condenas por delitos de *copyright* en Brasil es bastante bajo, que en Argentina las sanciones monetarias son el método principal contra las infracciones de derechos de autor, y que las agencias de implementación en Egipto son excesivamente complejas. India se muestra muy estricta en los artículos de su ley penal de *copyright*, pero aún debe investigarse el alcance real de su implementación.

A juzgar por la información con que contamos, en estos Estados hay espacio suficiente de mediación en sus relaciones entre desarrollo económico y protección de los derechos de propiedad intelectual.

<sup>25</sup> Copyright (Amendment) Bill 2006, Legislative Council Brief, File Ref.: CIB CR 07/09/16 (véase *Hong Kong Report*).

### *II.h. Canadá*

Como Estado miembro de la OMC, Canadá participó en el Acuerdo ADPIC y es también Estado miembro de OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). A nivel internacional, Canadá ha sido muy activa en la preparación de distintos tipos de tratados internacionales. Sin embargo, recientemente ha sido objeto de críticas por parte de los Estados Unidos. Algunos grupos de protección de los DPI tales como la Alianza Internacional por la Propiedad Intelectual (International Intellectual Property Alliance-IIPA) y MPAA (Motion Picture Association of America) recomendaron al Representante Comercial de los EE.UU.: que Canadá sea incluida en la *Special 301 Priority Watch List*, el listado en que se indican los países que a criterio de los EE.UU. no protegen debidamente los derechos de propiedad intelectual.

Actualmente, la Ley canadiense de Propiedad Intelectual provee numerosas regulaciones muy detalladas para la protección de los DPI. Sin embargo, siguen siendo aún muy breves y concisas en comparación con las leyes en la materia en países desarrollados. Vale la pena mencionar que el foco de la aplicación en la Política de Implementación de *Copyright* llevada adelante por el Departamento de Justicia de Canadá está puesto en la piratería de DPI, es decir, en las infracciones comerciales de importadores, productores y distribuidores. Esto implica, por tanto, que esta focalización conlleve una menor atención en la implementación legal en otros ámbitos, en particular en los mercados de pulgas, los conciertos de rock, la venta callejera o las “ferias americanas” particulares, aunque éstos podrían resultar canales útiles para obtener acceso a ofensas más serias en la piratería de DPI.<sup>26</sup>

Es interesante discutir en este punto si la división de “a escala comercial” entre la clasificación de infractores no debería hacerse aunque sea contraria a los requisitos del Acuerdo ADPIC. Incluso Canadá, como país desarrollado, tiene que adoptar este criterio de selección a fin de “promover un empleo más estratégico y efectivo de los recursos escasos con que se cuenta para la implementación”.<sup>27</sup> Este enfoque podría

ser orientador para los países en desarrollo al momento de escoger la correcta política de implementación para la protección de la propiedad intelectual.

### **III. Conclusión y perspectivas para la ley penal de protección de los derechos de propiedad intelectual en el mundo**

Si y cómo un Estado hace uso de la ley penal para proteger los derechos de propiedad intelectual dependerá principalmente de su estrategia nacional relativa al desarrollo social, económico y cultural. Sin embargo, hoy en día también se deben tener en cuenta y respetar los requisitos establecidos en convenciones internacionales. Por este motivo, las conclusiones y perspectivas pueden presentarse en primer lugar mediante el estudio de la estrategia nacional para el desarrollo de los DPI, analizando luego la interpretación de cada Estado respecto del Acuerdo ADPIC, y planteando por último propuestas que colaboren con el futuro desarrollo en la materia.

#### *III.a. Comentarios sobre la estrategia nacional para el desarrollo de los DPI*

En el mundo actual los Estados escogen sus políticas nacionales relativas a la protección de los DPI de entre dos modelos básicos: uno es adoptar la estrategia de protección estricta de todos o parte de los DPI sobre la base de que la propiedad intelectual es entendida como un pilar importante en el desarrollo económico de un país; el otro es adoptar una estrategia de protección limitada de los DPI (sólo en el mínimo requerido por los tratados internacionales) cuando los Estados no están en condiciones —al menos temporalmente— de considerar la propiedad intelectual como pilar nacional para el desarrollo económico.

De acuerdo al primer modelo la estrategia consiste en desarrollar una “economía intelectual”, adoptada generalmente por países desarrollados. En la época actual, en que los recursos materiales mundiales han sido divididos, poseídos y explorados en forma casi

<sup>26</sup> Véase *Copyright Enforcement Policy*, <http://www.justice.gc.ca/en/dept/pub/fps/cep/index.html>. Además, Canadá exige dos elementos claves que deben ser probados: uno es el conocimiento de que las obras han sido producidas para la venta; que se trate de obras vendidas, distribuidas, exhibidas o importadas en infracción. Este requisito es imperativo. El otro es la subsistencia y propiedad del derecho intelectual. Generalmente es responsabilidad del denunciante probar que las obras en infracción están protegidas legalmente por la ley de propiedad intelectual.

<sup>27</sup> *Copyright Enforcement Policy*, cit., nota 26, Preámbulo.

exhaustiva, la lucha por y la monopolización de recursos intelectuales han crecido paulatinamente, y alcanzado el alto rango de estrategia nacional de desarrollo. En muchos países desarrollados se han realizado estadísticas durante años, de tal forma que se puede apreciar claramente la importancia adquirida por las industrias basadas en la propiedad intelectual, elevada al rango de parte sustancial de la economía nacional.

Si se toma a Australia como ejemplo, algunas de sus estadísticas sostienen que las industrias basadas en propiedad intelectual incluyen por lo menos las siguientes:<sup>28</sup>

- a. Literatura y prensa, incluyendo la publicación de libros, periódicos y revistas, bibliotecas;
- b. Música, incluyendo grabaciones, presentaciones en vivo y publicación de música;
- c. Programas de computación;
- d. Obras de arte, incluyendo pintura, escultura, arquitectura y artesanía;
- e. Obras de teatro —incluyendo presentaciones en vivo—, orquestas y otros entretenimientos;
- f. Películas y productos audiovisuales;
- g. Servicios de publicidad;
- h. Radio y televisión;
- i. Diseños, en especial textil, y de indumentaria y calzado.

Algunas estadísticas incluso dividen la industria relevante entre “nuclear”, “parcial” y “contribución”. Se considera que la contribución de actividades basadas en propiedad intelectual al PBI<sup>29</sup> fue de 6.1% entre 1981/82 y 1985/86, del 4.5% entre 1985/86 y 1991/92, y del 3.3% entre 1999/2000.<sup>30</sup> Hay quienes han sostenido que debería ser de 5.5% en el periodo 1996/2000.<sup>31</sup> La contribución al empleo fue del 3% en 1985/1986, del 2.78% en 1991, del 2.7% en 1995/1996, y del 3.8% en el 2000.<sup>32</sup> Las industrias de *copyright* y de DPI en general, ciertamente, pueden tener alto impacto en la sociedad, la economía y la cultura de un país.

El segundo tipo de estrategia es proveer una protección limitada a la propiedad intelectual. Para muchos países en desarrollo es una decisión sin opción. En las sociedades actuales los líderes de todos los países han reconocido el fuerte poder de la propiedad intelectual. Sin embargo, muchos Estados carecen de los recursos suficientes para montar y desarrollar una economía basada en tales recursos, o para tomar medidas fuertes de protección de la propiedad intelectual. La difícil situación en términos de implementación es un factor importante que afecta las negociaciones que se presentan sobre el Acuerdo ADPIC. Es más, hoy por hoy es una razón importante para explicar por qué países desarrollados, tales como Canadá, no protegen su propiedad intelectual en forma plena.

Los países que siguen la primera estrategia de desarrollo de la propiedad intelectual invierten muchísimos recursos en esta tarea. El aporte de la propiedad intelectual a la sociedad, la economía y la cultura es por lo tanto de suma importancia. En estos casos se advierte un firme propósito de proteger la propiedad intelectual. Dado que la propiedad intelectual ha ocupado una posición importante en los modelos de vida básicos y en los patrones de crecimiento económico de los países más desarrollados, es “casi imposible”<sup>33</sup> bajar el nivel de protección de los DPI también a nivel mundial. Más bien se puede advertir de la tendencia general de la protección de los DPI en estos países, que la perspectiva de protección de los DPI se hace internacionalmente más y más estricta.

Bajo la segunda estrategia de desarrollo de una economía intelectual, los países en desarrollo y algunos países desarrollados sólo llegan a tomar medidas duras en las formas más serias de delitos contra la propiedad intelectual, debido a la escasez de recursos para la implementación de tal protección. En tanto bajo esta estrategia de protección limitada la protección sea sin embargo suficiente y acorde con los requisitos de los tratados internacionales, especialmente del Acuerdo ADPIC, se supone que otros países no

<sup>28</sup> Cfr. Staniforth Ricketson y Christopher Creswell, *The Law of Intellectual Property: Copyright, Designs & Confidential Information*, Lawbook Co. (2a. ed.), 2002 (Actualizado al 24 de nov. de 2006), pp. 3-2052 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. H. Guldberg y E. Candi, *Copyright: An Economic Perspective*, Australian Copyright Council, Sydney, 1987 (1987 & 1993 Study).

<sup>30</sup> Ésta es la opinión del Allen Consulting Group; véase Allen Consulting Group, *The Economic Contribution of Australia's Copyright Industries*, Australian Copyright Council and the Centre for Copyright Studies, Sydney, 2001.

<sup>31</sup> El índice de crecimiento económico en el mismo periodo es 4.85 %.

<sup>32</sup> Guldberg y Candi, cit., nota 29.

<sup>33</sup> (Zheng Chengsi), “ (Algunas cuestiones sobre la Propiedad Intelectual de Información y la estrategia china de DPI), ”, núm. 3, 2006.

tendrán derecho a presentar ningún tipo de quejas. Sin embargo, China debería ver claramente las ventajas y desventajas que puede acarrear este modelo, en caso de ser escogido.

El argumento de que la piratería de propiedad intelectual pone al alcance de los consumidores la obra de otros en forma sencilla y expedita a bajo costo, no puede seguir sosteniéndose si se reconoce la naturaleza de *propiedad* de la propiedad intelectual. De hecho, este argumento ya ha perdido validez para explicar la piratería de propiedad intelectual. En las negociaciones internacionales, los países en desarrollo nunca usan este argumento para sustentar sus puntos de vista. Estar de acuerdo con este argumento sería lo mismo que estar de acuerdo con la legitimidad del robo, es decir, pondría en cuestión la idea misma de que sea necesario combatir la piratería de derechos de propiedad intelectual. El pirata no sería un infractor, ¡sino un hombre virtuoso! Aceptar este argumento implicaría confundir lo bueno con lo malo, y dejaría al villano libre de cargos y en condiciones de ganar dinero con la piratería.

El daño más serio que un país sufrirá por tolerar la piratería de propiedad intelectual en su política estatal es que va a eliminarse a sí mismo de una competencia moderna e innovadora. El objeto de la propiedad intelectual es de difícil desarrollo y de fácil reproducción. Si un Estado tolera la piratería de propiedad intelectual, los propietarios de propiedad intelectual extranjeros, que en este momento son relativamente fuertes, no estarán en condiciones de obtener un beneficio legal en ese país; al mismo tiempo, los propietarios de propiedad intelectual nacionales, que en este momento son relativamente jóvenes, quedarán hundidos. A largo plazo, los propietarios de derechos de propiedad intelectual extranjeros seguirán desarrollándose bajo la fuerte protección de sus derechos en sus propios países y en el resto del mundo, mientras que los propietarios de propiedad intelectual nacionales seguirán estando asfixiados. Las medidas extras que los propietarios de propiedad intelectual nacionales tengan que adoptar para proteger sus derechos y poder sobrevivir, van a incrementar sus costos de producción y por lo tanto a afectar su capacidad de competir en el mercado. Gracias al desarrollo de técnicas de protección de la propiedad intelectual, especialmente en

las áreas de productos de computación y audiovisuales, los importantes productos de información de este país —que fueron desarrollados en base a la piratería de *copyright*— se van a encontrar a menudo en una situación insegura debido al corto alcance de la protección de la producción de calidad. Sin un ambiente confiable para la información y la técnica, ¿cómo se puede llevar adelante cualquier tipo de innovación?

Desafortunadamente, lo que se puede ver hoy en día es el hecho de que la piratería de *copyright* puede acercar en forma sencilla y rápida obras protegidas a los consumidores, a bajo precio, mientras que el peligro de que un Estado sea eliminado de la competencia en innovación es algo que recién podrá advertirse en el futuro. En los países en desarrollo, donde la industrialización todavía no ha tenido lugar realmente, la *ideología de granjero* está en boga. Piénsese la siguiente situación: en una zona campesina bien simple, ¿quién se enojaría porque otro haya tomado una manzana que es extremadamente fácil de obtener? Si adujera que va a entrar en bancarrota por tal hecho, los otros campesinos pensarían que está exagerando ¡y tendrían toda la razón! En el caso donde el propietario de la manzana no es local, la situación se pondría más difícil. En una sociedad en desarrollo, la víctima de un caso de violación de DPI a menudo se verá condenada y despreciada. Esto suele causar dificultades políticas y sociales para la implementación de los DPI en países en desarrollo, así como para la obtención de recursos y el apoyo social.

Sin embargo, si China no avanza y, por el contrario, disminuye el nivel actual de protección de los DPI, el futuro podría verse como lo ha planteado un excelente académico chino: China va a perder la competencia técnica básica con países extranjeros en los ámbitos de la ciencia y la tecnología, y tendrá cada vez menos obras de excelencia creadas por su propia cultura. En verdad, un país no va a ponerse al día con países desarrollados en términos de poder económico si sólo se fía de la acumulación de bienes tangibles. China tiene que promover la acumulación de bienes intangibles para así, esperemos, hacer posible la concreción del “rejuvenecimiento nacional”.<sup>34</sup>

Parece lógico que la estrategia china de desarrollar la propiedad intelectual y la protección de los derechos de propiedad intelectual debería ser adecuada para el

<sup>34</sup> , cit., nota 33.

beneficio nacional a largo plazo, implementando políticas en el momento necesario y evaluando la situación. ¡De este modo se procuraría que la majestuosa promesa de que el sistema chino de protección de los DPI “logre un alcance y estándares internacionales”<sup>35</sup> pueda cumplirse!

### III.b. Opciones internacionales para la ley penal de propiedad intelectual

De todos modos, toda ley penal de propiedad intelectual de un Estado parte debería estar en concordancia, por lo menos, con los requisitos del Acuerdo ADPIC en el contexto de los tratados internacionales. De acuerdo con la situación mundial, podemos explorar las opciones disponibles para una ley penal de propiedad intelectual en cuanto al objeto de protección de la ley, la conducta prohibida, el aspecto subjetivo, el requisito de la “escala comercial” y la sanción penal.

#### III.b.1. Objeto y conducta de los delitos de *Copyright*

Como condición obligatoria, el Acuerdo ADPIC requiere que los Estados parte sancionen como delito a la piratería de *copyright*. No obstante, la prohibición por ley penal de otras infracciones a los derechos de propiedad intelectual no está en contra del Acuerdo.

No hay una discusión importante sobre el significado básico de la piratería de *copyright* bajo el contexto de *copyright*, es decir, la reproducción no autorizada e ilegal o la distribución de materiales protegidos por la ley de *copyright*.<sup>36</sup> A fin de proteger efectivamente la propiedad intelectual y los intereses de los respectivos Estados, se ha llevado adelante en los distintos ordenamientos penales nacionales de protección de los DPI una expansión en distintos grados, partiendo de la prohibición central de la piratería de *copyright*.

En cuanto al *objeto de protección* de las leyes penales de protección de DPI, habitualmente se observa una protección completa. En general, se establece una protección especial para el *software* de computación y los productos audiovisuales, generalmente mediante disposiciones penales específicas o incluso mediante sanciones específicas establecidas en regulaciones

especiales. Sin embargo, en muchos Estados aún no están explícitamente regulados en las leyes penales de protección de DPI objetos que fueron desarrollados más recientemente, tales como las bases de datos, las obras en la web, las medidas técnicas y administrativas para la protección de *copyright*, e incluso varias formas de derechos relacionados.

Con respecto a la *conducta delictiva*, cada Estado ha intentado enumerar todos los tipos posibles de acción que podrían constituir piratería de *copyright*, en tanto que algunos Estados (como por ejemplo Alemania) incluso disponen explícitamente sanciones penales para la preparación o tentativa de la piratería. La expansión de la conducta podría ser vista en términos de método (por ejemplo, Canadá prohíbe la piratería de señales satelitales), de instrumentos (por ejemplo el Reino Unido y Australia prohíben la posesión de equipamiento para la producción de copias en infracción), etcétera.

Cualquier prohibición de piratería de *copyright* indirecta ciertamente va a aumentar el nivel de protección de los DPI, pero también los costos de su implementación. Sin embargo, esta protección extendida no es obligatoria según el Acuerdo ADPIC. Los Estados Partes pueden decidir discrecionalmente de acuerdo con su propia estrategia de protección.

#### III.b.2. Aspectos subjetivos de los delitos de *copyright*

En cuanto al aspecto subjetivo de los delitos de *copyright* lo que el Acuerdo ADPIC exige es la voluntad, es decir, dolo. Es suficiente con tener un dolo indirecto sin propósito criminal. Los siguientes son distintos modelos relativos al aspecto subjetivo, según distintos ordenamientos nacionales de protección penal de los derechos de propiedad intelectual:

*Primero:* La mayoría de los Estados prevén el *dolo* sin que se requiera de propósito especial para el delito de piratería de *copyright*.

*Segundo:* Algunos Estados (como Argentina) requieren del *dolo específico* para el delito de piratería de *copyright*.

*Tercero:* Algunos Estados requieren de propósito específico para otros delitos diferentes de la piratería de *copyright*.

<sup>35</sup> Véase “Legal Document of China’s Participation in WTO”, en la Ley del Comité Permanente del Congreso Nacional Popular de la República Popular China, Número especial, 2002, p. 773.

<sup>36</sup> Véase Bryan A. Garner (ed.), *Black’s Law Dictionary*, Thomson/West (8a. ed.), 2004, p. 1186.

*Cuarto:* Algunos Estados (por ejemplo, Alemania) prevén el delito *culposo* de piratería de *copyright*.

*Quinto:* Algunos Estados y regiones (tales como Australia y Hong Kong) disponen de *responsabilidad objetiva* en delitos de *copyright*.

*Sexto:* Gran Bretaña no prevé el término “con fines de lucro” (*for profit*) en su legislación, pero requiere que la conducta prohibida cumpla condiciones tales como “para la venta o alquiler” (*for sale or hire*), “en el transcurso de los negocios” (*in the course of business*), “en el curso de los negocios con vistas a...” (*in the course of a business with a view to...*), o “sabiendo o teniendo motivos para creer que es utilizado para realizar copias prohibidas para venta o alquiler o para uso en el curso de negocios” (*knowing or having reason to believe that it is to be used to make infringing copies for sale or hire or for use in the course of business*).

El modelo *Segundo* parece inconsistente con los requisitos del Acuerdo ADPIC. El modelo *Cuarto* pareciera conducir muy fácilmente a una protección excesiva del *copyright*. El modelo *Sexto*, en cambio, resulta muy atractivo. El requisito de “en el curso de los negocios” obviamente necesita de un fin de lucro, sin embargo no está enumerado en el texto de la ley, de modo que no se presenta el problema de analizar si la ley está contradiciendo el Acuerdo ADPIC o no. En tanto el sistema legal lo permita, hace posible una dedicación reflexiva a las infracciones relevantes.

### III.b.3. El requisito “a escala comercial”

¿Toda infracción de *copyright* debería ser sancionada mediante la ley penal, o únicamente ciertos tipos de conductas? El resultado de las negociaciones y discusiones sobre este tema fue que el Acuerdo ADPIC dispone como límite mínimo de protección el que haya responsabilidad criminal cuando se trate de “escala comercial”.

Por este motivo, el qué se entiende por “escala comercial” deviene un tema central cuando se estudian la ley penal de *copyright* nacionales. De acuerdo con el estado de cosas a nivel mundial, los principales modelos en cuanto a la “escala comercial” (que se suman a otras circunstancias para constituir las infracciones de *copyright*) son los siguientes:

*Primero:* La ley penal de *copyright* no dispone una regulación relativa a la “escala comercial”. En la teoría y en la ley, una pieza en infracción es suficiente

para constituir el delito de *copyright*, por ejemplo, en Francia. En este modelo, la “escala comercial” normalmente es una condición para una sanción más dura, especialmente en Australia.

*Segundo:* La ley penal de *copyright* requiere de la denuncia para el inicio de la investigación, ya sea siempre (como en Alemania) o parcialmente (por ejemplo Taiwan dispone una excepción para reincidentes habituales e infracciones de derechos personales de *copyright* cuando el propietario del derecho está muerto o muriendo).

*Tercero:* La ley penal de *copyright* dispone de montos o condiciones especiales. Por ejemplo, Estados Unidos dispone que si el infractor no actúa para obtener una ventaja comercial o un provecho financiero privado, debería ser considerado culpable sólo si reproduce o distribuye, durante un periodo de 180 días, una o más copias de obras protegidas con un valor (minorista) total mayor a los us\$ 1000. El Reino Unido requiere que las infracciones que constituyen piratería de *copyright* sean “en el curso de los negocios”. Hong Kong evalúa la incorporación de una disposición en el sentido de que para trabajos de *copyright* en diarios, revistas y publicaciones periódicas (excluyendo revistas académicas), no se apliquen las sanciones penales aplicables a la copia y/o distribución comercial a consumidor final, si el número agregado de copias infractoras destinadas a la distribución o distribuidas no excede de las 1000 copias en un periodo de 14 días; y en cuanto a los derechos intelectuales de libros (incluyendo revistas académicas), considera establecer que la ofensa no quede constituida si el valor total minorista de las copias infractoras destinadas a la distribución en un periodo de 180 días no excede de \$ 8 000.

*Cuarto:* La ley penal de protección de los derechos intelectuales que se refiere a la “escala comercial” únicamente se implementa respecto de la “infracción comercial por parte de importadores, productores y distribuidores”, lo que conlleva menor atención a la implementación de la ley respecto del mercado minorista, “si bien podría ser un medio útil de acceder a las infracciones más serias de piratería de *copyright*”, tal como es en Canadá.

*Quinto:* La ley penal de protección de los derechos intelectuales generalmente requiere “daño flagrante” y un “monto relativamente alto”, o dispone que los casos que impliquen una infracción a gran escala deben ser tratados en procesos criminales. De todos mo-

dos, estos conceptos no están claramente definidos, como sucede en Rusia y en Corea.

*Sexto:* Las leyes penales de *copyright* explícitamente establecen que la escala comercial se refiere a “la comisión reiterada de un acto con la intención de hacer de ella una fuente continua de ingresos por un periodo de tiempo y en una cierta medida”. Tal es el caso de Alemania.

De acuerdo con la práctica internacional, puede decirse que son los modelos con las regulaciones más precisas respecto de la escala comercial los que resultan más efectivos en su tarea disuasiva. Los modelos con una regulación menos precisa, tal como el modelo *Quinto*, quedan claramente más expuestos a la crítica internacional.

#### III.b.4. Regulación de la sanción

Hay tres aspectos centrales entre los requisitos del Acuerdo ADPIC respecto de la sanción de tipos delictivos para la protección de los DPI: el primero es la disuasión suficiente; el segundo es que las sanciones sean multa o prisión, o ambas; y el tercero es la concordancia con las penas aplicadas a delitos de una gravedad similar.

En cuanto a la sanción de la piratería de *copyright*, “los delitos de una gravedad similar” se refieren generalmente al robo. Es común internacionalmente que la sanción por robo sea de alrededor de cinco años de prisión, y puede alcanzar un máximo de 10 años en los EE.UU. Estos parámetros son en general acordes con el requisito del Acuerdo ADPIC. Respecto a la práctica de la protección de los derechos intelectuales en el mundo, la cuestión central reside en que haya una sanción siempre que haya una infracción. Esto no significa que se requiera una sanción extremadamente dura. Está comprobado que el mero aumento del máximo de las escalas penales no es suficiente a los fines de la disuasión. Más bien la disminución del límite para la persecución de delitos de *copyright* es una forma básica de lograr mayor efectividad en la disuasión.

Es cierto que en la actualidad en la mayoría de los casos los delitos de *copyright* prevén penas de multa. Pero, obviamente, la sola imposición de penas de

multa, y no de penas privativas de la libertad, no parece ser suficientemente efectivo. La forma más económica y efectiva de disuadir este tipo de delitos es más bien la imposición de multas con la posibilidad de la imposición conjunta de una pena de prisión.

#### IV. La situación de la ley penal china de *copyright* en relación con la situación internacional

La situación de la ley penal china de *copyright* en el mundo puede entenderse si se analizan su estado actual y su tendencia a futuro.

##### *IV.a. Situación actual de la ley penal china de copyright*

China es el país en desarrollo más grande del mundo y a la vez un país de grandes logros en términos de desarrollo social y económico en los últimos 20 años. Hoy en día China “considera su estrategia de protección de la propiedad intelectual a la misma altura que su estrategia nacional de innovación, y pone gran atención en ambas”. Sin embargo, si se la compara con otros países, la nueva China comenzó con la protección de los DPI relativamente tarde. Así, “es bastante reciente el énfasis que se pone en la propiedad intelectual”.<sup>37</sup>

Es importante tener presente, sin prejuicios, que la ley penal china de *copyright* ya se ha establecido, y está haciendo progresos significativos. En el primer *Código Penal* de la nueva China en 1979, el *copyright* todavía no era objeto de protección de la ley penal. Con posterioridad fue promulgada la *Ley de Copyright*, en 1990, y el Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo comenzó a utilizar la ley penal como medio de protección de los DPI al promulgar la *Decisión sobre la sanción de los delitos de violación del copyright*, en 1994. En el *Código Penal revisado* de 1997 el delito de infracción al *copyright* y el delito de venta de reproducciones infractoras devino una parte importante de la Sección 7 sobre “Crímenes en infracción de Derechos de Propiedad Intelectual” en el Capítulo III “Crímenes de socavamiento del Orden Económico del Mercado Socialista”. En concordancia con estas leyes y regulaciones se publicaron

<sup>37</sup> Véase 2006, 9 5, (Discurso de Wen Jiabao en la entrevista dada conjuntamente a cinco medios europeos el 5 de septiembre de 2006), “ ” ” (“La protección de los DPI en China tiene que llegar a ser tan dura como el acero”).

diversas “explicaciones” judiciales,<sup>38</sup> estableciendo detalladamente las condiciones de persecución de las infracciones al *copyright*.

La ley penal de *copyright* actual presenta las siguientes características:

*Primero:* Los objetos protegidos por la ley penal de *copyright* son obras de distinta naturaleza, a las cuales se les reconocen derechos intelectuales. Las obras específicamente enunciadas en el Código Penal son las obras escritas, musicales, cinematográficas, televisivas, de video, *software* informático, libros con derechos exclusivos de publicación, fonogramas y videogramas, y obras de arte. Además, el Código Penal explícitamente prohíbe la venta con fin de lucro de las reproducciones infractoras especificadas en la ley.

*Segundo:* Las penas especificadas en la ley penal de *copyright* no superan el máximo de tres años de prisión o de detención penal para los casos ordinarios, y se prevé en forma concurrente o independiente la multa. Para los casos más serios la pena puede alcanzar los 7 años de prisión, concurrente con multa.

*Tercero:* “Los delitos lucro”.

*Cuarto:* de *copyright* sólo pueden ser cometidos en forma intencional y “con fin de el carácter básico de los delitos de *copyright* en términos de conducta es reproducir, distribuir, e incluso transmitir “sin el permiso del propietario del *copyright*”.

*Quinto:* La infracción del *copyright* no debería constituir un crimen salvo que el monto de las ganancias ilegales sea relativamente alto o estén dadas otras circunstancias de gravedad.

*Sexto:* De acuerdo con las explicaciones judiciales pertinentes, el “monto relativamente alto” y las “circunstancias de gravedad” se definen de acuerdo a las siguientes pautas: En primer lugar, la *cantidad de infracciones*. La Corte Suprema del Pueblo exige que el infractor sea condenado, si “infringe el *copyright* nuevamente luego de habersele considerado responsable en el ámbito administrativo o civil más de dos veces por infracción del *copyright*”.<sup>39</sup> Con posterioridad la Corte Suprema del Pueblo sumó el requisito de que la nueva infracción al *copyright* debería ser “dentro de los dos años siguientes a que la declaración de responsabilidad administrativa o civil fue declarada por más de dos veces”.<sup>40</sup> En segundo lugar, las *ganancias ilegales* (por ej., el monto de los beneficios). El requisito de la Corte Suprema del Pueblo sobre este monto era de 20.000 RMB<sup>41NT</sup> para individuos y de 100.000 RMB para unidades<sup>42NT</sup> en 1995,<sup>43</sup> el cual se incrementó a 50.000 RMB para individuos y 200.000 RMB para unidades en 1998,<sup>44</sup> disminuyéndose a 30.000 RMB en 2004.<sup>45</sup> En el año 2007 la Corte Suprema del Pueblo y la Fiscalía Suprema del Pueblo sumaron a esto, conjuntamente, que toda persona debería ser sancionada si reproduce y distribuye obras escritas, obras musicales, obras cinematográficas, obras de televisión, obras de video, *software* informático, y otras obras, y la suma agregada de las copias infractoras excede las 500 piezas.<sup>46</sup> En tercer lugar, el *comercio ilegal*. El requisito de la Corte Suprema del Pueblo sobre este monto era de 10.000 RMB para individuos y de 500.000 RMB para unidades en 1995,<sup>47</sup> el cual

<sup>38</sup> Sobre las “explicaciones judiciales” en general véase Shizhou, Wang, “The Judicial Explanation in Chinese Criminal Law”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. XLIII, Fall 1995, Nr. 4.

<sup>39</sup> 1995

(Art. 2, párr. 1, Explicación de algunas cuestiones en la aplicación de la “Decisión del Comité Permanente del Congreso Nacional Popular sobre la sanción de los delitos de infracción de *copyright*”, tratado por la Corte Suprema del Pueblo, 1995).

<sup>40</sup> 1998

(Art. 2, párr. 1, Explicación de algunas cuestiones sobre la “Audiencia de casos penales relativos a Publicación Ilegal” de la Corte Suprema del Pueblo, 1998).

<sup>41</sup> NT La relación entre el renminbi chino (RMB) y el euro es aproximadamente de € 1 = RMB 9.3.

<sup>42</sup> NT El concepto legal chino de *unidad* (traducido aquí del inglés *unit*) se refiere a una unidad funcional (dentro de una empresa, de un organismo, etc.), la cual se diferencia de la persona jurídica a la que pertenece, y que puede ser considerada penalmente responsable con independencia de aquélla. Un ejemplo es el de un comité ejecutivo, al cual puede imputársele penalmente, por ej., una acción financiera defraudatoria, sin que ello implique la responsabilidad penal de la persona jurídica.

<sup>43</sup> Véase cit., nota 39, art. 5.

<sup>44</sup> Véase cit., nota 40, art. 2.

<sup>45</sup> 2004

(Art. 5, Explicación de algunas cuestiones relativas a la aplicación concreta de la ley en casos penales de infracción de la Ley de Propiedad Intelectual, tratado por la Corte Suprema del Pueblo y la Fiscalía Suprema del Pueblo, 2004).

<sup>46</sup> 2007

(Art. 1, Sobre la Segunda Explicación de algunos temas relativos a la aplicación concreta de la ley en casos penales de infracción de la Ley de Propiedad Intelectual, tratado por la Corte Suprema del Pueblo y la Fiscalía Suprema del Pueblo, 2007).

<sup>47</sup> Véase cit., nota 39, art. 2.

se incrementó a 20.000 RMB y 1.000.000 RMB respectivamente en 1998<sup>48</sup>, y decreció a 50.000 RMB en 2004.<sup>49</sup> En cuarto lugar, el principio de *combinar persecución privada y pública*. Para casos penales de infracción del *copyright* perseguidos por las víctimas, si hay suficiente evidencia y la víctima directamente lleva el caso a un Tribunal Popular, éste puede aceptarlo. Sin embargo, casos penales de infracción a los DPI que perjudican seriamente el orden social y los intereses estatales deberían ser perseguidos, según la ley, por la Fiscalía del Pueblo.

De acuerdo con el art. 47 de la Ley de *Copyright*, el ofensor cuyas infracciones no hayan sido tratadas como “caso criminal” debe contar con la posibilidad de una declaración de responsabilidad civil. Si se perjudican derechos e intereses públicos, el Departamento Administrativo de *Copyright* puede imponer una sanción administrativa. Cuando las circunstancias sean graves,<sup>50</sup> el departamento mencionado puede, además, confiscar el material, así como las herramientas y los instrumentos principalmente utilizados para producir las copias infractoras.

Resumidamente podría hacerse la siguiente reseña de la ley penal china de *copyright*:

*Primero:* China ha establecido un sistema básico para la protección de *copyright*, ha promulgado normativa penal para paliar la piratería de *copyright*, ha disminuido paulatinamente el piso del estándar económico para que quede constituido el crimen de *copyright*, y ha cumplido real y seriamente el compromiso asumido al incorporarse a la OMC en cuanto a “realizar el ajuste necesario y disminuir el estándar monetario”.<sup>51</sup> China ha realizado un progreso significativo hacia la “plena implementación de las regulaciones de ADPIC”.<sup>52</sup>

*Segundo:* China sostiene la idea de que “la protección administrativa de obras en forma paralela con la protección judicial se complementan mutuamente”.<sup>53</sup>

Esta política ha obtenido grandes logros en cuanto a paliar la piratería de *copyright*, sin embargo, todavía hay que evaluar si el efecto de “disuasión efectiva de piratería futura”<sup>54</sup> también está teniendo lugar.

*Tercero:* La concordancia de la ley penal china con el requisito del art. 61 ADPIC puede analizarse del siguiente modo: 1. La ley penal china concede protección a obras de distinta naturaleza, que gozan de *copyrights*; 2. El requisito de “con fin de lucro” previsto en el art. 218 para el crimen de venta de copias infractoras no se contradice con el requisito de ADPIC. Sin embargo, sí se contradice con el Acuerdo el mismo requisito en el art. 217 para el Crimen de Infracción de *Copyright*; 3. La suprema judicatura china ha hecho numerosos ajustes sobre los estándares de monto y sobre las circunstancias que constituyen el crimen de *copyright*, y los disminuyeron en forma significativa —ampliando de esta manera la posibilidad de aplicación de tal figura—. Sin embargo, la explicación china de “escala comercial”, exigida en el art. 61 del Acuerdo ADPIC, independientemente del monto absoluto o de la disuasión de la piratería de *copyright*, es difícilmente compatible con la del Acuerdo ADPIC. La Corte Suprema del Pueblo en su explicación de 2007 comenzó a utilizar un nuevo método. Se refiere al número de copias infractoras en lugar de mencionar el monto dinerario, es decir, exige que el número agregado de copias infractoras exceda las 500 piezas. Éste es un progreso importante. Sin embargo, la mezcla de obras de bajo valor comercial tales como las obras escritas, con aquellas que tienen un alto valor económico, como las obras cinematográficas o el *software* informático, es claramente inapropiada si se aplica el mismo modo de cálculo por unidad. De esta manera, el nivel de protección de las obras escritas en el continente podría exceder el nivel que tiene Hong Kong, que requiere, por ejemplo, 1 000 copias dentro de un periodo de 14 días para diarios infractores, revistas y

<sup>48</sup> Véase cit., nota 40, art. 2.

<sup>49</sup> Véase cit., nota 43, art. 5.

<sup>50</sup> Aquí las circunstancias graves hacen referencia a: 1. Ganancias ilegales (por ej. en el monto del beneficio) superiores a 5.000 RMB para individuos y 30.000 RMB para unidades; 2. Comercio ilegal de 30.000 RMB para individuos y 100.000 RMB para unidades; 3. Las copias infractoras son 2.000 piezas para sujetos individuales y 5.000 piezas para unidades; 4. Casos de reiteración de una infracción de *copyright* si previamente había sido declarado responsable por alguna vía; 5. Se provoca otro efecto significativo o resultado grave. Véase el art. 31, *Implementation Methods on Administrative Sanction for Copyright Infringement*, publicado por la National Copyright Administration, 2003.

<sup>51</sup> Véase cit., nota 35, p. 785.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Véase cit., nota 37.

<sup>54</sup> Véase cit., nota 35, p. 785.

periódicos (excluidas las revistas académicas); 4. La ley penal china de *copyright* establece la escala penal con el máximo más elevado entre los países en desarrollo, incluso más elevado que países desarrollados como Alemania y Francia. Sin embargo, sigue siendo cuestionable su compatibilidad con los requisitos del Acuerdo ADPIC en cuanto a que sea “consecuente con los niveles de las sanciones aplicadas a crímenes de gravedad similar”.

### IV. b. Consideración sobre el desarrollo a futuro de la ley penal china de *copyright*

De frente a la tendencia intencional actual de la protección de *copyright* y considerando el contexto chino contemporáneo, el autor sugiere la siguiente dirección para el desarrollo de la ley penal china de *copyright*: una disminución gradual del límite monetario para las ofensas de *copyright*, la aplicación plena de las normativas del Acuerdo ADPIC y la expansión apropiada de su ámbito de protección.

Las dos primeras medidas, la disminución gradual del límite para las ofensas de *copyright* y la aplicación plena de las normativas del Acuerdo ADPIC son compromisos asumidos por China cuando se incorporó a la OMC, y se refieren a la protección de la propiedad intelectual mediante sanciones penales. En cuanto a paliar la piratería de *copyright*, las tareas pendientes para China en término de la disminución de los límites son dos: 1) Cancelar el requisito de que los crímenes en infracción de *copyright* deban ser cometidos “con fin de lucro”, 2) Disminuir gradualmente el estándar monetario para la persecución de la piratería.

En lo que concierne al aspecto subjetivo del crimen de infracción de *copyright*, lo que el Acuerdo ADPIC exige es únicamente voluntad o intención, es decir que no sólo dolo directo, sino que también el dolo indirecto debería ser suficiente. Por lo tanto, la regulación de la ley penal china debería ser revisada, dado que actualmente el crimen de infracción de *copyright* sólo queda constituido cuando existe “el fin de lucro”, es decir, sólo cuando se actúa con dolo directo. El autor considera que hay tres modelos que podrían utilizarse como referencia: 1. Basarse en la experiencia de la mayoría de los Estados, cancelar el requisito del propósito criminal y aceptar que el dolo indirecto es suficiente para el crimen de *copyright*; 2. basarse en la experiencia del Reino Unido y exigir

(como una condición general para la constitución del crimen de infracción de *copyright*) la condición objetiva “en el curso de los negocios” para remplazar la condición subjetiva “con fin de lucro”. Este modelo también podría conducir a que se sancione en China la piratería de *copyright* sin propósito criminal, lo cual estaría de acuerdo con los requisitos del Acuerdo ADPIC; o 3. basarse en la experiencia de EEUU y exigir por una parte el propósito de ventaja comercial o ganancia financiera privada y, por otra, que cuando no exista tal propósito criminal sea suficiente tener un cierto número de copias infractoras por encima de un cierto monto monetario para que quede constituido el crimen de *copyright*.

