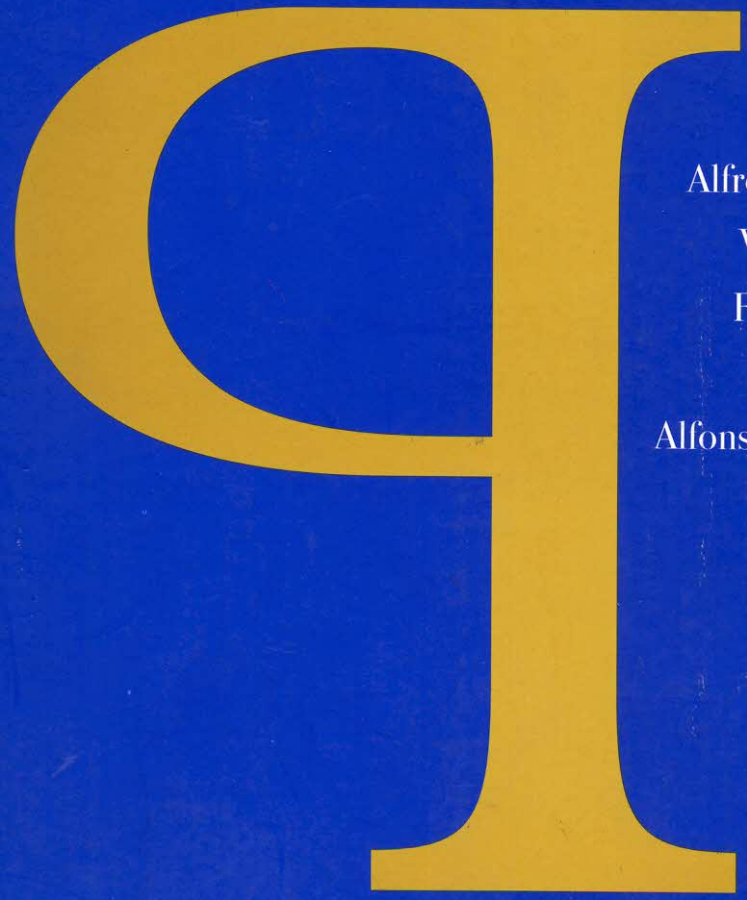
Luis Reyna Alfaro
Sergio Cuaresma Terán
Directores

# DERECHO PENAL Y ESTADO DE DERECHO

## Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad



Paulo César Busato
Alfredo Chirino Sánchez
Víctor Gómez Martín
Fauzi Hassan Choukr
Winfried Hassemer
Alfonso Zambrano Pasquel

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

# Obras de nuestro sello

Aboso, Gustavo Eduardo - Zapata, María Florencia: *Cibercriminalidad y Derecho penal.* La información y los sistemas informáticos como nuevo paradigma del Derecho penal. Análisis doctrinario, jurisprudencial y de derecho comparado sobre los denominados delitos informáticos. Origen de la red informática. La información como nuevo paradigma del Derecho penal. Problemática de los delitos informáticos. Ley penal aplicable, participación de personas jurídicas, extradición, comportamientos abusivos, fraudes, copia ilegal, uso ilegítimo, autorización. Internet y libertad de expresión. Infracciones de naturaleza económica. Delitos contra la fe pública. Delitos contra la intimidad. Delitos contra la indemnidad sexual. Jurisprudencia nacional y extranjera. Derecho comparado. Derecho contravencional. 2006. 240 ps.
ISBN 9974-578-74-4.

Baigún, David: *Los delitos de peligro y la prueba del dolo.* La posibilidad y las leyes de la causalidad. Verificación del vínculo causal. Epílogo por Gonzalo D. Fernández. Una línea de expansión del Derecho penal. El concepto de peligro. El dolo de peligro. Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 23. 2007. 80 ps.
ISBN 978-9974-578-79-1.

Cancio Meliá, Manuel - Gómez-Jara Díez, Carlos: Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Una obra con alrededor de 70 trabajos de los catedráticos mas importantes del mundo occidental. 2006. 2 volúmenes de 2312 ps.
ISBN 9974-578-67-1.