Si se dispusiese otro tipo de requisitos subjetivos el ordenamiento chino quedaría fácilmente expuesto a la crítica internacional debido a sus bajos estándares, o no sería apropiado para China debido a sus altos estándares. Así y todo, China debería considerar adoptar alguno de estos modelos de acuerdo a sus necesidades y a la posibilidad de desarrollo futuro.

Con respecto a la disminución del estándar monetario para la persecución de piratería de *copyright*, el estándar chino actual (que exige 30.000 RMB para ganancias ilegales, 50.000 RMB para comercio ilegal o 500 piezas de copias infractoras) se encuentra por una parte en los niveles más altos en términos de monto absoluto entre los Estados que hemos investigado. Por otra parte, no es acorde con el requisito de “consistentemente con el nivel de sanciones aplicadas por crímenes de gravedad similar”, es decir, difiere demasiado de la sanción por robo. Ahora bien, desde que no hay un modelo unificado a nivel mundial respecto de la “escala comercial”, y dado que ninguno de los modelos existentes en otros Estados se ajusta del todo a la situación en China, el autor sugiere crear un modelo chino de “escala comercial” tomando la experiencia de cada Estado de referencia. En detalle, este modelo debería contener los siguientes puntos centrales:

*Primero:* Debería estipularse que “las ofensas reiteradas, la piratería voluntaria y la falsificación” constituyen un crimen sobre la base de los compromisos asumidos por China al ingresar en la OMC. Asimismo, deberían establecerse causas excluyentes de la responsabilidad penal —acorde con la experiencia de países como Australia.

*Segundo:* Deberían establecerse en forma diferenciada estándares de montos para las respectivas obras

protegidas, utilizando términos dinerarios, temporales y de cantidad, y manteniendo concordancia con las sanciones previstas para delitos de gravedad similar, tomando como base las experiencias de EUA y Hong Kong.

*Tercero:* Debería establecerse el orden de prioridad de la protección de *copyright* con base en la experiencia de Canadá, enfocándose principalmente la protección de los DPI con alto valor comercial o económico que por su relevancia son fomentados por el Estado, o con valor significativo para la investigación científica, especialmente, por ejemplo, el *software* informático y las obras audiovisuales.

*Cuarto:* Podría establecerse el principio de acción privada para la persecución de ofensas de *copyright*, con base en la experiencia de Alemania. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en este país, los órganos de seguridad pública deberían tener la obligación de llevar adelante las investigaciones iniciadas por denuncia de las víctimas, incluso si el monto de daño alegado no ha alcanzado el estándar que constituye una ofensa de *copyright*.

Dentro de este modelo, el estándar monetario para que quede constituido el crimen debería contemplar las siguientes categorías: 1. Obras con valor económico claramente elevado, tales como *software* para computadoras y obras audiovisuales; 2. Obras con limitaciones temporales especiales, tales como impresiones, diarios, revistas y periódicos; 3. Obras con un reducido número de lectores u obras que requieren de conocimientos especiales para su reproducción, tales como un libro u obras de arte, como las pinturas; 4. Otras obras. Por supuesto que el estándar monetario que se establezca debe tomar en consideración que estamos en la era de internet.

La necesidad de distinguir estas obras en términos de monto monetario, periodo de tiempo y piezas o unidades es obvia. De acuerdo con el Acuerdo ADPIC, la protección mediante la ley penal no debería estar prevista únicamente para cuando ya se causaron grandes perjuicios a los propietarios de los DPI, sino que también debería poder disuadir “en forma efectiva la piratería de copias en el futuro”<sup>55</sup>. La exigencia de la

“escala comercial” como requisito para que queden constituidas las ofensas de *copyright* en China no debería provocar que “muy pocos casos alcancen este nivel porque el estándar monetario para iniciar el proceso penal es muy alto”.<sup>56</sup>

Sin embargo, si se reformase la ley, es práctico y realista decir que la ley penal china de *copyright* sólo puede asumir un nivel acorde con el estándar del Acuerdo ADPIC, ya que se ha comprometido a “aplicar plenamente la normativa de ADPIC”. Teniendo en cuenta las necesidades de las estrategias chinas en derredor de la propiedad intelectual y la innovación nacional, y comparando la situación de China con la ley penal de *copyright* de ciertos países en desarrollo, tales como India, hay que reconocer que todavía tenemos un largo camino por andar hasta elevar el estándar de protección de los DPI mediante la ley penal. Tratándose de un país en desarrollo muy grande, está claro que por mucho tiempo China seguirá estando escasa de recursos para la implementación y protección de los DPI. Sin embargo, al promover el desarrollo de la protección internacional de los DPI, es muy posible que el país se haga aportes favorables a sí mismo y a los demás países en desarrollo. Es necesario evaluar seriamente el ámbito de protección legal de los DPI en China, incluso en el mundo.

La expansión apropiada del ámbito de protección legal es una idea central en las investigaciones contemporáneas dedicadas a la propiedad intelectual en los países en desarrollo.<sup>57</sup> Teniendo esto en cuenta, la ley de *copyright* debería proteger no sólo el “flujo” de propiedad intelectual (como se hace mediante las obras, patentes y marcas registradas), sino también la “fuente” de tales logros. Dentro del ámbito de este artículo podrían mencionarse al menos la “literatura y arte populares” bajo la categoría de “conocimiento tradicional”.<sup>58</sup> Obviamente, “es extremadamente injusto para la gente del lugar donde tienen su origen... tomar esta literatura y estas artes populares con fines de lucro sin ninguna compensación a cambio”.<sup>59</sup> Hoy en día en algunos países desarrollados y en los tratados internacionales se le está prestando atención a la protección de esta parte

<sup>55</sup> Véase cit., nota 35, p. 785.

<sup>56</sup> *Idem.*

<sup>57</sup> Véase cit., nota 33.

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> *Idem.*

de la propiedad intelectual.<sup>60</sup> Si China pudiese utilizar su ley doméstica para proveer protección primaria, esto generaría una fuerza conductora para el desarrollo de una ley internacional de DPI. Así, esta dirección en la legislación sería altamente significativa, ya que mejoraría los niveles de contribución de la propiedad intelectual para el modelo de vida básico de la sociedad china y “cambiaría el modelo de crecimiento económico”.<sup>61</sup>

En China ha habido grandes cambios y el mundo también está en un proceso de cambio. En el ámbito de la ley penal, nosotros los chinos estamos cada vez más confrontados con cuestiones que sabemos

—por análisis racional— que se supone que debemos abordar, pero que algunos de nosotros todavía sienten como bastante lejanas y ajenas. ¿Deberíamos realmente “seguir nuestros sentimientos”? ¿O deberíamos actuar cuando lo pensamos siguiendo la máxima de que “la cognición debe preceder a la aplicación”?<sup>62</sup> Los especialistas chinos que están trabajando en las áreas legislativas, judiciales y teóricas deberían tomar su decisión acerca de estas formas de pensar, definiendo si prefieren sociedades placenteras o sociedades industrializadas. La ley penal de *copyright* podría ser el primer paso de la puesta en práctica de tal decisión.

---

<sup>60</sup> *Idem.*

<sup>61</sup> Véase Gervais, cit., nota 1.

<sup>62</sup> “Dem Anwenden muss das Erkennen vorausgehen”, del Prof. Dr. Max Planck, famoso físico alemán, en *Frankfurter Societäts-Druckerei GmbH & Auswärtigen Amt*, Berlín, Alemania, D Nr. 4/2006, p. 59.



## La co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana en el Derecho Penal Internacional?\*

Gerhard Werle  
Boris Burghardt

Universidad Humboldt, Berlín, Alemania  
Universidad Humboldt, Berlín, Alemania

Revista Penal México, núm. 2, julio-diciembre de 2011

**RESUMEN:** La noción de autoría mediata por control de un aparato de poder, desarrollada por Claus Roxin en los años sesenta del siglo pasado, ha desempeñado un importante papel en decisiones de algunos tribunales internacionales en las que se ha condenado a líderes y dirigentes políticos y militares que, controlando aparatos de poder estatal, han decidido la comisión de crímenes. En este artículo se analiza el impacto de la teoría de Roxin en algunas decisiones de la Corte Penal Internacional.

**PALABRAS CLAVE:** Autoría mediata, aparato de poder, Corte Penal Internacional.

**ABSTRACT:** The notion of indirect perpetration through organised structures of power, developed by Claus Roxin in the sixties of the past century, has come to play in a number of international jurisdictions a key role in portraying the criminal liability of senior political leaders and high military commanders, that make use of the organisations that they control to effect the commission of the crimes. This article analyzes the impact of the theory by Roxin in some decisions of the International Criminal Court.

**KEYWORDS:** Indirect perpetration, organised structures of power, International Criminal Court.

**SUMARIO:** I. Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. II. La autoría mediata en el Derecho penal internacional. III. “Indirect co-perpetration”. IV. La combinación de autoría mediata y co-autoría – ¿un progreso o una senda equivocada? V. Síntesis y conclusión.

\* Título original: “Die mittelbare Mittäterschaft–Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht?”, publicado en Bloy *et al.*, *Festschrift für Manfred Maiwald* (2010), pp. 849 y ss. Traducción de Jaime Couso, profesor titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales (Chile).

La teoría de la autoría y participación representa un componente nuclear de la dogmática jurídico-penal alemana. En la actualidad, en sus primeras decisiones sobre la materia, la Corte Penal Internacional ha recepcionado y hecho suya esta parte de la dogmática jurídico-penal alemana en una medida asombrosa.

Especial interés tiene en este caso la autoría mediata a través del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Ello no tiene nada de sorprendente, pues esa figura sirve específicamente para una adecuada aprehensión jurídico-penal de los crímenes sistemáticos cometidos a gran escala, es decir, justamente aquella forma de criminalidad que también constituye el objeto del Derecho Penal Internacional. No por casualidad la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue desarrollada por su padre intelectual, *Roxin*, al ocuparse del proceso de *Eichmann*,<sup>1</sup> y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), como se sabe, reconoció esa figura jurídica por primera vez en el marco de la persecución jurídico penal de los responsables del criminal régimen de fronteras de la República Democrática Alemana, es decir, también en el contexto de la macrocriminalidad conducida desde el Estado.<sup>2</sup>

La Corte Penal Internacional, con todo, no se ha quedado en una mera recepción de las ideas ya conocidas entre los penalistas alemanes. Antes bien, las decisiones dictadas hasta ahora recorren nuevos caminos y combinan, bajo la denominación de *indirect co-perpetration*, los principios de la autoría mediata y de la co-autoría. Este artículo investiga si acaso ello representa un encomiable desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana o una senda equivocada.

### I. Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

1. El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de la CPI) contiene por primera vez en la

historia del Derecho Penal Internacional una regulación comprehensiva sobre la Parte General o, como el propio Estatuto la denomina, sobre los “Principios Generales de Derecho Penal” (*General Principles of Criminal Law*). Las reglas sobre la intervención punible se encuentran especialmente en el Art. 25.3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI.<sup>3</sup> El precepto sistematiza las formas de intervención reconocidas por el Derecho internacional consuetudinario y las complementa cuidadosamente.

Así, se distinguen la comisión por sí solo (*commission as an individual*, Art. 25.3 a), primera alternativa, del Estatuto de la CPI; la comisión con otro (*commission jointly with another*, Art. 25.3 a), segunda alternativa, del Estatuto de la CPI; la comisión por conducto de otro (*commission through another*, Art. 25.3 a), tercera alternativa, del Estatuto de la CPI; la orden de cometer un delito (*ordering*, Art. 25.3 b), primera alternativa, del Estatuto de la CPI; la proposición de cometerlo (*soliciting*, Art. 25.3 b), segunda alternativa, del Estatuto de la CPI; la inducción a cometerlo (*inducing*, Art. 25.3 b), tercera alternativa, del Estatuto de la CPI; la colaboración (*assistance*, Art. 25 Abs. 3 c) (IStGH-Statut) y los otros modos de contribución en la comisión del crimen por un grupo (*contribution to a group crime*, Art. 25.3 d) del Estatuto de la CPI.

2. El Art. 25.3, letras a) a la d) del Estatuto de la CPI debe entenderse como un modelo de intervención diferenciado según grados de responsabilidad (*ein nach Verantwortungsgraden differenzierendes Beteiligungsmodell*).<sup>4</sup> A favor de ello pueden invocarse, en esencia, tres razones.

a) La primera razón es sistemática y, por ello, de naturaleza inmanente al Estatuto: si la regulación no se interpreta en el sentido de un sistema de intervención diferenciado, entonces el resumen y la ordenación de las formas de intervención en cuatro categorías, que es característica del Art. 25,3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI, y que va más allá de la

<sup>1</sup> Véase Roxin, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA, 1963, pp. 193 y ss. El propio Roxin enfatiza que sus reflexiones tienen por fin la “adecuada aprehensión” de esta forma de criminalidad (*loc. cit.*, p. 193).

<sup>2</sup> Cfr. BGHSt 40, pp. 218, 232 y ss. También en conexión con ello BGHSt 42, pp. 65, 68 y ss.; 45, 270, 296 y ss.

<sup>3</sup> El Art. 25.3, letras e) y f), del Estatuto de la CPI, en cambio, no regula formas de intervención, sino etapas previas de la ejecución delictiva, punibles de forma autónoma, como la incitación a cometer genocidio y la tentativa; cfr. sobre ello Werle, *Völkerstrafrecht*, 2ª edición (2007), número marginal 586, pp. 724 y ss.

<sup>4</sup> En la literatura no hay acuerdo sobre la forma de clasificar la regulación: reconocen una remisión al modelo de la diferenciación Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2002), pp. 543 y ss., así como también Vest, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, p. 181. Por el contrario, arriban a una interpretación en el sentido de un sistema unitario de autor Hamdorf, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht* (2002), p. 396; Krefß, “Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts”, *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 1999, 4, p. 9; Mantovani, “The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer”, *Journal of*

mera distinción conceptual, quedaría desprovista de todo significado.<sup>5</sup> Más aún: la diferenciación y delimitación de las denominadas formas de participación no es posible sin recurrir a criterios valorativos que cuantifiquen la responsabilidad.<sup>6</sup>

b) La segunda razón va más allá del Estatuto de la CPI e involucra una consideración global del estado de desarrollo alcanzado por el Derecho Penal Internacional. Sucede que la jurisprudencia penal internacional, como es posible apreciarlo, en un principio ciertamente partió de una concepción unitaria de autor, para la cual la distinción entre diferentes formas de participación tenía a lo sumo un significado descriptivo.<sup>7</sup> Entre tanto, sin embargo, especialmente los tribunales penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda, han comenzado a valorizar las formas de intervención como un indicio del grado de responsabilidad jurídico-penal y toman esto debidamente en cuenta en la medición de la pena.<sup>8</sup> Es cierto que el Estatuto de la CPI representa en principio un sistema regulatorio independiente. Por ello, la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* de ningún modo puede ser simplemente transferida al Estatuto de la CPI.<sup>9</sup> Sin embargo, por razones de política jurídica internacional, debe preferirse una interpretación armónica del Estatuto de la CPI ahí donde su regulación lo permita.<sup>10</sup>

c) La tercera y más importante razón a favor de la asunción de un modelo de intervención de diversos escalones resulta de ciertas consideraciones de principio sobre la función de la teoría de la intervención delictiva en el Derecho Penal Internacional. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el Derecho Penal Internacional sólo conoce cuatro tipos penales:

genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Cada uno de esos crímenes contiene un reproche de injusto especialmente grave. Al mismo tiempo, los crímenes de derecho internacional típicamente constituyen delitos en cuya comisión está involucrado un gran número de personas. La intervención en el suceso delictivo puede presentarse, por ello, en niveles y con intensidades muy diferentes. De estas dos características básicas del Derecho Penal Internacional resulta que no sólo es necesaria la determinación de límites externos a la responsabilidad jurídico-penal. También existe una gran necesidad de una diferenciación interna. En el Derecho Penal Internacional no sólo la pregunta acerca del si, sino también la pregunta acerca de la medida de la responsabilidad jurídico penal, requiere, de modo especialmente apremiante, de una respuesta. Y es que ella es, para la medición de la pena en el Derecho Penal Internacional, tan decisiva como el tipo delictivo imputado. Bajo estas condiciones, es del todo razonable que la teoría de la intervención delictiva se use como un instrumento con el cual la valorización del grado de responsabilidad pueda ser estructurada, racionalizada y configurada de un modo calculable.<sup>11</sup>

3. Estas consideraciones se han visto confirmadas a través de las primeras decisiones adoptadas en la materia por la Corte Penal Internacional. Así, la Sala de Asuntos Preliminares ha explicado, en el proceso seguido contra el líder de las milicias congoleñas Thomas Lubanga Dyilo, que lo característico de todas las formas de autoría sería el control sobre la comisión delictiva (*le contrôle de la commission de l'infraction*).<sup>12</sup> Esta jurisprudencia ha sido seguida

*International Criminal Justice*, 1 (2003), 26, p. 35; Militello, "The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, 5 (2007), 941, pp. 946 y s.

<sup>5</sup> Cfr. sobre ello, en detalle, Werle, "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, 5 (2007), 953, pp. 956 y s.

<sup>6</sup> Véase al respecto Burghardt, "Modes of Participation and their Role in a General Concept of Crimes", en Triffterer, Vogel y Burchard (eds.), *The Review Conference and the Future of the ICC* (2009), 81, pp. 91 y s.

<sup>7</sup> Cfr. Werle, *Völkerstrafrecht*, número marginal 404.

<sup>8</sup> Cfr., por ejemplo, TPIY, sentencia de 25 de febrero de 2004 (Vasiljević, AC), parág. 182; TPIY, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 268; TPIR, sentencia de 20 de mayo de 2005 (Semanza, AC), parág. 355 y ss., 364; TPIR, sentencia de 19 de septiembre de 2005 (Kamuhanda, AC), parág. 77. En profundidad, sobre la jurisprudencia, véase Burghardt, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem*, Berliner Wissenschafts-Verlag (2008), pp. 360 y ss.

<sup>9</sup> Véase al respecto Jesse, *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts* (2009), pp. 95 y ss.; Nerlich, "The status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC", en Stahn y Sluiter (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (2009), pp. 305 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. Burghardt y Geneuss, "Der Präsident und sein Gericht, Die Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs über den Erlass eines Haftbefehls gegen Al Bashir", *ZIS*, 2009, 126, pp. 132 y s.; Werle, *Völkerstrafrecht*, número marginal 173.

<sup>11</sup> Cfr. Burghardt, en Triffterer, Vogel y Burchard (eds.), *Review Conference*, 81, pp. 86 y ss.; Werle, *Völkerstrafrecht*, número marginal 411; de modo similar Kress, Claus Roxins, "Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht", *GA*, 2006, pp. 304, 308.

<sup>12</sup> CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Lubanga Dyilo, PTC), parág. 326 y ss.

por sucesivas decisiones.<sup>13</sup> Es fácil reconocer que este criterio se corresponde, en el contenido y en su función, con el concepto de dominio del hecho. Pero junto a ello se debe constatar, al mismo tiempo, que a lo menos la delimitación entre la autoría y las demás formas de intervención delictiva debe ser entendida en el sentido de un escalonamiento valorativo de la responsabilidad por el hecho punible. Pues en aplicación del principio de culpabilidad, que también tiene validez en el Derecho Penal Internacional, una persona que podía ejercer control sobre la ejecución del hecho siempre cargará con una mayor responsabilidad por el hecho que una persona que no contaba con tal control. Sin embargo, si la diferenciación entre la autoría y las demás formas de intervención delictiva se entiende en el sentido de un escalonamiento de grados de responsabilidad, entonces sólo es consecuente hacer lo propio en relación con la diferenciación de las restantes categorías de intervención delictiva entre sí, y calificar al Art. 25.3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI, globalmente, como un sistema de intervención delictiva escalonado.

4. En conclusión, el Art. 25.3, letras a) a la d) del Estatuto de la CPI debe leerse como un sistema de intervención delictiva diferenciado, de cuatro niveles, lo que debe ser consecuentemente tenido en cuenta en la medición de la pena. En el nivel más alto se encuentra la comisión en calidad de autor, en sus tres modalidades, como la forma más grave de intervención en el injusto. En el segundo nivel se sitúa la determinación a cometer un delito, en sus diversas manifestaciones (ordenar, inducir, proponer). En el tercer nivel se encuentra la colaboración y, finalmente, en el cuarto nivel, como la forma más leve de intervención, la contribución en la comisión del crimen por un grupo.

## II. La autoría mediata en el Derecho Penal Internacional

La primera regulación de la autoría mediata en el Derecho Penal Internacional es la que ha establecido el Art. 25.3 a), tercera alternativa del Estatuto de la CPI. Hasta entonces, esta figura jurídica no había desempeñado papel alguno en la praxis del Derecho Penal Internacional.<sup>14</sup> Por cierto que también antes de la entrada en vigencia del Estatuto de la CPI el comportamiento de la persona de atrás (*Hintermann*) en ningún caso quedaba impune. Los casos que pueden ser clasificados como autoría mediata, en el pasado fueron tratados más bien como planificación, orden, inducción o —después de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia— como intervención en una empresa criminal (*participation in a joint criminal enterprise*).<sup>15</sup> La importancia de la regulación no radica entonces en haber criminalizado comportamientos que hasta ese momento no lo estaban, sino en la aprehensión dogmática precisa de la respectiva constelación de casos. Desde un punto de vista fenomenológico, la autoría mediata ofrece una explicación clara respecto del hecho de que la persona de atrás tiene el poder de hacer intervenir al ejecutor “como un instrumento”. Desde el punto de vista normativo, la figura jurídica deja en claro que al autor mediato le cabe una medida de responsabilidad especialmente grande por el hecho delictivo cometido. Además, debe ponerse de relieve que la autoría mediata, de conformidad con el Art. 25.3 a) del Estatuto de la CPI —expresamente—, también viene al caso cuando el instrumento es penalmente responsable. En contra de la aplicación de la autoría mediata en este caso, se han elevado objeciones, por ejemplo, en la doctrina penal alemana,<sup>16</sup> apelando al principio de responsabilidad (*Eigenverantwortlichkeitsprinzip*).

<sup>13</sup> Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 480 y ss.; CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 210; CPI, decisión de 15 de junio de 2009 (Bemba Gombo, PTC), parág. 347 y s.

<sup>14</sup> Cfr. Jessberger y Geneuss, “On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir, German Doctrine at The Hague?”, *Journal of International Criminal Justice*, 6 (2008), 853, pp. 855 y ss.; Kress, *GA*, 2006, 304, p. 306. No resulta convincente cuando las declaraciones del Juicio de Núremberg seguido contra los juristas (U.S. v. Altstötter *et al.*, sentencia de 4 de diciembre de 1947, disponible en: <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/index.php?expanded=aktuell&id=archiv&lang=de>>) son reconducidas a la idea de autoría mediata (en ese sentido, sin embargo, Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 7, número marginal 25).

<sup>15</sup> Sumariamente, sobre estas formas de intervención delictiva, véase Werle, *Völkerstrafrecht*, número marginal 415 y ss. Del gran número de trabajos sobre la doctrina de la Joint Criminal Enterprise del TPIY cfr. sólo Barthe, *Joint Criminal Enterprise (JCE)* (2009); Haan, *Joint Criminal Enterprise, Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht* (2008); Satzger, “Die Ausweitung der (Mit-)Täterschaft – Besorgnis erregende Entwicklungen (nur) im Völkerstrafrecht?”, en Hassemer *et al.* (eds.), *Festschrift Volk*, pp. 649 y ss.

<sup>16</sup> Sumariamente al respecto véase *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schünemann*, 12ª edición (2007), § 25, número marginal 62 y ss.

Ahora bien, en lo que atañe a la aplicación del Estatuto de la CPI tales objeciones quedan excluidas, al menos, desde el punto de vista del Derecho positivo. Si el Estatuto de la CPI también reconoce la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, es algo que en un comienzo parecía dudoso.<sup>17</sup> La Corte Penal Internacional, en sus primeras decisiones sobre la autoría mediata, ha respondido a esa cuestión de manera afirmativa.<sup>18</sup> Como fundamento, la Corte ha aludido, por una parte, al hecho de que la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder sin lugar a dudas es consistente con la exigencia de un control sobre la comisión del hecho, y de esa manera satisface los presupuestos de la autoría.<sup>19</sup>

Por otra parte, esta figura jurídica supuestamente representaría una constelación de casos de autoría mediata usual, y reconocida en un gran número de sistemas jurídicos.<sup>20</sup> Sin embargo, esta última tesis es dudosa. Hasta ahora no hay constancia de una praxis judicial generalizada al respecto.<sup>21</sup> En materia de praxis jurisprudenciales pertinentes, la Sala de Cuestiones Preliminares, fuera de la conocida jurisprudencia del BGH, apenas se refiere a algunas decisiones provenientes de América Latina, entre ellas la decisión de un tribunal argentino en contra de los miembros de la Junta Militar, que precisamente en ese punto fue objetada por la Corte Suprema.<sup>22</sup> La Sala de Cuestiones Preliminares también sigue en deuda en

cuanto a una demostración convincente acerca del reconocimiento de la autoría mediata en el plano internacional. En lugar de ello argumenta que el rechazo de la figura jurídica por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no es vinculante para la Corte Penal Internacional.<sup>23</sup> En esencia, los argumentos aportados por la Sala de Cuestiones Preliminares se limitan a una ilustre colección de trabajos de la ciencia jurídico-penal de habla alemana y española. En orden alfabético, se nombra a Ambos, Bacigalupo, Bloy, Ferrante, Herzberg, Hirsch, Küpper, Radtke, naturalmente Roxin, Sancinetti y Schlösser; junto a ellos se hace referencia a una serie de tratados alemanes de la parte general del Derecho Penal, a saber, a *Kühl, Maurach/Gössel/Zipf, Stratenwerth/Kuhlen y Wessels/Beulke*, así como a comentarios estándar sobre el Derecho Penal alemán, como *Lackner/Kühl, Leipziger Kommentar, Schönke/Schröder y Tröndle/Fischer*.<sup>24</sup> Estas amplias referencias son de seguro halagüeñas para la ciencia jurídico-penal alemana, pero son tan insuficientes para la determinación del Derecho aplicable en el marco del Estatuto de la CPI como para fundamentar la tesis de que en la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder se trata *quasi* de un principio general del Derecho. Habría sido bueno, entonces, que la Sala de Cuestiones Preliminares hubiese buscado apoyo, para recurrir a la autoría mediata en virtud de aparatos organizados

<sup>17</sup> Sumariamente, sobre el cuadro de opiniones existentes, Kress, *GA*, 2006, 304, p. 307. Escéptico, por ejemplo, Vest, *Genozid durch organisatorische Machtapparate* (2002), p. 185.

<sup>18</sup> *Cfr.* CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 498.

<sup>19</sup> *Cfr.* CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 501.

<sup>20</sup> *Cfr.* CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 502 y ss.

<sup>21</sup> *Cfr.*, en ese sentido, sólo Kress, *GA*, 2006, 304, p. 306; *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schünemann*, 12ª edición (2007), § 25, número marginal 60.

<sup>22</sup> *Cfr.* CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 502, haciendo referencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, sentencia de 9 de diciembre de 1985, capítulo 7/3. La decisión de casación es de la Corte Suprema, sentencia de 30 de diciembre de 1986, publicada en: Fallos Corte Suprema de Justicia 309, pp. 1689 y ss. Véase también respecto de este proceso Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, pp. 233 y ss. *Cfr.*, sin embargo, la reciente sentencia de la Sala Especial de la Corte Suprema del Perú contra el ex presidente Fujimori, Corte Suprema, sentencia de 7 de abril de 2009, parág. 718 y ss. (Disponible en: [http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=detalle\\_noticia&codigo=10409](http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=detalle_noticia&codigo=10409)), donde la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder se analiza en detalle y alcanza reconocimiento.

<sup>23</sup> *Cfr.* CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 507 y ss. La Sala de Cuestiones Preliminares hace referencia, en esta materia, a la revocación de la decisión adoptada en primera instancia por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el proceso contra Stakić (TPIY, sentencia de 31 de julio de 2003 [Stakić, TC]), decidida justamente por esa razón por la Cámara de Apelaciones (TPIY, sentencia de 22 de marzo de 2006 [Stakić, AC], parág. 58 y ss.). Con todo, ya resulta dudoso si acaso la decisión de primera instancia puede valer como evidencia a favor de una utilización de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder; *cfr.* al respecto Jessberger y Geneuss, *Journal of International Criminal Justice*, 6 (2008), pp. 853, 856. Lo mismo vale para la decisión de la Corte Penal Internacional en el caso contra Bemba Gombo (CPI, decisión de 10 de junio de 2008 [Bemba Gombo, PTC]), citada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

<sup>24</sup> *Cfr.* CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), nota 678, nota 683. La Sala de Cuestiones Preliminares, en cambio, no se ha ocupado de las objeciones que parte de la doctrina jurídico-penal alemana eleva en contra de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. *Cfr.* al respecto, sumariamente, Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª edición (2006), pp. 704 y ss.

de poder, exclusivamente en una interpretación sistemática y teleológica del Estatuto, en lugar de en un dudoso ejercicio iuscomparativista.

Sobre los presupuestos concretos de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, en la decisión de 30 de septiembre de 2008 se encuentran las siguientes constataciones: sería algo común a todos los casos de autoría mediata el que la persona de atrás ejerce el necesario control sobre la comisión del hecho mediante un control sobre la voluntad de la persona que lo ejecuta directamente. Ese control también puede consistir en el dominio organizativo de un aparato de poder. Se puede hablar de un “aparato de poder” cuando una organización está estructurada en diversos niveles de jerarquía y según el principio de mando y obediencia. Además se requiere una cierta envergadura del aparato, que ofrece la garantía de que la orden de un superior, si no es ejecutada por un subordinado, lo será entonces por otro.<sup>25</sup> Entonces, sólo hay un aparato de poder, en el sentido de estos requerimientos, si al interior de la organización jerárquica existen estructuras de mando por principio efectivas. Sólo entonces se puede partir de que el individuo que recibe la orden funciona como “engranaje de una gran máquina”, y que la comisión del delito por medio de una orden resulta entonces en cierto modo “automática”. Y es que recién bajo estos presupuestos el individuo que recibe la orden sería intercambiable del modo requerido y podría ser sustituido en cualquier momento por otro, sin que la comisión del delito se viese perjudicada.<sup>26</sup> Desde una perspectiva subjetiva sería necesario que se cumplan directamente en la persona del “hombre de atrás” todos los presupuestos

del aspecto interno del crimen<sup>27</sup> y que éste tenga conocimiento de las circunstancias que fundamentan su control sobre el instrumento.<sup>28</sup>

Especial acento se pone en el requisito de la fungibilidad del ejecutor.<sup>29</sup> En cambio, ninguna consideración recibe el criterio —propuesto por Roxin— del apartamiento del derecho, por parte del aparato de poder,<sup>30</sup> que por lo demás tampoco es tenido en cuenta por la jurisprudencia del BGH<sup>31</sup> y es rechazado incluso por algunos partidarios de la teoría del dominio por organización.<sup>32</sup> También falta toda mención de parte de la Corte Penal Internacional a la exigencia del BGH, adhiriendo al planteamiento de Schroeder,<sup>33</sup> de un “aprovechamiento de la incondicional disposición al hecho” del ejecutor.<sup>34</sup> Por último, también quedan sin consideración nuevos criterios, que interpretan el dominio de una organización de forma más decididamente sistémica y que, en lugar de la fungibilidad, ponen el acento en un déficit de autonomía estructural de la persona de adelante (Vordermann) en vista de la presión organizativa interna para que actúe.<sup>35</sup>

### III. “Indirect co-perpetration”

Mientras las reflexiones bosquejadas hasta ahora se mueven en un marco que al penalista alemán le resulta familiar, en su decisión de 30 de septiembre de 2008 la Corte ya se ha adentrado en un territorio nuevo para la dogmática. La Sala de Cuestiones Preliminares fue de la opinión de que, junto a las tres formas de autoría mencionadas expresamente en el Art. 25.3 a) del Estatuto de la CPI, también sería imaginable una cuarta forma. La Sala de Cuestiones Preliminares habla aquí

<sup>25</sup> CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 512 y ss.

<sup>26</sup> CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 515 y ss.

<sup>27</sup> CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 527 y ss.

<sup>28</sup> CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 512 y s.

<sup>29</sup> Véase al respecto Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 245.

<sup>30</sup> Cfr. Roxin, *GA* 1963, 193, pp. 204 y ss.; el mismo, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 249 y ss.

<sup>31</sup> Sumariamente, sobre las diferencias entre la teoría de Roxin y la solución del Tribunal Supremo Federal alemán, Rogall, “Bewältigung von Systemkriminalität”, en Roxin y Widmaier (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof-Festgabe aus der Wissenschaft*, tomo IV, *Strafrecht, Strafprozessrecht* (2000), 383, pp. 423 y ss.; Rotsch, “Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen”, *NSiZ*, 1998, 491, p. 492.

<sup>32</sup> En contra, por ejemplo, Ambos, “Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate”, *GA*, 1998, pp. 226, 241 y ss.; Herzberg, “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen”, en Amelung (ed.), *Strafrechtliche Beteiligungsverhältnisse in bürokratischen Organisationen* (2000), pp. 33, 35 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter* (1965), pp. 143 y ss.; el mismo, “Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis”, *JR*, 1995, pp. 177, 178.

<sup>34</sup> Cfr. BGHSt 40, 218, 236. Escéptico al punto del rechazo, por ejemplo, Ambos, *GA*, 1998, 226, p. 229; Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht* (1985), pp. 362 y ss.; Rogall, en Roxin y Widmaier (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, tomo IV, pp. 383, 425 y ss.; Rotsch, *NSiZ*, 1998, pp. 491, 492 y s.

<sup>35</sup> Cfr., por ejemplo, Schlösser, *Soziale Tatherrschaft* (2004); el mismo, *Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht* (2004); Urban, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft* (2004).

de una *indirect co-perpetration*,<sup>36</sup> cuya característica distintiva sería la combinación de elementos de la autoría mediata y de la co-autoría. El elemento de co-autoría consistiría en que dos o más personas acuerden conjuntamente la comisión de un crimen de Derecho Internacional. Pero el suceso también presentaría, al mismo tiempo, rasgos propios de la autoría mediata, en la medida que a lo menos uno de los co-autores dispone que la ejecución de su contribución al logro del plan se produzca a través de uno o más instrumentos. Estas contribuciones al hecho realizadas de forma mediata serían imputables a los demás co-autores en razón de su plan común, en la medida que los demás presupuestos de la co-autoría también estén presentes.<sup>37</sup> La Sala de Cuestiones Preliminares confirmó estas consideraciones en la decisión a través de la cual emitió una orden de arresto en contra del presidente en ejercicio de Sudán, Omar Al Bashir.<sup>38</sup>

Para una mejor comprensión de estas afirmaciones, a continuación se presentan los antecedentes de hecho sobre los cuales ellas han sido formuladas:

(1) Según la acusación, en el proceso en contra de Katanga y Ngudjolo Chui ambos acusados contaban, en su calidad de comandantes, con dominio por organización sobre diversas milicias en operación en la región de Ituri (República Democrática del Congo). El acusado Germain Katanga habría ejercido el mando sobre la Force de Résistance Patriotique en Ituri (FRPI), dominada por la etnia de los Ngiti, mientras que Mathieu Ngudjolo Chui habría sido líder del Front des Nationalistes et Intégrationnistes (FNI), un grupo miliciano atribuido a la etnia de los Lendu.<sup>39</sup> Las estructuras de mando de estas dos milicias habrían estado estrictamente separadas, también debido a las diferencias basadas en causas étnicas. En febrero de 2003 la FRPI y el FNI habrían ejecutado conjuntamente un ataque al pueblo de Bogoro y perpetrado en ese contexto numerosos crímenes de lesa humanidad

y crímenes de guerra, incluyendo, entre otros, homicidios dolosos, violaciones y sometimiento a esclavitud sexual, así como saqueos. Además, en el ataque se habría reclutado a niños soldados.<sup>40</sup> El ataque se habría producido sobre la base de un plan común de Katanga y Ngudjolo Chui, con la finalidad de aniquilar al pueblo de Bogoro.

La Sala de Cuestiones Preliminares I defendió la opinión de que si en el juicio se llegasen a probar como ciertas las hipótesis fácticas alegadas por la acusación, entonces a cada uno de los acusados se podría imputar no sólo los hechos de sus propios subordinados, sino también, por *indirect co-perpetration*, los crímenes cometidos respectivamente por los subordinados del otro acusado.<sup>41</sup> Una valoración provisoria del material probatorio arrojaría que tanto Katanga como Ngudjolo Chui habrían contado con el poder de dominar a sus subordinados como instrumentos, a través de un dominio por organización. En efecto, los acusados habrían contado durante todo el ataque, de acuerdo con la estructura de mando de las milicias y las circunstancias de hecho, con poder de mando efectivo sobre sus subordinados,<sup>42</sup> y habrían actuado con base en un plan común.<sup>43</sup> Cada uno podría haber hecho fracasar el plan a través de la omisión de la orden de atacar. De ahí que ambos acusados habrían ejercido un control conjunto sobre todo el suceso del ataque.<sup>44</sup> Finalmente, la Sala de Cuestiones Preliminares afirmó la existencia de motivos fundados para creer que se daba el elemento de intencionalidad en Katanga y en Chui.<sup>45</sup>

(2) El objeto del proceso contra Al Bashir lo conforman los crímenes de la región de Darfur, que habrían sido perpetrados desde julio de 2003 a través del ejército sudanés, las fuerzas especiales de la policía y las milicias Janjaweed en contra de la población civil, especialmente la perteneciente a las etnias Fur, Masalit y Zaghawa. La Sala de Cuestiones Preliminares I fue de la opinión de que existía motivo razonable para

<sup>36</sup> CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 490 y ss.

<sup>37</sup> CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 492 y s.

<sup>38</sup> CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 212 y s.

<sup>39</sup> CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 6, 9.

<sup>40</sup> Véase, sobre los puntos de la acusación en particular, CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 20-32.

<sup>41</sup> De conformidad con el Art. 61.7 del Estatuto de la CPI, la Sala de Cuestiones Preliminares debe examinar si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Véase al respecto CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Lubanga Dyilo, PTC), parág. 37 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 540 y ss.

<sup>43</sup> Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 548 y ss.

<sup>44</sup> Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 555 y ss.

<sup>45</sup> Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 562 y ss.

creer<sup>46</sup> que Al Bashir sería responsable por esos crímenes como *indirect co-perpetrator*. De acuerdo con una valoración provisoria del material probatorio presentado, él, en su calidad de presidente, y en conjunto con otros miembros del gobierno sudanés, habría acordado un plan para reprimir y desbaratar a los grupos rebeldes sediciosos, que también habría incluido la destrucción sistemática de los asentamientos de las etnias insurrectas y su desplazamiento forzado. Los crímenes de Darfur habrían sido cometidos por las fuerzas armadas del gobierno sudanés en ejecución de este plan. El gobierno sudanés, a través de diversos organismos, especialmente el Consejo de Seguridad Nacional, y utilizando las respectivas cadenas de mando, habría ejercido control sobre las fuerzas armadas y sobre las milicias. Finalmente, existiría motivo razonable para creer que Al Bashir, en su calidad de Presidente y de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, habría jugado un rol fundamental en la elaboración e implementación del plan común.<sup>47</sup> De ahí que viene al caso también, como alternativa, una autoría mediata individual.<sup>48</sup>

#### IV. La combinación de autoría mediata y co-autoría – ¿un progreso o una senda equivocada?

¿Cómo deben valorarse las afirmaciones de la Corte Penal Internacional acerca de la *indirect co-perpetration* desde la perspectiva de la dogmática jurídico penal alemana? ¿Se trata de un desarrollo coherente de las teorías de la autoría mediata y de la co-autoría, que también es digno de atención para el Derecho Penal alemán? ¿O la jurisprudencia internacional se ha adentrado por una senda equivocada, de modo que no cabe una “re-importación” al Derecho Penal alemán?

En primer lugar, hay que constatar que se dan significativas diferencias entre los dos casos que la Corte Penal Internacional ha tratado bajo la *indirect co-perpetration*. Sólo para la constelación tratada en el proceso contra Katanga y Chui, la denominación *indirect*

*co-perpetration*, traducida al alemán entonces como *mittelbare Mittäterschaft* (“co-autoría mediata”), es acertada (sobre ello, 1). La segunda constelación, que está en la base del caso Al Bashir, se puede designar de forma más apropiada como una autoría mediata en co-autoría (*mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft*) o autoría mediata a título de co-autores (*mittäterschaftliche mittelbare Täterschaft*) (sobre ello, 2).

#### 1. Co-autoría mediata

En el caso de los hechos tratados en el proceso contra Katanga y Chui, no se trata de una forma de autoría mediata, sino de una variante de la co-autoría. Una imputación de todo el acontecer delictivo en virtud de autoría mediata no viene al caso, porque de este modo sólo pueden imputarse las contribuciones del instrumento respecto de las cuales el autor mediato ejerce dominio del hecho.<sup>49</sup> Pero lo característico de los hechos del caso es justamente que hay dos estructuras jerárquicas diversas que sólo uno de los dos acusados domina con independencia del otro.

La fundamentación de una responsabilidad por el suceso completo en calidad de autor, entonces, únicamente puede lograrse de conformidad con los principios básicos de la co-autoría, es decir, en caso de una recíproca imputación de las contribuciones al hecho ajenas. Y efectivamente, se dan los presupuestos de la coautoría, de acuerdo con las circunstancias de hecho presentes. Sobre la base de un plan común Katanga y Chui producen su contribución a la ejecución del crimen, cada uno por medio del aparato organizado de poder que dirige. El necesario dominio funcional del hecho<sup>50</sup> respecto del suceso total imputado resulta de la equivalencia en grado de las contribuciones para el logro del plan común. El que las contribuciones al hecho de Katanga y Chui no sean realizadas de propia mano, sino a través de ejecutores dirigidos por ellos “como instrumentos”, desde una perspectiva valorativa no puede hacer diferencia alguna. Tampoco entra en consideración la obje-

<sup>46</sup> El estándar probatorio exigido a nivel procesal para emitir una orden de arresto resulta del art. 58.1 a) del Estatuto de la CPI. Véase al respecto, con más detalle, Burghardt y Geneuss, *ZIS*, 2009, 126, p. 137 y s.

<sup>47</sup> CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 214 y ss.

<sup>48</sup> CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 223.

<sup>49</sup> Las siguientes afirmaciones se formulan sobre la base de la teoría del dominio del hecho, punto de partida que es “absolutamente dominante en la literatura”, *cfr. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schünemann*, § 25, número marginal 7. Sobre las diversas manifestaciones de la teoría del dominio del hecho véase Schild, *Tatherrschaftslehren* (2009). Además, las reflexiones se limitan en gran medida a casos de autoría mediata a través de domino por organización en virtud de aparatos organizados de poder. También es imaginable, desde luego, que la autoría mediata se fundamente en el marco de una co-autoría mediata por dominio en virtud de error o de coacción.

<sup>50</sup> Sobre el dominio funcional del hecho como presupuesto de la co-autoría, véase Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 275 y ss., pp. 719 y ss.; *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schünemann*, § 25 número marginal 156 y ss., con más referencias.

ción, planteada en el caso del jefe de la banda, de que no se da un dominio de la voluntad porque falta una contribución al hecho en la fase ejecutiva:<sup>51</sup> dado que a todo coautor se imputa el actuar de sus instrumentos, entonces sin duda que hay una contribución propia al hecho, en fase ejecutiva. Si además se dan los requisitos subjetivos de la coautoría no hay obstáculo alguno para una imputación de las contribuciones del co-autor. Las contribuciones del co-autor abarcan no sólo su propio comportamiento sino, justamente, también el que se le imputa por medio de una autoría mediata en virtud de dominio por organización.<sup>52</sup>

Complementando, para dar mayor claridad y circunscribir estas afirmaciones: sólo es posible hablar de un dominio funcional del hecho sobre el suceso total cuando no sólo las personas de atrás sino también los instrumentos colaboran entre sí. Sólo en tal constelación existe una ejecución conjunta del hecho, que se compone de las contribuciones al hecho de los co-autores, relacionadas todas entre sí. En el caso Katanga y Chui el hecho cometido es el ataque coordinado al pueblo de Bogoro. En cambio, no sería suficiente si el plan común sólo hubiese considerado la comisión separada de crímenes a través de sendas estructuras organizadas de poder, o sea, si Katanga y Chui, por ejemplo, hubiesen acordado que la FRPI, bajo las órdenes de Katanga, debía asaltar el pueblo X, mientras que el FNI, sometido a Chui, el pueblo Y. A falta de una contribución de cada uno, a la ejecución del hecho por parte del aparato de poder del otro, no entra en consideración en este caso una imputación en virtud de co-autoría mediata.

La distinción conceptual entre la co-autoría mediata y la co-autoría común y corriente es útil. Ella deja en claro que a lo menos un co-autor produce su

contribución al hecho, no de propia mano, sino a través de un instrumento. La clasificación de los hechos relevantes como casos de co-autoría mediata resulta de la aplicación de los principios generalmente reconocidos de la co-autoría y de la autoría mediata a una situación fáctica que hasta ahora no ha sido considerada en la discusión alemana. Los principios de la co-autoría conducen a una imputación recíproca de las contribuciones al hecho producidas (de forma mediata o inmediata). La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional debe entenderse, por tanto, como un desarrollo consecuente de principios de la dogmática jurídico penal alemana que sirven de guía para la praxis, y su “re-importación” es recomendable: la posibilidad de una co-autoría mediata también debe reconocerse para el Derecho Penal alemán.

## 2. Autoría mediata en co-autoría

Los acontecimientos tratados en el caso Al Bashir coinciden, en sus rasgos esenciales, con la de los procesos seguidos en contra de miembros del Consejo de Defensa Nacional de la RDA y del Politburó del Partido Socialista Unificado de Alemania (SED).<sup>53</sup> Lo característico de los hechos relevantes es que el dominio del hecho o control sobre el o los ejecutores es ejercido por varias personas colaborando de forma asociada. Formulándolo de otra manera: el sujeto conductor, que ejerce el dominio por organización, es un colectivo, no una persona individual. Esta singularidad, si se le compara con los casos de autoría mediata en que normalmente se piensa, es apenas mencionada en casos puntuales por parte de la jurisprudencia y la doctrina,<sup>54</sup> pero no es tratada en detalle.<sup>55</sup> En la autoría mediata en virtud de do-

<sup>51</sup> Es sabido que gran parte de la doctrina exige, como presupuesto de la co-autoría, una contribución en la fase ejecutiva; *cfr.*, por ejemplo, Herzberg, “Mittäterschaft durch Mitvorbereitung: eine actio communis in causa?”, *JZ*, 1991, pp. 856, 859 y ss.; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 292-305; *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schünemann*, § 25, número marginal 182 y ss. De otra opinión es la jurisprudencia; *cfr.*, por ejemplo, BGHSt 11, 268, 271; BGHSt 14, 128 y s.; BGHSt 16, 12; BGHSt 28, 346, 347 y s.; BGHSt 37, 289; BGHSt 39, 381, 386.

<sup>52</sup> Si acaso, luego, en lo que respecta a los tipos penales realizados, se trata o no de un caso de co-autoría aditiva, no tiene importancia ni requiere entonces ser esclarecido judicialmente. Sobre la co-autoría aditiva, *cfr.* Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, pp. 372 y ss.

<sup>53</sup> Ambos procesos están documentados en detalle en Marxen y Werle (eds.), *Strafjustiz und DDR-Unrecht*, tomo 2/2, *Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze* (2002), pp. 499 y ss. (Nationaler Verteidigungsrat), pp. 643 y ss. (Politbüro).

<sup>54</sup> En la jurisprudencia, *cfr.*, por ejemplo, LG Berlín, sentencia de 25 de agosto de 1997 (Krenz u.a.), reproducido en Marxen y Werle (eds.), *Strafjustiz und DDR-Unrecht*, tomo 2/2, 643, pp. 877 y s. Roxin, *JZ*, 1995, 49, p. 52, en su comentario de la sentencia del BGH en el proceso en contra del Consejo de Seguridad Nacional, habla de “mittäterschaftliche[r] mittelbare[r] Täterschaft”; Gropp, *JuS*, 1996, pp. 13 y ss., de “[m]ittelbare[n] Mit-Täter[n] hinter den Tätern”. *Cfr.* también Bloy, “Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung”, *GA*, 1996, pp. 424, 439 y s., quien explica este caso con la doctrina japonesa de la co-autoría del *kyobo kyodo seihan*. Sobre esto último Ohno, “Das Kernproblem der Teilnahmelehre in Japan”, en Dornseifer et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (1989), pp. 691 y ss.

<sup>55</sup> La discusión se ha circunscrito, más bien, exclusivamente al correcto tratamiento dogmático de la relación entre los “hombres de atrás” y los ejecutores directos. *Cfr.*, por ejemplo, Schlösser, *Soziale Tatherrschaft* (2004), pp. 340 y s., quien habla entonces, incluso de forma

minio por organización<sup>56</sup> el caso se presenta cada vez que en la cúspide del aparato de poder no se encuentra una persona individual sino un órgano colegiado y, con ello, una pluralidad de personas. Es posible hablar de dominio por organización de un órgano colegiado cuando las decisiones adoptadas conjuntamente al interior del aparato de poder son vinculantes. El comportamiento que fundamenta la autoría de cada miembro del órgano directivo consiste, entonces, en su contribución a la adopción del acuerdo colegiado. Para la fundamentación de una autoría mediata, no es necesaria una ulterior actividad en la implementación de la decisión porque, de acuerdo con el modo de funcionamiento del aparato de poder, el acuerdo colegiado ya determina, en gran medida, la propia implementación. En aquella parte destinada a afirmar que Al Bashir habría jugado dentro del órgano decisorio un rol determinante en la elaboración o, en su caso, en la supervigilancia de la implementación de la decisión, las declaraciones de la Corte Penal Internacional no eran necesarias.

También es útil distinguir conceptualmente la autoría mediata en co-autoría de los casos “clásicos” de autoría mediata. Con esta distinción se destaca la fenomenología del comportamiento en que se basa la imputación, que se caracteriza por el hecho de que varias personas obran de forma cooperativa. La autoría mediata en la co-autoría produce una ampliación de la imputación a título de autor: como el acusado individual justamente no puede ejercer dominio por organización por sí solo, su comportamiento sólo puede tratarse como una autoría mediata si complementariamente es posible una imputación de las contribuciones al hecho realizadas por otros miembros del órgano directivo y, de ese modo, se configura un dominio funcional del hecho en virtud de dominio por organización ejercido conjuntamente.<sup>57</sup>

#### IV. Síntesis y conclusión

La forma de comisión a título de autor que la Corte Penal Internacional denomina *indirect co-perpetra-*

*tion* combina autoría mediata y co-autoría. Es posible distinguir dos configuraciones: por una parte, la co-autoría mediata, que puede ser entendida como una forma modificada de la co-autoría, y que abarca casos en los que a lo menos un co-autor realiza la contribución al hecho que tiene planificada, a través de un instrumento que él domina; por otra parte, la autoría mediata en co-autoría, que, entendida como una ampliación de la autoría mediata por medio de la incorporación de elementos de la co-autoría, cubre casos en los que el dominio del hecho a través del instrumento se ejerce conjuntamente por varias personas. En la primera hipótesis (co-autoría mediata) se aplican con razón principios de la autoría mediata y de la co-autoría reconocidos en el Derecho Penal alemán. La segunda (autoría mediata en co-autoría) le resulta familiar al penalista alemán a partir de los procesos en contra de miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la RDA y del Politburó del SED. Los principios que fueron decisivos en esos casos son consecuentemente trasladados por la Corte Penal Internacional a los hechos sometidos a su consideración (Al Bashir).

En una primera consideración evaluativa, la fundamentación de responsabilidad a título de autor convence tanto para el caso de la co-autoría mediata como para el de la autoría mediata en co-autoría. Y es que no queda claro por qué el autor mediato debería poder librarse por haberse servido, para la ejecución de su contribución al hecho, de un instrumento que él dominaba; y tan poco convincente como ello resultaría que, en caso de la autoría mediata en co-autoría, se conceda un privilegio a quien en el nivel directivo ha participado en la génesis de la decisión que determinó la comisión del crimen, simplemente porque dicha decisión se ha adoptado en un órgano colectivo.

Estas consideraciones todavía representan, forzadamente, sólo un bosquejo y no pretenden agotar la cuestión. Deberían bastar, con todo, para avivar la curiosidad de la ciencia jurídico-penal alemana. Los casos del derecho penal internacional ofrecen un interesante material que se presta muy bien para un agudo examen por parte de la dogmática jurídico-penal.

explícita, de una relación de exclusión entre la autoría mediata y la co-autoría. En ello puede haber jugado nuevamente un rol la orientación de la dogmática jurídico-penal alemana hacia el autor individual, como el caso normal de criminalidad en el que se piensa. Nótese en todo caso que, en el tratamiento dado a la autoría mediata en virtud de dominio de la voluntad a través de estructuras organizadas de poder, generalmente se habla de un “hombre de atrás”.

<sup>56</sup> Pero también son imaginables casos de autoría mediata en virtud de dominio por coacción o en virtud de dominio por error, en co-autoría; *cfr.* por todos el caso, que ha alcanzado la fama por su denominación *Katzenkönig* (“rey gato”), BGHS, t. 35, 347 y ss.

<sup>57</sup> Roxin pasa por alto este aspecto cuando afirma que los miembros del Consejo de Seguridad Nacional habrían obrado conjuntamente como co-autores, pero que ello no haría ninguna diferencia en el resultado, Roxin, *JZ*, 1995, pp. 49, 52.



## La etapa de investigación en el nuevo sistema de justicia acusatorio

**Brenda Tania Luna López**

*Miembro del Comité de Capacitación  
de la SETEC, México*

**Miguel Sarre Igúiníz**

*Departamento Académico de Derecho,  
ITAM, México*

*Revista Penal México, núm. 2, julio-diciembre de 2011*

*In memoriam  
Ministro Jesús Gudiño Pelayo*

**RESUMEN:** *El documento se refiere a la reforma constitucional mexicana que adopta un sistema de justicia oral-acusatorio tanto federal como local. Los autores examinan la etapa de investigación. Ponen especial énfasis en el riesgo implícito en fijar un alto estándar probatorio para iniciar la investigación formalizada, pues ello puede marcar el regreso del sistema inquisitorial donde el verdadero juicio tiene lugar en la averiguación previa, y el juicio ordinario se convierte en una mera formalidad.*

**PALABRAS CLAVE:** *Prisión preventiva, reforma procesal penal mexicana, acusación, etapa de investigación, averiguación previa, proceso penal, juez de control, etapas del nuevo proceso penal mexicano, vinculación a proceso, formulación de imputación, Ministerio Público.*

**ABSTRACT:** *The paper is related to the Mexican constitutional reform by which an oral-adversarial justice system must be implemented both at the federal and state level. The authors review the “closed” and “opened” stages of the preliminary investigation. They emphasize a high standard of proof requested for an under judicial control investigation would lead to the reinstatement of the inquisitorial system where the real trial takes place at a pretrial stage and the trial becomes a formality.*

**KEYWORDS:** *Pre-trial detention, Mexican criminal process reform, indictment, criminal investigation, “averiguación previa”, criminal procedure, “juez de control”, new Mexican criminal procedural stages, “vinculación a proceso”, criminal charges, prosecutor.*

**SUMARIO:** *I. Contexto. II. Desarrollo de las fases de la etapa de investigación. III. Significado y alcance de la imputación y de la vinculación a proceso. IV. Corolario. Esquema A. Nuevo proceso penal. Esquema General. Esquema B. Soluciones alternas al juicio oral.*

### I. Contexto

#### *Actores y sus funciones en la etapa de investigación*

Una etapa compleja dentro del nuevo sistema acusatorio y oral, introducido por la reforma constitucional de 2008 en esta materia, es la de investigación que, *grosso modo*, sustituye a la averiguación previa, con diferencias tan importantes que ameritaron la eliminación de esta figura central del proceso penal inquisitorio en México.

La incorporación de la etapa de investigación no está expresamente prevista en la Constitución; obedece a modelos procesales provenientes del Derecho comparado en Latinoamérica y de las propias entidades federativas que han adoptado el modelo de justicia penal acusatorio.

La etapa de investigación comienza con la noticia criminal o *noticia criminis* que puede ser recibida por un agente de la policía, o bien, por el Ministerio Público (MP). El MP o fiscal, en su caso, será quien dicte el respectivo *acuerdo de inicio*. En el supuesto de que, efectivamente, sea la policía quien reciba la denuncia, deberá dar aviso al MP de inmediato, sin perjuicio de proporcionar auxilio y protección a la víctima y a los testigos; preservar el lugar de los hechos y las evidencias, así como recabar toda la información posible que pueda ser de utilidad para la investigación, incluyendo, en su caso, la detención de la persona sorprendida en flagrancia.

Cuando sea el MP quien tenga conocimiento de la comisión del hecho, deberá ordenar a la policía las diligencias de investigación iniciales con el fin de determinar si la noticia del delito justifica continuar con el desarrollo de esta etapa.

El Ministerio Público conducirá la investigación de acuerdo con la hipótesis o *teoría del caso* formulada. Por su parte, la policía y los peritos, quienes actuarán bajo la conducción jurídica del MP y operacional de sus directivos, realizarán la investigación de campo y técnico científica, respectivamente.

La lógica del nuevo sistema busca generar confianza y eficiencia mediante el equilibrio entre las funciones y responsabilidades de los actores públicos a cargo de la investigación y persecución de los delitos.

Asimismo, se introducen las funciones del juez de control, entre las cuales están las siguientes:

a) En caso de investigaciones con detenido, dirige el debate sobre el control de legalidad de la detención

(flagrancia o caso urgente) y determina si la detención es legal. Si se decreta como ilegal, se deja en libertad a la persona inmediatamente, de lo contrario se continúa con la formulación de imputación por parte del MP.

b) En caso de investigaciones sin detenido, cita, a petición del MP, a la persona imputada, para que éste le comunique, ante su presencia, que su conducta es objeto de investigación; es decir, el MP formula la imputación, de modo que la persona imputada se encuentre en condiciones de prepararse para el proceso.

c) Dirige el debate y resuelve sobre:

i. La vinculación o no a proceso.

ii. La aplicación, o no aplicación, de medidas cautelares.

iii. El plazo de cierre de la investigación.

iv. La procedencia del criterio de oportunidad aplicado por el MP.

v. La viabilidad de medidas alternativas (conciliación, mediación y suspensión del proceso a prueba).

vi. La procedencia del juicio abreviado.

Las técnicas de investigación, providencias precautorias y medidas cautelares requerirán la autorización del juez de control cuando afectan los derechos de las personas cuya conducta se investiga.

De acuerdo con su naturaleza y fin, así como con la lógica del nuevo modelo de justicia consagrado en la Constitución, dichas actuaciones guardan diferencias entre sí que cabe identificar: a) Las técnicas de investigación, como su nombre lo indica, son diligencias que realizará el MP durante la etapa de investigación y pueden o no requerir autorización judicial; por ejemplo, el MP puede recabar los datos de los testigos de un homicidio sin requerir dicha autorización. Esta diligencia no necesariamente “detonará” la formulación de *imputación*, ya que, a diferencia de otras técnicas de investigación, como podría ser la toma de muestra de sangre, puede pasar inadvertida para el iniciado; b) las providencias precautorias afectan los derechos de su destinatario con la finalidad primordial de proteger a víctimas y testigos; por ejemplo, pedir al imputado que no se acerque al domicilio de la víctima; c) las medidas cautelares recaen directamente en la persona cuya conducta o bienes se investigan, y tienen como finalidad asegurar el desarrollo de la investigación o la preparación del juicio; por ejemplo, el aseguramiento de bienes, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez, la prohibición de salir de la circunscripción territorial, la garantía económica y, en última instancia, la imposición de la prisión preventiva.

### *Fases de la etapa de investigación*

La etapa de investigación se desarrolla en una fase de *investigación desformalizada*, seguida de la de *investigación formalizada*. La primera fase se mantiene reservada (exceptuando a la víctima u ofendido, así como a sus coadyuvantes o representantes legales) para favorecer su éxito y porque nada amerita hacerla del conocimiento de la persona cuya conducta se investiga ni de la sociedad en general. Lo anterior es aplicable a las investigaciones que inician *sin detenido*, a diferencia de aquellas iniciadas *con detenido*, donde, por razones obvias, y como se abundará más adelante, la investigación se formaliza inmediatamente. Esta fase puede culminar con alguna de las siguientes determinaciones del MP: archivo temporal, archivo definitivo, criterio de oportunidad y formulación de imputación.

La segunda fase, de carácter *formalizado*, se inicia una vez que el MP ha imputado *formalmente* un delito a la persona ante el juez de control en una audiencia pública, y después de habersele comunicado la información que hasta ese momento obre en la *carpeta de investigación* del MP. Asimismo, en la audiencia la persona puede declarar ante el juez, quien, con esa información, determinará si la persona queda vinculada a proceso y si requiere la aplicación de medidas cautelares. Por último, se determinará el plazo de cierre de la investigación para preparar la acusación.

Al final de la etapa, el MP habrá adquirido o no el convencimiento de que cuenta con datos suficientes para acusar a una o a varias personas. Ello implica buscar, identificar y localizar los datos de prueba que posteriormente presentará al formular la acusación, si cuenta con elementos suficientes para abrir un proceso penal en términos del artículo 102, apartado A constitucional (esto funciona de forma similar al caso del abogado civilista, quien, antes de intentar la acción reivindicatoria, valora si cuenta con elementos suficientes para intentarla).

De acuerdo con lo anterior, la etapa de investigación puede concluir con alguna de las siguientes determinaciones del MP: formulación de la acusación; el sobreseimiento, o bien, con alguna de las medidas alternativas o proceso especial, según sea el caso.

### *Carpeta de investigación*

La carpeta de investigación es una bitácora del agente del MP para llevar registro de la investigación

que realiza; no es una etapa. A diferencia del expediente en la averiguación previa, la carpeta de investigación se debe dar a conocer a la defensa antes de que la persona sea imputada, esto es, a partir de la citación judicial (caso sin detenido) o cuando está retenida (caso con detenido); así, la defensa puede estar en condiciones de optar por una salida alternativa si es el caso. Esta carpeta no llega a manos del juez, puesto que se trata de material propio de una de las partes. El nuevo sistema implica romper con la existencia de material probatorio incorporado *automáticamente* al proceso por el solo hecho de agregarse al expediente y correspondiente pliego de consignación; es hasta la etapa de juicio oral donde todos los medios probatorios deberán incorporarse y desahogarse por las partes para ser valorados por el juez.

En virtud del derecho a la no autoincriminación, el MP no tiene la facultad de conocer la información recabada por la defensa, pues ello podría traer como resultado que se utilice en su perjuicio y contribuya a la condena del imputado. Esto es particularmente relevante en aquellas entidades, como Guanajuato, donde han incorporado la figura del *investigador de la defensa*. Se refiere aquí la misma situación que se presenta cuando el MP identifica medios de prueba favorecedores para el imputado y tiene la obligación de hacerlos del conocimiento de éste y del juez; en cambio, si la defensa identifica medios probatorios que lo incriminan, no está obligada a aportarlos.

## **II. Desarrollo de las fases de la etapa de investigación**

### *A. Fase de investigación desformalizada*

#### 1. Investigación desformalizada, iniciada con detenido (con conocimiento del imputado)

La fase de *investigación desformalizada* que se inicia *con detenido* es preponderantemente abierta, toda vez que la persona estará enterada de la causa que llevó a su detención, motivo por el cual la imputación debe formularse dentro del plazo de la retención (48 o 96 horas); esto traerá como resultado que, cuando la persona permanece detenida, el plazo de la fase se constriñe al referido plazo de la retención. Cuando el plazo concluya, el MP deberá formular la imputación o desistirse del caso. Como se explicará más adelante, no implica que en el curso de una investigación abier-

ta puedan requerirse medidas cautelares “secretas” para asegurar su eficacia tanto por su autorización y, si es posible, por su ejecución.

Aunque la *investigación desformalizada* sea de carácter abierto, según lo antes precisado, el juez de control puede autorizar diligencias secretas dentro de ella. Esto ocurrirá cuando, para el éxito de la investigación, sea necesario afectar la esfera jurídica de la persona imputada y no implique informarla de la diligencia, con lo cual se permitirá continuar con la investigación al no haberse *detonado* la formalización de la *imputación*.

Las diligencias secretas en esta fase sólo serán viables en casos como las intervenciones telefónicas permitidas, que pueden llevarse a cabo sin el conocimiento de la persona implicada. Un ejemplo sería la autorización del juez de control para registrar la procedencia de las llamadas realizadas al teléfono celular del imputado en las horas posteriores a su detención y hasta antes de formular la imputación dentro del plazo establecido.

Este supuesto tiene lugar únicamente cuando la persona ha sido detenida en flagrancia, en cuyo caso la autoridad que haya realizado la captura pondrá inmediatamente a la persona detenida bajo la responsabilidad del MP, quien, de ser procedente, dictará el *acuerdo de inicio* y procederá al registro de la detención (artículo 16, párrafo cuarto constitucional). Si un particular llevase a cabo la detención, éste pondrá inmediatamente a la persona bajo la responsabilidad de la autoridad policial. A su vez, procederá conforme a lo establecido y recabará los datos pertinentes para justificar la legalidad de la detención.

De esta manera, bajo el nuevo sistema, inmediatamente después de que el MP asume la responsabilidad de una persona, deberá:

1) Verificar la legalidad de la detención. Esto es, revisar los supuestos de flagrancia o caso urgente. De no justificarse, pondrá a la persona detenida en inmediata libertad, y el procedimiento podrá continuar, de conformidad con lo establecido para la fase de *investigación desformalizada, iniciada sin detenido*.

2) Asegurarse de que se le haya hecho saber a la persona detenida cuáles son sus derechos. Esto debe realizarse en el momento de su captura y, en caso contrario, procederá en los mismos términos de la fracción anterior.

Cuando la detención se haya calificado como legal, se presentan los siguientes supuestos para considerar la procedencia de la retención:

a) *Delitos de prisión preventiva oficiosa* (artículo 19 constitucional, segunda parte del párrafo segundo). La persona detenida en flagrancia continuará retenida físicamente por el tiempo estrictamente necesario para formular la *imputación* dentro del plazo de 48 horas. La prisión preventiva oficiosa no impide que, una vez decretada, el defensor pueda obtener la libertad del imputado o acusado a través de garantía económica. Igualmente, se podrá solicitar la revisión de la medida sin violarse el mandato constitucional en tanto que ésta no impide la revisión de la prisión preventiva decretada oficiosamente *ab initio*; por otra parte, la aplicación de las medidas cautelares se halla sujeta al principio de proporcionalidad incorporado expresamente en el artículo 22 constitucional; por lo tanto, si la aplicación de las penas debe ser proporcional al delito, con mayor razón será la aplicación de las medidas cautelares. Esta permitirá resolver sobre los criterios de pertinencia de cautela en el artículo 19, primera parte, segundo párrafo, de la Constitución.

b) *Delitos que tienen una penalidad privativa de la libertad y no admiten una pena sustitutiva a la de prisión, la suspensión del proceso a prueba o una salida alternativa*. La persona continuará retenida en las mismas condiciones que en el supuesto anterior.

c) *Delitos que tienen una pena alternativa, en los que procede la suspensión del proceso a prueba, la condena condicional, o bien, que tienen una penalidad no privativa de la libertad*. La persona será puesta en inmediata libertad por el MP, sin perjuicio de que solicite al juez de control la aplicación de una providencia precautoria distinta a la privación de la libertad durante el plazo correspondiente a la retención.

En los supuestos de los incisos a) y b), el plazo de retención es una providencia precautoria que, una vez formulada la *imputación* y la *vinculación a proceso*, el MP podrá solicitar al juez de control su sustitución por una medida cautelar.

En caso de que continúe la retención, la labor del MP dentro de este plazo tiene un doble propósito: el primero implica confirmar su *opinio delicti*, es decir, la convicción de que si se prueban en juicio los hechos denunciados, serían constitutivos de delito; el segundo comprende el acopio de datos de prueba tendientes a que, después de imputar y vincular, convezna al juez de control de la procedencia de alguna

CUADRO I.

<i>Vinculación a proceso</i> (Procedibilidad + Probabilidad opinio delicti)	<i>Medida cautelar</i> (Procedibilidad + Probabilidad opinio delicti + Pertinencia de cautela)
[...] <i>que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito...</i> (art. 16 constitucional)	[...] <i>que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito...</i> (art. 16 constitucional)
+	+
[...] <i>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...</i> (art. 19 constitucional)	[...] <i>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...</i> (art. 19 constitucional)
	+
	[...] <i>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...</i> (art. 19 constitucional)

medida cautelar, lo cual necesariamente implica relacionar los indicios con la necesidad de cautela (peligro de fuga, protección de ofendidos y preservación de datos de prueba).

No sólo la comisión del hecho delictivo, sino también la participación del imputado, deben quedar establecidos en grado de probabilidad, por dos razones: 1) Por el sentido mismo del lenguaje constitucional que se refiere a “datos”, es decir, elementos. No exige la plena comprobación del ilícito penal. 2) Porque si atendemos a los elementos del tipo penal, si se exigiera la acreditación plena del hecho delictivo, se tendrían que corroborar no sólo los elementos materiales del delito, sino inclusive los subjetivos y normativos del tipo. Esto implicaría prácticamente acreditar la responsabilidad plena del imputado, lo cual constituye el objeto del juicio oral y no un requisito para una medida cautelar que obedece exclusivamente a eso: la necesidad de cautela.

El fundamento de lo anterior se explica en el cuadro de arriba.

Si bien la parte transcrita del artículo 16 constitucional se refiere al libramiento de la orden de aprehensión, también es aplicable a la *vinculación a proceso*, en tanto que la denuncia o querrela constituye un presupuesto no sólo para el libramiento de la orden de aprehensión, sino para iniciar todo procedimiento penal.

En este punto es pertinente señalar el párrafo noveno del artículo 16 constitucional reformado, donde se mantiene el plazo de retención de la persona detenida y puesta bajo la responsabilidad del MP por *hasta* 48 horas. Sin embargo, en el nuevo sistema ya no existe la declaración ministerial ni el MP debe *acreditar* los supuestos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado que exigía el texto constitucional anterior a la reforma; éste abarcaba incluso el desahogo y valoración de medios probatorios. Asimismo, convertía a la averiguación previa en una especie de *mini-juicio*.

Para imputar un delito a una persona ante el juez de control no es necesario ahora convencerlo respecto de los datos e indicios con los que cuenta el MP; es él quien debe formarse una *opinio delicti* en primer lugar, para después persuadir al juez. En esta fase, no procede que el MP ofrezca, desahogue y menos valore medios de prueba por sí y ante sí, tal y como ocurría en la vieja averiguación previa. Sin embargo, esta práctica viciada no se corrige por el hecho de trasladarla ante el juez de control, pues se estaría adelantando el juicio.

La fase de *investigación desformalizada con detenido* concluye al transcurrir el plazo máximo de 48 horas, o antes si se formuló la *imputación* y, consecuentemente, se *vinculó a proceso* sin agotar el plazo, con lo cual continúa la fase de la *investigación formalizada*.

### 2. Investigación desformalizada, iniciada sin detenido (sin conocimiento del imputado)

Este supuesto tiene lugar cuando se presentó una denuncia o querrela ante la policía o el MP y, por tratarse de hechos penalmente relevantes, dé lugar a una investigación. El MP tiene el imperio de investigar las denuncias recibidas sin obligación de hacerlo del conocimiento de las personas cuya conducta investiga, para favorecer el éxito de las investigaciones, siempre que se cuente con la autorización judicial si dicha investigación afecta sus derechos.

Esta fase no tiene otro plazo para su terminación sino el de la prescripción del delito en cuestión; sin embargo, la exigencia constitucional para el MP, de actuar con eficacia en la función de persecución de los delitos, se desprende su obligación para actuar sin dilaciones en la investigación y formalizar la *imputación*, lo cual puede ocurrir en dos posibles escenarios:<sup>1</sup>

1. Cuando el MP ya no puede continuar su investigación sin realizar actos de molestia directos a la persona cuya conducta se investiga; por ejemplo, medidas cautelares que, por su naturaleza, requieran hacerse del conocimiento de la persona investigada. Esto motivará la intervención de la defensa y, en su caso, que el juez *vincule a proceso*. Entonces se fijará el plazo para continuar la investigación y, de esta manera que concluya con la determinación procedente del MP.

2. Cuando el MP cuenta con los elementos suficientes para formular la *imputación* y detonar la *vinculación a proceso*, sin necesidad de continuar la investigación para realizar la acusación, ello simplemente obedece a la necesidad de enterar a la persona, ahora imputada, del delito que motivó la investigación de su conducta. Es posible que, al formular la *imputación* y declararse la *vinculación a proceso*, ya no tenga sentido solicitar un plazo de cierre de investigación. En consecuencia, el efecto de las anteriores figuras se constriñe a generar el espacio para el nombramiento del defensor por parte del imputado y se prepare para su defensa.

Si se formulara imputación, esta etapa concluiría con la audiencia de *formulación de imputación* y

*vinculación a proceso*, desarrollada en el cuadro siguiente.

Si, por el contrario, no se formulara imputación, la etapa de investigación (con detenido o sin detenido) puede concluir con alguna de las siguientes determinaciones de la parte acusadora:

1. Archivo definitivo, si el MP constata los hechos denunciados creíbles; pero aun si resultaran ciertos, no son constitutivos de delito.

2. Archivo provisional, cuando el MP hace constar que si los hechos denunciados resultaran ciertos serían constitutivos de delito, pero no tiene identificados los datos de prueba para sustentar una imputación.

3. Medios alternativos preprocesales de solución del conflicto (conciliación o mediación). Cuando el MP invita a las partes a llegar a un acuerdo reparatorio-restitutorio.

4. Criterio de oportunidad. Cuando la pena y, por tanto, la persecución del delito se vuelven innecesarias e irracionales.

En la concepción inquisitiva del proceso penal mexicano se enseñaba que el MP sufría una *metamorfosis* cuando pasaba de la averiguación previa al proceso; bajo este esquema, durante la primera etapa actuaba como autoridad, y en la segunda, durante el proceso, se convertía en parte. En realidad el MP en ningún momento deja de ser una parte identificada con los intereses de la víctima y, en su caso, de la sociedad en general. Así es y así debe ser; sin embargo, lo inquisitivo y perverso del asunto consistía en que, durante la averiguación previa, el MP no sólo actuaba como parte sino también intervenía como autoridad; asimismo, realizaba actuaciones propias de un juez como son el desahogo y la valoración de medios de prueba.

Debido a lo anterior, el derecho a la defensa durante la averiguación evoca la vieja advertencia atribuida a Gustavo Radbruck: “El que tiene a su acusador por juez, necesita a Dios por defensor”. En el nuevo sistema, el artificio construido para justificar el papel inquisitivo del MP pierde razón de ser; ahora se acepta que aun en la investigación el MP es parte; se trata de una autoridad parcial por natu-

<sup>1</sup> De acuerdo con el inciso VII del apartado C del nuevo artículo 20 constitucional, subsiste la procedencia del juicio de amparo en contra de la negligencia o abandono del Ministerio Público en la persecución de los delitos, por lo que, si bien afirmamos que el MP no tiene, frente al imputado, un plazo rígido para imputarle un delito, queda sujeto a los criterios constitucionales y legales conducentes que le exigen actuar con la mayor eficacia en la persecución de los delitos y en la protección de las víctimas u ofendidos.

CUADRO 2.

*Audiencia de formulación de la imputación, vinculación a proceso  
(y, en su caso, control de legalidad de la detención y/o medidas cautelares)*

El acto procesal enmarcado en esta fase es el de la audiencia de formulación de la *imputación y vinculación a proceso*. Aquí puede solicitarse alguna medida cautelar. Esta audiencia necesariamente se tramitará ante el juez de control y las actuaciones se realizarán en el siguiente orden:

1. *Control de legalidad de la detención* (si se trata de investigación con detenido). En este caso, la audiencia comienza con el control de legalidad de la detención ante el juez, la cual consistirá en: analizar supuestos de flagrancia o caso urgente y la lectura de derechos a la persona detenida.
2. *Formulación de la imputación*. Esta actuación unilateral del MP consiste en la notificación a la persona de que su conducta es objeto de investigación; en ese momento se le hacen saber los datos fácticos, los jurídicos y los probatorios sustentantes de su pretensión; el MP los relacionará entre sí para dar una explicación coherente en la cual se apoya. La imputación lleva implícita una *teoría del caso*, concepto de origen anglosajón aplicable a los sistemas latinoamericanos; además de la explicación coherente de los hechos y de los datos probatorios, se comprende su denotación jurídica, es decir, su tipificación. A continuación se abre la posibilidad de *vincular al imputado a proceso*.
3. *Derecho a declarar*. La persona en este momento puede hacer uso de su derecho a declarar, o bien, abstenerse si así lo desea.
4. *Vinculación a proceso*. Consiste, como se ha señalado, en la *toma de nota* realizada por el juez de control respecto de la *imputación* realizada por el MP, sin que deba exigirse un examen de mérito o de procedibilidad a partir de medios de prueba desahogados, sino únicamente del carácter indiciado de los datos de prueba obtenidos hasta el momento con la posibilidad de objeción de la defensa, si es el caso. Este acto procesal también constituye la confirmación de la continuación del desarrollo del proceso, si no se opta por alguna de las formas alternas de solución, juicio abreviado o suspensión del proceso a prueba (figuras que no se desarrollan en este documento).
5. *Solicitud de medida cautelar*. Si, como ya se dijo, el MP cuenta con información que haga suponer que el imputado puede sustraerse del proceso, obstaculizar la investigación o poner en peligro a la víctima, pedirá la aplicación de una medida cautelar; para ello, contará con un amplio catálogo y la prisión preventiva será la *ultima ratio*. La defensa, por su parte, hará uso de su derecho a contradecir y argumentar en favor de una medida menos lesiva o de ninguna.
6. *Plazo de cierre de la investigación*. El MP solicita el periodo que considera necesario para perfeccionar su investigación y concluirla; la defensa tiene derecho de contradecir y el juez de control será quien decida el plazo.

raleza y, precisamente por ello, se hace necesaria la intervención de un juez de control durante la etapa de investigación.