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

Buenos Aires 671- Telefax 916-5238
e-mail: bdef@netgate.com.uy
Montevideo - Uruguay
www.editorialbdef.com

Av. Congreso 4744 - Telefax 4522-1483
e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar
Buenos Aires - Argentina
www.euroseditores.com

# DERECHO PENAL Y ESTADO DE DERECHO

LUIS REYNA ALFARO
SERGIO CUARESMA TERÁN
Directores

PAULO CÉSAR BUSATO - ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ
VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN - FAUZI HASSAN CHOUKR
WINFRIED HASSEMER - ZAMBRANO PASQUEL

# DERECHO PENAL Y ESTADO DE DERECHO

## Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad




PENALISTICA

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2008

*Julio César Faira* - Editor

I.S.B.N.: 978-9974-676-04-6

En Buenos Aires, República Argentina:
© Euros Editores S.R.L.
Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483
e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar
www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:
© B de F Ltda.
Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (005982) 916-5238
e-mail: bdef@netgate.com.uy
www.editorialbdef.com

*Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.*

Encuadernado por: *Encuadernación Latino América* - Tel.: 4222-8040
Impreso en la Argentina, en el mes de mayo de 2008 por:
*St Gráfico*, San Antonio 834, Capital Federal - Tel./Fax: 4302-7414
(1276) República Argentina

ÍNDICE

Presentación ..... IX

Régimen disciplinario diferenciado como producto de un Derecho penal del enemigo
Paulo César Busato ..... 1

La seguridad como un topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza
Alfredo Chirino Sánchez ..... 17

Nacionalsocialismo y Derecho penal
Víctor Gómez Martín ..... 53

Bases para compreensão e crítica do direito emergencial
Fauzi Hassan Choukr ..... 157

El Derecho penal del Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo
Winfried Hassemer ..... 181

Estado de Derecho y orden jurídico penal
Luis Reyna Alfaro ..... 197

Derecho penal del enemigo y amparo de libertad
Alfonso Zambrano Pasquel ..... 223

# PRESENTACIÓN

El Instituto Centroamericano de Estudios Penales (ICEP) era una de las organizaciones de desarrollo de las Ciencias Penales de mayor credibilidad en el continente. Su persistente actividad e difusión han permitido que los más importantes penalistas del orbe, como Winfried Hassemer, Francisco Muñoz Conde[1], Ernesto Pedraz Penalva[2], Ricardo Mata y Martín[3], por citar solo algunos, intervengan en sus diversos proyectos.

Esa credibilidad permitió su consolidación y fortalecimiento a través de la posterior creación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)[4]. En esta nueva era, bajo el liderazgo de su rector, el profesor doctor D. Mario Houed Vega, se pretende la consolidación y extensión de sus objetivos más

[1] Muñoz Conde, Francisco, *De la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo,* ICEP, Managua, 2005.

[2] Pedraz Penalva, Ernesto, *Introducción al Derecho procesal penal,* Hispamer-ICEP, Managua, 2002.

[3] Mata y Martín, Ricardo, *Delincuencia informática y Derecho penal,* Hispamer-ICEP, Managua, 2003.

[4] Según ley 604/2006, del 26 de octubre, publicada en *La Gaceta*, Diario Oficial de la República de Nicaragua, el 24 de noviembre de 2006.

allá de los países mesoamericanos. En ese contexto, respondiendo al trabajo desarrollado en conjunto con *penalística* (www.penalistica.org) surge el texto que ahora presentamos.

En esta presentación, más que analizar el contenido de la obra, lo que resulta poco elegante e incluso innecesario, dada la talla de los autores, los coordinadores –fundadores del INEJ- han querido dar cuenta del *móvil* que guió el proyecto. Y éste, indudablemente, no puede apartarse del contenido programático del sistema penal que en un Estado de Derecho no puede sino relacionarse con la realización de los derechos fundamentales. En función a esa idea esencial es que los participantes en esta obra, a quienes dirigimos nuestro sentido agradecimiento, desarrollan desde distintas perspectivas una crítica general a las tendencias punitivistas que predominan en el escenario político-criminal contemporáneo.

Las últimas palabras de esta sucinta presentación –*last but not least*– quisiéramos dedicarlas a brindar nuestro agradecimiento al Sr. Julio César Faira, director de B de F, sello editorial de reconocimiento en toda Latinoamérica, que nos honra con incluir esta obra en su catálogo.

Sergio Cuaresma Terán[5]

&

Luis Miguel Reyna Alfaro[6]

[5] Vicerrector INEJ, magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua, profesor de Derecho penal y Criminología INEJ.