*B. Fase de investigación formalizada  
(con conocimiento del imputado  
como regla general)*

A partir del momento de la audiencia (véase cuadro anterior), la investigación será abierta como regla, y cerrada como excepción; abierta si los hechos delictivos se hacen del conocimiento de la persona desde la cita donde se le formula imputación y, en la audiencia respectiva, se le dan a conocer todos los datos que obran hasta ese momento en la *carpeta de*

*investigación* del MP, con lo cual podrá preparar su defensa.

El hecho de abrir la investigación implica que las actuaciones posteriores del MP se harán del conocimiento de la defensa. Asimismo, la defensa tendrá acceso a la *carpeta de investigación* del MP y conocerá toda la información que ahí se encuentra. Este acto, conocido como *descubrimiento*, proviene de la figura anglosajona del *Discovery*. Este *descubrimiento*, en el sentido de dejar de cubrir (*des-cubrir*), es el derecho del imputado y sus representantes para conocer con antelación al juicio los datos probatorios en relación con la *litis*. Éstos le permitirán preparar su defensa a fin de no quedar en estado de indefensión. Estos datos incluyen toda la información respecto de hechos,

acciones, actuaciones, registros, certificaciones, constancias, grabaciones, testimonios, documentos, estudios técnicos y cualquier dato de prueba que hasta este momento haya sido del conocimiento exclusivo de la fiscalía.

La fase de *investigación formalizada* no tiene una duración constitucionalmente señalada; sin embargo, del diseño procesal subyacente en el modelo constitucional adoptado se desprende la necesidad de darle tiempo suficiente. Gracias a ello, el MP podrá hacer el acopio de todos los datos para formular la acusación. Los distintos códigos adjetivos adoptados en México han coincidido en establecer un plazo máximo de seis meses.<sup>2</sup> Las razones para imponer un límite a este plazo —que en cada caso será solicitado por el MP y determinado por el juez, tras el debate de las partes— son las de provocar la menor afectación al imputado cuando se encuentre sujeto a una medida cautelar y, en general, agilizar el procedimiento.

Al concluir el periodo de investigación autorizado, el MP procederá a cerrar la investigación y, en este momento, deberá resolver si cuenta con elementos para formular la acusación o, en su defecto, solicitar el sobreseimiento del caso; puede también optar por un juicio abreviado o por alguna de las salidas alternativas: conciliación, mediación, suspensión del proceso a prueba y criterio de oportunidad (véanse esquemas al final).

Una vez que el Ministerio Público cierra la investigación y formula su acusación mediante su petición escrita, se inicia la etapa intermedia. En este supuesto, la etapa intermedia dará inicio mediante petición escrita, limitada a enunciar los hechos y realizar su clasificación, así como anunciar los medios probatorios que se desahogarán y valorarán hasta la audiencia de juicio oral.

### III. Significado y alcance de la imputación y de la vinculación a proceso.

Como se apunta en la *fase de investigación desformalizada sin detenido*, la *formulación de la imputación* por parte del MP no exige la *acreditación* como tal de los hechos ni de la participación de la persona imputada (objetivo de la audiencia de juicio oral con el desahogo de pruebas), sino que, por una parte, obedece a la necesidad de relacionar el caudal

de evidencia con que el MP cuenta hasta ese momento y hace verosímil el supuesto material del delito, así como la posible participación de la persona a quien se le atribuye. Sin embargo, la práctica extendida en nuestro país para utilizar la expresión “formulación de...”, tanto referida a la *imputación* como a la *acusación*, contribuye a confundir ambos actos procesales, atribuyéndole al primero las exigencias del segundo.

La mecánica de la *formulación de imputación* consiste en la descripción del MP de los hechos constitutivos de delito, así como de la participación del imputado en los mismos, relacionándolos con los datos probatorios recabados hasta el momento. Acto seguido, el imputado tendrá derecho a declarar o no, según el caso, y se concederá el uso de la palabra a la defensa, a partir de lo cual el juez resolverá sobre la *vinculación a proceso*.

Lo anterior puede realizarse en un solo paso; no es necesario que primero se narren los hechos para poder imputar y posteriormente se repitan para justificar la *vinculación a proceso*. Esta práctica contradice la exigencia constitucional de eficacia y el principio de concentración. La repetición de los hechos se puede evitar si en el mismo acto se les vincula con los datos de prueba que los sustentan, lo cual constituye la *formulación de la imputación*, cuya conclusión o corolario es la petición de *vincular a proceso*.

La imputación es un acto propio del MP, sujeto a la refutación del imputado y su defensa, mientras que la vinculación es la decisión que recae precisamente respecto de dicha imputación. Esta última, debe recordarse, no está prevista expresamente en la Constitución: se trata de una condición lógica para la *vinculación a proceso* que sí está prevista, pues de lo contrario el juez estaría actuando sin petición de parte, en contravención al principio acusatorio. La *vinculación a proceso* equivale, así, a una toma de nota respecto de una petición viable.

Una vez vinculada la persona a proceso, el MP puede solicitar la autorización del juez de control para llevar a cabo actos de molestia (técnicas de investigación o medidas cautelares) respecto de la persona imputada y continuar con la investigación. Obviamente, si ya no hubiera más datos probatorios, la *formulación de imputación* y consecuente *vinculación a proceso* que formaliza la investigación tendrá por

<sup>2</sup> Por ejemplo: Códigos procesales de Chihuahua, Estado de México, Oaxaca, Morelos y Zacatecas.

efecto permitir o allanar el camino para la *formulación de la acusación*, en su caso, acto concluyente de esta etapa.

Cabe aclarar que la *vinculación a proceso* que da pie a la *investigación formalizada* constituye un reconocimiento del carácter indiciario de los datos de prueba aportados por el MP ante el juez de control, así como de la posible participación del imputado. La *vinculación a proceso* implica así una *valoración a priori* sobre los datos de prueba que se entienden como la referencia al contenido de un determinado medio de prueba, aún no desahogado ante juez, considerado idóneo, pertinente y razonable para establecer la realización de un hecho señalado en la ley como delito, y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se trata de la *opinio delicti*.

Estamos conscientes de la *vinculación a proceso* a partir de la mera *opinio delicti*. Si bien en sí misma no implica medida cautelar alguna, indudablemente acarrea molestias a la persona a quien se ha vinculado, tales como la posible necesidad de contratar un abogado defensor, la zozobra del proceso, así como la posible difusión de su caso; por ello amerita la intervención del juez de control para decretarla. Además de este control judicial, los incentivos están colocados para que el MP no formule *imputaciones* en falso, puesto que no le generaría ventaja procesal alguna y sí, por el contrario, podría exponerlo ante sus propios superiores, el juez, la defensa y el público, cuando en la audiencia del juicio oral se haga evidente la falta de sustento de su acusación.

Ahora bien, lo anterior implica estar alerta para no replicar, en la etapa de investigación, el minijjuicio propio de la averiguación previa. Éste ocurriría si, para *vincular a proceso*, se requirieran elementos semejantes a los que, bajo el sistema inquisitivo mexicano, se exigen para ejercer la acción penal.

En efecto, el absurdo de la averiguación previa —degeneración del modelo procesal adoptado en 1917—, tal como lo señaló desde mediados del siglo pasado quien fuera diputado constituyente en 1917, don Paulino Machorro Narváez, fue el de “pretender que para pedir al juez que averigüe, se requiera que

ya se haya averiguado”.<sup>3</sup> Esto, trasladado a la situación actual en México, resultaría en una situación todavía más irracional de la denunciada por Machorro si entendiésemos que la prueba de “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”, a los cuales se refieren los artículos 16 y 19 constitucionales, son condición ya no para llevar el caso ante el juez de conocimiento, sino simplemente para que el de control otorgue su visto bueno para continuar la investigación, ahora en su fase *formalizada*. Ello sería tan irracional como establecer que, para continuar con una investigación, primero se deben probar los hechos objeto de la propia investigación.

Las interpretaciones que siguen la inercia apuntada conducirán al resurgimiento de la averiguación previa; así, pese a la construcción de salas de juicio oral y el equipamiento e infraestructura requeridos, el sistema seguirá siendo de corte inquisitivo, pues se seguirán desahogando y valorando medios de prueba antes del juicio; si esto sucede, más temprano que tarde reimplantaremos la averiguación previa con toda su fuerza inquisitiva.

En este sentido, una interpretación coherente del alcance que tiene la *vinculación a proceso* necesariamente deslinda a esta figura de la anterior *sujeción a proceso* o del *auto de formal prisión*. Esto se explica por las siguientes razones:

- Al adoptarse el modelo acusatorio en la reforma constitucional de 2008, se mantuvieron algunas figuras procesales del sistema previo, tales como el plazo de las 72 o 144 horas y la resolución dictada cuando vence, anteriormente denominada *auto de sujeción a proceso* o *auto de formal prisión*, según ameritare o no prisión preventiva. Bajo el sistema anterior, este plazo fue tan importante que se le denominó “el plazo constitucional” —de ahí la inercia de mantenerlo vigente.

- Cuando la Constitución se reformó, este plazo y su correspondiente *auto* resolutorio se trasladaron de la esfera del juez de conocimiento a la del nuevo juez de control. Bajo las reglas ahora establecidas, la etapa se desarrolla a partir de la *formulación de la*

<sup>3</sup> De las conclusiones del diputado constituyente Paulino Machorro Narváez en *El Ministerio Público, la intervención de tercero en el Procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución*, publicado originalmente por la Academia de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente a la Real de Madrid, México, 1941. Reimpreso en Clásicos Mexicanos de los Derechos Humanos, de la Constitución vigente a nuestros días, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, t. I, México, 1993.

CUADRO 3.

<i>Antes de la reforma de 2008</i>	<i>Reforma de 2008</i>
[...] el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para <i>comprobar</i> el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado [...]	[...] el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que <i>establezcan</i> 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 [...]

*imputación*, es decir, justamente cuando ha concluido la *investigación desformalizada*. El plazo termina con la *vinculación a proceso*, cuyo efecto será abrir la fase de *investigación formalizada*. Esta permitirá al MP continuar con su investigación —ahora con conocimiento del imputado y de su defensor, quienes podrán preparar la defensa— hasta obtener suficientes elementos para formular la acusación, si es el caso.

Lo anterior significa que la *investigación formalizada* se abre precisamente para que el MP pueda reunir los datos a fin de formular su acusación, como lo entiende un magistrado de la Audiencias Provincial de Madrid:

Quando un ciudadano [en México sería normalmente el Ministerio Público] pone en conocimiento de la autoridad judicial unos hechos, sea o no víctima de los mismos, el juez de Instrucción [el juez de control] está obligado a incoar un procedimiento penal, [es decir, vincular a proceso] *salvo si los hechos son absoluta y completamente inverosímiles, absurdos o imposibles o cuando, de ser ciertos, no constituyan delito*.<sup>4</sup> (Acotaciones y cursivas añadidos.)

Para la *vinculación a proceso* basta con que al juez de control se le presenten *datos de prueba* o, para utilizar una expresión del mismo magistrado español, “indicios racionales de criminalidad”. Por definición, éstos todavía no hacen prueba.

- En todo sistema acusatorio, al momento en el que se formula la acusación ninguna autoridad judicial ha calificado la idoneidad y eficacia de los datos probatorios aportados por el MP como elementos en donde se finque la responsabilidad en sí (como tampoco califica la idoneidad y eficacia de los datos probatorios de los que la defensa hubiese hecho acopio). De ello se desprende que la *vinculación a proceso* no puede implicar que el juez de control califique los meros

*datos de prueba* con los cuales todavía no se puede realizar la operación lógica consistente en *probar*. Es decir, el juez no puede determinar si los datos recabados hasta entonces por el MP *hacen prueba*.

- El punto que precede pareciera contradecir lo establecido en el artículo 19 constitucional, donde se señala que:

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*. (Cursivas agregadas.)

Sin embargo, de una lectura cuidadosa del precepto anterior, se aprecia en el cuadro superior.

La *vinculación a proceso* es una inercia constitucional proveniente de la reforma realizada en el sistema procesal penal en el estado de Chihuahua, con anterioridad a la adopción del modelo acusatorio en el ámbito constitucional en 2008. Cuando el legislador de Chihuahua incorporó por primera vez en México el sistema acusatorio en el ámbito local (2007), se vio obligado a respetar el rígido concepto de un plazo constitucional que concluía con una declaración respecto del mérito del proceso, es decir, el *auto de formal prisión* o de *sujeción a proceso* o, por el contrario, el *auto de libertad*, mismos que se preservaron, y únicamente se modificó su denominación.

Lo extraño del caso es que cuando se aprobó la reforma constitucional, en vez de superarse el “escalón” de los *autos de plazo constitucional* que ya no tendrían razón de ser en el modelo acusatorio, se

<sup>4</sup> David Cubero Flores, “No olvidemos la presunción de inocencia”, *El País*, España, 25 de junio de 2000, p. 35, Sección Análisis.

constitucionalizó en el ámbito nacional el diseño procesal de la reforma de Chihuahua para establecer la figura de la *vinculación a proceso*. Sin embargo, es de advertirse que, a diferencia del antiguo modelo donde tanto el *auto de formal prisión* como el de *sujeción a proceso* exigían un determinado estándar probatorio (acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado), el auto de *vinculación a proceso* no exige que en este momento se hayan *acreditado* los hechos, así como tampoco la probable participación del imputado como sustento a la pretensión del MP.

En efecto, por dicha inercia legislativa, en 2008 la *vinculación a proceso* se elevó a rango constitucional; sin embargo, como se ha expuesto, ahora únicamente se exigen “datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión”, sin necesidad de acreditarlos.

Destacados juristas sostienen que la reducción del estándar probatorio es una reducción de derechos. Entre ellos se encuentra Sergio García Ramírez, quien al referirse al hecho delictivo objeto de análisis en este momento procesal apunta:<sup>5</sup>

Es pertinente que la prueba del hecho abarque todos los elementos del tipo —o todos los elementos del *corpus delicti*, según la explorada versión de éste— y no solo alguno o algunos, porque de ser así no nos hallaríamos ante un hecho que la ley señale como delictuoso, sino ante “parte de ese hecho tipificado: algunos extremos se hallarían probados; otros, no [...] La reforma constitucional no debiera modificar el sentido de la exigencia normativa [a no ser que se pretenda] a través de un entendimiento a modo, reducir las garantías del individuo y facilitar o ‘flexibilizar’ el ejercicio de la acción y la práctica del proceso.

Quizás ayude si consideramos que el proceso al cual se refiere el maestro no es el ordinario, como se entendía antes de la reforma; se trata simplemente de “darle vista” o “abrir” las investigaciones, hasta ese momento secretas, que el MP realiza en contra de una persona; de pedir permiso al juez para continuar investigando *a libro abierto* o *en juego limpio* por el periodo necesario para madurar su acusación.

La preocupación, no obstante, es plenamente

válida solamente para el caso en que *vinculación a proceso* implica la prisión preventiva, como sucede con los delitos de prisión preventiva oficiosa a los que antes nos referimos, donde, como en el sistema en retirada, la prisión preventiva es el precio que la persona debe pagar para acceder a la jurisdicción. Sin embargo, esto obedece a la inadecuada regulación de la prisión preventiva y no a la disminución de la exigencia probatoria para continuar con la investigación formalizada.

En síntesis, cualquier exigencia probatoria en la etapa de investigación carece de sustento constitucional e implica un contrasentido; precisamente, se está dentro de la etapa de investigación. A diferencia del *auto de vinculación*, el antiguo *auto de formal prisión* implicaba simultáneamente la apertura de la *instrucción* y la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva en los delitos que tenían prevista “pena corporal”, y esto ahora se decide por separado; por lo tanto, resulta absurda la exigencia de un estándar probatorio para un *auto* que, pese a causar molestias al imputado, en sí mismo no implica la privación de libertad ni el derrocamiento de su presunción de inocencia; en cambio, le ofrece garantías de seguridad procesal e información. Luigi Ferrajoli previene al respecto contra lo que considera “una insensata equiparación entre los indicios que justifican la imputación y la prueba de la culpabilidad”.<sup>6</sup>

Como se desprende del ejemplo anterior, para imputar un delito a una persona ante el juez de control, más que convencerlo respecto de los datos e indicios con los que cuenta, el MP tiene que formarse su *opinio delicti* para después, en el juicio oral, convencer al juez.

En la práctica de algunas entidades federativas donde se ha incorporado el sistema acusatorio, cuando los jueces de control decretan la *vinculación a proceso* suelen señalar que los hechos objeto de la imputación “han quedado acreditados”. Esto debe entenderse de la siguiente manera: los hechos materia de la imputación constituyen una teoría del caso clara, coherente y verosímil, pero en un sentido estricto no han sido técnicamente acreditados, es decir, no han sido probados. En el Derecho Penal, probar algo implica verificar o refutar una afirmación mediante el desahogo de medios de prueba que sólo tiene lugar

<sup>5</sup> Sergio García Ramírez, *La reforma penal constitucional 2007-2008*, Porrúa, México, 2008, p. 95.

<sup>6</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 551.

### CUADRO 4.

#### Caso práctico

Sustracción de maleta en la zona de entrega de equipaje en un aeropuerto.

1. El pasajero denuncia el robo de su equipaje.
2. El MP realiza la investigación *desformalizada* y obtiene los siguientes datos de prueba:
  - Copias del video del aeropuerto en las que aparece una tercera persona en el momento en que recoge el equipaje ajeno y se retira con el mismo hasta abordar un auto particular cuyas características ayudaron a su identificación y localización.
  - Cotejo de los rasgos fisionómicos de la tercera persona en el video con los de la fotografía oficial de la persona que fue identificada a partir de la investigación del caso.
3. El MP solicita al juez que cite al imputado a efecto de formularle la imputación.
4. El juez cita al imputado a la audiencia de *formulación de imputación y vinculación a proceso*. Para justificar su solicitud el MP realiza la narración de los hechos, precisando las circunstancias de tiempo, lugar y modo; asimismo, señala que cuenta con los datos de prueba que han quedado precisados.
5. El juez pregunta al imputado si es su deseo declarar o guardar silencio. Esta oportunidad podría interpretarse como un resabio del derecho a la defensa dentro de la averiguación previa en el sistema anterior, pero difícilmente producirá efecto alguno, pues en esta etapa no tiene lugar el desahogo de medios de prueba, y si el imputado niega los hechos no se abrirá una dilación probatoria. Sin embargo, la concesión de la palabra al imputado abre la posibilidad de que señale elementos contundentes: posiblemente muestre una maleta de su propiedad aparentemente idéntica a la recogida, que llegó retrasada y que tiene los sellos respectivos que ameriten el desistimiento de la *formulación de la imputación* por parte del MP y el juez decreta el archivo permanente del caso atendiendo a los criterios de eficacia y racionalidad que rigen su actuación. En efecto, no haría sentido que el Ministerio Público continuase con el caso y su obligación de actuar con eficiencia lo llevaría a solicitar en ese momento el sobreseimiento del caso.

en la audiencia del juicio oral (o, en su caso, en la del procedimiento abreviado).

De acuerdo con el nuevo diseño constitucional, la *vinculación a proceso* implica la fijación de la *litis* y el ejercicio de la acción penal que da origen a una relación procesal trilateral preliminar. Se trata de un acto de razonabilidad y no de adjudicación probatoria.

#### IV. Corolario

La discusión respecto del momento en que se ejerce la acción penal y comienza la relación procesal en el nuevo sistema se aclara si se considera que la acción penal no se agota con el acto inicial de la formulación de la imputación, sino se manifiesta en cada impulso procesal sucesivo con el cual se “detonan” distintos tipos de intervención judicial. Así, cabe hablar de distintos momentos de la acción penal, según se persiga la *vinculación a proceso*, la acusación y la apertura del juicio oral en tres procesos distintos:

- De investigación o preliminar. Comienza a partir del ejercicio inicial de la acción penal con la *formu-*

*lación de la imputación* que da lugar a la *vinculación a proceso*, y termina con la acusación o el sobreseimiento. Es conducido por el juez de control. (En el marco de esta relación procesal pueden tener lugar las audiencias para decretar medidas alternativas como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y el procedimiento abreviado.)

- Preparatorio. Se lleva a cabo a partir de la acusación y hasta el auto que cita a juicio oral. Esta etapa intermedia también es conducida por el juez de control. (En el marco de esta relación procesal pueden tener lugar las mismas audiencias para decretar medidas alternativas, y el procedimiento abreviado.)

- Probatorio y de juicio oral. Ocurre ante el tribunal del juicio oral. Corre desde la apertura del juicio hasta la sentencia absolutoria o, en su caso, hasta la sentencia de individualización de la pena impuesta.

Adicionalmente, al judicializarse la ejecución de la pena y extenderse el debido proceso a esta etapa se establece un cuarto proceso: el de ejecución de la pena, donde el juez ejecutor o de ejecución, en el

marco de una relación procesal trilateral resuelve las controversias entre la administración penitenciaria y el interno. En este proceso de ejecución se controvierten cuestiones sobre las condiciones de vida en reclusión, los traslados, las visitas y la reducción de la pena, principalmente.<sup>7</sup>

Las inercias procesales derivadas del sistema inquisitivo que tan profundamente permeó en nuestros ordenamientos legales, nuestros textos doctrinarios, nuestras cátedras y nuestras prácticas durante el siglo pasado y el corriente, constituyen el mayor riesgo para la perversión de la etapa de investigación bajo el nuevo modelo. Después de casi un siglo de haberse anunciado una “revolución procesal”,<sup>8</sup> parece que el retorno a la misma petición de principio que el otrora diputado constituyente, Paulino Machorro Narváez, denunció: pretender que, para que se investigue, se haya ya investigado, representa un riesgo latente de

desfonder el juicio oral mediante la incorporación al juicio ordinario de lo que ya “se probó” en la etapa de investigación.

Tal como las vértebras conservadas como tributo a la evolución de las especies, así nuestro sistema procesar penal conservó la vinculación a proceso como sucedánea de la sujeción a proceso sin utilidad procesal alguna. Es necesario reformar la Constitución en este aspecto, pero, mientras tanto, basta con interpretarla sensatamente.

Quienes se están capacitando en el nuevo sistema y descubren sus virtudes son garantes de que no ocurra un nuevo fracaso. El sistema en ciernes sólo se consolidará cuando, desde la sociedad y el gobierno, pasando por las universidades, los medios de comunicación, las víctimas y ofendidos de los delitos, comprendamos que un sistema acusatorio favorece la seguridad de todos.

---

<sup>7</sup> Véase “Debido proceso y ejecución penal”, del coautor de este documento, en: [www.miguelsarre.com](http://www.miguelsarre.com)

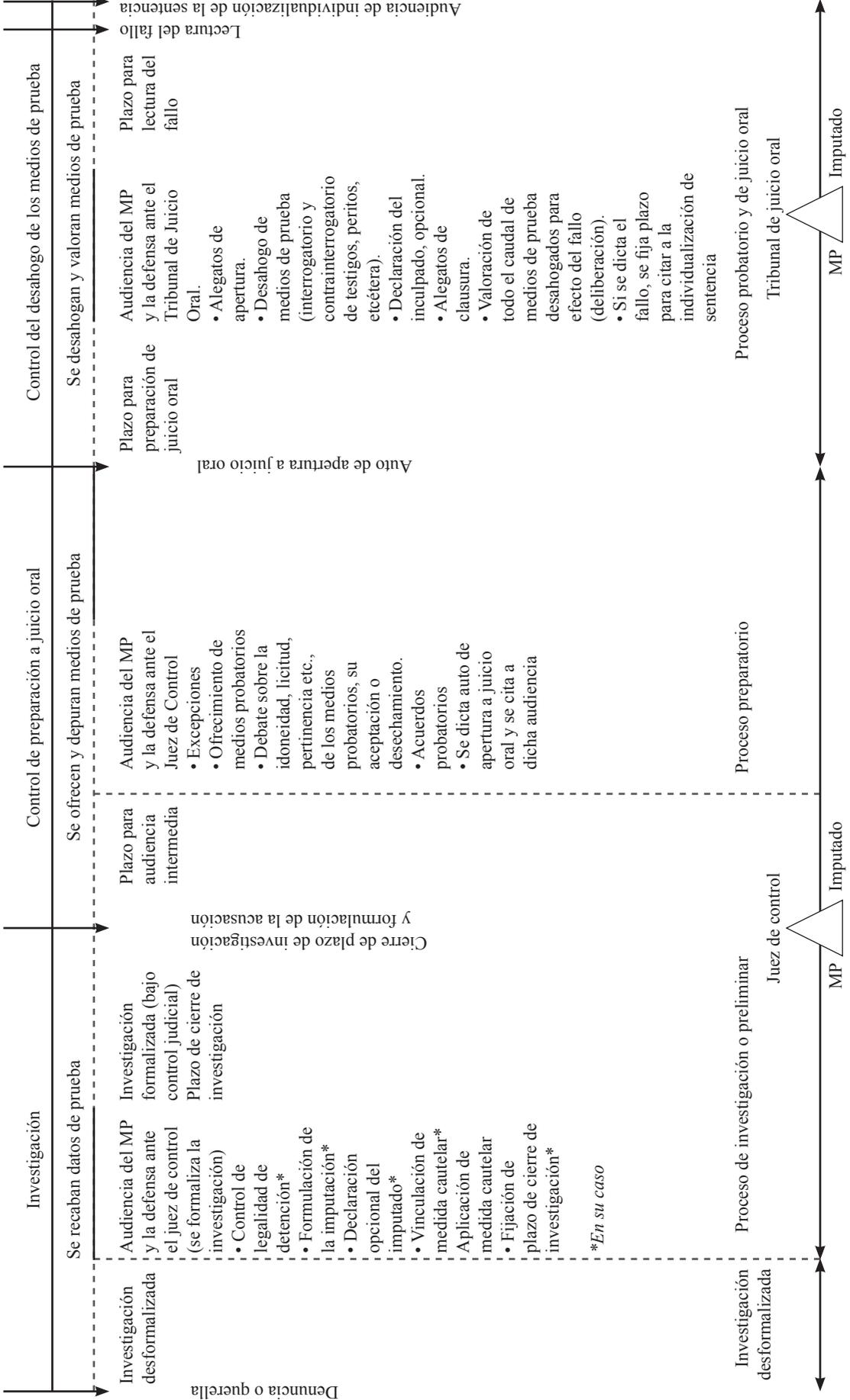
<sup>8</sup> Venustiano Carranza lo mencionó así en su discurso de apertura de sesiones del Congreso Constituyente de diciembre de 1916.

ESQUEMA A. Nuevo Proceso Penal  
(Esquema general)

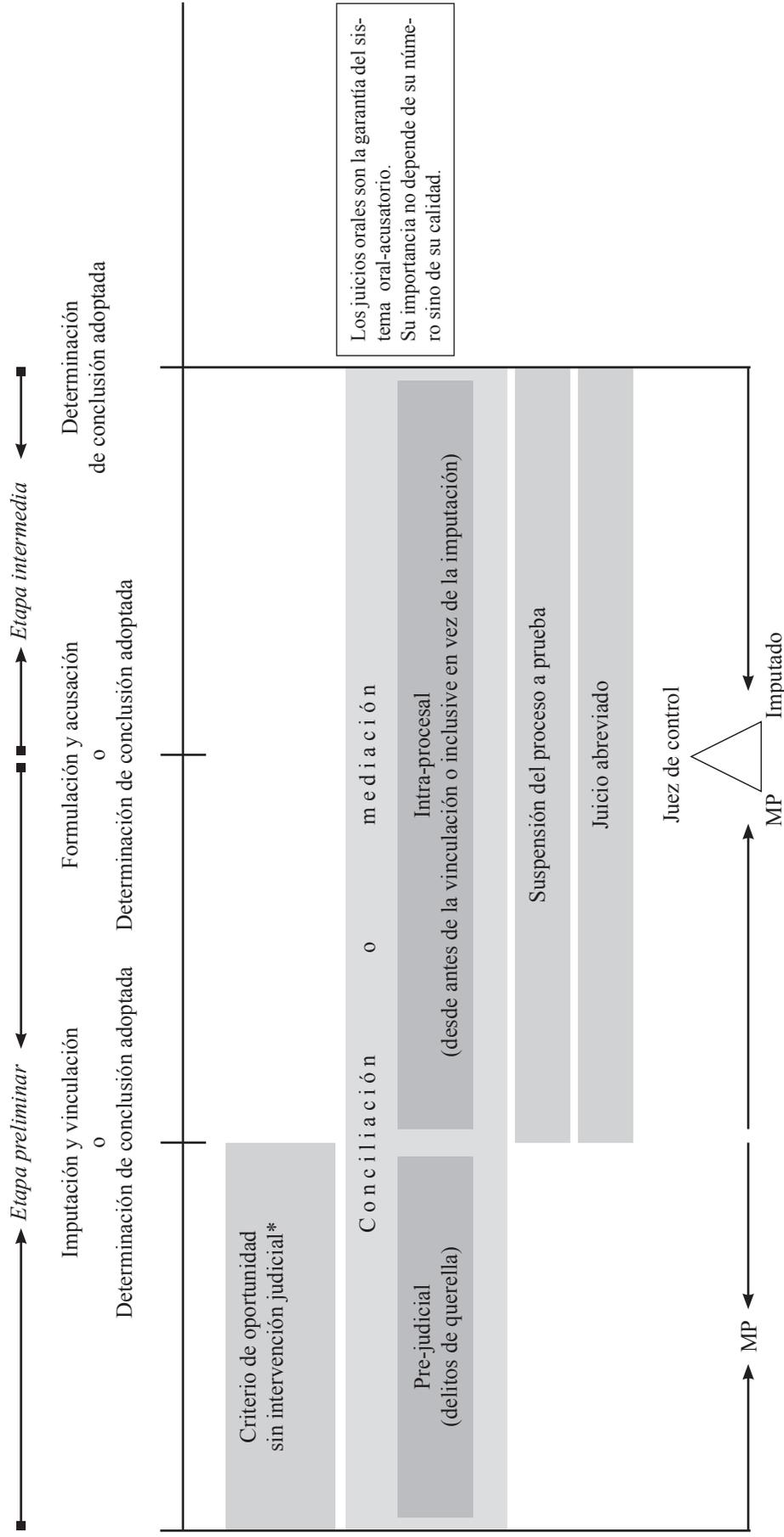
*Etapa preliminar*

*Etapa intermedia*

*Etapa de juicio oral*



ESQUEMA B. Soluciones alternas al juicio oral



\* De acuerdo con la naturaleza de la figura puede darse desde el inicio de la etapa preliminar hasta su cierre (antes de la acusación). Sin embargo, hay Códigos, como el de Chihuahua, que procede hasta antes del auto de apertura de juicio oral.





## La necesidad de reafirmar el principio de la dignidad humana en el Derecho del siglo XXI

Federico César Lefranc Weegan

Instituto Nacional de Ciencias Penales, México

Revista Penal México, núm. 2, julio-diciembre de 2011

**RESUMEN:** El estudio de la dignidad humana a partir de su aparición en los principales instrumentos internacionales ha obligado a los investigadores a interesarse en diversos puntos de vista que van desde el derecho hasta la bioética, desde la política hasta las religiones, así sea en el extremo para refutar la idea misma de una dignidad humana. Aquí se exploran las interpretaciones que han venido haciendo los Tribunales al respecto, y se propone que estas interpretaciones hasta ahora están lejos de ser convincentes, porque omiten considerar la experiencia misma de la dignidad.

**PALABRAS CLAVE:** Dignidad humana, derechos fundamentales, ética, Declaración Universal de los Derechos Humanos, filosofía kantiana, indignación.

**ABSTRACT:** The study of human dignity from its appearance in the main international instrument has forced researchers to take interest in diverse views ranging from law to bioethics, from politics to religion, so be it in the end to refute the idea of human dignity. Here we explore the interpretations that the courts have made about it, and we put forward that these interpretations proposed until now are far from convincing, because they fail to consider the experience of dignity.

**KEYWORDS:** Human dignity, Human rights, ethics, Universal Declaration of Human Rights, Kantian philosophy, outrage.

Fue después de la Segunda Guerra Mundial que se incorporó por primera vez, con pretensiones de universalidad, a la dignidad humana en un instrumento jurídico. La dignidad humana no apareció expresamente en las declaraciones clásicas de derechos humanos. Es decir, no está enunciada en la Declaración

de Independencia de los Estados Unidos de 1776, ni en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Estas declaraciones tuvieron como presupuestos, expresamente, la vida, la libertad y la propiedad.<sup>1</sup> A la dignidad humana se le invocó en la Declaración Universal de 1948, distin-

<sup>1</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, 180 pp. Además, sobre la propiedad considerada anteriormente como derecho fundamental, en 1947 la Comisión de la Unesco para las bases técnicas de los derechos humanos admitió este supuesto en sus conclusiones, recogidas en Carr, Edward, *et al.*, *Los derechos del hombre*, Laia, Barcelona, 1973, p. 400.

guiéndola de la libertad, de la vida y de los derechos. Esta distinción nos invita a diferenciar entre las meras condiciones para la vida, las condiciones para la vida libre y las condiciones para una vida con derechos.

A partir de su inclusión en la DUDH, la referencia a la dignidad humana fue incorporada lo mismo en las Constituciones de posguerra que en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. Hay que hacer énfasis en que el reconocimiento explícito de la dignidad significa que debe considerarse como algo diferente de la libertad porque ésta aparece de manera independiente en la declaración referida. Es decir, libertad y dignidad humanas no son equiparables desde el punto de vista de las declaraciones de derechos. Uno de los problemas que dan motivo a esta investigación es el de comprender cuál puede ser el alcance del Derecho al interpretar una idea tan compleja como la de la dignidad humana.

Esta complejidad se traduce en la dificultad para abordarla desde una perspectiva única. De hecho, su estudio ha obligado a los investigadores a interesarse en múltiples puntos de vista. Desde el Derecho hasta la bioética,<sup>2</sup> desde la política hasta las religiones, distintos cuerpos de conocimientos le dedican cada vez mayor interés, así sea, en el extremo, para refutar la idea misma de la existencia de una dignidad humana.<sup>3</sup>

Son preguntas, presentes en diversos espacios del conocimiento, aquellas acerca de la posibilidad de relacionar razonabilidad y dignidad, de precisar el significado que pueda tener para la bioética y la medicina, y de la utilidad o inutilidad del concepto mismo de dignidad:

La razonabilidad no resulta total ni omnívora si se halla un principio, valor o bien constitucional que no tolera ponderaciones o derogaciones. Según los partidarios

de los valores fuertes y de los principios absolutos, éste podría ser el caso de la “dignidad humana” que, en la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, abre el catálogo de los derechos y precede a aquéllos que figuran comprendidos entre los valores y principios de libertad, igualdad y solidaridad.

La pregunta de fondo es, por tanto, la siguiente: ¿cómo deben relacionarse razonabilidad y dignidad?<sup>4</sup>

Los elementos de comparación que propone Jörg para abordar el tema son: 1) hacer un análisis del lenguaje común y de la historia de las ideas y de las instituciones políticas y jurídicas; 2) profundizar en la jurisprudencia constitucional relacionada con el tema de la dignidad humana;<sup>5</sup> 3) examinar las aplicaciones concretas de los criterios de razonabilidad y dignidad; 4) la bioética o biopolítica,<sup>6</sup> 5) y, como conclusiones provisionales, se refiere a que en una República constitucional el máximo de razonabilidad en los asuntos públicos debe conjugarse con un mínimo indispensable de sentido de la dignidad humana como instrumento común de percepción de los casos de extrema injusticia.<sup>7</sup>

Otros autores ponen en duda tajantemente el sentido que pueda tener la expresión dignidad humana. Así, refiriéndose al reporte *Human Dignity and Bioethics*, Steven Pinker ofrece un ejemplo de una interpretación altamente cuestionable: “The general feeling is that, even if a new technology would improve life and health and decrease suffering and waste, it might have to be rejected, or even outlawed, if it affronted human dignity”.<sup>8</sup>

Sin embargo en el artículo referido no queda claro de qué manera pudieran chocar la idea de una dignidad humana y la disminución del sufrimiento, sino que el autor especula sobre una hipótesis definitivamente vaga.

<sup>2</sup> Sirvan como ejemplo mínimo los textos siguientes: Ballesteros, J., y A. Aparisi, *Biocología, dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, EUNSA, Pamplona, 2004; Habermas, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Paidós, Barcelona, 2002.

<sup>3</sup> Véase por ejemplo lo que han venido haciendo autores anglosajones como Ruth Macklin o Steven Pinker, quienes descalifican el tema a partir de artículos de unas pocas páginas, las cuales, por brillantes que pudieran ser, no tienen la profundidad requerida para abordar seriamente un concepto tan complejo, dejando fuera cantidad de puntos relevantes antes de emitir un pronunciamiento tan cuestionable como es el concepto de dignidad humana es un concepto inútil o de que se trata de un concepto estúpido. *Cfr.* Macklin, “Dignity is a useless concept”, *British Medical Journal*; Pinker Steven, “The Stupidity of Dignity”, *The New Republic*, 28 de mayo de 2008.

<sup>4</sup> Luther, Jörg, “Razonabilidad y dignidad humana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7 enero-junio de 2007, p. 246.

<sup>5</sup> Luther, Jörg sugiere privilegiar el estudio de las problemáticas jurídicas relacionadas con la lucha contra el terrorismo. Luther, Jörg, *Razonabilidad y dignidad humana*, *op. cit.*

<sup>6</sup> “El caso de la importación de células madre de Inglaterra regulado por el séptimo programa comunitario sobre investigación”, *ibid.*

<sup>7</sup> Nótese la remisión a un “sentido de la dignidad”, que parece aludir a la intuición que tenemos de ésta.

<sup>8</sup> Pinker Steven, “The Stupidity of Dignity”, *The New Republic*: [http://www.tnr.com/story\\_print.html?id=d8731cf4-e87b-4d88-b7e7-f5059cd0bfbdb](http://www.tnr.com/story_print.html?id=d8731cf4-e87b-4d88-b7e7-f5059cd0bfbdb) Conservative bioethics, latest, most dangerous ploy.

El punto de partida para lo que en adelante desarrollo ha sido: ¿Cómo vienen interpretando los tribunales las invocaciones a la dignidad? He tratado de identificar algunas de las respuestas más significativas, y a partir de ellas considero que se pueden identificar dos líneas principales de interpretación, y una distinta, menos socorrida. Una pretende que la concepción jurídica de la dignidad humana se puede deducir de alguna manera de los derechos que le son inherentes, aunque aquí conviene recordar que la dignidad se enuncia separada de los derechos, es decir, se le distingue de los derechos, pero actúa junto con ellos. Otra, que se traslapa con la anterior, se sustenta en una clase de invocación a la filosofía ética kantiana privilegiando lo que se ha denominado la fórmula del objeto.<sup>9</sup> Y la menos socorrida, que mantiene cierta independencia respecto de las anteriores, acude a la protección de las condiciones mínimas de existencia para el individuo.

Tomando como modelo la sentencia STC 53/1985 del Tribunal Constitucional español se pueden identificar dos de estos tratamientos en la interpretación de la dignidad. El que se refiere a la aplicación del método analítico deductivo al subsistema de derechos que le son inherentes. Y el relacionado con la introducción, en las sentencias de proposiciones propias de la filosofía moral kantiana que son invocadas por los tribunales a la manera de argumentos de autoridad; en este último sentido se ha privilegiado la llamada fórmula del objeto.<sup>10</sup> Esta misma fórmula aparece también en la STC 91/2000, que omite referirse a la persona “como mero objeto del ejercicio de los po-

deres públicos”.<sup>11</sup> Del mismo modo, en Alemania se hace evidente la aplicación de la fórmula de no instrumentalización en la sentencia BVerfGE 9, 89 (95): “Convertir en el Estado al hombre en simple objeto contradice la dignidad humana”.<sup>12</sup> La Corte Constitucional colombiana ha adoptado también dicha fórmula, como se lee en la sentencia C-221 de 1994:

El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, confiscarla, convertirla en medio para los fines que por medio de ella se eligen.<sup>13</sup>

De entre los derechos que los Tribunales han considerado como inherentes a la dignidad de la persona están el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen.<sup>14</sup>

En la STC 214/1991 referida al honor se hace mención de la dignidad de la persona como rango, como categoría, como atributo, como principio y como valor constitucional. En ese sentido, Violeta Friedman y el honor del pueblo judío son en España la sentencia emblemática.<sup>15</sup> En Alemania la colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor —este último, en conexión con el derecho fundamental a la dignidad— se puede estudiar a partir del fallo emitido por el Tribunal Constitucional Federal contra la revista *Titanic* en la BVerfGE 86, 1 (11). En este caso, la revista se refirió en diversas ediciones a un

<sup>9</sup> La interpretación kantiana de la dignidad humana se asocia con la tradición del derecho continental, pero no así con el mundo anglosajón. Sobre esto, véase Carlucci, Aída, y Nora Lloveras, “La dignidad humana en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”, en Casado, M., *Sobre la dignidad y los principios*, Civitas, España, 2009.

<sup>10</sup> “La dignidad de la mujer excluye que pueda considerarse como mero instrumento”. STC 53/1985.

<sup>11</sup> Sentencia citada por Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, p. 93.

<sup>12</sup> En la doctrina esta fórmula se conoce como la fórmula Dürig-Kant. Véase Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, op. cit., p. 93. No obstante que constituye el núcleo de la fórmula aceptada generalmente por los tribunales en su interpretación de la dignidad humana, Gavara de Cara hace notar que es dudosa la operatividad de la expresión “objeto de la actividad estatal” por las dificultades que plantea para su concreción. Véase Gavara de Cara, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 220.

<sup>13</sup> Sentencia C-221 de 1994, citada por Plazas M., *Kant: el Newton de la moral y del derecho*, Temis, Bogotá, 2004, p. 64.

<sup>14</sup> Refiriéndose a la Constitución española: “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”. STC 53/1985 FJ. 8.

<sup>15</sup> “El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”. STC 214/1991.

oficial parapléjico llamándole “asesino nato” y “tullido”.<sup>16</sup>

En la STC 57/1994 se atribuye a la dignidad el carácter de valor jurídico fundamental, y se reconoce a los derechos garantizados en los artículos 15 y 18.1 de la CE como una proyección de ésta, entendiéndola al mismo tiempo como norma, como regla y como referente, aunque se descarta el estudio autónomo de una posible violación a la dignidad de la persona. Se le atribuye también el carácter de regla que constituye un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar. Sin embargo, en dicha sentencia se ratifica el carácter no autónomo de la dignidad de la persona en la forma en que se encuentra enunciada en la Constitución española.

En la STC 65/1986 referida a la proporcionalidad de la pena, la dignidad de la persona es considerada como un principio de los que constituyen a España como Estado de Derecho, y que encuentra sus raíces precisamente en las ideas desarrolladas durante el Siglo de las Luces. Tiene el mismo sentido heredado de la Ilustración la resolución BVerfGE 45, 187, anteriormente citada del Tribunal Constitucional Federal de Alemania: “El mandato de respetar la dignidad humana significa especialmente que se prohíben las penas crueles, inhumanas y denigrantes”.<sup>17</sup>

Otra línea de interpretación distinta se origina a partir de resoluciones como la STC 113/1989 en España, donde se interpreta la dignidad de la persona a partir de lo que se ha identificado como el derecho fundamental a un mínimo vital o a un mínimo existencial. En el caso de Alemania, diversos autores afirman la consideración de este derecho como el derecho fundamental a un mínimo existencial, haciendo referencia tanto a la doctrina como a la jurisprudencia en materia administrativa aludiendo expresamente a la BVerfGE 40, 121.<sup>18</sup>

Respecto de la corrección de la pretensión de deducir un concepto de dignidad humana de los derechos que le son inherentes, caben las siguientes consideraciones. Resulta claro que como concepto límite su interpretación está sometida siempre a la tensión que provoca la necesidad de definirlo —de volverlo operativo— y la preocupación por no encerrarlo en límites injustificables. Esta tensión se revela en las sentencias en que se aborda el tema. En ellas, la necesaria búsqueda de claridad no hace sino revelar los límites inherentes a la propia forma jurídica.

La primera frontera aparece cuando admitimos que para la discusión jurisdiccional sólo se legitima la invocación de la dignidad humana para los casos en que aparecen ciertos derechos —aquellos que se han considerado como inherentes a ésta— y luego son estos casos los que se estudian para obtener una generalización, es decir, un principio de la dignidad humana; entonces nos vemos necesariamente atrapados en una argumentación circular en la que la definición o el principio no contendrán nada que no esté presente ya en los casos cuya admisión se ha considerado legítima desde un inicio. Quizás eso ayude a explicar que la dignidad de la persona haya sido designada por los Tribunales Constitucionales indistintamente como rango, categoría, principio, regla o valor, y a la que se le han asignado funciones ambiguas.

Un ejemplo de este límite lo ofrece la regla del *minimum* invulnerable en España, o la función de control de la actividad del legislador en Alemania. Como lo ha expuesto Gavara de Cara, el control de constitucionalidad de las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales que resultaran contrarias a la dignidad humana no puede garantizarse sin antes tener claro el contenido de la norma que protege a ésta.<sup>19</sup>

En distinta perspectiva Barranco cuestiona la posibilidad de garantizar la dignidad humana a partir

<sup>16</sup> Se consideró que entraban en colisión el derecho a la honra del oficial y la libertad de expresión de la revista.

<sup>17</sup> BVerfGE 45, 187. No obstante, esta clase de mandatos eventualmente son relativizados a partir de interpretaciones que afectan, por ejemplo, a las personas sometidas a relaciones de sujeción especial —teniendo como caso paradigmático el de la prisión— cuya condición puede incidir en la interpretación de sus derechos y, por tanto, en su dignidad personal. Cfr. Rivera, I., *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1997.

<sup>18</sup> Arango se refiere entre otras a las sentencias BVerwGE 1, 159, BVerfGE 40, 121, en las que mediante una interpretación sistemática y/o teleológica se ha concluido que: “Un derecho fundamental a un mínimo existencial (*Existenzminimum*) no está expresamente establecido en la Constitución alemana. No obstante, la jurisprudencia administrativa y la doctrina jurídica están de acuerdo en que el derecho a un mínimo vital se puede justificar a partir del artículo 1, párrafo 1, junto con el artículo 2, inciso 1 o inciso 2, el artículo 3, inciso 1, en conexión con el artículo 20, inciso 1 de la Ley Fundamental”. Cfr. Arango, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005, p. 129.

<sup>19</sup> Gavara de Cara, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, especialmente el párrafo “El contenido esencial de los derechos fundamentales como equivalente del principio de la dignidad humana”.

de los derechos subjetivos, ya que estos implican la inaceptabilidad de deberes positivos que puedan limitar la libertad del obligado.<sup>20</sup> No hay que perder de vista que el referente de esta clase de derechos es la relación súbdito-Estado como se concebía antes de la Segunda Guerra Mundial.

Personalmente considero que la interpretación que hace el Tribunal Constitucional español en la sentencia que nos sirve de referencia para este análisis, la STC 53/1985, viola reglas de racionalidad práctica generalmente reconocidas.<sup>21</sup>

Dichas reglas, en la versión de Bernal, son las siguientes:

R1. Claridad y consistencia conceptual. La fundamentación de las normas iusfundamentales adscritas será tanto más racional cuanto más se construya con base en argumentos provistos de claridad y consistencia conceptual y lingüística.

R1.1. Claridad conceptual. La claridad de los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional se refiere a que su significado sea comprensible para los participantes (las partes y el Tribunal Constitucional) y los observadores de los procesos constitucionales (la opinión pública y la dogmática jurídica). En este sentido, los argumentos usados por el Alto Tribunal deben estar en correspondencia con los usos lingüísticos compartidos por la comunidad.

R1.2. Consistencia conceptual. La consistencia conceptual se refiere a que los argumentos del Alto Tribunal no encierren contradicciones, así como tampoco se compongan de conceptos cuyos significados varíen indistintamente de un caso a otro.

R.4. Respecto de la lógica deductiva. Las argumentaciones aducidas por el Tribunal Constitucional para fundar la concreción de disposiciones iusfundamentales serán tanto más racionales cuanto más respeten la lógica deductiva.<sup>22</sup>

Por ejemplo, en algunos casos su interpretación se apoya en argumentos sustentados únicamente en claras referencias kantianas que no corresponden al uso lingüístico que en esta investigación le atribuimos a la comunidad en relación con la idea compartida de la dignidad humana que se gestó en la posguerra.

Por otra parte, se le da a la norma de la dignidad de la persona, indistintamente, una amplia variedad de significados en una misma resolución y entre diferentes sentencias, lo cual revela la falta de consistencia conceptual en relación con el uso jurisdiccional de dicha norma. Se invierte el proceso deductivo olvidando que la norma de la dignidad es condición y no resultado de los derechos. Es decir, se trata de una norma que condiciona pero que no está condicionada por algún Derecho.

En cuanto a la traslación directa de las formulaciones kantianas al ámbito del Derecho contemporáneo. En la ya referida sentencia STC 53/1985 se concreta la prohibición kantiana de instrumentalizar a las personas que los tribunales han caracterizado como la fórmula del objeto, y la cual dice que “la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento”, apareciendo variantes de esta fórmula en los tribunales de Alemania, Italia y Colombia.

Hay que hacer notar que lo que se invoca en las resoluciones es realmente el llamado imperativo práctico, considerado por Kant como el fundamento práctico supremo del que se deben derivar todas las leyes de la voluntad: “obra de tal modo que uses a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio”.<sup>23</sup>

La objeción a esta invocación por los tribunales a la llamada fórmula del objeto requiere de una exposición más amplia. Empezaré por aclarar que, a diferencia del

<sup>20</sup> Esta vinculación de los derechos fundamentales con los derechos subjetivos está relacionada con la aparición histórica de estos últimos en el momento en que la ideología política liberal fue asociada con el iusnaturalismo racionalista. Cfr. Barranco M., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, capítulo IV.

<sup>21</sup> Estas reglas son conocidas como reglas de racionalidad práctica y aparecen completas en diferentes versiones, entre otras en las obras que a continuación se refieren: Bernal, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2005, parágrafo 2.1.3.2, “Los criterios de la racionalidad práctica y de la racionalidad teórica en la interpretación constitucional”. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, especialmente el capítulo 4, “Las reglas y formas del discurso práctico general”. Atienza, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 154 y ss.

<sup>22</sup> Estas reglas son conocidas como reglas de racionalidad práctica y aparecen completas en diferentes versiones, entre otras, en las obras que a continuación se refieren: Bernal, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2005, parágrafo 2.1.3.2, “Los criterios de la racionalidad práctica y de la racionalidad teórica en la interpretación constitucional”. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, capítulo 4, “Las reglas y formas del discurso práctico general”. Atienza, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 154 y ss.

<sup>23</sup> Kant, I., GMS [429].

Derecho, que requiere de conceptos precisos, es decir, bien definidos, la filosofía puede trabajar adecuadamente con conceptos apenas bosquejados, conceptos no completamente definidos. Como lo propone Kant:

En la filosofía no hay que imitar las matemáticas, poniendo antes las definiciones, como no sea a título de puro ensayo. En efecto, dado que las definiciones son descomposiciones de conceptos dados, estos conceptos, aunque confusos todavía, irán delante, de igual modo que la exposición incompleta precederá a la completa, de suerte que de algunas características extraídas de una descomposición todavía incompleta podremos ya deducir algo antes de llegar a la exposición completa, esto es, a la definición. En una palabra, en filosofía la definición, en cuanto delimitación, tiene que concluir la obra, más que iniciarla.<sup>24</sup>

La filosofía eventualmente puede recurrir a concepciones temáticas sin que éstas se concreten inicialmente en definiciones precisas. Pero el Derecho no tiene esa pretensión. La lectura que hacemos del Derecho está directamente influenciada de una epistemología y de una meta-ética que se traducen en una imagen específica del ser humano. Y esta imagen del ser humano incluye una concepción igualmente específica de la dignidad humana.<sup>25</sup> Una imagen en la que las formas de la razón y de la moral, que son consecuencia de esa perspectiva epistemológica y de ese discurso meta-ético, se acompañan y se traducen respectivamente en una concepción del ser racional y en una del agente moral.

¿Cuál es el marco de la concepción kantiana de la dignidad humana? En primer lugar, no se trata de un concepto aislado o desarticulado de su sistema filosófico. Aunque tampoco se trata de un concepto tan

minuciosamente desarrollado en la obra del filósofo, como es el de la libertad. El concepto de dignidad en Kant fue tomando forma a lo largo del tiempo. Fue usado desde el periodo precrítico en lecciones como las de ética, en las que Kant asumió una comprensión elemental de la dignidad. Hasta el inicio de una exposición sistemática en la GMS, donde aparece ya inmerso en un gran sistema filosófico; sistema filosófico sólidamente estructurado desde la KrV.

Ahora bien, la GMS forma parte de un conjunto de grandes obras que Kant concibió con carácter unitario y que darían forma a un ambicioso sistema filosófico, sustentado en la llamada filosofía pura. Kant divide la filosofía pura en dos grandes áreas: la filosofía pura de la naturaleza y la filosofía pura de la moral, que si bien desarrolla por separado, lo hace con un complejo sentido de unidad. Los cimientos de este sistema para el caso de la filosofía de la naturaleza están en las categorías del entendimiento.<sup>26</sup> Para la filosofía de la moral desarrolló las categorías de la libertad.<sup>27</sup>

Tómese en cuenta además la siguiente exigencia del filósofo: “exijo para la crítica de una razón práctica pura que, si ha de ser completa, tenga que poder ser expuesta a la vez su unidad con la especulativa en un principio común, porque al cabo sólo puede ser una y la misma razón, que tiene que ser distinta meramente en la aplicación”.<sup>28</sup> Sobre este aspecto, Luisa Posada hace una referencia específica a que la segunda parte de la KrV puede ser entendida como canon para la razón práctica, aunque se mantenga dentro de un uso apodíctico, ya que señala los lugares donde tal uso es imposible y perfila así los criterios metodológicos para otro uso.<sup>29</sup>

La libertad del ser racional es la piedra de base sobre la cual cimienta el filósofo el gran edificio de

<sup>24</sup> Kant, I., KrV B [759].

<sup>25</sup> Confróntense, por ejemplo, los textos de Peces-Barba, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, y de Häberle, P., *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2001.

<sup>26</sup> Refiriéndose a la facultad del entendimiento, Kant desarrolla, divididas en cuatro grupos, las categorías siguientes: 1) *De la cantidad*: Unidad, Pluralidad, Totalidad; *De la cualidad*: Realidad, Negación, Limitación; *De la relación*: Inherencia, Causalidad, Comunidad; *De la modalidad*: Posibilidad, Existencia, Necesidad. A partir de estas funciones, el filósofo considera enteramente agotado el entendimiento. Véase Kant, KrV, A, el párrafo “De los conceptos puros del entendimiento o categorías”. Que estas categorías aplican también a la crítica de la razón práctica lo aclara Kant en los siguientes párrafos: “el conocimiento de la razón pura es aquí el fundamento del uso práctico, la división de una crítica de la razón práctica deberá, en sus líneas generales, ser establecida conforme aquella de la razón especulativa”. Kant, I., KpV [16].

<sup>27</sup> La Tabla de las categorías de la libertad se integra como sigue: 1) *De la cantidad*: Subjetivamente, según máximas; 2) *De la cualidad*: Reglas prácticas de la acción, Reglas prácticas de la abstención, Reglas prácticas de la excepción; 3) *De la relación*: Con la personalidad, Con el estado de la persona, Recíproca de una persona con el estado de las cosas; 4) *De la modalidad*: Lo lícito y lo ilícito, El deber y lo contrario al deber, Deber perfecto y deber imperfecto. Kant, I., KpV [67], KpV [5].

<sup>28</sup> GMS [391, 30].

<sup>29</sup> Véase Posada, L., *Razón y conocimiento en Kant. Sobre los sentidos de lo inteligible y lo sensible*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2008, p. 240.

la metafísica de la moral. Racionalidad y libertad darán lugar a la autonomía, fuente de la moral. Es en este marco de la libertad de los seres racionales, de su autonomía, que Kant introduce la dignidad humana como la cualidad de aquello que no admite nada equivalente, que no tiene precio.<sup>30</sup>

La caracterización que hace Kant del hombre como sujeto autónomo tiene como consecuencia que lo conciba como fin en sí mismo. Siendo fin en sí mismo, deberá ser tratado siempre a la vez como tal. Allí hay un pequeño matiz, dice el filósofo; siempre a la vez como fin, nunca únicamente como medio. Y con ello nos hace ver que está consciente de que los hombres se tratan entre sí permanente y simultáneamente como fines y como medios. Toda ella es una construcción de la filosofía ética que se concreta en la concepción de un reino de los fines: el reino de todos los seres racionales, autónomos, poseedores de una dignidad que impide que se les compare con las cosas, que les impone no tratarse entre sí, nunca sólo como medios. Un reino en el que la ley moral sea una ley suprema de la libertad, en palabras del propio filósofo.<sup>31</sup>

A pesar de lo brillante de su construcción, Kant no aceptó incluir en el reino de los fines un espacio para cada uno. Desde la perspectiva de la filosofía práctica no todos los seres humanos tienen cabida en dicho reino. Y ello por decisión del propio filósofo, que excluyó a las mujeres por considerarlas en una perpetua minoría de edad.<sup>32</sup>

Vemos la posibilidad de plantear objeciones a la apelación por los tribunales de la obra de Kant desde dos perspectivas. Por una parte están las que se relacionan con la dificultad de incorporar el discurso ético filosófico al ámbito del Derecho. Por otra hay objeciones que son inherentes al propio sistema de la filosofía pura; con estas últimas vamos a empezar.

Este grupo de objeciones es consustancial al sistema de la filosofía pura. La primera consiste en desta-

car que la característica que se ha tomado en cuenta para legitimar la adopción incondicionada de la perspectiva kantiana como sustento de la ética moderna y como fuente de una única concepción de la dignidad humana, aquella característica que viene considerando su sistema como universal y absolutamente necesario, y por lo tanto único, es una característica que no se cumple rigurosamente, como lo han puesto en evidencia los trabajos de Stephan Körner, por una parte, y de Jonathan Dancy, por otra.<sup>33</sup>

Kant sólo alcanza a demostrar que las conclusiones que obtiene de su sistema filosófico están legitimadas dentro de dicho sistema, y que dentro de éste son conclusiones necesarias. Demuestra también que conclusiones diversas dentro de ese mismo sistema filosófico no encuentran justificación. Pero con ello no agota la demostración de la unicidad del sistema. Es decir, no demuestra que su sistema sea el único sistema de filosofía ética posible, ya que no queda demostrada su necesidad absoluta sino únicamente su posibilidad legítima.<sup>34</sup> Esta objeción tiene importancia para el tema de la dignidad humana porque deja claro que hay elección, que están abiertos otros espacios para la discusión.

La siguiente objeción es más conocida y se refiere al formalismo explícito de la ética kantiana, a sus alcances y a la dificultad de delimitarlo. Kant determina este formalismo para su filosofía en el muy importante Teorema III de la *Crítica de la razón práctica*: “Si un ser racional debe pensar sus máximas como leyes prácticas universales, no puede pensarlas sino como principios que contengan el fundamento para determinar la voluntad, no según la materia, sino sólo según la forma”.<sup>35</sup>

Para el filósofo, el imperativo categórico atañe a la forma y al principio que preceden a la formación de la voluntad, no a la materia de dicha voluntad. A partir de este postulado es claro que para que una máxima

<sup>30</sup> Kant, I., GMS [434, 30].

<sup>31</sup> Kant, I., GMS [463].

<sup>32</sup> “El mozo que trabaja al servicio de un comerciante o un artesano; el sirviente (no el que está al servicio del Estado); el menor de edad (*naturaliter vel civiliter*); todas las mujeres y, en general, cualquiera que no pueda conservar su existencia (su sustento y protección) por su propia actividad, sino que se ve forzado a ponerse a las órdenes de otros (salvo a las del Estado), carece de personalidad civil y su existencia es, por así decirlo, sólo de inherencia”. Kant, I., MS [314].

<sup>33</sup> Considérese la discusión entre Stephan Körner y Eva Schaper en Cabrera, I. (comp.), *Argumentos trascendentales*, UNAM, México, 2007. Igualmente tómese en consideración la postura epistemológica de Dancy, en Dancy, J., *Introducción a la epistemología contemporánea*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

<sup>34</sup> Cabe aquí discutir si el imperativo categórico responde a una unicidad excluyente, es decir, si es concluyente su necesidad en términos Kantianos. Körner, “La imposibilidad de las deducciones trascendentales”, en Cabrera, I., *Argumentos trascendentales, op. cit.*, pp. 43 y ss.

<sup>35</sup> Kant, I., KpV [27].

se configure como ley práctica universal el fundamento para determinar la voluntad se debe pensar únicamente según la forma.<sup>36</sup> Este límite que proscribe la concreción de un contenido particular nos lleva a la objeción más inquietante, ya que el formalismo riguroso admite como correctas, incluso, formulaciones del imperativo categórico como la del gobernador nazi de Polonia, Hans Frank, llamado por Arendt el IC del Tercer Reich:<sup>37</sup> “Actúa de tal manera que el *Führer*, si conociera tu acción, pudiera aprobarla”.<sup>38</sup>

Ahora bien, la formulación recogida por Arendt ha sido igualmente referida por Todorov y admite perfeccionarse formalmente en la medida en que se atribuye al propio Frank haber declarado también en 1935: “Yo no tengo conciencia; Adolf Hitler es mi conciencia”.<sup>39</sup>

De manera que el imperativo categórico de Frank podría tener una formulación formalmente correcta, completamente ajena a la intención del filósofo prusiano, si reuniendo las dos declaraciones se le interpreta como si dijera: “actúa de tal manera que tu conciencia, si conociera tu acción, pudiera aprobarla”, satisfaciendo así el requisito de universalidad formal. Este ejemplo extremo permite demostrar que únicamente conociendo la materia del imperativo, en este caso el contenido de aquello que Frank llama su conciencia, podríamos percatarnos de la perversidad de la máxima que tendría la apariencia de legítima.

Al separar la noción de deber de los fines, propósitos, deseos y necesidades —nos dirá MacIntyre—, queda como única interrogante para decidir un curso de acción la pregunta acerca de si es posible querer que sea universalizado. El riesgo de no ir más allá del criterio de la forma universalizable es que las normas de autoridad, cualquiera que sea su origen —político, religioso o moral—, tienden a tener la forma de normas universales.<sup>40</sup> Ahora bien, si estamos dispuestos a aceptar que el agente moral no es más que “el suje-

to lógico de una producción racional de actos” cuya justificación moral se encuentre únicamente en la forma, entonces esta concepción conduce a la pérdida de complejidad o de profundidad del concepto de ser humano.

El *yo pienso, el ente racional, los seres entendidos como inteligencias*, que son las formas en que el filósofo se refiere a su agente moral representan un agente ideal que no tiene un correlato en el mundo de la experiencia. En ese sentido podemos hablar de una concepción fragmentada del sujeto ético. Una concepción fragmentada respecto de sí, ya que por necesidades epistémicas el sujeto histórico no debe ser considerado. Y fragmentada del sujeto respecto de sus cualidades para empatizar con el otro porque desde el punto de vista de la ética formal, al no considerar la experiencia propia de cada sujeto, no está en posibilidades de tomar en cuenta al ser social. Escribe Kant en la *KrV* acerca de los cuerpos: “En la estética trascendental hemos demostrado de modo incuestionable que los cuerpos son simples fenómenos de nuestro sentido externo, no cosas en sí mismas. Teniéndolo en cuenta, estamos autorizados a decir que nuestro sujeto pensante no es corpóreo”.<sup>41</sup>

Y en la *Crítica de la razón práctica* ratifica: “Las categorías tan sólo se refieren siempre a seres entendidos como inteligencias”.<sup>42</sup> Estos seres entendidos como inteligencias, seres no corpóreos, son los que pertenecen al mundo de los seres racionales; *mundus intelligibilis* refiere textualmente Kant, es decir, los miembros del reino de los fines.<sup>43</sup>

La anterior es filosofía pura, y además filosofía pura kantiana; hay objeciones que se refieren a la descontextualización de la ética filosófica de Kant por parte del discurso de los derechos. Las sentencias estarían pretendiendo apropiarse en la práctica jurídica del kantiano reino de los fines a través de la fórmula del objeto, lo cual quiere decir que estarían tratando

<sup>36</sup> Kant, I., GMS [416].

<sup>37</sup> Arendt, H., *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Lumen, España, 1999, p. 207.

<sup>38</sup> Citado por Todorov, T., *Frente al límite, Siglo XXI*, México, 1993, p. 194. Igualmente, Arendt se refiere éste como el imperativo categórico del Tercer Reich. Arendt, H., *Eichmann en Jerusalén, op. cit.*

<sup>39</sup> Véase Overy, R., *Interrogatorios. El Tercer Reich en el banquillo*, Tusquets, Barcelona, 2003, p. 511.

<sup>40</sup> Para MacIntyre, “pertenece a la esencia de la razón el postular principios que son universales, categóricos e internamente consistentes. Por tanto, la moral racional postulará principios que puedan y deban ser mantenidos por todo hombre, independientes de circunstancias y condiciones, que pudieran ser obedecidos invariablemente por cualquier agente racional en cualquier ocasión”. MacIntyre, A., *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1987, p. 67.

<sup>41</sup> Kant, I., *KrV A* [358].

<sup>42</sup> Kant, I., *KpV* [57].

<sup>43</sup> Kant, I., GMS 438.

de imponer a la sociedad una Constitución ética. Pero la implementación de una Constitución ética fue expresamente proscrita por Kant en *La religión dentro de los límites de la mera razón*.<sup>44</sup> Esta objeción rotunda además fue reiterada por el propio filósofo en la *Metafísica de las costumbres*, cuando escribió contra la descontextualización de la fórmula del objeto dejando claro que “ninguna legislación exterior puede lograr que alguien se proponga un fin (porque es un acto interno del ánimo)”.<sup>45</sup>

Los tribunales han perdido de vista que ningún Estado puede obligar a una persona ni impedirle que se proponga un fin, y si una legislación exterior como es la jurídica no puede lograr que una persona cualquiera se proponga un fin, ¿qué significado podría entonces tener la prohibición jurídica de tratar a la persona sólo como un objeto? ¿A qué rama del Derecho le correspondería regular dicha prohibición?

Kant no pugnó, como pretenden ciertas interpretaciones, para que el imperativo categórico fuera impuesto a las personas por el Estado, sino —y esto con los matices propios de su época— para que el Estado creara las condiciones a fin de que los hombres pudieran actuar conforme a este imperativo.

La siguiente objeción tiene un carácter más general; Kant tuvo permanentemente el propósito de articular el conjunto de su filosofía como un sistema. En ese sistema, o desde esa pretensión, ninguna idea estaría dislocada. La concepción kantiana de la dignidad humana es fundamental aun hoy en muchos espacios donde está presente la discusión filosófica. Pero su inclusión en ámbitos distintos de la filosofía ética debe ser cuidadosa. Deben de considerarse los límites que en una lectura amplia de su obra se entienden como fijados por el propio filósofo al colocar la ética en el ámbito de la filosofía pura.<sup>46</sup>

Y más importante aun, debe considerarse que, a pesar de su pretensión de universalidad, la toma de postura kantiana que excluye a las mujeres de la posibilidad de una autonomía ética, es decir, al 50% del universo humano, contradice una concepción nueva de la dignidad humana. Lo mismo sucede con la propuesta de justicia del filósofo, que impone al individuo concebido como súbdito el deber incuestionable

de obediencia al Estado, o que promueve la pena de muerte.

La concepción del sujeto como sujeto epistemológico, no corpóreo, poseedor de dignidad en tanto que absolutamente racional, propiciará la objeción más severa a la adopción generalizada e incuestionada de la concepción kantiana de la dignidad humana por los tribunales, ya que estamos hablando de una concepción truncada de la criatura humana.

El Segundo considerando de la Declaración Universal de Derechos Humanos es la expresión de un problema ético que hubiera resultado incomprensible después de la Declaración francesa de 1789 y antes de Auschwitz: “Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”.

Con esta consideración, la comunidad mundial se hizo cargo de un conjunto de hechos atroces, pues se habían cometido actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad. Lo distinto no es que se haya cometido esta clase de actos, sino su reconocimiento explícito por parte de los representantes de los Estados a nivel mundial. Este reconocimiento tiene, entre otras, dimensiones éticas y políticas. Es un precedente del imperativo adorniano, pensar y actuar de modo que Auschwitz no se repita.

No es pues sólo la atrocidad de los hechos, sino el reconocimiento por parte de la comunidad mundial de que esos hechos fueron cometidos, lo que da un carácter ético al segundo considerando de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¿Es posible intelegir la dignidad y permanecer neutral respecto de ella considerándola estrictamente como objeto de estudio? Reducida a la fórmula del objeto, la ética de ascendencia kantiana es insuficiente para abordar los siguientes problemas prácticos propios de la política de exterminio: el sujeto empírico como sujeto vivo; la incomprensión de los vencidos; la urgencia como experiencia vital; la compasión; el ser humano complejo, la persona. Frente a las categorías kantianas del conocimiento moral puro, tenemos categorías empíricas, quizás solo provisionales, que se desprenden de los testimonios. Frente a la

<sup>44</sup> Kant, I., *La religión dentro de los límites de la mera razón*, Alianza, Madrid, 2007, p. 120.

<sup>45</sup> Kant, I., MS [239].

<sup>46</sup> Para una discusión amplia de estas objeciones, véase Lefranc, F., “Los límites de la interpretación de la dignidad humana. La presencia kantiana en su concepción jurídica actual”, tesis doctoral, UAB, 2010, especialmente el capítulo “Objeciones a la aplicación del concepto kantiano de dignidad humana al ámbito jurídico contemporáneo”.

libertad como presupuesto teórico, tenemos la aspiración a la libertad del prisionero concreto.

El sujeto empírico es el que sufre el mal, y es quien, en ocasiones puede hacerle frente, quien puede resistir o quien sucumbe. El hambriento, el torturado, el enfermo sufren, su sufrimiento pertenece al mundo sensible.

Aceptar esto significa reflexionar sobre nuestra imagen del ser humano, aceptar que más allá del sujeto epistemológico moderno están, en plural, las víctimas y los sobrevivientes con sus historias individuales, con sus cuerpos lacerados. Significa reconocer la unidad esencial de la persona para que la persona pueda ser responsable por el otro: “el sujeto es de carne y sangre, hombre que tiene hambre y que come, entrañas en una piel y, por ello, susceptible de *dar* el pan de su boca o de dar su piel”,<sup>47</sup> nos recuerda Levinas.

Para la persona común cualquier filosofía pierde sentido en situaciones límite. Después de determinado umbral de dolor no somos capaces ni siquiera de hacernos cargo de nosotros mismos. Reflexiona Julio Cabrera: “Cuando sufrimos el dolor físico propio, nos quedamos completamente solos, inhabilitados para practicar cualquier clase de moralidad, kantiana, utilitarista o estoica, y somos urgentemente lanzados a nosotros mismos sin nadie que nos acompañe”.<sup>48</sup>

Reconocer que el sufrimiento del otro ha sido provocado en esta sociedad lleva consigo la obligación moral de poner en duda el *statu quo* en que fue infligido ese sufrimiento. Para llevar a cabo este cuestionamiento necesitamos de la memoria de los testigos. Entretanto, la incapacidad de la sociedad de detener su marcha frente a la interpelación del sobreviviente puede ser concebida como indiferencia. La indiferencia es intocable para el Derecho, así debe serlo. Pero entre la indiferencia y el abandono la frontera es sutil. Si algo podemos aprender es que nadie debería ser abandonado frente a su propio dolor.

La coexistencia es la manera de ser específicamente humana, es un hecho primario, de allí lo impactante que resulta la soledad para cualquier individuo.<sup>49</sup> Por eso, el aislamiento total se considera un castigo inhumano, porque atenta contra la dignidad misma de la persona. Frente a esto hemos desarrollado una

confianza compartida en que nuestros semejantes no deben ser abandonados. Poseen nuestra misma dignidad. Por eso, cuestionar la indiferencia es cuestionar el abandono.

Abandono, olvido, indiferencia, urgencia, supervivencia. Estamos frente a cuestiones que poco han sido tematizadas por el Derecho y que no lo fueron por el filósofo ilustrado. Ni el hambre, ni el frío, ni el dolor están inicialmente sujetos a los mecanismos de la razón. Y sin embargo, se trata del hambre que siente un ser humano, del frío que siente un ser humano, etc. Por eso nos incumben, y por eso son hambre, frío y dolor que se relacionan con la dignidad.

La urgencia no se ha tematizado en relación con el individuo concreto, pero sí se ha estudiado en relación con el Estado a través de la figura del estado de emergencia. Esto debería de resultar significativo. Si queremos realmente ajustarnos al nuevo paradigma —el Estado está para servir al ser humano y no el ser humano al Estado—, entonces es momento de invertir la perspectiva y de empezar a tematizar la urgencia de la persona concreta frente a la cual es el Estado el que tiene la obligación de responder.

El racionalismo puro ha desconocido que hay un largo y complejo proceso de humanización que vive cada ser humano en lo individual, y que es un proceso que no empieza de la nada, las generaciones lo van modificando, el punto de partida es distinto para cada generación y lo es en diferentes culturas. Y ese bagaje humanitario que da forma y contenido a la condición humana actual ha requerido de desarrollar previamente, con una voluntad que no siempre es la del cumplimiento de un deber abstracto, la capacidad de atravesar las barreras con las que las instituciones modernas neutralizan o instrumentalizan nuestras reacciones frente a nuestros semejantes. Es la respuesta que nace de la compasión. ¿De dónde hemos desarrollado la confianza en que recibiremos apoyo para sobrellevar el dolor cuando éste nos rebasa? Actualmente, de la búsqueda de respuestas frente a situaciones extremas, se ha concebido y desarrollado la idea de una dignidad humana.

Los actos de barbarie a que nos remite la DUDH son conocidos, no se trata de si el taxista es usado

<sup>47</sup> Levinas, E., *Ética e infinito*, 2ª ed., La Balsa de Medusa, Madrid, 2000, p. 182.

<sup>48</sup> Cabrera, J., *Crítica de la moral afirmativa*, Gedisa, Barcelona, 1996, p. 45.

<sup>49</sup> “En este ‘lugar tercero’ encuentran sentido los *derechos del hombre*, entendidos como derechos del *yo* que se forma con el *tú*, y no *contra el tú*”. Romano, Bruno, *Derechos del hombre y derechos fundamentales*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2010, p. 278.

como simple medio, ni del préstamo que no pretendo devolver. En la tesis he considerado que parte de la obligación académica es no propiciar el hecho de que se diluya el recuerdo de esos actos en una amplia abstracción, de allí la necesidad de consignarlos. Recordar que hechos así siguen sucediendo ahora mismo, y tratar de desentrañar puntos de reflexión. Reflexión acerca de una clase considerada como contingente y, por tanto, no abordada por Kant y tampoco asumida claramente por el Derecho.<sup>50</sup>

Las experiencias que atentan contra la humanidad deben ser conocidas y discutidas por la sociedad en su conjunto y no únicamente por los especialistas. Porque precisamente el acotamiento de la discusión a unos pocos no parece haber contribuido a evitar acciones semejantes en los últimos 60 años. Para esta investigación son importantes las cifras de la barbarie actual, de esa barbarie que comenzó apenas recién terminada la Segunda Guerra Mundial, y que incluye actos igualmente ultrajantes para la conciencia de la humanidad. Son las cifras de la indiferencia contemporánea ante una barbarie que no termina de ser reconocida.<sup>51</sup>

Si es cierto que las graves hambrunas serían evitables porque se produce la cantidad de alimento necesaria para toda la población del planeta,<sup>52</sup> si es cierto que son los países del primer mundo los que producen las armas que en guerras internas destrozan a los países subdesarrollados, si lo es que el trabajo infantil está prohibido en el mundo desarrollado pero no la compra de productos fabricados por los niños esclavos del tercer mundo, entonces lo que habría que superar es la indiferencia.<sup>53</sup> La indiferencia frente a esos espacios donde nada significan el imperativo categórico, ni los derechos fundamentales, ni la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

Esa indiferencia que resulta intocable para el Derecho, y que ha quedado olvidada para la filosofía. Es esa indiferencia actual frente a hechos que poco aparecen en los juicios la que revela que la institución de una sociedad cuyos pactos estén fundados en el respeto por la dignidad de todos está muy lejos de conseguirse.