[6] Profesor de Derecho penal INEJ. Profesor de Derecho penal de las Universidades de San Martín de Porres e Inca Garcilaso de la Vega, Perú.

# RÉGIMEN DISCIPLINARIO DIFERENCIADO COMO PRODUCTO DE UN DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

PAULO CÉSAR BUSATO*

La reciente entrada en vigor de la ley 10.792, de 1° de diciembre de 2003, que modifica la ley de ejecuciones penales brasileña (ley 7210 de 11 de junio de 1984) para la inclusión de un régimen disciplinario diferenciado para determinados detenidos, ha producido una importante reacción doctrinal en su contra, en razón de las importantes violaciones que ello supone a determinadas garantías fundamentales, en especial en lo que se refiere a la humanidad de la ejecución de la pena y al principio de igualdad.

Es necesario reconocer que, por lo general, las críticas que se echaron encima de la alteración legislativa son correctas y parece que poco más queda que decir, además de sumarse a dichas opiniones, por lo demás, siempre defensoras de un Derecho penal democrático.

Por otro lado, lo que sí parece necesario es identificar otra conexión de la ley que también conduce a la violación de garantías, aunque de modo indirecto. Me refiero al modelo dogmático que late en el fondo de dicha iniciativa legislativa,

* Miembro del Ministerio Público en Brasil, Profesor de Derecho penal en la Universidad Estadual de Ponta Grossa, Brasil, y doctor en *Problemas actuales del Derecho penal* por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Profesor e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

aspecto que, aunque quizás un tanto menos explorado, es igualmente merecedor de críticas.

Parece oportuno destacar la existencia de proposiciones dogmáticas de cierta trascendencia en el reciente movimiento académico latinoamericano, cuyos planteamientos parecen ajustados a este modelo político-criminal reconocidamente autoritario.

Conviene no perder de vista que el Derecho penal es una instancia estatal de control social y, como tal, tiende a mantener un perfil uniforme entre las distintas instancias que se ocupan de este control.

Zaffaroni[1] se refiere al sistema penal como una forma de "control social institucionalizado", formado por tres segmentos básicos: el policial, el judicial y el ejecutivo. Estos distintos segmentos actúan simultáneamente, manteniendo cada uno el predominio sobre determinada etapa del sistema de control.

Pero, como refiere el mismo Zaffaroni[2], los discursos de estas distintas instancias de control, aunque pretendan sonar preventivos de delitos, en realidad sirven de justificaciones condicionantes para la creación de verdaderas "carreras criminales" (teoría del *labelling approach*), con lo cual no se puede perder de vista que el sistema penal no queda indemne a la influencia de las distorsiones del modelo de Estado liberal burgués y no puede ser considerado solución para el problema de la criminalidad ni mucho menos.

Así, el hecho de que aparezca una modificación de la ley de ejecuciones penales con las características de esta reforma tiene raíces que van mucho más allá de la intención de controlar la disciplina dentro de la cárcel, y representan, eso sí, la obediencia a un modelo político-criminal no solo violador de los derechos fundamentales del hombre (en especial del hombre que cumple pena), sino que también es capaz de

[1] ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 32.

[2] Ídem, p. 35.

prescindir de la propia consideración del criminal como ser humano e incluso capaz de sustituir un modelo del Derecho penal de hecho por un modelo de Derecho penal de autor.

Parece extremadamente importante acordar dicha conexión, principalmente delante de la constatación de que, mientras los penalistas brasileños rechazan prácticamente de manera uniforme las disposiciones de la Ley del Régimen Disciplinario Diferenciado, no pasa lo mismo en lo que se refiere a la adopción de las premisas del modelo político-criminal que le sirve de origen. Me refiero al hecho de que no es raro oír voces proclamándose favorables a las proposiciones del funcionalismo sistémico, tributario de un Derecho penal del enemigo.

Por ello, parece urgente demostrar, como se pretende aquí, las conexiones entre la propuesta legislativa que altera la disciplina de la cárcel y las bases del modelo de imputación propios del funcionalismo sistémico, para que quede claro hasta dónde pueden llevar dichos planteamientos.

En ese intento, utilizando un método deductivo, se buscará presentar primero un panorama general de las alteraciones legislativas realizadas, para, enseguida, procurar develar las raíces de la política criminal que orienta dichas elecciones.