Hemos propuesto aquí, por último, que otra forma de acercarse a la comprensión de la dignidad humana es regresarle la voz a la indignación. Escuchar el *no*, el *ya basta*, el *nunca más*. El *no* de las mujeres y las niñas, por ejemplo, un *no* tan fuerte que pudo transformar en países como Ruanda la máscara de un acto sexual en un delito contra la humanidad.<sup>54</sup> Escuchar el *nunca más* de quienes sufrieron las dictaduras en América del Sur. Escuchar el *ya basta* de los indios zapatistas en el sureste mexicano, por ejemplo. Son estas expresiones negativas tajantes que han resultado de experiencias concretas, las que nos recuerdan que el reconocimiento de la dignidad humana ha sido fruto de un largo y doloroso proceso histórico. Son esas mismas experiencias que ya han dejado su huella en las instituciones jurídicas las que permiten afirmar que hay otras formas de acercarse a la comprensión del tema.

Entonces la concepción kantiana de una dignidad humana no conferida por un Dios ni concedida por la comunidad, sino autoasumida y reclamada por el ser racional individual para sí y para los demás, con ser absolutamente necesaria resulta aún insuficiente.

Han sido las expresiones negativas tajantes las que han ratificado la legitimación material de la invocación contemporánea a la dignidad humana, así como del carácter empírico de sus referentes, relacionados directamente con niveles absolutamente intolerables de injusticia y sufrimiento promovidos o permitidos

<sup>50</sup> Hoerster, N., *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 2000; véase especialmente el párrafo 5, "El fallo sobre el *peep show* del Tribunal Administrativo Federal". Confróntese con la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, donde el propio Kant ilustra el imperativo universal del deber, eje de su filosofía práctica, con el conocidísimo ejemplo de quien pide un préstamo teniendo la intención de no devolverlo. Kant, I., GMS 422.

<sup>51</sup> Harf, Bárbara, "¿No se aprendieron las lecciones del Holocausto?", datos tomados de la tabla 1. "Genocidios y politocidios entre 1955 y 2001", en Feierstein, D. (comp.), *Genocidio. La administración de la muerte en la modernidad*, Eduntref, Argentina, 2005.

<sup>52</sup> Iglesias, M., "El desafío moral de la pobreza", en García, A. (coord.), *Racionalidad y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 219.

<sup>53</sup> Véase Monestier, M., *Los niños esclavos. El infierno diario de trescientos millones de niños*, Alianza Editorial, España, 1999, especialmente el capítulo "Compra-venta de niños. Un tráfico infame". El autor menciona también la compra-venta de niños para el tráfico de órganos. Igualmente Sönke, G., "Alles hört auf de Gaulles' Kommando", *Der Standard*, 7 de octubre de 2000. Citado por Werner, K., y Hans Weiss, *El libro negro de las marcas. El lado oscuro de las empresas globales*, 2ª. ed., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2006.

<sup>54</sup> Véase Monestier, M., *Los niños esclavos, op. cit.*, especialmente el párrafo "Violadas en nombre de Alá", de donde tomamos la siguiente cita: "En Ruanda, los milicianos violaron a la casi totalidad de las adolescentes de 12 a 16 años que habían sobrevivido al genocidio. Embarazadas de sus torturadores en la mayoría de los casos, quedaron proscritas por su familia y su comunidad".

por más de una comunidad. En este sentido, no hay que olvidar ya que el reconocimiento del Estado no es sino una forma de organización de las personas al servicio de las personas —forma de organización cuyos límites, propósitos, permisos y exigencias son definidos, tolerados y promovidos por quienes lo constituyen—; a partir de ello, se puede comprender que para la protección de la dignidad actualmente no es suficiente con la postura tradicional que se conforma con acotar al poder, sino que es imprescindible reconocer la legitimidad de la exigencia de acciones positivas que deben ser emprendidas por la comunidad y exigidas al Estado para darle sentido a la idea

de dignidad que plasma la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En ese sentido, reiteramos que hablamos aquí de una dignidad que debe ser atribuida sin condiciones a cada uno de los seres humanos, no únicamente en calidad de entes racionales, ni de ciudadanos de un Estado en particular, sino una dignidad asumida y compartida por todos en tanto conciencia de una condición.

De la condición que merecemos porque así lo hemos decidido.<sup>55</sup> De una condición que debe ser satisfecha, y cuya satisfacción es empírica y no meramente formal.

---

<sup>55</sup> En el entendido de que esta decisión responde a un largo proceso histórico. Un proceso que es a la vez personal y social, véase por ejemplo el siguiente texto de Romano: “La formación —libre y querida— de la identidad constituye el primer compromiso del yo; no es una operación impersonal de un sistema biológico, sino que es una conquista progresiva, expuesta siempre al riesgo de llegar a ser obstaculizada y negada por situaciones políticas, económicas, etc.”. Romano, Bruno, *Derechos del hombre y derechos fundamentales*, op. cit., p. 6.

# Bibliografía



## Notas bibliográficas

**Francisco Muñoz Conde**

*Revista Penal México*, núm. 2, julio-diciembre de 2011

### I. Pena de muerte

Hace unos años, pocos, nadie hubiera imaginado, al menos en el ámbito de los profesores de Derecho Penal de la Europa occidental de finales del siglo XX, que el tema de la pena de muerte volvería a ser actual y sería un tema candente en la actual política criminal de muchos países. Los horrores habidos durante la primera mitad del Siglo XX con dos guerras mundiales, que afectaron principalmente a Europa, y las varias guerra civiles, como la española, habidas en ese siglo, pusieron de relieve que la brutalidad, la crueldad y la inhumanidad no era sólo una cuestión del pasado o algo privativo de países poco desarrollados económica, social o culturalmente, sino algo perfectamente posible y una amarga realidad en los países económica y culturalmente más avanzados, como eran y son todavía los más importantes países europeos. Los regímenes dictatoriales que surgieron entre las dos guerras mundiales en Italia y Alemania, y luego en Portugal y España, países estos últimos en los pervivieron hasta el último cuarto del siglo XX, y los que bajo un signo ideológico distinto se impusieron tras la Segunda Guerra Mundial durante más de cuarenta años en los países del Este europeo, demostraron que la barbarie podía surgir en cualquier sitio y que el brillante pasado cultural e incluso el alto nivel económico de algunos de ellos no constituía un obstáculo para que pudieran imponerse con relativa facilidad la crueldad y el desprecio absoluto por los derechos humanos más elementales.

La reacción ante todo ello fue la abolición de la pena de muerte, incluso a nivel constitucional, en los países que, de una u otra manera, pasaron de un régimen dictatorial a uno democrático, como fue el

caso en la República Federal Alemana con la Ley Fundamental de Bonn, que, tras la Segunda Guerra Mundial y la derrota del régimen nacionalsocialista, sirvió de base a su nuevo Ordenamiento jurídico. Esta decisión abolicionista fue seguida por otros países europeos occidentales que, aunque no habían tenido la experiencia de regímenes dictatoriales en su pasado reciente, paulatinamente, con algunas reservas, fueron eliminando del catálogo de las penas la más cruel e inhumana de todas ellas. Lo mismo ha sucedido con los demás países europeos que en el último cuarto del siglo XX han pasado de un régimen dictatorial a uno democrático, como es el caso de España y la mayoría de los países del Este europeo, incluyendo Rusia, siendo Portugal una excepción, no porque no haya abolido la pena de muerte, sino porque la abolió ya en el siglo XIX, abolición que se mantuvo, al menos teóricamente, durante la larga dictadura salazarista.

En el ámbito europeo se puede decir, por tanto, que el abolicionismo ha ganado la partida, hasta el punto de constituir hoy en día un requisito indispensable para poder llegar a ser miembro de la Unión Europea que el país en cuestión haya abolido del catálogo de sus penas la pena capital, requisito que al menos como paso previo a su integración europea ha cumplido recientemente Turquía.

Pero este eurocentrismo abolicionista no significa que la pena de muerte haya sido abolida a nivel universal, o que haya quedado como una reminiscencia histórica en algunos países culturalmente atrasados. Desgraciadamente, raro es el día en el que no vemos en los medios de comunicación que algunos Estados entre los más poderosos del mundo, como algunos de los que forman la Federación de los Estados Unidos de América, la República Federal China o Ja-

pón, se ejecuta a alguien condenado ciertamente por algún delito horroroso contra la vida, pero también por algún delito de carácter económico o incluso por la mera discrepancia ideológica. Las cifras que nos ofrecen las estadísticas, a veces extraoficiales, como es el caso de China, son realmente impresionantes y demuestran hasta qué punto el problema de la pena de muerte es un problema candente y actual, que no puede estimarse en absoluto como una mera reminiscencia histórica o algo puramente anecdótico.

Pero incluso en los países en los que la pena de muerte hace ya tiempo que ha sido oficialmente abolida, empieza notarse un movimiento mediático difuso que se pone en marcha cada vez que se produce algún suceso luctuoso de gran impacto social, como asesinatos en serie, secuestros seguidos de violación y asesinato de menores, algún grave atentado terrorista con multitud de víctimas, que reflejan encuestas de opinión pública e incluso movimientos políticos que más o menos directamente se muestran favorables a la reintroducción de la pena de muerte.

De ahí la importancia y actualidad que tienen los libros que seguidamente se comentan que no sólo reflejan las diversas corrientes en pro de la abolición de la pena de muerte, sino que, al mismo tiempo, recuerdan que la pena de muerte es todavía una dura realidad en el panorama del Derecho Penal comparado y no una pieza del Museo de la Historia, en el que esperamos quede algún día definitivamente arrumbada.

1. *Hacia la abolición universal de la pena capital*, editores Luis Arroyo, Paloma Biglino, William Chabas, coordinador Antonio Muñoz Aunión, presentación de José Luis Rodríguez Zapatero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 565 pp. (hay una versión en inglés de este libro, publicada en la misma editorial: *Towards universal abolition of the death penalty*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 455 pp.).

En diciembre del 2009 se celebró un Coloquio organizado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Instituto de Derecho Penal Europeo e internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, que dirige el catedrático de Derecho Penal de esa Universidad, Luis Arroyo Zapatero. Dicho Coloquio fue precedido de un Acto en pro de la abolición universal de la pena de muerte, en el que el Presidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero, expuso el Programa propuesto en su Discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en sep-

tiembre del 2008 en pro de una moratoria por diez años de la pena de muerte en los países en los que todavía se aplica. En el Coloquio se presentó además por la presidenta honoraria de la Sociedad Internacional de Defensa Social, Simona Rozes, una Red Académica contra la Pena de Muerte, integrada por las cuatro grandes asociaciones científicas en Derecho Penal, la Citada Sociedad de Defensa Social, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria y la Sociedad Internacional de Criminología, 25 Institutos Universitarios de todo el mundo, desde Pekín a Estambul, y un gran número de prestigiosos penalistas.

De la edición española de las ponencias presentadas en este Coloquio, informó ya en un anterior número de *Revista Penal* (num. 26, 2010), la profesora Juana del Carpio Delgado. Posteriormente, ha aparecido una edición en inglés que diverge algo de la española, en la que se contienen artículos que no aparecen en la inglesa, y en la inglesa algunos que no aparecen en la española. En todo caso, la importancia de ambas ediciones para reanudar el debate en España, pero con repercusión a nivel mundial, sobre la abolición de la pena de muerte, creo que justifican este nuevo comentario bibliográfico junto con el de otras obras que se ocupan del mismo tema; un tema que, aunque a veces parezca que lo olvidamos, sigue siendo de una trágica actualidad en el Derecho Penal de muchos países.

La edición española se inicia con un Ponencia del profesor William A. Chabas, de la Universidad Nacional de Galway, Irlanda, uno de los principales especialistas a nivel mundial en esta materia, quien expone las perspectivas abolicionistas a la luz de las declaraciones y documentos de las Naciones Unidas; a la que sigue una valoración global y crítica de las perspectivas abolicionistas presentada por los profesores del Centro de Estudios para la Abolición de la Pena capital de la Universidad de Westminster.

A estas ponencias generales le siguen las que se refieren a las distintas regiones y países de Europa (Jon Yorke, Reino Unido; Stefano Manacorda y Giorgio Marinucci, Italia; Svetlana Paramonova, Rusia). América (Berdugo Gómez de la Torre, que se ocupa de la cuestión en los Códigos penales iberoamericanos; Salomão Shecaira, Brasil; García Ramírez, que informa sobre la Corte Penal Interamericana; Naomi Norberg, Estados Unidos; Matos de Juan, Puerto Rico; Hurtado Pozo, Perú); Asia (Kanako Takayama/

Verónica Yamamoto, Japón; Liu Janping y Wang Shizhou, China), África (Lilian Chenwi, Sudáfrica), y en la edición inglesa Turquía (Sokullu-Akinzi, Universidad de Estambul).

A esta sección le sigue otra dedicada a las religiones, culturas y valores, con ponencias del ya fallecido catedrático de Derecho Penal en el País Vasco, Antonio Beristain, sobre la pena de muerte desde el punto de vista filosófico-teológico; de Cherif Bassiouni, sobre la pena de muerte en la Sharia; de Geneve Giudicelli-Delage, que hace unas reflexiones sobre la vida y la muerte en Europa; de María Zelia de Alvarenga y Oswaldo Henrique Dues Marques sobre el derecho a morir su propia muerte; de Mahammed Charfi, ex ministro de Justicia en Argelia, sobre la diplomacia y la política internacional en la lucha contra la pena de muerte.

De la pena de muerte y la cooperación judicial internacional en el ámbito de la Unión Europea se ocupan los profesores Adán Nieto Martín y Antonio Muñoz Aunión, de la Universidad Castilla La Mancha; y de la pena de muerte en el ámbito del Derecho Penal militar y en tiempo de guerra comenta el profesor José L. Guzmán Dálbora, de la Universidad de Valparaíso, Chile.

La edición española termina con dos ponencias sobre supuestos especiales, la de Pilar Trinidad Núñez sobre la prohibición de la pena capital a los menores de dieciocho años, y la de José Luis de la Cuesta, catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco y Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho Penal, sobre la pena de muerte para los traficantes de drogas, y un breve Epílogo final de periodista del diario *El País*, Bonifacio de la Cuadra.

Tanto en la edición española como en la inglesa todos los autores y ponentes son partidarios del abolicionismo, aunque matizado desde distintos puntos de vista, no siempre convergentes en cuanto a las posibilidades y tácticas a emplear para conseguir la abolición a nivel universal.

No es el momento ahora de analizar cada una de las ponencias y las distintas opiniones que en ellas se vierten en torno a la abolición de la pena de muerte, para lo que me remito al comentario de la profesora Del Carpio, anteriormente citado; pero me parece conveniente hacer una observación general que siempre es necesaria cuando se trata, como ocurre en este libro, de un mismo tema pero situado en un contexto universal en el que no siempre tiene las mismas res-

puestas, o éstas, aun siendo las mismas, no pueden ser valoradas del mismo modo. Así, por ejemplo, en la exposición por regiones debe tenerse en cuenta la dura realidad política, económica y social en la que se encuentran muchos de los países más pobres del planeta, en los que plantear la abolición de la pena de muerte es casi un acto de humor negro, porque en ellos la muerte como consecuencia de una brutal represión policial es una experiencia de la vida cotidiana. Pero no sólo las ejecuciones extrajudiciales, que pueden darse en países en los que incluso formalmente está abolida la pena de muerte, sino también las penas de muerte impuestas conforme a los parámetros y procedimientos legales en los países en los que todavía existe y en los que se impone por hechos que en otros países ni siquiera se consideran delictivos. Esto sucede, por ejemplo, en los países en los que todavía se impone la pena de muerte “por lapidación” de la mujer adúltera, o por delitos de mera opinión, sea ésta de carácter religioso o político. La abolición de la pena de muerte también en estos países sería sin duda un gran paso, pero aún más lo sería que dejaran de criminalizarse hechos que atañen al fuero puramente moral, ideológico o religioso. Y lo que desde luego sería un paso decisivo es que se aboliera definitivamente en los países más poderosos del mundo en los que todavía se aplica con profusión, como Estados Unidos y la República Popular de China.

Un caso especial es Japón, país que a pesar de su alto nivel económico y cultural y de la homogeneidad de su estructura social, la pena de muerte es una triste realidad no sólo en su legislación penal, sino en una praxis judicial que la sigue aplicando, y una ejecución, casi subrepticia, que, como expone la profesora Yamamoto, llega a dilatarse durante años, para finalmente ser aplicada de un modo casi secreto, avisando al condenado con apenas unas horas de antelación. Recientemente, hemos sabido que la ministra de Justicia de ese país ha asistido a una de esas ejecuciones, porque considera es la mejor forma de poder dar una opinión sobre la misma, lo que no deja de ser una actitud por lo menos sorprendente.

Pero tampoco debe dejarse de mencionar a los países en grave situación de convulsión política violenta e incluso de guerra civil declarada, como Irak, Afganistán y en la actualidad algunos países del Norte de África, en los que diariamente se producen atentados terrositas o acciones bélicas (las diferencias entre unos y otras, no es fácil de trazar) en las que mueren

decenas de personas inocentes sin más culpa que la de estar simplemente en ese momento y en ese lugar.

Evidentemente todo esto excede con mucho de la temática del Coloquio que comentamos, pero son datos a tener en cuenta para debatir en profundidad más allá de la computación numérica de países que han abolido la pena de muerte y países que todavía la mantienen en el catálogo de sus penas. Sin duda el primer paso para una abolición total de la pena de muerte es la reducción y formalización de la misma en los países en los que todavía se aplica; pero ello, con ser importante, todavía no es suficiente y es preciso seguir adelante, luchando por su abolición total a nivel universal, y no sólo en el ámbito legislativo y judicial, sino también en el de una praxis política-policial que todavía recurre a la violencia letal contra los opositores o disidentes, o contra delincuentes comunes, a veces niños asesinados en plena calle cuando son sorprendidos en sus pequeñas raterías y hurtos. En todo caso, la obra que comentamos es una excelente aproximación al discurso abolicionista a nivel mundial que sigue siendo aún necesario para la erradicación definitiva de una pena tan inhumana, como ineficaz.

Cuando tomé parte en el Coloquio de referencia de esta obra, como moderador de una de las mesas redondas, y ahora al leer las distintas ponencias no puedo dejar de recordar las reuniones que en plena dictadura y en los primeros años de la transición democrática manteníamos en su casa de la calle Mateos Gago de Sevilla, con Asunción Milá y Manuel Salinas, un grupo de jóvenes profesores y jueces, bajo la presidencia del ilustre historiador y economista, Ramón Carande, ya entonces nonagenario, quien presidía una Asociación contra la Pena de Muerte que se creó en aquellas reuniones con el objetivo, casi plenamente logrado, de desterrar la pena de muerte de nuestro nuevo ordenamiento jurídico democrático y constitucional. Pero también recuerdo ahora al penalista español que todavía en plena dictadura franquista luchó denodadamente por su abolición, el catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense y luego magistrado del Tribunal Supremo, Marino Barbero Santos, maestro del profesor Luis Arroyo Zapatero, coeditor de esta obra, quien con ésta y otras publicaciones y actividades patrocinadas desde el Instituto que dirige, ha recogido de manos de su maestro la antorcha abolicionista que por diversas razones parecía ya casi extinguida, casi desaparecida

del ámbito de las discusiones políticocriminales entre los penalistas de nuestro país.

2. *The road to abolition? The future of capital punishment in the United States. (¿El camino hacia la abolición? El futuro de la pena capital en los Estados Unidos)*, editado por Charles J. Ogletree, Jr., y Austin Sarat, New York University Press, Nueva York, 2009, 374 pp.

En el tema de la pena de muerte, como en tantos otros, jurídicos y no jurídicos, no cabe duda de que lo que pase en los Estados Unidos de América puede tener una repercusión a nivel mundial tanto en sentido negativo como positivo. En un país tan grande y poderoso, pero también tan complejo, en relación con la pena de muerte, se reflejan los sentimientos contradictorios que actualmente se dan en sus dirigentes y en la opinión pública: por un lado, el sentido libertario que animó a los padres de la Independencia que pusieron por encima de cualquier otro valor la dignidad y la igualdad de los seres humanos; por otro lado, el sentimiento comunitario, que, sin duda, contribuyó a estructurar la sociedad y darle un sentido solidario nacional unitario a personas de la más diversa procedencia geográfica, religiosa, lingüística y racial, pero que, sobre todo en los últimos años a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2001, se refleja también en una mayor preocupación por la seguridad colectiva. Esta mayor preocupación se pone difícil a los planteamientos abolicionistas; aunque, como se demuestra en este libro, el camino hacia la abolición de la pena capital gana cada vez mayor terreno y no sólo en el ámbito teórico o doctrinal, sino también en el legislativo y judicial. Ya en la Introducción destacan los editores de este libro, Charles Ogletree y Austin Sarat, que América está en estos momentos en medio de una profunda reconsideración de la pena capital; en los últimos años, el número de condenados a dicha pena ha bajado notablemente y el número de los Estados que ya la han abolido ha crecido. Ya esto sería por sí solo motivo suficiente para mirar con optimismo hacia un futuro abolicionista; no obstante, existen todavía muchos obstáculos que rebajan ese optimismo ante una realidad amarga en la que la pena de muerte, como destaca en su contribución Bernard E. Harcourt con referencias estadísticas de su evolución hasta el año 2005, en algunos Estados, particularmente en los de Tejas y Alabama, se sigue aplicando y ejecutando incluso con más frecuencia que antes.

En este libro se recogen las diversas contribuciones de varios autores, de diversa procedencia científica, juristas y no juristas, que se ocupan de los aspectos históricos, culturales, jurídicos y políticos relacionados con la pena de muerte y las posibilidades de su abolición definitiva en los Estados Unidos de América. En una Primera Parte se contienen diversas contribuciones en las que se analizan las perspectivas abolicionistas. Una de Michael Radelt en la que, con un cierto exceso de optimismo, describe la progresiva disminución del número de los partidarios de la pena de muerte en Estados Unidos, refutando los argumentos en los que se apoyan para defenderla, como su carácter intimidatorio o incapacitador, pero también las actitudes ideológicas de carácter político-conservador o religioso, para terminar criticando el argumento retribucionista basado más en la Ley del Tali3n y en el sentimiento de venganza que en uno de Justicia.

En otra contribuci3n se ocupan Simon Cole y Jay Aronson de los conocimientos científcos que en los últimos años han contribuido a reducir el número de penas de muerte, como el empleo del ADN para la determinaci3n de la autoría en los delitos castigados con la pena de muerte, evitando muchos errores judiciales; las objeciones que se han esgrimido contra la inyecci3n letal, por haberse demostrado que es un método cruel que no reduce el dolor del condenado, o la prohibici3n de su aplicaci3n a menores de dieciocho años, basada en los conocimientos aportados por las ciencias neurol3gicas que demuestran que por debajo de esa edad aún no hay un desarrollo pleno del sistema cerebral; pero estos mismos autores reconocen que los progresos científcos también pueden utilizarse para apoyar argumentos a favor de la pena de muerte. En todo caso, dicen, “aunque la ciencia no puede forzar a la gente a seguir el sendero del abolicionismo, sí por lo menos puede servir de vehículo para los que est3n dispuestos a seguir ese camino”.

El trabajo de Carol y Jordan Steiker analiza las motivaciones de los dirigentes políticos americanos quienes, incluso los más próximos a los planteamientos abolicionistas, se preocupan sobre todo del efecto negativo que éstos pueden tener en la opini3n pública y, en consecuencia, en las elecciones. De ahí que vean más factible una abolici3n progresiva a través de decisiones de los Tribunales Supremos de cada Estado y de la Corte Suprema federal que revoquen las condenas a pena de muerte, marcando así lo que llaman el “comienzo del final”, pero no el final mismo.

Bastante escépticos respecto a este final se muestran en su contribuci3n Michael McCann y David T. Johnson quienes, tras un análisis histórico y comparado entre Europa y Estados Unidos, consideran que la peculiaridad de este último país se debe a sus raíces históricas, en cuyo pasado no se encuentran las terribles dictaduras por las que pasaron una buena parte de los países europeos, y a su pluralismo federativo que dificulta una abolici3n unitaria vinculante para todos los Estados que forman la Federaci3n, con diferentes situaciones jurídicas, políticas, económicas y sociales. Otra peculiaridad que explica un fuerte rechazo a la abolici3n de la pena de muerte en la opini3n pública americana, es el estado de guerra permanente en el que se encuentra ese país tras la Segunda Guerra Mundial, involucrado en continuas guerras en el exterior, como la de Corea, Vietnam y más recientemente las de Afganistán e Irak, pero sobre todo la reacci3n tras el atentado del 11 de septiembre del 2001, que ha desencadenado en la poblaci3n y en muchos dirigentes políticos miedo y un sentido punitivo exacerbado, sobre todo respecto a los terroristas, lo que no permite ser muy optimistas respecto a una pronta abolici3n de la pena de muerte en ese país.

La segunda parte del libro se dedica al debate surgido en torno a la inyecci3n letal como método de ejecuci3n de la pena de muerte. Desde una perspectiva europea este debate puede parecer extraño, o, al menos, superfluo; pero en los Estados Unidos se ha convertido en un debate importante, sobre todo a partir de la decisi3n de la Corte Suprema en el caso *Baze vs. Rees* (2008), en la que siete jueces de dicha Corte cuestionaron el método por considerarlo una violaci3n de la 8ª Enmienda de la Constituci3n que prohíbe los castigos crueles e inusuales. De algùn modo este debate recuerda la vieja historia del condenado a muerte que pidió ser ahorcado de un árbol y finalmente tuvo que ser indultado porque no se encontró en todo el país un árbol lo suficientemente grande para poder colgarlo. Ciertamente, si el único método para ejecutar la pena capital existente en un estado es la inyecci3n letal, y la Corte Suprema considera que este método es un castigo cruel e inusual que viola la 8ª Enmienda, la pena de muerte no puede ser ejecutada. Pero este argumento también puede tener el efecto contrario de que se busquen otros métodos y que en todo caso la pena capital de un modo o de otro se siga ejecutando, eligiendo simplemente otros métodos que se consideren más rápidos, menos dolorosos

y quizás más económicos también. Esto recuerda una anécdota de la serie televisiva humorística americana *The Simpsons*, en la que un atractivo joven ecologista intenta convencer a Liza Simpson de que la mejor solución para ahorrar energía es sustituir la energía eléctrica empleada en las ejecuciones de la pena de muerte en la silla eléctrica por energía solar, sin duda un método más ecológico, pero igualmente inhumano, que lógicamente no convence a Liza.

No cabe duda de que la discusión en torno a si la inyección letal constituye o no un método cruel de ejecución pueda distraer del debate principal sobre la abolición de la pena de muerte, tal como advierte en su contribución Debora W. Denno. Kaufman-Osborne considera, sin embargo, en su contribución que este debate puede ser una vía adecuada para plantear el debate principal sobre la abolición de la pena de muerte. Pero como señala Marschukat en su contribución, no debe dársele demasiada importancia al modo en el que se lleva a cabo la ejecución de la pena de muerte, ya que desde que se introdujo la guillotina, como sustituto de otros métodos tradicionales más cruentos como la crucifixión, lapidación, hoguera, horca, garrote o decapitación, siempre se ha buscado un método de ejecución que al mismo tiempo que rápido sea lo menos doloroso posible. Y es por eso por lo que se ha introducido en muchos estados de los Estados Unidos de América el método de la inyección letal en sustitución de otros métodos, particularmente de la silla eléctrica, aunque, dice, la intención no es otra que procurar que la pena de muerte sea más presentable y menos horrorosa ante la opinión pública, pero no tanto ahorrar el sufrimiento del condenado en su tránsito de la vida a la muerte.

El libro termina con dos artículos sobre la pena de muerte en contexto; uno de Wagner-Pacifici sobre las relaciones entre pena de muerte y tortura, cuya estrecha vinculación ha vuelto a aparecer con el debate sobre las denuncias de las torturas y malos tratos a los que son sometidos los detenidos de la guerra de Afganistán en las prisiones americanas de Abu Chraig y Guantánamo; y otro de Fitzpatrick que entiende el debate sobre el abolicionismo como un debate típico de una moderna política, en el que se abren diversas alternativas, lo que no quiere decir que sean siempre unas alternativas mejores o más humanas, y ahí está como ejemplo la pena de prisión perpetua, que si se aplica como su propio nombre indica, es decir, hasta que el condenado muera, puede

ser una pena tan inhumana y cruel casi como la pena de muerte misma.

En definitiva, este libro colectivo, más allá de su referencia específica a la problemática abolicionista en los Estados Unidos de América, es una reflexión muy útil para, como su propio título indica, abrir un “camino hacia la abolición”, que es todavía claramente a nivel mundial, y no sólo en los Estados Unidos de América, un largo camino de final incierto.

3. Streib, Victor, *Death penalty (Pena de muerte)*, 3ª edición, Thomson/West, S. Paul, 2008, 319 pp.

Dentro de la colección In a Nutshell (“en una cáscara de nuez”) que publica la editorial Thomson juntamente con la West’s Law School, en la que en breves manuales se ofrece una exposición resumida de las instituciones jurídicas más importantes, destaca este libro sobre la pena de muerte escrito por el profesor de Derecho de la Universidad Ohio Northern, Victor Streib. A diferencia de los anteriormente comentados, se trata de una especie de manual bastante completo y bien informado sobre la regulación jurídica vigente en los Estados Unidos de América de la pena de muerte. Dividido en cinco partes, en él se tratan tanto los aspectos históricos, doctrinales constitucionales y sustantivos como los procesales que plantea la aplicación de esta pena, así como las particularidades de su ejecución y métodos empleados, recursos y otras cuestiones especiales como la defensa, los prejuicios raciales y de género, el problema del error judicial y una breve reseña del Derecho comparado. Todo ello precedido de un prólogo y un post escrito sobre el futuro de la pena de muerte.

El libro se acompaña de un completo índice de referencias jurisprudenciales de los casos en los que la Corte Suprema americana se ha tenido que ocupar de este tema, lo que es especialmente importante para la comprensión del sistema penal americano, y de un exhaustivo índice de materias. En él se expone con gran claridad la regulación vigente en Estados Unidos, lo que por encima del debate doctrinal y político a favor y en contra del abolicionismo siempre es bueno conocer para saber que en ese país la pena de muerte no es una cuestión puramente doctrinal, sino una amarga realidad, que, como cualquier otra pena, tiene una regulación jurídica que cualquier jurista de dicho país que interviene en un proceso penal en el que se plantee la aplicación de esta pena debe conocer en todas sus particularidades. Es aquí donde se

ve con toda claridad la monstruosidad de un Derecho que regula con todo detalle todos los aspectos antes relacionados con la imposición de una pena que consiste pura y simplemente en privar de la vida a un ser humano, a través de un procedimiento bastante complicado y difícil de entender incluso para los mejores conocedores de la materia.

En relación con los delitos en los que puede imponerse (*Capital crimes*) sorprende que en muchos estados todavía se aplique a otros delitos distintos al asesinato u homicidio en primer grado, como, por ejemplo, al homicidio con motivo u ocasión de un robo, o de una violación, aunque el homicidio sea puramente accidental, recurriendo para ello a la construcción característica del *Common Law* del *felony murder*, muy parecida a la medieval europea del *versari in re illicita*, en la que basta que el homicidio se derive o se produzca durante la ejecución de otro delito grave (*felony*) para que se impute como asesinato y, en consecuencia, se aplique la pena de muerte. Interesante es sobre todo el caso *Coker vs. Georgia*, en el que la Corte Suprema decidió en 1977 que la aplicación de la pena de muerte por un delito de violación de una mujer adulta era una pena desproporcionada que infringía la 8ª Enmienda de la Constitución USA, criterio que se mantuvo también en el caso *Kennedy vs. Louisiana* (2008), en el que igualmente se consideró desproporcionada la pena de muerte por la violación de un menor.

A nivel federal, la pena de muerte se aplica, también en los estados en los que se ha abolido, en casos de traición y espionaje (como fue el caso de los esposos Rosemberg, acusados en los años cuarenta de haber dado los secretos de la bomba atómica a la entonces Unión Soviética), cuando la víctima del delito sea un funcionario federal, se trate de un genocidio, de un delito cuya comisión afecte a varios estados, o en su comisión se hayan empleado explosivos o armas químicas, aunque únicamente se ha ejecutado tres veces en los últimos cuarenta años. También es aplicable en algunos delitos militares juzgados por una corte militar.

Un decisión importante de la Corte fue la *Furman vs. Georgia* (1972), en la que con una amplia fundamentación de diversos jueces (la más larga de la historia judicial americana, 233 pp.) se decidió que la pena de muerte podía violar la 8ª Enmienda de la Constitución que prohíbe los castigos crueles e inusuales, lo que provocó la inmediata suspensión de la ejecución

de la pena de muerte en muchos estados. Pero este criterio fue pronto modificado en otras sentencias a partir de 1976 (*Gregg vs. Georgia*), que si bien restringen los casos en los que la pena de muerte puede ser aplicada, no la consideran plenamente inconstitucional. A pesar de estas contradictorias sentencias, algunas de ellas han marcado un importante avance en el camino hacia la abolición, como la *Roper vs. Tommsons* (2005), en la que se decidió que, cualquiera que fuese el delito, la pena de muerte no podía aplicarse a quienes lo hubieran cometido siendo menores de 18 años; o la *Atkins vs. Virginia* (2002), en la que se prohíbe aplicarla a retrasados mentales. Pero si se tiene en cuenta que estas decisiones no fueron adoptadas por unanimidad, se puede constatar la resistencia que aún hay en la más alta instancia judicial americana a una declaración de inconstitucionalidad total de la pena de muerte.

En la parte sustantiva de este libro se exponen también las circunstancias agravantes que suelen plantearse en los casos en que se solicita la pena de muerte (como que el acusado haya actuado por precio o recompensa económica, pero también los antecedentes por delitos violentos del acusado o que el asesinato tenga relación con otro delito grave, como robo o violación, la premeditación, el uso de explosivos, el que la víctima sea policía o autoridad, etc.); las circunstancias atenuantes (juventud, disturbio emocional, miedo, capacidad mental disminuida, ausencia de intención directa) y las eximentes (entre las que se cuenta sobre todo el retraso y la enfermedad mental, que aún se determina en muchos estados conforme a las reglas decimonónicas de McNagthen).

En la parte III se exponen las cuestiones procesales, sobre todo las que plantean la selección del jurado, tarea de gran importancia dado que de la decisión de sus 12 miembros, ciudadanos de a pie elegidos entre los centenares que existen en las listas electorales del distrito correspondiente, depende que se condene a muerte al acusado. La selección de un jurado imparcial, desprovisto de prejuicios respecto al delito, sus protagonistas y a la pena de muerte misma, constituye, por tanto, una tarea fundamental tanto para el fiscal como para el abogado defensor, que obviamente procuran, a través de un complicado sistema de recusaciones, elegir a los miembros del jurado que consideren más proclives a las tesis que van a mantener en el juicio. Y aunque hay reglas más o menos estrictas, establecidas sobre todo en el caso *Whitersnoon vs.*

*Illinois* (1968), la impresión que da es que en esta fase hay un gran espacio para la arbitrariedad, tanto en la selección de los miembros como en la alegación de los motivos para su elección o recusación.

Una parte importante del libro se dedica a la exposición del papel que juegan las partes (fiscal y abogado defensor) en la presentación y práctica de las pruebas, y el del juez en la admisión o rechazo de las mismas y sobre todo en las instrucciones que debe dar al jurado antes de que éste se retire a deliberar. Una particularidad importante es la función que incumbe al jurado, una vez que declare culpable al acusado, en la determinación de si finalmente impone la pena de muerte. Para ello debe tener en cuenta en una ulterior fase llamada *sentencing* una serie de factores como el *victim impact statement* (VIS), es decir, el impacto emocional que provocó el delito en los familiares de la víctima, cuya constitucionalidad ha sido puesta en duda en los casos de pena de muerte (véase, por ejemplo, *Payne vs. Tennessee*, 1991). También la defensa puede presentar argumentos a favor del condenado (su juventud, que fue víctima en su niñez de malos tratos o de abusos). A la vista de estos alegatos finales, el jurado decide si procede la aplicación de la pena de muerte, o, en su caso, la de una pena de prisión, generalmente a perpetuidad.

Con esto no se ha consumado más que una parte de todo el proceso que puede llevar finalmente a la ejecución efectiva de la pena de muerte a través de los distintos métodos existentes en cada estado. A partir de la condena el acusado puede entablar una serie de recursos de apelación, primero ante los Tribunales superiores de los estados, pero también ante el Tribunal Supremo en el caso que se considere se ha violado algún derecho fundamental reconocido en la Constitución, lo que puede dilatar su ejecución durante un buen número de años, que pueden llegar a ser 10 o más. En el libro de Streib se exponen con todo detalle todos estos procedimientos, los tribunales competentes para resolver los recursos y los problemas que se plantean en los mismos. El sistema culmina con la posibilidad última de la clemencia por la vía de un indulto. Según Streib unas dos terceras partes de los recursos suelen ser atendidos y las penas de muerte conmutadas por penas de prisión. Pero todavía queda un tercio de las condenas, que sólo pueden ser anuladas por la vía del indulto que corresponde al gobernador del estado donde se impuso la condena si se trata de una pena de muerte impuesta por un Tribunal esta-

tal, o al presidente de los Estados Unidos si se trata de una pena de muerte impuesta por un tribunal federal. Según Streib, en el 2007 había en los “corredores de la muerte” de las prisiones americanas de los 35 estados que todavía tienen la pena de muerte en su sistema penal, además de en las prisiones federales, un total de 3 309 condenados, cifra sólo superada por la República Popular China, lo que da una imagen de la frecuencia con la que se aplica esta pena en los Estados Unidos, y la dramática realidad de la misma en los dos países más poderosos del mundo.

Una vez superados todos estos trámites, la pena de muerte termina ejecutándose, salvo que, como se dispuso en el caso *Ford vs. Wainwright* (1986), el condenado haya caído mientras tanto en enajenación mental. En el libro se exponen los diversos métodos empleados en cada estado para su ejecución, que han pasado de la horca a la más común de la silla eléctrica, considerada inconstitucional en algún estado, el fusilamiento, la cámara de gas y la inyección letal. Esta última ha dado lugar a alguna cuestión de inconstitucionalidad en relación con la sustancia empleada. Aunque la ejecución hace tiempo que ha dejado de ser pública, a la misma pueden asistir gran número de personas, especialmente los familiares de las víctimas, y periodistas que no pueden utilizar cámaras, ni hacer fotos, pero sí, como es lógico, escribir reportajes de la ejecución. En el libro de Streib no se ahorran detalles de toda esta parafernalia (pp. 220 a 227), que recuerda los tiempos de la Inquisición y parece inconcebible en un moderno Estado democrático.