La redacción del art. 52 de la ley de ejecuciones penales, después de las modificaciones, establece el aislamiento celular del penado que comete delito doloso o falta grave, hasta por un año con posibilidad de repetición por un plazo igual a un sexto del plazo establecido inicialmente. Además, se imponen restricciones en cuanto a la posibilidad de recibir visitas.

Aquí aparece un evidente retorno al sistema auburniano[3].

[3] Comenta Cezar Bitencourt que "en 1796 el gobernador John Jay, de Nueva York, envió una comisión hacia Pensilvania para estudiar el sistema celular. En 1796 ocurrieron cambios importantes en las sanciones penales, sustituyendo la pena de muerte y los castigos corporales por la pena de prisión, consecuencia directa de las informaciones obtenidas por la comisión ya referida. En 1797 fue inaugurada la cárcel de *Newgate*. Como ese establecimiento era demasiado

Pero el problema es todavía más grave cuando se observa el contenido de los párrafos 1° y 2° del mismo artículo, que establecen literalmente:

"§ 1° El régimen disciplinario diferenciado también podrá incluir a los detenidos a título provisional o condenados, nacionales o extranjeros, que presenten alto grado de riesgo para el orden y la seguridad del establecimiento penal o de la sociedad"[4].

"§ 2° Se impondrá igualmente el régimen disciplinario diferenciado al detenido provisional o condenado sobre el cual

---

pequeño, fue imposible desarrollar el sistema de confinamento en solitario. Y delante de los resultados poco satisfactorios, en 1809 se propuso la construcción de otra cárcel en el interior del Estado para absorber el creciente número de delincuentes. La autorización definitiva, empero, para la construcción de la cárcel de Auburn solo ocurrió en 1816. Una parte del edificio fue destinada al régimen de aislamiento. De acuerdo con una orden de 1821, los prisioneros de Auburn fueron divididos en tres categorías: 1°) La primera estaba compuesta por los mayores y persistentes criminales, a los cuales se les destinó un aislamiento permanente; 2°) En la segunda se mantenía los menos incorregibles y solamente eran destinados a las celdas de aislamiento tres días en la semana y tenían permiso para trabajar; 3°) La tercera categoría estaba integrada por los que generaban más expectativas de corregirse. A éstos solamente era impuesto el aislamiento nocturno, permitiéndoles trabajar juntos por el día, o siendo destinados a las celdas individuales un día en la semana. Las celdas eran pequeñas y oscuras y no había posibilidad de trabajar en ellas. Este experimento de estricto confinamento solitario resultó un rotundo fracaso: ochenta prisioneros en aislamiento total permanente, salvo dos excepciones, han resultado muertos, locos o han alcanzado el perdón. Una comisión legislativa investigó este problema en 1824 y recomendó el abandono del sistema de confinamento en solitario por la noche. Éstos son los elementos fundamentales que definen el sistema auburniano, cuyas bases, según Cuello Calón, fueron establecidas en el hospicio de San Miguel de Roma, en la cárcel de Gante". BITENCOURT, Cezar Roberto, *Falência da pena de prisão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pp. 70-71.

[4] "§ 1° O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade".

existan fundadas sospechas de conexión o participación, bajo cualquier título, en organizaciones o bandas criminales"[5].

Aparece aquí la posibilidad de recibir al sujeto en el sistema de ejecución penal, ya desde el principio sometido a un esquema de aislamiento completo, en celda individual, sin más razones vinculadas a la disciplina administrativa de la cárcel, pero sí por razones que devienen de un juicio de valor que poco o nada tiene que ver con un Derecho penal de hecho y mucho más con un Derecho penal de autor.

La sumisión al régimen diferenciado deriva de la presencia de un "alto grado de riesgo para el orden y la seguridad del establecimiento penal o de la sociedad". Pero ¿de qué estamos hablando? No sería ya de la realización de un delito o de una falta grave regulada por la administración de la cárcel, porque ésta ya se encuentra referida en la redacción principal del mismo artículo, que trata exactamente de ello[6]. ¿Qué otras fuentes de riesgo social o penitenciario pueden devenir de comisiones que no sean faltas ni delitos, pero que sí se puedan considerar fuentes de riesgo administrativo o social? Es más, la mera sospecha de participación en bandas u organizaciones criminales justifica el tratamiento diferenciado. Pero, si el juicio es de sospecha, no hay certidumbre respecto de dicha participación, entre tanto, ya aparece la imposición

[5] "§ 2° Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos".

[6] "Art. 52: La realización de hecho previsto como crimen doloso constituye falta grave y, cuando deviene en subversión del orden o disciplina internos, acarrea al detenido provisional o condenado, sin perjuicio de la sanción penal, al régimen disciplinario diferenciado, con las siguientes características: I. duración máxima de trescientos sesenta días, sin perjuicio de repetición de la sanción por nueva falta grave de la misma especie, hasta el límite de un sexto de la pena aplicada; II. abrigo en celda individual; III. visitas semanales de dos personas, sin contar los niños, con duración de dos horas; IV. el detenido tendrá derecho a la salida de la celda por dos horas diarias para coger sol".

de una pena diferenciada, al menos en lo que se refiere a su forma de ejecución.

Además, hay algo que conviene poner de relieve: todas estas restricciones no están dirigidas a hechos sino a determinada clase de autores. Se busca claramente dificultar la vida de estos criminales en el interior de la cárcel, pero ya no por el hecho de que han cometido un delito, sino porque, a juicio de los responsables de las instancias de control penitenciario, representan un riesgo social y/o administrativo o son "sospechosos" de participación en bandas u organizaciones criminales. Deviene, por lo tanto, esta iniciativa en un peligroso Derecho penal de autor, en donde "no importa tanto *qué* se hace u omite (el hecho) sino *quién* –personalidad, notas y características del autor– hace u omite (la persona del autor)"[7].

Los orígenes de esta ley pueden ser perfectamente detectados. Hay un estado de miedo permanente en la sociedad brasileña por la existencia de alarmantes índices de criminalidad que, además, han invadido las cárceles y subvertido el propio sistema de ejecución penal, convirtiendo las mismas cárceles en puntos de referencia de las organizaciones criminales, de donde parten órdenes y directrices para la realización de acciones delictivas. Ello, asociado a la creciente influencia de las bandas criminales, principalmente en locales en donde se acumulan, en condiciones de vida inhumanas, miles de personas, ha hecho que las instancias estatales de control social reaccionen de la manera ya conocida: la edición reiterativa de más legislación penal, progresivamente restrictiva y ofensiva de garantías fundamentales.

Se trata evidentemente de una política criminal equivocada y que no resulta en más que la reproducción y multiplicación de la violencia. Para García-Pablos de Molina[8], este tipo

[7] ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 360.

[8] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 97.

de actitud por parte del Estado refleja una "política de gestos de cara a la galería y la opinión pública".

En realidad, la pretensión de convertir el Derecho penal en portador de expectativas de seguridad social no puede más que romper la confianza en esta misma instancia de control. Comenta García-Pablos de Molina:

"Nada más erróneo que convertir al Derecho penal en un Derecho de gestión ordinaria de problemas sociales. Por acusado que sea el descrédito que padecen las diversas instancias del control social, formal e informal, el Derecho penal no debe perder su naturaleza subsidiaria, como *ultima ratio*, ni llegar a ser el instrumento eficaz, por excelencia, de pedagogía político-social de socialización, de civilización. Ni le corresponde tal función, ni parece sensato someterlo a cargas que no puede soportar"[9].

No se trata tan solo de un fenómeno de expansión del Derecho penal[10], sino también de algo que parece todavía más grave, que es una peligrosa tendencia hacia el quiebre del principio de igualdad a favor de la imposición de una reacción penal diferenciada según el perfil del autor y no de acuerdo con el hecho realizado.

La imposición de una fórmula de ejecución de la pena diferenciada según características del autor relacionadas con "sospechas" de su participación en la criminalidad de masas no es más que un "Derecho penal del enemigo", es decir, se trata de la desconsideración de determinada clase de ciudadanos como portadores de derechos iguales a los demás, a partir de una clasificación que se le impone por las instancias de control. La adopción del régimen disciplinario diferenciado representa el trato inhumano de determinado tipo de autor de delito, diferenciando evidentemente entre ciudadanos y "enemigos".

[9] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción...*, cit., p. 100.

[10] Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1999.

Pero, a ejemplo de otras tantas iniciativas legislativas que tienen el claro objetivo de recortar garantías de los autores de delitos, evidentemente esta ley no puede alcanzar el pretendido recorte de índices de delincuencia, dado que la raíz del fenómeno criminológico brasileño se ubica mucho más en las graves deficiencias sociales y económicas que en el régimen interno de la cárcel, que, por lo demás, suele ser brutal y estar en desacuerdo con la misma disposición legislativa [11].