En la parte V se exponen algunas cuestiones especiales verdaderamente interesantes y que sirven una vez más para cuestionar la pena de muerte tal como se aplica en Estados Unidos. Una de ellas es el papel que juega el abogado defensor en este tipo de procesos, cuando por su escasa preparación o la falta de medios no puede hacer una buena defensa de su cliente, o éste no puede permitirse pagar un buen abogado en el juicio, o posteriormente sufragar los enormes gastos que conlleva toda la serie de recursos que permiten retrasar la ejecución o incluso anularla. En algunas decisiones de la Corte Suprema se ha tenido en cuenta esta circunstancia para anular alguna condena, cuando el acusado no ha tenido la adecuada defensa que le garantiza la 5ª Enmienda de la Constitución. También se ocupa de otras cuestiones especiales relacionadas con los casos en los que las condenas a muerte han estado motivadas por prejuicios raciales (tan frecuentes

en los Estados sureños en relación con la población negra), lo que, sin embargo, no ha motivado ninguna anulación en base a este motivo por la Corte Suprema (véase, por ej., el caso *MacClesky vs. Kemp*, 1987); o por prejuicios de género, ya que es evidente que es más frecuente la imposición de la pena de muerte cuando el acusado es hombre que cuando es mujer; o cuando el acusado es homosexual o extranjero.

Otro capítulo de este interesante libro se dedica a la ejecución del inocente, es decir, al error judicial en la imposición de la pena de muerte, que cada vez aparecen con más frecuencia, sobre todo desde que se aplican test de ADN. Éste es precisamente uno de los argumentos que se esgrimen en contra de la misma. El libro termina con una serie de reflexiones sobre el Derecho comparado y la compatibilidad del sistema americano con los tratados internacionales, y con una reflexión final sobre el futuro de la pena de muerte en los Estados Unidos, en la que el autor expresa su deseo de que este país pueda pronto llegar a ser miembro de una comunidad internacional comprometida con los derechos humanos y, por tanto, termine aboliendo definitivamente la pena de muerte del catálogo de penas de su ordenamiento jurídico.

## II. Historia moderna y contemporánea del Derecho Penal

### a) *La memoria histórica y la transición española*

En los últimos años el interés por la Historia del siglo XX ha crecido en casi todos los ámbitos sociales europeos, quizás porque fue un siglo bastante convulso, en el que además de dos guerras mundiales, pero originadas y desarrolladas principalmente en Europa, hubo otras civiles y un sinfín de regímenes dictatoriales de diverso signo ideológico, pero igualmente brutales, crueles y despiadados que se prolongaron durante casi medio siglo asolando buena parte del continente europeo. En realidad, se puede decir que ese interés más que por la Historia es por conocer lo que ha sucedido en el inmediato pasado, bien porque todavía viven los que los presenciaron, protagonizaron o padecieron, bien porque sus efectos aún perduran en nuestros días. Si por Historia se entiende lo que ha ocurrido en el pasado, no hace falta remontarse a las guerras napoleónicas, ni a la de los Treinta Años, ni a épocas anteriores o casi remotas, y también se pueden calificar de históricos hechos más

recientes, que ocurrieron ayer mismo, o hace poco más de veinte, treinta o cincuenta años, sobre los que, sin embargo, por diversas razones, se ha corrido una tupida red de silencios cómplices o interesados en que no se sepa lo que ocurrió verdaderamente, y que sólo ahora, y no sin dificultades, empiezan a ser conocidos y valorados en su real dimensión. Ciertamente, ocurrió esto, por ejemplo, en la República Federal de Alemania con el Nacionalsocialismo y con el pasado nacionalsocialista de muchos de sus más destacados políticos, juristas, artistas y científicos, que luego pasaron al nuevo sistema democrático como si nunca hubieran roto un plato, ocultando hábilmente su vergonzoso pasado. Pero también en España, donde la transición de la dictadura a la democracia se hizo en gran parte desde las filas o con la colaboración, activa o pasiva, de los que antes y durante cuarenta años habían apoyado o colaborado con la dictadura y luego se convirtieron de repente en “demócratas de toda la vida”. La llamada a la Memoria histórica no sólo es el nombre que se le dio a una ley española que pretendió, sin mucho éxito por lo demás, satisfacer moral y económicamente a las víctimas de la dictadura, sino también un intento por restablecer la verdad y levantar de una vez para siempre el opresivo manto de silencio que se había extendido durante la transición a la democracia sobre los crímenes de la dictadura y sobre los responsables de los mismos. Es verdad que ese descorrimento del velo se ha pretendido también llevar a cabo por la vía de la exigencia de responsabilidades penales, intentando incoar procesos que desde el primer momento tenían pocas posibilidades de prosperar, bien por haberse dictado entre amnistías que los obstaculizaban, bien por no poderse aplicar con efecto retroactivo las nuevas normas penales que tipifican ahora esos hechos como crímenes contra la humanidad e incluso como genocidio y los declara imprescriptibles, simplemente porque sus principales responsables hace ya tiempo que murieron. Pero también en este tema habría que distinguir entre hechos que sucedieron hace ya más de setenta años, y otros más recientes que sucedieron casi al final de la dictadura o en las primeras etapas de la transición democrática. Es difícil comprender que el manto de la “impunidad” pueda cubrirlos a todos por igual, y aún más difícil es asumir que puedan ser criminalizados los intentos por impedir esa impunidad a través de un proceso penal en el que se determine la responsabilidad a los que cometieron terribles hechos delictivos,

al amparo de un régimen que no sólo no hizo nada por impedirlos sino que favoreció e incluso ordenó su ejecución. Estos procesos penales no sólo no han tenido éxito hasta la fecha, sino que además han tenido repercusiones negativas para quienes los han intentado incoar.

Pero también ha habido otros intentos por restablecer la Memoria y satisfacer el derecho de las víctimas a ser reconocidas como tales. Estos intentos se han llevado a cabo por otras vías, políticas o judiciales, y su finalidad no ha sido otra que conseguir una declaración de nulidad de los procesos en los que se infringieron flagrantemente las normas y garantías procesales más elementales, como los casos de Companys y Grimau, y tantos otros menos conocidos en los que los procesos fueron meras farsas montadas para darle una apariencia de legalidad a miles de ejecuciones sumarias que se llevaron a cabo después de la guerra en el bando vencedor. Cualquiera que conozca la represión brutal que llevaron a cabo los vencedores de la guerra civil contra los vencidos, utilizando para ello medios ilegales o de una legalidad absolutamente cuestionable, tiene que admitir, al margen de cualquier simpatía o afinidad ideológica con los represores, que aquello fue antijurídico, completamente al margen de los principios más elementales de un Estado de Derecho, incluso al margen de la mínima legalidad que tenía el nuevo régimen, que bien podía calificarse, como hicieron los alemanes con el régimen nacionalsocialista, de *Unrechtsstaat*, es decir, de “Estado de No Derecho”. Y no se trata sólo de los “paseos”, de las torturas, desapariciones, tiros en la nuca y fusilamientos y enterramientos colectivos anónimos en cunetas o barrancas, que obviamente se hicieron al margen de toda legalidad; sino también de las condenas a muerte y a largas penas de prisión, inhabilitaciones, etc., que se dictaron por tribunales de excepción, normalmente militares en consejos de guerra, comités de depuración, etc., que actuaron al amparo de leyes de excepción como la Ley de represión contra la masonería y el comunismo, la Ley de Responsabilidades políticas y la de Seguridad del Estado que criminalizaron con efecto retroactivo conductas que eran absolutamente lícitas durante la II República, como la pertenencia a partidos políticos o a asociaciones masónicas, o haber permanecido en sus puestos como funcionarios o militares al servicio de la II República (véase al respecto, el excelente libro de Portillas Contreras, comentado en *Revista Penal*, 2010) calificándolos pa-

radójicamente como reos del delito de “rebelión”, que era precisamente el delito que tenía que haberse aplicado a los golpistas que se levantaron el 18 de julio de 1936 contra el gobierno legítimo de la República.

Pero esta declaración de nulidad no sólo tenía que hacerse de todos aquellos procesos llevados a cabo durante los primeros años de la implantación a sangre y fuego de la dictadura, sino igualmente a los que con una u otra cuestionable cobertura jurídica se siguieron llevando a cabo durante toda la dictadura hasta el final de la misma. Me refiero concretamente a las que además de las condenas dictadas al amparo de las leyes de excepción citadas anteriormente, se fueron produciendo en los años siguientes al amparo de otras leyes de excepción como la de Represión del Bandidaje y el terrorismo de 1947 y 1961, dictadas por tribunales militares, que imponían frecuentemente la pena de muerte. O las dictadas a partir de 1964 por el Tribunal de Orden público, aplicando un Código penal que tipificaba como delito la pertenencia a partidos políticos (todos estaban declarados ilegales) y el ejercicio de derechos fundamentales como el de manifestación o expresión, el de huelga, etc., lo que llevó a miles de personas, dirigentes sindicales, miembros o dirigentes de los partidos políticos, dirigentes estudiantiles, etc., a sufrir, primero persecución policial, con las consiguientes torturas y malos tratos a manos de los miembros de la Brigada Política y Social, y luego condenas a severas penas de prisión, a la expulsión de la Universidad, a despidos improcedentes del puesto de trabajo, etcétera.

La evidente nulidad de todos estos procesos no debería ser hoy objeto de discusión, e incluso hace tiempo que tenía que haber sido declarada de oficio por un acto legislativo. Hubiera bastado con incluir en la Constitución de 1978 una cláusula general declarando nulos todos los procesos penales o parapenales (administrativos, disciplinarios) que se celebraron sin las garantías reconocidas en la propia Constitución, o con base en leyes que igualmente contradecían los principios básicos del Estado de Derecho. Hubiera sido después tarea del legislador y del gobierno haber desarrollado esta cláusula general en los casos concretos, arbitrando al mismo tiempo modelos de reparación y restauración de los derechos fundamentales conculcados.

El que esto no se hiciera ya desde los primeros años de la transición es algo deplorable, que sólo podemos lamentar. La transición española fue como fue,

con sus luces y sus sombras, y en aquel momento la oposición a la dictadura que durante todo el tiempo que duró la misma se mantuvo en la clandestinidad, se contentaba con poder sacar la cabeza de las alcantarillas y con las migajas democráticas que poco a poco y a duras penas iban dejando caer los cachorros de la dictadura y sus herederos. Parecía pues obvio que sólo un gobierno y un Parlamento compuesto mayoritariamente por políticos de izquierda o por lo menos no vinculados con el régimen anterior, serían los llamados a llevar a cabo esta tarea que además de un imperativo de justicia significaba un avance importante en la ruptura política con la dictadura y en el rechazo y la condena jurídica de la misma por parte de la nueva España democrática.

Y esa oportunidad se produjo cuando el Partido Socialista Obrero Español ganó las elecciones en octubre de 1982. Nunca como entonces hubo una oportunidad histórica tan clara de romper definitivamente con el régimen anterior y de condenar pública y oficialmente sus numerosos crímenes, restableciendo al mismo tiempo el honor, la dignidad y los derechos de los que injustamente habían sido privados de ellos durante la dictadura. Pero, por diversas razones que ahora sería largo de explicar, este hecho no se produjo, y tampoco hubo declaración de nulidad de los procesos de la dictadura. Como tampoco se hizo en los diez años siguientes, en los que el Partido Socialista siguió teniendo mayoría absoluta, o en los que van del 93 al 96, en los que pudo seguir gobernando con una mayoría relativa apoyado por el Partido Catalanista Convergencia y Unión. Este último partido podía igualmente haber condicionado su apoyo al Partido Popular, después de que éste ganara las elecciones en marzo de 1996, exigiendo una ley que declarara la nulidad de los procesos habidos durante el franquismo. Para ello tenía buenos motivos entre su propia clientela política que hubiera saludado con alegría la declaración de nulidad de procesos en los que habían sido condenados importantes demócratas catalanes, además de los procesos en los que fueron condenados a muerte el presidente de la Generalitat Lluís Companys o el anarquista Salvador Puig Antich. Pero por las razones que sean no puso este tema como condición para su apoyo al Partido Popular. Y de este último, en el que aún había antiguos miembros de gobiernos franquistas o sus herederos, poco podía esperarse en este sentido, y mucho menos tras haber ganado por mayoría absoluta en las elecciones de marzo del 2000.

La última oportunidad hasta la fecha se le presentó de nuevo al Partido Socialista cuando ganó las elecciones de marzo del 2004, y las volvió a ganar en el 2008. Pero de esta época sólo salió una Ley de Memoria histórica, que declara “el carácter radicalmente injusto de todas las condenas” (art. 2, 1) y “la ilegitimidad de los tribunales represivos” (art. 3), sin declarar expresamente la nulidad de sus decisiones.

Con esta normativa, bien poco podía hacerse para conseguir la tan deseada nulidad, y pronto se han demostrado sus insuficiencias, incluso para poder siquiera poder reabrir las fosas en las que se sabe a ciencia cierta que todavía yacen de forma anónima miles de personas fusiladas sin más trámites durante la guerra civil. Para superar esas insuficiencias se han dado en los últimos años algunos intentos por vía judicial. Uno de ellos ha sido iniciado por el juez de Instrucción de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, que en octubre del 2008 abrió un proceso penal contra los responsables del golpe de Estado el 18 de julio de 1936, entendiendo que tanto entonces como en los sucesivos años cometieron delitos que podrían calificarse como crímenes contra la humanidad e incluso como genocidio, y ser juzgados como tales en la actualidad, considerando que el Estatuto de Roma ratificado por España declara que esos delitos no prescriben y que esa no prescripción podía aplicarse retroactivamente. El resultado de este intento ha sido que de momento el citado juez esté actualmente procesado por un delito de prevaricación y apartado cautelarmente de su cargo. Tampoco han tenido éxito hasta la fecha otros procesos judiciales incoados por vías no penales en la jurisdicción contencioso-administrativa para conseguir la declaración de esa nulidad.

Evidentemente, la recuperación de la memoria y la justicia de la transición puede adoptar varios caminos y no todos ellos tienen las mismas posibilidades de tener éxito, entre otras cosas porque dependen mucho de la forma en que se haya hecho la transición en cada país y el tiempo que haya transcurrido desde que se cometieron los hechos o acabó la dictadura y de cómo ésta acabó, si con su derrocamiento incluso violento, o a través de pactos, más o menos expresos, y de actos de reconciliación, más o menos sinceros, entre los antiguos verdugos y sus víctimas. De todo esto y de muchas otras variantes depende el momento en que se quiera o se pueda exigir responsabilidades por los crímenes cometidos durante la misma. Las distintas formas en que se ha elaborado la transición en los últimos

años en los diferentes países en los que esa transición ha tenido lugar demuestran que no hay una solución unitaria e igualmente válida para todos ellos. La distinta forma en la que se ha elaborado la transición en un país como Alemania, en la que en cincuenta años ha habido dos, demuestra que todo depende mucho del contexto político nacional e internacional en el que se produzca (para un análisis de los distintos modelos de transición en Alemania, Italia, España, Chile y Argentina, me remito a las Actas del Humboldt-Kolleg celebradas en Sevilla en febrero del 2008, que dirigidas por Vormbaum y el que suscribe esta nota han sido publicadas en español por la editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, y en alemán por la editorial De Gruyter, Berlín, 2010; y por lo que se refiere a Alemania, véase *infra* recensión al libro de Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*).

Pero independientemente de cualquiera que sea el éxito o el fracaso de los distintos modelos de restablecer la verdad y la justicia por vías políticas y judiciales, la investigación histórica sobre la dictadura y la transición a la democracia va poco a poco avanzando de forma independiente y paralela; consiguiendo sacar a la luz no sólo las partes más oscuras de lo que sucedió en la dictadura, sino también las razones o sinrazones que impidieron que durante la transición española pudieran exigirse responsabilidades penales y, por supuesto, políticas a quienes durante la dictadura cometieron hechos que hoy sin ningún problema podrían ser calificados a la luz del nuevo Derecho Penal Internacional como crímenes contra la humanidad e incluso como genocidio.

De algunos de estos trabajos de investigación referidos a la transición y a la elaboración del pasado de la dictadura franquista he dado ya cuenta en anteriores notas bibliográficas (véase, por ejemplo, mi comentario al libro de Portilla Contreras, *La consagración del Derecho Penal*, autor durante el franquismo, Granada, 2010; o al artículo de Bernecker/Brinkmann, "Memorias divididas", Madrid, 2009, en *Revista Penal* 2010). Seguidamente, en la misma línea de información de una bibliografía estrechamente relacionada con la historia contemporánea del Derecho Penal español, paso ahora a comentar algunas obras sobre este tema aparecidas recientemente.

1. Roldán Barbero, Horacio, *El maoísmo en España y el Tribunal de Orden Público*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2010, 140 pp.

El presente libro sobre el maoísmo y su persecución penal a través del tristemente famoso Tribunal de Orden Público del último tercio de la dictadura franquista es ya a primera vista entre las diversas publicaciones que están apareciendo sobre la más reciente historia del Derecho Penal de la postrimerías de la dictadura franquista, un libro que merece ser destacado, tanto por la originalidad del tema como por la forma en que se analiza la represión punitiva que hasta su último momento ejerció la dictadura valiéndose para ello de un tribunal de excepción, que, junto con los tribunales militares para algunos delitos más graves, desde 1963 se ocupó de darle visos de normalidad jurídica a la persecución y represión penal de los opositores a la misma.

El libro de Horacio Roldán Barbero contribuye, a mi juicio de forma clara y contundente, a conocer lo que fue esta última etapa del franquismo y la utilización que dicho régimen hizo de la justicia para perseguir y eliminar a la oposición. También sugiere una reflexión sobre la ingenuidad de aquellos planteamientos revolucionarios que tenían como elemento común, con otros grupos de la oposición, su rechazo a la dictadura, pero en los que faltaba una ideología unitaria y verdaderamente coherente, salvo en lo que se refiere a una vaga referencia a la ideología maoísta, conocida más por referencias indirectas o por la lectura del famoso "Libro Rojo" de Mao, que por un auténtico estudio en profundidad de la misma. No deja de ser de todos modos paradójico que ahora en China, país donde oficialmente todavía está vigente la teoría política marxista-leninista llamada maoísmo, elaborada en base a la doctrina del que fue su presidente durante treinta años, Mao Tse Tung, haya surgido, por lo menos en lo económico, un capitalismo casi más competitivo que el americano que ni siquiera en apariencia coincide con los planteamientos de su famoso dirigente aún oficialmente respetado.

Sin embargo, en los años sesenta fue una ideología muy extendida más allá de la propia China, sobre todo en los ámbitos académicos estudiantiles, que, a partir de las manifestaciones en París en mayo de 1968, no sólo mostraron abiertamente su oposición contra el sistema capitalista, que en general se había impuesto en los países europeos occidentales tras la Segunda Guerra Mundial, sino también contra el comunismo oficialmente patrocinado por la Unión Soviética y los países del Pacto de Varsovia. La Revolución Cultural que en aquel momento tenía lugar en China fue consi-

derada por muchos como la única alternativa revolucionaria posible también en los países occidentales.

En España este movimiento cuajó en numerosos grupos o grupúsculos, que se definían a sí mismos como marxistas-leninistas, de cuyos nombre y siglas informa Roldán en un breve glosario en la primera página del libro. La mayoría de ellos han desaparecido o se han integrado en algunos de los partidos de izquierda del actual arco parlamentario, o han dado lugar a otros grupos, incluso con actividades terroristas como el GRAPO; grupo este último sobre el que Horacio Roldán ha escrito también una monografía muy interesante (*Los GRAPO, un estudio criminológico*, Granada, 2008). Pero durante toda la última etapa de la dictadura algunos de estos grupos fueron muy activos y llegaron a ejercer gran influencia sobre todo en el ámbito universitario, pero también entre grupos de trabajadores en fábricas y centros industriales. Y la mejor prueba de ello es que en las segundas elecciones democráticas de 1979, en las que ya pudieron concurrir tras haber sido legalizados, obtuvieron en conjunto más de medio millón de votos y alguno de ellos por separado, como el Partido del Trabajo, casi doscientos mil, la ORT más de cien mil, Bandera Roja casi cincuenta mil, etc. (tomo estos datos del libro de Roldán, véase, por ejemplo, pp. 57, 64).

Tras un análisis en los capítulos I a V de los programas y actividades de los principales grupos afines a la ideología maoísta: el Partido Comunista de España Marxista-Leninista (PCE m-l), el Frente Revolucionario Antifascista y Patriota (FRAP), el Partido Comunista de España Internacional (PCEI), el Partido del Trabajo de España (PTE), el Movimiento Comunista (MC), Organización Revolucionaria de Trabajadores (ORT), Bandera Roja, la Organización Marxista-Leninista de España (OMLE), el Partido Comunista de España Reconstituido (PCE r), los Grupos Revolucionarios Antifascistas Primero de Octubre (GRAPO), Bandera Roja, y un número indeterminado de pequeños grupos maoístas que surgieron en esa época. Horacio Roldán describe las características del régimen de la dictadura franquista contra el que estos grupos dirigían directamente su acción política que en algunos casos (FRAP y GRAPOS, principalmente) terminó siendo violenta, terrorista e incluso de mera delincuencia común reflejada en atracos a entidades bancarias y otros actos similares. Roldán distingue en el capítulo VI las tres visiones que se han dado de la naturaleza política del régimen franquista en su

fase tardía, desde su concepción como “democracia orgánica”, término empleado por los partidarios del régimen a partir de la aprobación en un referéndum claramente amañado de una Ley Orgánica en 1966, hasta la más difundida en la oposición de “régimen totalitario”, similar a los regímenes totalitarios fascistas de Hitler y Mussolini, con los que el franquista tuvo grandes concomitancias en su primera época, pasando por la más aceptada entre los que se han ocupado del tema como “régimen autoritario”, llegando a la conclusión de que en su última etapa el franquismo tenía elementos de los dos últimos, predominando en cuanto a la represión ejercida por tribunales y cuerpos policiales el carácter totalitario. En este sentido menciona Roldán (pp. 84 y 85), las muertes violentas que se produjeron en los años 60 y 70 en las comisarías de policía durante los interrogatorios de activistas políticos (Casos de Enrique Ruano, en Madrid; Antonio González, en Tenerife; Cipriano Martos, en Barcelona), o en la represión de manifestaciones incluso de carácter puramente reivindicativo social. Muertes que, además de trágicas, se produjeron al margen de toda cobertura normativa; al igual que las torturas a las que eran sometidos habitualmente por los miembros de la Brigada Política y Social los detenidos sospechosos de pertenecer a partidos ilegales o de haber participado en actividades contrarias al régimen. Desde este punto de vista, no se puede decir otra cosa que el régimen franquista mostró hasta sus últimos días un acusado carácter totalitario, dispuesto a servirse hasta sus últimas consecuencias de los instrumentos represivos más brutales, bien directamente policiales, o judiciales, como el TOP o los tribunales militares, estos últimos bajo la cobertura de leyes especiales dictadas *ad hoc* para ser aplicadas por los Consejos de Guerra, en los que en el último año de la dictadura se impusieron penas de muerte que luego fueron ejecutadas, como la del militante anarquista Puig Antich en Barcelona en marzo de 1995, o las de tres militantes del FRAP y dos de ETA en Madrid en septiembre del año siguiente. El 20 de noviembre de ese mismo año moría el dictador que a sangre y fuego se había mantenido en el poder durante casi cuarenta años, cerrando un círculo represivo que se había iniciado con el golpe de Estado del 18 de julio de 1936, continuado con la guerra civil y mantenido de una u otra forma, pero siempre de forma violenta, hasta su muerte.

El Tribunal de Orden Público, más conocido por sus siglas TOP, fue, por tanto, uno más dentro de los

instrumentos jurídicos represivos de los que se sirvió la dictadura para su mantenimiento en su última etapa. Aparentemente al tratarse de un tribunal civil, despojaba a la represión de la oposición al régimen del carácter brutal y belicista que todavía a principios de los años 60 tenían los Consejos de Guerra, en los que, como el fue caso del dirigente comunista Julián Grimau, se aplicaba con frecuencia la pena de muerte; pero no por ello dejó de ser un tribunal excepcional de carácter político hasta su desaparición en 1977.

En el capítulo VII, Horacio Roldán se ocupa de las sentencias del Tribunal de Orden Público, durante los más de doce años de su actividad (1964-1976); un total de casi cuatro mil sentencias, de las cuales una buena parte afectaron a grupos maoístas o que devinieron maoístas (una relación de las mismas se ofrece como apéndice al final del libro). Los delitos por los que eran juzgados eran principalmente el de asociación ilícita y el de propagandas ilegales, a los que acompañaban algunas veces los de desórdenes públicos, manifestaciones ilegales y algunas formas de “terrorismo blando” que no caían dentro de la jurisdicción militar. Las penas eran generalmente muy severas, sobre todo cuando se trataba de dirigentes de los partidos políticos ilegales (principalmente del Partido Comunista de España, pero también los partidos maoístas y otras agrupaciones de izquierda o separatistas) y de asociaciones sindicales también ilegales, como las Comisiones Obreras, algunos de cuyos dirigentes fueron condenados en diciembre de 1973 a veinte años de prisión. Penas menos severas (entre uno y tres años de prisión) se aplicaban a los miembros de estas asociaciones, o a los que repartían octavillas o hacían algún acto de propaganda de las mismas, que a veces ni siquiera llegaban a tener tal carácter, pues sus autores eran detenidos cuando transportaban el material propagandístico (octavillas, periódicos) o los tenían almacenados en sus casas. El porcentaje de sentencias absolutorias no pasó de un 25 por ciento y casi siempre se debían a la escasa relevancia o trascendencia política de los hechos, lo que no impedía que los sujetos absueltos hubieran ya sido objetos de detenciones policiales arbitrarias y torturas y hubieran pasado largo tiempo en prisión preventiva.

El libro termina con una reflexión sobre lo que queda del maoísmo treinta años después de la desaparición de la dictadura contra la que luchó. Desde el punto de vista de la praxis política, en realidad nada

o muy poco, debido, en parte, a la desaparición de su referente en el país en donde surgió, la República Popular China, que sólo conserva su nombre como puro ornato de su actual praxis política y económica; y, en parte también, por la crisis del movimiento comunista tras la caída del Muro de Berlín, la unificación alemana y la desaparición más o menos abrupta de los regímenes comunistas en los países del Este europeo.

Esta crisis alcanza hoy también a otros grupos comunistas más actualizados, en forma de un comunismo que acepta las reglas pluralistas del sistema democrático occidental y que, si bien en minoría, forma parte del arco parlamentario de muchos países europeos. En general, la izquierda con cierta posibilidad de competir en la alternancia política por el poder se agrupa en torno a los partidos social-democráticos, como, por ejemplo, el PSOE, en España, o el SPD en Alemania, que igualmente se encuentran en una crisis de identidad por su falta de respuestas efectivas ante la crisis económica-financiera y la amenaza terrorista desencadenada por los grupos extremistas islamistas. La tendencia involucionista hacia un capitalismo salvaje, en el que la clase obrera va siendo despojada de las conquistas sociales que tanto trabajo costó alcanzar en el siglo XX, y hacia la utilización de un Derecho Penal cada vez más duro no sólo contra el terrorismo internacional, sino también contra la delincuencia de las clases económicamente más débiles cada vez más numerosas como consecuencia del desempleo y de la emigración ilegal, es presenciada casi pasivamente cuando no apoyada por los partidos de izquierda en el poder o con posibilidades de llegar al poder.

Evidentemente, en un Estado de Derecho democrático, como el existente en la mayoría de los países occidentales, no es previsible que, en las actuales circunstancias, las alternativas políticas que puedan plantearse ante esta situación sean criminalizadas o excluidas del debate político; pero aún pudiendo manifestarse públicamente y concurrir a unas elecciones libres y democráticas, las posibilidades de que lleguen al poder o se conviertan en alternativas reales a la situación existente son escasas. Horacio Roldán, en la última parte de su libro, reivindica la Memoria no sólo para mantener vivo el recuerdo de las víctimas de la represión franquista y compensarlas económica y moralmente, sino también para declarar nulos de plenos derechos de los actos represivos contra ellas cometidos por sus instituciones, lo que por lo demás sólo muy parcamente hace la Ley de Memoria his-

tórica. Sólo manteniendo viva esta Memoria podrá evitarse que alguna vez vuelva a repetirse aquella etapa de nuestra reciente Historia, en la que para el mantenimiento de una brutal dictadura se utilizó, con apoyo de sus instituciones y de sus personajes más siniestros, un Derecho Penal de sangre y de lágrimas, violador de los derechos humanos más elementales, que obviamente hoy tiene que ser considerado, sin necesidad de ninguna declaración formal o institucional, sino simplemente por su propia naturaleza, incompatible con los principios de un Estado social y democrático de Derecho, como se define el nuestro, esperemos que no sólo simbólicamente, en el artículo primero de nuestra Constitución.

2. Varios, *Enrique Ruano. Memoria viva de la impunidad del franquismo*, editado por Ana Domínguez Rama, Editorial Complutense, Madrid, 2011.

El caso de Enrique Ruano es uno de los más conocidos de entre las muchas ejecuciones extrajudiciales que se cometieron durante la dictadura franquista y que tanto entonces como ahora han quedado en la más absoluta impunidad. Es fácil entender por qué en el momento en que se produjeron los hechos los responsables de los mismos quedaron impunes. En aquel entonces, finales de los años sesenta, cuando la oposición al régimen franquista crecía en los ámbitos universitarios y en ellos cada vez era mayor la presencia de grupos y partidos políticos ilegales, eran frecuentes las detenciones de sus líderes y miembros de esos grupos o simplemente de estudiantes que se reunían en las aulas, se manifestaban en las calles y repartían octavillas, asumiendo el riesgo de los golpes y detenciones que llevaban a cabo los entonces llamados “grises”, policías de a pie que sin muchos miramientos procedían contra estas manifestaciones o entraban en los *campus* y espacios universitarios para disolver reuniones y manifestaciones. Otras veces eran los miembros de la Brigada Política y Social los que procedían a detener en sus domicilios a los sospechosos de ser dirigentes de estos grupos, los conducían a las comisarías y allí los sometían a interrogatorios en los que no faltaban los malos tratos e incluso las torturas, antes de ponerlos a disposición del Tribunal de Orden público.

Una de estas detenciones fue la de Enrique Ruano, conocido dirigente de uno de los grupos políticos que abundaban en aquel entonces en el ámbito universitario. En el transcurso de la misma, aunque no se cono-

cen muy bien los detalles, lo más probable es que fuera torturado e incluso que le dispararan un tiro que le produjo la muerte. Luego para ocultar este hecho lo debieron tirar por el hueco de una ventana, fingiendo que se había suicidado. Naturalmente, tal como sucedía entonces en casos similares, apenas hubo la menor investigación judicial, se dio por buena la versión policial y para corroborar la tesis del suicidio un periódico bastante afecto al régimen publicó las páginas de un diario íntimo que llevaba Ruano de las que se deducía que estaba pasando por una etapa depresiva que le llevó al suicidio.

Muchos años más tarde, quizás demasiados, un grupo de familiares y amigos intentaron reabrir el caso, e incluso consiguieron que se procesara a los agentes policiales implicados en estos hechos, pero finalmente fueron absueltos por diversas razones.

En el presente libro, del que he tenido noticias cuando ya tenía redactadas estas notas bibliográficas, se informa en una primera parte sobre la persona de Enrique Ruano y sus entornos conflictivos, con aportaciones de Ana Domínguez Rama (editora del libro), Manuel Garí, Ismael Sanz, Jaime Pastor y Teresa María Ortega López. En la segunda parte, Juan Antonio García Alcalá, Jose Luis de Zárraga y Miguel Romero se ocupan del Frente de Liberación Popular (FLP), grupo al que pertenecía Enrique Ruano. En la tercera parte, Carlos Jiménez Villarejo, Enrique Bordería Ortiz y Raúl Cancio Fernández tratan de los pilares del franquismo en el asesinato.

La cuarta parte se dedica a la impunidad, la memoria democrática y la historia vivida, y en ella hay aportaciones de Ricardo Vynies, José Manuel Gómez Benítez, Francisco Pereña García, María Dólores González Ruiz y Álvaro Gil Robles. Desde el punto de vista penal es especial interesante el trabajo de Gómez Benítez, quien fue el abogado que se ocupó de reabrir el caso. En este trabajo, Gómez Benítez cuenta no sólo las distintas vicisitudes que tuvo que pasar para poder sentar en el banquillo a los principales implicados en el caso, sino también la absoluta falta de colaboración que encontró en la administración de justicia y las dificultades probatorias no sólo por la falta de colaboración de algunos testigos, sino por la mala instrucción que en su día se llevó a cabo. El que cuando se volvió, por ejemplo, a hacer la autopsia del cadáver hubiera desaparecido misteriosamente el hueso de la clavícula, cortado con una sierra, es uno de los muchos datos que avalan la sospecha no sólo

de que algo turbio se quiso ocultar, o de que nunca quiso averiguarse qué es lo que sucedió, dejando sin explicar un dato que quizás pudiera ser relevante. Si esta defectuosa instrucción fue por miedo o por connivencia de los que se encargaron de la misma, es algo que nunca podrá llegar a saberse. A la vista de todo esto, no es extraño que no pudiera llegarse a condenar a los policías implicados en el caso, debido también a una dudosa aplicación de la Ley de Amnistía, y a una cierta timidez por parte de la administración de justicia en general, y del Tribunal en particular que juzgó en este caso, para enfrentarse con estas injusticias del pasado, que en el caso Ruano ni siquiera tuvo la mínima apariencia de legalidad que tuvo en otros. Una buena prueba de lo mucho que aún queda por hacer para restablecer una Memoria, en la que ya ni siquiera se pretende exigir responsabilidades penales, sino simplemente restablecer la verdad y satisfacer la dignidad de las víctimas o de sus allegados y herederos.

### b) Historia moderna del derecho penal alemán

1. *Moderne Deutsche Strafrechtsdenker (Pensadores alemanes modernos del Derecho Penal)*, Thomas Vormbaum (ed.), Springer, Heidelberg, 2010, 377 pp.

En este libro, Thomas Vormbaum ha tenido la excelente idea de recopilar y exponer por orden cronológico los escritos más relevantes de los pensadores alemanes modernos del Derecho Penal, o de algunos textos extraídos de los mismos, acompañado de un Apéndice en el que se recogen los datos más relevantes de su vida y obras y de las fuentes y bibliografía sobre los mismos. Con ello el lector tiene a su disposición un riquísimo material no siempre disponible en las bibliotecas, muchas veces citado, pero no siempre leído; y al mismo tiempo, puede ver las múltiples concepciones que durante dos siglos han dominado el panorama filosófico y dogmático del Derecho Penal alemán, muchas veces vinculado a las corrientes científicas y políticas del momento, otras veces más abstracto y desvinculado de la realidad en la que surgieron.

Es más que sabido que Alemania es la patria de los grandes filósofos desde la Ilustración hasta nuestros días. El Siglo de Oro de la filosofía alemana fue sin duda el siglo XVIII, el siglo de la Ilustración, en el que destaca sobre todo la enorme personalidad de Immanuel Kant, quien no sólo se ocupó de cuestiones filosóficas y metafísicas generales, sino también de

dar en su *Metafísica de las costumbres* (1797) con el famoso “ejemplo de la Isla” un fundamento filosófico a la pena entendida como pura retribución del delito, sin ninguna otra finalidad que la realización de la justicia como un imperativo categórico. También de aquella época, otro gran filósofo, Johan Gottlieb Fichte, se ocupó en su *Fundamento del Derecho natural* (1796/97) de dar una fundamentación iusnaturalista al Derecho Penal; y Wilhelm von Humboldt trató en sus *Ideas para un ensayo para determinar los límites de la eficacia del Estado* (1792) de los límites del poder punitivo estatal.

Ya en pleno siglo XIX fue Hegel, el filósofo que más directamente se ocupó en sus *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho* (1821) de dar a la pena un fundamento filosófico, entendiéndola como negación del delito y, por tanto, como restablecimiento de la vigencia del Derecho negado por el delito.

También otros filósofos y pensadores alemanes del siglo XIX se ocuparon con mayor o menor extensión del fundamento y función de la pena, entre los que cabe citar a Schopenhauer en sus obras *El mundo como voluntad y representación* (1818/1844) y su opúsculo *Sobre la libertad de la voluntad* (1839), a Karl Marx en su escrito de juventud sobre la “Ley prusiana del hurto de leña” (1821) y a Nietzsche en su *Genealogía de la moral* (1887).

Pero han sido, como es lógico, los juristas y dentro de ellos los penalistas los que más se han esforzado en buscar un fundamento al Derecho Penal y a reflexionar sobre sus elementos fundamentales, el delito y la pena, integrándolos dentro de un sistema, y discutiendo sobre todo si ésta debe ser entendida como pura retribución, como prevención, o como una mezcla de ambas. Desde este punto de vista destacan sobre todo en el siglo XIX Feuerbach, con su teoría de la pena como “coacción psicológica”; Birmbaum, con su trabajo sobre el concepto de “bien jurídico”; pero también Grolman, Klein, Mittermaier y Kostlin, el primer gran sistematizador del Derecho Penal a partir de las teorías hegelianas.

Ya en el último cuarto del siglo XIX destacan Karl Binding con su teoría de las normas y su visión retribucionista del Derecho Penal, y Franz von Liszt con su teoría del “fin en Derecho penal”, que seguía las ideas que expuso en su importante obra *La idea del fin del Derecho Penal* el que fue su maestro el civilista Von Ihering. Del enfrentamiento entre estos últimos autores surgió la llamada “Lucha de Escuelas” que

dividió a los penalistas alemanes de finales del siglo XIX entre los partidarios de la pena como pura retribución y los que destacaban su finalidad preventiva, sobre todo preventiva especial. En esta polémica participaron otros penalistas contemporáneos como Adolf Merkel y Karl Birkmeyer.

El siglo XX se abre con la gran personalidad de Gustav Radbruch, discípulo de von Liszt, en cuya concepción preventiva especial basó las medidas de seguridad posdelictuales, y especialmente la “custodia de seguridad”, que introdujo cuando fue ministro de Justicia en la República de Weimar (1923) en su Proyecto de Código Penal; pero que posteriormente, cuando fue apartado de su cátedra de Heidelberg por los nacionalsocialistas, se ocupó sobre todo de cuestiones históricas y filosóficas.

Ya en el siglo XX es inevitable citar a los penalistas que ejercieron un papel destacado en la configuración y en la fundamentación del Derecho Penal conforme a la ideología del Nacionalsocialismo, entre los que cabe citar a Friedrich Schaffstein con su concepción del delito como “infracción de un deber”, pero también a Hans Welzel, el gran renovador del sistema del Derecho Penal con su “teoría de la acción final”, pero que todavía durante el periodo nacionalsocialista en su artículo sobre “el concepto sustancial del Derecho Penal”, publicado en 1944 en el homenaje a Kohlraush, consideraba que la esencia del concepto material del delito era el desvalor de la acción con un planteamiento próximo al Derecho Penal de la voluntad patrocinado por los penalistas afines a la ideología nazi.