Mientras en Brasil esta ilegítima y brutal reacción estatal se vincula al principal problema con que se enfrenta la sociedad brasileña, es decir, la criminalidad callejera realizada por bandas, en Europa, donde el problema del momento parece claramente identificado con el terrorismo, aparecen propuestas semejantes en algunas legislaciones [12].

Si, por otro lado, se promulga una norma que resulta inadecuada a la persecución de los fines que se propone, es decir, de efectivo control social, esta norma se convierte en ilegítima. En ese sentido la lección de Zugaldía Espinar:

"Si el Derecho penal de una sociedad democrática se legitima en tanto en cuanto *previene* la realización de hechos delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho penal (y la pena) deviene ilegítimo desde el mismo momento en que se demuestre que es *inútil o innecesario* en orden a alcanzar el fin que se le asigna" [13].

Si es absolutamente injustificable que el legislador reaccione de esta manera, desbordando los límites de un Derecho penal de hecho, a favor de un Derecho penal de autor, convie-

[11] Se debe tener en cuenta que el ámbito de la ejecución penal es regulado de modo compartido por el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo y, coincidentemente o no, es el segmento del sistema de control penal en donde existe la más grave falta de obediencia a las disposiciones legislativas.

[12] *V.g.* el art. 76 del Código Penal español, que ha establecido pena diferenciada según los antecedentes por terrorismo, o el art. 78 del mismo cuerpo legal, que impone distintas exigencias a aquéllos en términos del régimen general del cumplimiento de pena.

[13] ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos*... cit., p. 240.

ne poner de relieve que este punto de vista no se restringe al ámbito legislativo, sino que recibe cierta acogida doctrinal.

No es desconocida una perspectiva defendida por cierto sector de la doctrina europea, en especial por el profesor Günther Jakobs, que reconoce la legitimidad de que en ciertos casos pueda el Estado dejar de considerar al delincuente "persona" para tratarlo como enemigo.

El profesor Jakobs parte de reconocer como un hecho concreto de la realidad moderna que muchas normas penales revisten la característica de una reacción de combate hacia un enemigo.

"Hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación –denominada abiertamente de este modo– de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de 'delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas'" [14].

A partir de ello, reconoce que, al menos en estas áreas, "la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige al aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos" [15].

Esta perspectiva hace que el legislador reaccione ya en contra del "estado de vida" del autor de delito, como si su manera de vivir representara una amenaza permanente al propio Estado [16].

Jakobs [17] defiende que en la medida en que el autor del

[14] JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo,* Trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003, pp. 38-39.

[15] JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo...*, cit., p. 40.

[16] En ese sentido JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo...*, cit., p. 40.

[17] JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo...*, cit., pp. 40-41.

delito de terrorismo no admite someterse a la idea de Estado, lo que él pretende es el mantenimiento de un "estado de naturaleza" que no es admisible. Con ello, "la necesidad de la reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano".

A partir de esa idea, Jakobs [18] considera que "hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura –precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona– que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada".

Jakobs [19] entiende que la permanente crítica que se hace al proceso de expansión y la creciente violencia de la legislación penal deriva de una confusión entre dos categorías distintas: la de ciudadano y la de enemigo. "Dicho de otro modo: quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos 'guerra' y 'proceso penal'". Se abre entonces, según Jakobs [20], la posibilidad del tratamiento diferenciado: "Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado. (...) Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, pues de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del

[18] JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo...*, cit., pp. 41-42.

[19] Ídem, pp. 41-42.

[20] Ídem, pp. 47-48.

enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana".

Propone finalmente Jakobs[21] que para la preservación del Derecho penal del ciudadano hace falta "llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada".

Se trata de legitimar en el ámbito del Estado, como única forma de preservación del ciudadano, una categoría de "no ciudadanos", de "no personas", en definitiva, de "enemigos"[22].

Jakobs defiende la posibilidad de tratar de manera distinta a "ciudadanos" y a "enemigos" en todos los sistemas de control asociados a la realización de un delito, es decir, tanto en el Derecho penal[23] cuanto en el proceso penal[24] y hasta

[21] JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*...cit., p. 42.