En el último cuarto del siglo XX, tras la superación de una concepción puramente retribucionista del Derecho Penal, tal como la patrocinaron Kant y Hegel, en un breve artículo de Ulrich Klug que tenía como título “Despedida de Kant y Hegel” (1968), destaca sobre todo la figura de Claus Roxin, quien a partir de su breve monografía *Política criminal y sistema del Derecho Penal* (1970) renovó la dogmática penal incluyendo en el sistema de la teoría del delito las finalidades políticocriminales, basando la imputación objetiva de un resultado en la creación o el incremento de un riesgo no permitido e introduciendo planteamientos funcionalistas moderados en la teoría del Derecho Penal, del que es buena prueba su importante *Tratado de Derecho Penal*, en dos volúmenes. Un funcionalismo más extremo representa Günther Jakobs no sólo en su *Tratado de Derecho Penal*, sino

también en una concepción más radical de una parte del Derecho Penal como un “Derecho Penal del enemigo”, en el que los principios y límites del Derecho Penal de Estado de Derecho quedan bastante reducidos cuando no completamente excluidos.

Todos estos textos representativos del pensamiento penal de los autores anteriormente citados se recogen en este libro, convenientemente sistematizados y con una transcripción cuidadosa en la que se mantienen las referencias a la páginas de la edición original de donde se toman. Quizás pueda discutirse en algún caso la selección realizada por Vormbaum; algunos podrán echar de menos a algún autor o algún texto, y otros podrán pensar que sobran algunos autores o algunos textos. Es cuestión de gusto. Pero pocos podrán discutir la utilidad de este libro y el enorme esfuerzo realizado por Vormbaum para ofrecer una muestra representativa de algunos de los autores y textos más influyentes en la evolución de la ciencia alemana del Derecho Penal en los dos últimos años.

2. Vormbaum, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Historia moderna del Derecho Penal)*, 2a. ed., Springer, Heidelberg, 2011, 321 pp.

La historia del Derecho Penal alemán de los dos últimos siglos está llena de acontecimientos y personalidades que han ejercido una gran influencia no sólo en la configuración del Derecho Penal de ese país, sino de un modo más o menos directo en la del Derecho Penal de otros países. Desde Paul Anselm Feuerbach a principios del siglo XIX hasta Claus Roxin a finales del siglo XX y principios del XXI, han sido muchos los autores y los acontecimientos históricos que han dejado su huella en el Derecho Penal. Ciertamente, lo más conocido de la elaboración científica del Derecho Penal llevada a cabo por los penalistas alemanes es la Dogmática penal; es decir, una forma de elaboración sistemática del Derecho Penal positivo, abstrayendo del mismo determinadas categorías generales aplicables después al estudio de las concretas figuras delictivas. También la filosofía alemana de los siglos XVIII y XIX, especialmente la de Kant y Hegel, ha servido de base a las posteriores discusiones sobre el sentido y fundamento de la pena y, por tanto, del Derecho Penal.

Pero todo ello se ha ido desarrollando paralelamente a los sucesos políticos y sociales que se han ido produciendo durante estos dos siglos, desde la

dispersión política en diversos Estados independientes (Baviera, Prusia, Sajonia, ciudades hanseáticas, etc.) que tenían como denominador común una misma lengua y la cultura, pasando por la unificación en una misma nación a partir de 1871 y por todo el atormentado siglo XX en el que hubo dos guerras mundiales protagonizadas directamente por Alemania, y un régimen dictatorial, el Nacionalsocialismo, que llegó a cometer las más grandes atrocidades y que tras su derrota en 1945 dejó un país destruido y dividido en dos naciones independientes y enfrentadas entre sí. Naturalmente, todo esto también repercutió en la elaboración del Derecho Penal, aunque esa repercusión raras veces haya sido tematizada o tratada con la importancia que merece en los libros y tratados de Derecho Penal.

El ingente material bibliográfico, legislativo y jurisprudencial que todo ello ha provocado era muy difícil de sistematizar y exponer de forma conjunta y equilibrada, y requería, además de un gran conocimiento de toda esa evolución histórica, una enorme capacidad de síntesis. Pero también una voluntad decidida de enfrentarse con un pasado, no siempre glorioso, de forma objetiva, contando, sin miedo y sin prejuicios chauvinistas, las cosas tal como realmente sucedieron y no como a algunos les hubiera gustado que hubieran sucedido, sin ocultar nada, describiendo las luces y las sombras de un pasado reciente cuyas consecuencias han llegado hasta nuestros días.

Nadie mejor para ello que el catedrático de Derecho Penal de la FernUniversität de Hagen, el profesor Thomas Vormbaum, quien a su gran nivel como jurista y penalista añade el de ser un gran conocedor de la historia de su país, como lo revelan sus numerosas publicaciones al respecto y el haber sido el fundador y actual editor de una de las revistas más importantes sobre la historia contemporánea del Derecho Penal: el *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* y su hermano menor el *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, además de director de colecciones en diversas y prestigiosas editoriales alemanas en las que se vienen publicando numerosas monografías de carácter histórico y no sólo sobre el Derecho Penal alemán, sino también sobre el de otros países, particularmente el de Italia, sobre cuya historia y literatura es también Thomas Vormbaum un destacado especialista.

Por eso cuando apareció la primera edición de esta *Einführung* que hoy comentamos, consideramos que era un hito importante en la investigación y exposi-

ción de la historia moderna del Derecho Penal, augurándole un gran éxito (véase mi recensión a la misma en *Revista Penal*, núm. 24, 2009).

Efectivamente, ese éxito se ha producido y en apenas dos años ha sido necesario hacer una segunda edición, en la que lógicamente, y dado el poco tiempo pasado desde la primera, se mantiene la mayor parte de su contenido; pero en esta nueva edición se añaden, además de la bibliografía y materiales que han parecido en estos dos últimos años, una serie de consideraciones sobre el Derecho Penal alemán en el siglo XX, sobre todo durante el Nacionalsocialismo y las repercusiones que tuvo en el Derecho Penal la transición desde la dictadura nacionalsocialista tras la derrota en 1945 a la República Federal de Alemania, y desde la caída del Muro de Berlín en 1989, y la subsiguiente reunificación alemana con la desaparición de la República Democrática que durante más de cuarenta años subsistió como un Estado independiente con un régimen dictatorial comunista.

Respecto de la situación anterior a la llegada al poder del Nacionalsocialismo, Vormbaum dedica especial atención a planteamientos anteriores, no ligados con la ideología nacionalsocialista, pero que de algún modo sirvieron de base a la misma. Así, por ejemplo, no cabe duda que en algunas obras de von Liszt y de Binding o, en Italia, de Lombroso, se pueden encontrar teorías que, impregnadas del darwinismo social y del positivismo científico tan en boga a finales del siglo XIX y principios del XX, preconizaban directamente la “inocuidación” o la eliminación física de los delincuentes reincidentes incorregibles, e incluso en la obra que escribió Binding junto con el psiquiatra Hoche a principios de los años 20 la de los “seres desprovistos de valor vital”.

¿Se les puede conceder a estos autores el beneficio de la duda? ¿Hubieran aceptado la aplicación que hicieron los nazis de sus teorías en los Campos de Concentración y Exterminio al menos respecto a los delincuentes reincidentes y a los asociales, a los que Mezger llamaba “extraños a la comunidad”?

Vormbaum no llega a tanto, pero sí advierte que los planteamientos de este tipo que pusieron en marcha los nacionalsocialistas estaban muy en consonancia con las tesis propugnadas por éstos y otros autores unas décadas antes, aunque llevados hasta sus últimas consecuencias y de una forma radical y extrema. A este respecto cita, por ejemplo, el caso de von Liszt (pp.189 y 190) y critica (en nota 207) la afirmación

que hice en mi trabajo sobre von Liszt publicado en el Homenaje a Hassemer (y en versión española en *Revista Penal*, 2011), de que probablemente von Liszt no hubiera estado de acuerdo con la aplicación que de sus ideas hicieron los nazis. Evidentemente, es difícil formular en la historia hipótesis sobre lo que hubieran hecho algunos al ver el uso que otros hicieron después de sus ideas. Desde luego el horror nazi no parece muy compatible con las ideas liberales que también preconizó von Liszt y que para algún autor, como Roxin, están en el origen de los planteamientos liberales y progresistas que luego se recogieron en los años 60 y 70 del pasado siglo, por ejemplo en el proyecto alternativo alemán; aunque también hay algún autor, como Naucke, que ya en su momento puso de relieve el carácter autoritario de otras tesis lisztianas. Tampoco parece que Lombroso, al que por cierto apenas citaban los criminólogos nazis por tratarse de “un judío”, hubiera estado de acuerdo con el exterminio de los judíos que dio lugar al Holocausto. Más próximo al programa eutanásico de enfermos incurables puesto en marcha por los nazis está sin duda el libro de Binding/Hoche de los años 20. En lo que sí tiene razón Vormbaum es que incluso en los planteamientos actuales se pueden encontrar ideas que ya se preconizaron por algunos penalistas nazis, lo que, a mi juicio, es especialmente evidente en la tesis de Jakobs sobre el *Derecho Penal del enemigo*, pero quizás no tanto en otros como el llamado “moderno Derecho Penal”, en el que Vormbaum ve algunas reminiscencias del pasado nacionalsocialista. En todo caso, lo que está claro es que en la historia siempre hay una continuidad de ideas y que éstas, incluso las que parecen mejores en un momento determinado, pueden tener un “valor de uso” diferente e incluso delictivo empleadas en otro contexto y momento; aunque esto no siempre implica, como dice en la p. 191, un juicio negativo sobre las personas que las propugnaron en su momento.

Lo que está claro es que Vormbaum no oculta ni disfraza los horrores y brutalidades que se cometieron durante el régimen nazi incluso con el apoyo consciente y decidido de famosos juristas. En este sentido, remito, por ejemplo, a las documentadas páginas (pp. 202-204) que Vormbaum dedica a la exposición del proyecto sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, que redactaron para el gobierno nacionalsocialista el muy conocido criminólogo Franz Exner y el aún más conocido y prestigioso penalista Edmund Mezger.

Otro periodo de la historia alemana a la que Vormbaum dedica bastante atención en esta nueva edición es la doble transición que ha tenido Alemania en la segunda mitad del siglo XX: la transición del régimen nacionalsocialista al régimen democrático de la República Federal de Alemania (y en menor extensión al de la República Democrática Alemana), tras la Segunda Guerra Mundial; y a la transición del régimen comunista de la República Democrática Alemana al de la República Federal de Alemania después de la caída del Muro de Berlín y la consiguiente reunificación alemana. Lo primero que pone de relieve es el distinto rasero con el que se llevaron a cabo ambas transiciones. Abiertamente dice que la primera fue una transición “entre propios”, mientras que la segunda fue una transición de los “otros” (p. 263). De lo que no cabe duda es que la primera transición fue, en primer lugar, llevada a cabo por las Potencias aliadas vencedoras en la Segunda Guerra Mundial. Fueron ellas las que sometieron a los principales responsables del régimen nazi a los famosos Juicios de Núremberg, las que declararon nulas las leyes penales nazis más características y violadoras de derechos fundamentales, como la analogía como fuente del Derecho Penal o las Leyes racistas de Núremberg, y también las que anularon las decisiones de los tribunales en las que se habían aplicado leyes de este tipo. Durante toda esa primera época, la legislación y jurisprudencia alemanas más bien se caracterizaron por lo contrario, por intentar correr un tupido velo sobre el pasado nazi, por conceder amnistías, por la pasividad en la persecución de los crímenes nacionalsocialistas y, finalmente, por asumir en las instituciones académicas políticas judiciales a personas que habían ocupado importantes cargos en el Nacionalsocialismo. Sólo en los años 60 comenzaron los primeros intentos por exigir en la Justicia alemana responsabilidades por los crímenes cometidos en el Nacionalsocialismo. Conocido es a este respecto el proceso iniciado por el fiscal general del estado de Hessen, Fritz Bauer, contra algunos responsables del Campo de Auschwitz; pero, en general, la mayoría de estos procesos terminaron con sentencias condenatorias leves, o con absoluciones. También en la República Democrática Alemana hubo a principios de los años 50 algunos procesos penales, como los llamados “Waldheimer Prozesse”, contra responsables nazis, llevados a cabo de forma sumaria y sin garantías, en los que se pronunciaron y ejecutaron muchas penas de muerte. Hubo que espe-

rar a la reunificación tras la caída del Muro de Berlín para que el pasado nacionalsocialista y sus crímenes pudieran ser elaborados de una forma más objetiva y sin las implicaciones emocionales y las presiones externas que hubo durante todo el periodo anterior, para lo que ya a finales del siglo XX y principios del XXI se han dictado leyes declarando nulas las condenas a muerte pronunciadas por los tribunales nacionalsocialistas en casos de deserción, resistencia al régimen nazi, etcétera.

La elaboración de los delitos cometidos por el régimen de la República Democrática Alemana fue una de las tareas emprendidas tras la reunificación y dio lugar a varios procesos contra sus dirigentes, que fueron condenados, pero con penas de no gran gravedad, de las que pronto fueron indultados. Una particularidad es que con motivo de algunos de estos procesos se volvió a plantear, en el plano filosófico jurídico, la tesis de Radbruch sobre “el injusto legal y el derecho suprallegal”, y que, en el plano dogmático, el Tribunal Supremo Federal aplicó por primera vez la teoría de Roxin de la “autoría mediata por control de aparato de poder”.

Toda esta “elaboración del pasado” de la historia alemana durante los últimos cincuenta años, junto con la evolución del Derecho Penal durante todo ese tiempo, es expuesta por Vormbaum con gran detalle y de una forma, a mi juicio, bastante objetiva (pp. 223-266), destacando sus condicionamientos políticos y sociales, sus luces y sus sombras, pero sobre todo las dificultades que durante todo ese tiempo hubo para compaginar la realidad política con la idea de Justicia.

Una vez más, con esta nueva edición, Thomas Vormbaum pone de relieve la importancia que tiene el conocimiento de la historia moderna y contemporánea del Derecho Penal para entender el Derecho Penal actual, y en este sentido dedica en la última parte de esta Introducción unas interesantes reflexiones sobre el Derecho Penal alemán del momento presente, al que valora con cierto pesimismo, en lo que tiene de “continuidad” (ya más estructural que personal) con algunos de los peores aspectos del Derecho Penal nacionalsocialista; pero sobre todo en lo que tiene de pérdida de principios básicos de lo que debe ser el Derecho Penal en un Estado de Derecho; posicionándose en contra de un entendimiento de la actual Ciencia del Derecho Penal como una Ciencia que legitima la enorme expansión que el Derecho Penal está teniendo en nuestros días, en lugar de seguir cumpliendo con la misión tradicional que le asignó el espíritu liberal

desde sus comienzos como “ciencia limitadora del Derecho Penal” y garantizadora de los derechos humanos fundamentales frente al poder omnimodo del Estado (pp. 281/282).

3. *Juristische Zeitgeschichte*, Thomas Vormbaum (ed.), Anuario 2010, editorial De Gruyter, tomo 11.

Siguiendo la línea ya marcada por sus predecesores, este nuevo tomo, correspondiente al año 2010, contiene numerosas contribuciones de carácter histórico jurídico no sólo referidas a Alemania, sino también a Italia, país con cuyo derecho, arte y literatura está muy vinculado el editor de esta obra, Thomas Vormbaum. No es extraño por ello que este volumen esté dedicado a la memoria de dos ilustres juristas italianos fallecidos en estos dos últimos años: Giuseppe Vasalli y Mario A. Cattaneo, muchas de cuyas obras han sido traducidas al alemán por el mismo Vormbaum.

En este tomo se contienen varias contribuciones generales de Johann Braun sobre Derecho y moral en el Estado democrático de Derecho; Segio Raúl Castaño (de Bariloche), sobre el poder constitucional en la configuración del Derecho público alemán tras la Segunda Guerra Mundial; de Klaus Kastner sobre el undécimo proceso de Núremberg contra los altos funcionarios de la Wihlhelstrasse, donde se encontraba la central administrativa del Nacionalsocialismo; y otro de Rainer Haehling von Lanzenauer sobre los sesenta años del Tribunal de Baden-Baden.

En la sección llamada Forum hay tres trabajos: uno de Mortiz Vormbaum, en el que se hace una reseña de la bibliografía sobre la administración de justicia de la República Democrática de Alemania; otro de Jedlitschka y Wolf sobre las actas de la famosa Stasi, y uno de Müller-Dietz sobre el delincuente desde el punto de vista del experto.

En la sección sobre biografías hay un trabajo de Stephan Meder sobre Gottlieb Planck y otro de Ingrid Piela sobre Walter Hallstein.

En la sección de acontecimientos actuales (*Zeitgeschehen*), hay un trabajo de Máximo La Torre sobre la identidad europea; otro de Robert van Ooyen acerca del Tratado de Lisboa, y otro de Emanuela Fronza sobre el delito de negación del Holocausto.

El tomo termina con una sección ya clásica sobre “el Derecho en el arte y el arte en el Derecho”, con contribuciones de Müller-Dietz sobre la justicia penal en Goethe; de Michael Walter sobre la novela de Theodor Storm *Draussen im Heidedorf*; de Dominio

Höind sobre la censura que sufrió la ópera de Verdi *Don Carlo*; de Klaus Lüderssen sobre las paradojas de la ópera wagneriana *El anillo de los nibelungos* y uno último de Georg Steinberg sobre la “tabla de Carneades” y la obra de Jünger, *Steg von Masirah*.

4. *Journal der juristischen Zeitgeschichte*, 2011, cuaderno I, Thomas Vormbaum (ed.).

Este hermano menor del Anuario sigue la línea de sus predecesores, y en un formato distinto contiene varios trabajos. Uno es de su director Thomas Vormbaum sobre los “enemigos del Reich” en las obras del caricaturista Wilhelm Bush y del famoso escritor de novelas de aventuras Karl May, en las que se refleja muy bien el espíritu de la época, en pleno apogeo del Reich a finales del siglo XIX. De la historia del art. 79, 1 de la Ley fundamental de Bonn (que permite bajo ciertas condiciones la modificación de la Constitución) se ocupa Simon Kempny; y del Tratado Brest-Litowsk que determinó la terminación de la Guerra entre Alemania y Rusia en 1917/18, que ya diseñaba las (malas) relaciones que iba a haber en el futuro entre ambos países, sobre todo a partir de que Rusia estaba ya en manos de los soviéticos, se ocupa Jacob Schirmer.

En su informe sobre las actividades del Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe se ocupa el periodista Frank Bräutigam, quien analiza las repercusiones que puede tener una sentencia del Tribunal Constitucional en la que, siguiendo el criterio ya sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, anule la aplicación de la medida de internamiento en custodia de seguridad, que se había aprobado y aplicado en Alemania con efectos retroactivos a sujetos que no habían sido sometidos a ellas en el momento de la condena. También hay un extenso reportaje sobre el Acto de concesión del premio Arnold-Freymuth al profesor Spiros Simitis, que fue catedrático en la Universidad de Francfort y encargado de la protección de datos en el estado de Hessen.

El presente cuaderno contiene una larga serie de recensiones bibliográficas sobre obras de carácter histórico, jurídico y sobre temas actuales.

### III. Derecho Penal Internacional

Que el Derecho Penal Internacional está teniendo cada vez mayor importancia es algo que no se puede discutir. Tanto a nivel doctrinal como legislativo y ju-

risprudencial, las continuas referencias al mismo son cada vez más frecuentes. La ratificación del Estatuto de Roma por la gran mayoría de los Estados que integran la Comunidad internacional y la correspondiente introducción en las legislaciones internas de esos Estados de las tipicidades penales contenidos en dicho Estatuto: Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Humanidad y Genocidio, la creación de la Corte Penal Internacional y el comienzo, si bien todavía incipiente, de su actividad como el tribunal que, en determinados casos y bajo determinados presupuestos, debe encargarse de juzgar esos crímenes, han supuesto sin duda un importante apoyo para que buena parte de la doctrina internacionalista, pero también penalista, dedique cada vez mayor atención a esta materia, desarrollando una serie de principios y conceptos propios que le dan autonomía y la convierten en una especialidad jurídica de primer orden. Aunque el idioma que más frecuentemente se utiliza para ello es el inglés y en buena parte es también el sistema anglosajón del *Common Law* la base jurídica en la que más se apoya el Estatuto de Roma, hay muchos autores, pertenecientes a otros ámbitos lingüísticos y a otros sistemas jurídicos, que se ocupan de esta materia, bien en su propia lengua, bien utilizando el inglés. Entre ellos destaca sin duda el profesor Gerhard Werle, quien no sólo con su *Tratado de Derecho Penal internacional*, sino también con otras muchas publicaciones y actividades desarrolladas desde su cátedra de la Universidad Humboldt de Berlín se ha convertido en uno de los grandes especialistas a nivel mundial del Derecho Penal Internacional. De ahí que en estas notas bibliográficas destaquemos dos importantes contribuciones de este autor y del equipo de excelentes y jóvenes especialistas que trabajan con él.

1. Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

El Derecho Penal Internacional está alcanzando en los últimos años una resonancia y una importancia más allá de la que generalmente ha tenido desde que empezó su andadura a partir sobre todo de los juicios de Núremberg y Tokio. A este éxito han contribuido sin duda la aprobación y ratificación por gran parte de los países de la Comunidad internacional del Estatuto de Roma y la subsiguiente creación de la Corte Penal Internacional, pero también la repercusión que esto ha tenido en la reinterpretación del Derecho Penal inter-

no de muchos países, que no sólo han incluido en sus ordenamientos jurídicos internos las normas básicas del Estatuto de Roma, como la definición de los Elementos básicos del delito de Genocidio, de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra y la no prescripción de los mismos, sino que también han iniciado en base a ellas famosos procesos contra dirigentes políticos responsables directos de muchos de estos crímenes, cometidos incluso antes de la entrada en vigor de estas normas. La aplicación retroactiva de estas normas del Derecho Penal Internacional puede ser jurídicamente discutible, lo que no lo es en absoluto es la enorme repercusión que el Derecho Penal Internacional está teniendo en la prevención y represión, tanto a nivel interno como internacional, de delitos gravísimos, que afectan a la humanidad en su conjunto, y que desgraciadamente hasta hace poco tiempo quedaban en la más absoluta impunidad.

A esta renovada importancia y expansión del Derecho Penal Internacional han contribuido sin duda también obras como este *Tratado de Derecho Penal Internacional*, del catedrático de Derecho Penal de la Universidad Humboldt de Berlín, Gerhard Werle, que alcanza esta nueva edición en relativo corto espacio de tiempo. Como ya advertía en el prólogo a la primera edición en español, publicado en esta misma editorial hace poco más de cinco años, el *Tratado de Derecho Penal Internacional* del profesor Werle tiene la virtud lógica, en un Tratado en el sentido literal del término, de ser una exposición detallada de las cuestiones más relevantes del Derecho Penal Internacional, acompañada de una exhaustiva información bibliográfica y de los materiales legislativos y jurisprudenciales, nacionales e internacionales más importantes en relación con la materia: pero además, y esto creo que es muy importante, la virtud ya no tan frecuente en obras de este tipo de estar escrita en un lenguaje fácil y asequible incluso para los no especialistas, utilizando una sistemática y una terminología que puede ser compartida por la Comunidad jurídica internacional, independiente de que su formación y procedencia sea la de los países regidos por el sistema del *Common Law*, o la de los influenciados por la dogmática penal alemana o la de otros muchos países del mundo que utilizan sus propios sistemas y conceptos para explicar el Derecho Penal. La mejor prueba de esta virtud es que este Tratado escrito en alemán, por un autor alemán, como es el profesor Gerhard Werle, haya sido ya traducido en estos últimos años además de al espa-

ñol, primera traducción que se hizo del mismo a otro idioma, al inglés, al italiano, al chino y al ruso. Tanto la versión alemana como la inglesa han alcanzado ya una segunda edición, que es la que ahora se publica en español sobre la base de la traducción de la primera edición realizada entonces bajo la dirección y coordinación de mi querida y llorada discípula, la profesora María del Mar Díaz Pita, con la que colaboraron otros discípulos y compañeros (María Gutiérrez; Antonio Muñoz Aunión y Claudia Cárdenas), algunos de los cuales, junto con Jaime Couso, participan también en esta nueva versión.

Esta segunda edición mantiene las mismas características que la anterior, aunque lógicamente ampliada con la bibliografía aparecida en estas últimas fechas y la más reciente jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, incluyendo la de la Corte Penal Internacional. Es, por tanto, fácil pronosticar que pronto tendrá el mismo éxito que la anterior y que seguirá siendo una obra de obligada referencia para todos los interesados y estudiosos de esta materia.

2. *Journal of International Criminal Justice*, volumen 9, número 1, Oxford University Press, marzo, 2011.

Esta prestigiosa revista que dirige el catedrático de Derecho Internacional y ex presidente del Tribunal penal de la ex Yugoslavia, Antonio Casesse, dedica este volumen a un Symposium que dirige el profesor de la Universidad Humboldt de Berlín, Gerhard Werle, en colaboración con su discípulo Boris Burghardt, sobre la aplicación de la teoría de la autoría mediata por control de un aparato de poder elaborada por Claus Roxin, a principios de los años sesenta, en algunas decisiones de la Corte Penal Internacional y de Tribunales nacionales. En este Symposium colaboran además de los citados Werle y Burghardt, Thomas Weigend, quien se ocupa de la recepción de la teoría de Roxin en la doctrina y jurisprudencia alemanas; Hector Olásolo y quien suscribe esta nota tratamos de la aplicación de la teoría de Roxin en algunas decisiones de tribunales en Latinoamérica; Kai Ambos, quien se ocupa especialmente de la sentencia condenatoria del ex presidente de Perú, Alberto Fujimori; Stefano Manacorda y Chantal Meloni, que tratan de las repercusiones de la teoría de Roxin en la praxis de la Corte Penal Internacional; y George P. Fletcher, quien analiza la repercusión que puede tener la dogmática penal alemana en la Corte Penal Internacional.

Desde el primer momento debe resaltarse la importancia que tiene en los momentos actuales dar a conocer en lengua inglesa el trabajo que publicó Roxin en 1962, quien en un alarde de valor intelectual y en un momento en que en Alemania no se quería saber nada o se prefería correr un tupido velo sobre los crímenes cometidos por el régimen nacionalsocialista, elaboró una tesis en la que exponía las razones jurídicas que fundamentaban la responsabilidad penal como autores (mediatos) de los dirigentes de dicho régimen. Como es sabido, Roxin consideraba en su trabajo, parte de su Escrito de Habilitación “Täterschaft und Tatherrschaft” (“Autoría y dominio del hecho”) (1ª edición, 1963), publicado como artículo en la revista *Goldammer’s Archiv* (después de haber sido rechazado por la revista *Juristenzeitung*), que en relación con los crímenes cometidos por el régimen nazi que dieron lugar al Holocausto la conducta de los dirigentes, pero también la de los encargados de llevar a cabo el plan de exterminio acordado en la reunión de Wannsee, organizando la distribución y transporte de los judíos a los campos de concentración, en donde eran directamente exterminados o sometidos a condiciones inhumanas de vida y trabajos forzados que determinaron la muerte de la mayoría, era constitutiva de autoría mediata por control del aparato de poder, las llamadas SS que en el régimen nacionalsocialista se encargaron, entre otras cosas, de realizar estas actividades.

La tesis de Roxin iba dirigida en primer lugar contra la teoría subjetiva de la participación, conforme a la cual lo importante no era la actividad material que el sujeto en cuestión hubiera llevado a cabo, sino si había actuado con “ánimo de autor” o con “ánimo de cómplice”. Y así, por ejemplo, en un caso en el que un agente secreto, actuando por orden de una agencia extranjera (concretamente la KBG de la Unión Soviética), había matado a otro disparándole con una cerbatana un aguijón envenenado, el Tribunal, aplicando esta teoría subjetiva, lo condenó como “cómplice” (cfr., por ej., BGH 18, 87: Caso Stachynskij). Esta teoría era, en opinión de Roxin, criticable no sólo por los problemas probatorios que plantea, sino también porque al no tener en cuenta la contribución material en la realización del delito, permite imponer la pena del cómplice (mucho menor que la del autor) a sujetos que habiendo ejecutado directamente el delito en cuestión (a veces graves crímenes como asesinatos) lo hacían sin interés directo o propio, sino como servidores o por encargo de otros que eran los que tenían

el ánimo de los verdaderos autores. La supervivencia de la tesis subjetiva en la jurisprudencia alemana tras la Segunda Guerra Mundial determinó que muchos autores materiales de los crímenes cometidos en los campos de concentración nazis fueran condenados, las pocas veces que lo fueron, con la pena del cómplice y pronto puestos en libertad (véase, por ejemplo, críticamente respecto a esta jurisprudencia, Just Dahmann/Just, *Die Gehilfen*, Francfort del Meno, 1988). La crítica que Roxin formuló en su artículo de 1963 no sólo se dirigía, por tanto, contra la tesis subjetiva en general, sino también especialmente contra la calificación como cómplices de los llamados “delincuentes de escritorio” (*Schreibtischstäter*) que, como en el caso de Adolf Eichman, decidían desde sus despachos el destino de miles y miles de judíos que eran mandados a los diversos campos de concentración y/o de exterminio. No deja de ser, por tanto, sorprendente que en aquella época todavía hubiera algún monografista que dijera que si la actividad de Eichmann se mantuvo dentro del marco de la llamada “solución final”, su conducta, a pesar de la alta posición que ocupó en el aparato de poder, sólo sería de complicidad en cada una de las muertes perpetradas. Si se hubiera seguido esta tesis, la misma hubiera supuesto que Eichmann, un “burócrata” dentro de la estructura de las SS, hubiera sido condenado sólo a una pena puramente simbólica, ya que el parágrafo 49 del Código penal alemán impone al cómplice en estos casos una pena de prisión que puede ser sólo de tres años. La calificación de complicidad en este caso habría sido además especialmente escandalosa, porque el tal Eichmann fue uno de los que el 20 de enero de 1942 asistió a una reunión con otros importantes dirigentes nazis a orillas del lago Wannsee en Berlín, en la que se acordó la llamada “solución final de la cuestión judía”, es decir, el exterminio de millones de judíos en los campos de concentración nazis. A la vista de ello, es difícil entender que alguien pueda mantener que la posterior conducta de Eichmann se deba calificar de mera complicidad. Desde luego, no fue de esta opinión el Tribunal de Jerusalén, que calificó a Eichmann como coautor y lo condenó a la pena de muerte (sentencia del Jerusalem District Court, de 12.12.1961, confirmada por la Supreme Court de 29.5.1962).

Pero la tesis de Roxin no sólo superaba la concepción subjetiva de la participación que mantenía la jurisprudencia alemana, sino también la estrecha construcción elaborada por la dogmática penal alemana de

la autoría mediata, que en principio sólo era aplicable en los casos en los que un sujeto cometía un delito utilizando como instrumento a otro irresponsable (un niño o alguien que no era consciente de que estaba realizando un hecho delictivo, etc.), pero no cuando, como sucedía con los dirigentes nazis y responsables de la organización burocrática de las SS como Adolf Eichmann, los autores directos de los delitos cometidos en los campos de concentración eran plenamente responsables. Roxin, en cambio, consideraba que la autoría mediata era también aplicable en estos casos, y para ello exigía la comprobación de tres requisitos fundamentales, que todavía mantiene en posteriores trabajos sobre el tema: la existencia de un aparato de poder con una relación jerárquica que vinculaba a los dirigentes, a los grados intermedios y a los ejecutores materiales de los delitos; la fungibilidad, sustituibilidad o intercambiabilidad de los meros ejecutores autores directos y plenamente responsables de lo que hacían; y que la organización o aparato de poder actuara al margen del Derecho.

Esta tesis no tuvo al principio mucho éxito en la dogmática penal alemana. Sólo fuera de Alemania a mediados de los años ochenta, el Tribunal de Penal de Buenos Aires la acogió en una primera sentencia en la que condenó a los principales responsables de la dictadura argentina por los asesinatos, desapariciones y torturas que llevaron a cabo militares y policías en los años setenta; pero esta sentencia fue anulada luego por la Corte Suprema argentina, que, no obstante, confirmó la condena, aunque con otra construcción dogmática, basada en la figura de la cooperación necesaria que, de todos modos, permitía la imposición de la misma pena.

Sólo desde el momento en que el Tribunal Supremo Federal alemán la acogió a principios de los años noventa para fundamentar la condena de los dirigentes de la República Democrática Alemana por, entre otros, los crímenes cometidos por los Guardias del Muro de Berlín que dispararon y mataron a quienes intentaron pasar a la República Federal de Alemania, la tesis de Roxin fue ganando cada vez más predicamento tanto en Alemania como fuera, sobre todo en los países cuya doctrina penal sigue bastante fielmente las construcciones de la dogmática penal alemana, como son España y la mayoría de los países latinoamericanos, en algunos de los cuales los tribunales de justicia han aplicado la teoría de Roxin para fundamentar la condena de dirigentes de regímenes dicta-

toriales bajo cuyo mandato se cometieron asesinatos, desapariciones y torturas de personas. El caso más relevante en el que se ha aplicado esta teoría ha sido el de la condena del ex presidente de Perú, Alberto Fujimori, y también en el mismo país el del dirigente del grupo terrorista Sendero Luminoso, lo que amplía la aplicación de la tesis de Roxin a grupos terroristas paraestatales. También algunos tribunales argentinos la han aplicado en algunos casos concretos y más recientemente en Colombia para condenar a jefes de grupos paramilitares.

En estos casos se ha aplicado la teoría de Roxin, basándose en el control que los jefes y dirigentes tenían, desde la cúspide, del aparato de poder, del que salían las órdenes que otros desarrollaban y ponían en marcha para que finalmente fueran ejecutadas por los últimos escalones del aparato de poder. Igualmente, se daban en estos casos los demás requisitos exigidos por Roxin: la relación jerárquica entre los distintos eslabones de la jerarquía del grupo, desde la cúspide a los ejecutores, pasando por los cargos intermedios; la fungibilidad de los ejecutores entre sí y la desvinculación del Derecho.

Pero el hecho que en buena parte ha motivado este Symposium, ha sido la acogida de la tesis de Roxin en algunas decisiones importantes de la Corte Penal Internacional en los casos Lubanga, Katanga y Al Bashir, en las que ha abandonado la tesis de la "joint enterprise", derivada del *Common Law*, según la cual basta la participación en un grupo criminal para responder sin más de las acciones cometidas por el grupo. En general, los participantes en este Symposium consideran positiva esta nueva orientación jurisprudencial tanto a nivel nacional, en los países en los que se ha dado, como a nivel internacional, en la Corte Penal Internacional. No obstante, algunos hacen algunas consideraciones críticas. Así, por ejemplo, Fletcher considera que esta nueva jurisprudencia modifica un tanto la orientación pro víctima que caracteriza el Estatuto de Roma. Ambos ven en la sentencia del caso Fujimori algunas diferencias con la tesis originaria de Roxin. Weigend y lo mismo Werle y Burghardt creen que la nueva jurisprudencia internacional supone un acercamiento de la Corte Penal Internacional a la dogmática penal alemana, que, en principio, no fue acogida en el Estatuto de Roma. Olásolo y el que suscribe estas notas advierten de una cierta disparidad en la interpretación que se ha hecho de la tesis de Roxin por algunos tribunales de países latinoamericanos.

En mi opinión, el avance importante que suponen estas decisiones jurisprudenciales no debe ignorar que la tesis de Roxin surgió para explicar (y fundamentar) la responsabilidad de los dirigentes de una organización tan peculiar, por muchas razones, como fueron las tristemente famosas SS dentro del régimen nacionalsocialista, que junto a la estrecha vinculación jerárquica, rayana en la obediencia ciega a las órdenes del jefe (Hitler/Himmler), característica de este grupo, contaban además con un gran número de personas que cumplían fielmente las órdenes recibidas, e incluso con entusiasmo, sin que hubiera ningún problema si alguno, por las razones que fueran, no podía o no quería llevar a cabo el acto que se le pidiera, porque siempre había otros muchos dispuestos a realizarlo. Más discutible es que se dé en otros aparatos de poder el requisito de la “desvinculación del Derecho” que Roxin sigue exigiendo, aunque una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia que sigue su tesis la haya abandonado en este punto. En el caso de las SS, éstas ciertamente gozaban de un estatus especial que sólo les hacía responsables ante el jefe, Adolf Hitler, y que les permitía actuar completamente al margen de las normas jurídicas vigentes para los demás ciudadanos. Pero este requisito no es tan claro que se den en otros aparatos de poder de regímenes dictatoriales menos sofisticados que el régimen nazi. Ciertamente, los crímenes se cometían muchas veces al margen de cualquier normativa jurídica; pero otras veces eran actuaciones que, como en el caso de algunas dictaduras institucionalizadas y de larga duración como la española, la portuguesa o la de la Alemania comunista, se producían al amparo de una normativa jurídica, que puede ser cuestionada desde el punto de vista de la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero que eran el sistema jurídico vigente en esos países, que por lo demás gozaban del reconocimiento como Estados miembros de la Comunidad internacional.

Y otra observación que debe tenerse en cuenta es que la tesis de Roxin originariamente surgió so-

bre todo en relación con el proceso que en aquellos momentos se estaba llevando a cabo en Jerusalem contra Adolf Eichmann, es decir, contra un burócrata, si bien de alto nivel en la organización de las SS, encargado de organizar el transporte e internamiento de miles de judíos en los campos de concentración, a sabiendas del destino que allí les aguardaba. Sin embargo, en algunas de las sentencias nacionales e internacionales en las que se ha aplicado, los condenados no son meros burócratas, sino las cabezas visibles de los sistemas dictatoriales derrocados. Y a veces, a la vista de algunas de estas sentencias, no puede evitarse la impresión de que castigándolos sólo a ellos se pretende cerrar el círculo de responsabilidades que podían exigirse a otros muchos que tuvieron una intervención decisiva en los crímenes de aquellos regímenes dictatoriales. Esta “selectividad” en la elección de los responsables, probablemente inevitable por razones procesales, no es por eso menos sospechosa, ya que puede ser una especie de “Justicia de la Transición” más simbólica que real, para superar un pasado que existió y permaneció de forma duradera en el tiempo, dejando, con el castigo de algún “chivo expiatorio”, en la más absoluta impunidad a miembros importantes de las instituciones del régimen fenecido, muchos de los cuales pasan después al nuevo régimen democrático sin tener que responder penalmente por los crímenes que se cometieron ante sus mismas narices, cuando no con su colaboración, activa o pasiva.

Esto naturalmente no es culpa de la tesis de Roxin, que ciertamente es la mejor construcción dogmática para fundamentar la responsabilidad penal de los dirigentes y miembros destacados de los regímenes dictatoriales por los crímenes cometidos durante su vigencia; pero también debe advertirse, a mi juicio, de la posibilidad que tiene de ser utilizada sesgadamente cuando su aplicación no se rige por parámetros de estricta justicia, sino por criterios oportunistas de acuerdo con la situación política de cada momento en un país determinado.



*Revista Penal México*, edición al cuidado de la Dirección de Publicaciones del Instituto Nacional de Ciencias Penales, se terminó de imprimir y encuadernar en febrero de 2012 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 México* 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 dos y cinco 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.



Instituto Nacional de Ciencias Penales  
Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal  
Editorial Ubijus