[22] La desconsideración del criminal como ciudadano hace recordar uno de los peores períodos de la historia político-criminal. Es que el discurso del propio líder nacionalsocialista partía de este mismo punto: "El ciudadano alemán es privilegiado en relación con el extranjero. Ese honor excepcional también implica deberes. El individuo sin honor, sin carácter, el criminal común, el traidor de la patria, etc., puede, en cualquier tiempo, ser privado de esos derechos" (*Mein Kampf*, Adolf Hitler). HITLER, Adolf, *Minha Luta*, trad. para el portugués de Klaus Von Puschen, São Paulo, Centauro, 2003, p. 330.

[23] "Por lo tanto, el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad". JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*..., cit., pp. 42-43.

[24] "(...) al igual que en el Derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas. En este contexto, puede bastar una referencia a la incomunicación, es decir, a la eliminación de la posibilidad de entrar en contacto un preso con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de una persona (§§ 31 y ss. EGGVG)". JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*..., cit., pp. 45-46.

incluso en el ámbito de la ejecución penal[25], como es el caso del régimen disciplinario diferenciado. Para él, "un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo"[26].

Con ello, propone Jakobs[27] que "quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo". Jakobs propone que se establezca una diferencia también respecto de la reacción penal, siendo que mientras al ciudadano se los amenaza con una pena, "el enemigo es excluido".

La adopción de esta perspectiva sería equivalente a institucionalizar la diferencia de tratamiento entre el "ciudadano" y el "enemigo". Por un lado, reduciendo a nada la poca efectividad práctica que hasta hoy se ha conseguido para el principio de igualdad y, por otro, legitimando al Estado para escoger el perfil de los "enemigos" de turno. Aparece la siniestra posibilidad de decir si la clasificación como "enemigo" deriva ya de su condición de terrorista, de miembro de una banda criminal, de su preferencia religiosa, de su raza o de su condición social, cualquiera de las condiciones que pueden convertirlo en un "extraño a la comunidad".

Ello no constituye ningún problema para la propuesta de sistema de imputación del profesor Jakobs, justamente en la medida en que él defiende que la reducción del individuo a un "subsistema psico-fisico"[28], manteniendo en el centro

[25] "La ambigua posición de los prisioneros –¿delincuentes? ¿prisioneros de guerra?– muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra". JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo...*, cit., p. 46.

[26] JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo...*, cit., p. 56.

[27] Ídem, p. 56.

[28] JAKOBS, Günhter, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., trad. De Juaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 183.

de la organización sistémica la preservación de la estabilidad normativa, con lo cual ya nada importa la persona que sea, sino que importa tan solo el modo en que este subsistema se organiza, no es compatible con el sistema social en el que está inserto.

La elección de la norma como centro de organización del sistema de imputación reduce la importancia del hombre al punto de permitir el desprecio hacia determinado "tipo de hombre", que pasa a ser considerado "enemigo". Pero se olvida que la identificación de este mismo enemigo resulta ser el producto de un proceso de criminalización primaria[29] que, si hoy por hoy se dirige hacia el terrorista, en otro momento se dirigió hacia los *Gemeinschaftsfremde*[30].

Pero la proposición no solo resulta injustificable sino también incoherente, generando una interesante paradoja: si la proposición de "eliminación del enemigo" hiere los derechos fundamentales del ser humano y, luego, de los ciudadanos, rompe con el modelo de Estado que se organiza para garantizarlos. De ser así, dicha propuesta constituye una apología en contra del Estado, ¡que terminaría por justificar la aplicación de un Derecho penal del enemigo contra el propio Estado! Es decir, la proposición de violación de derechos fundamentales rompe con la idea de formación del propio Estado, que es la entrega de una parcela de libertad a cambio de la protección más eficiente de estos mismos derechos fundamentales. Si al Estado que llamamos para protegernos se le permite desconsiderar nuestra condición fundamental de ciudadanos

[29] Sobre el proceso de criminalización primaria a partir de la teoría del *labelling approach* véase HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 155 y ss., y BARATTA, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do Direito penal,* Trad. de Juarez Cirino dos Santos, 2ª ed., Río de Janeiro, Freitas Bastos, 1999, pp. 85 y ss.

[30] Sobre la política criminal de eliminación de los asociales llevada a cabo por el Estado nazi, véase MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo,* 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

–condición ésta de la cual depende la legitimidad del mismo Estado que formamos–, ¿quién nos protegerá del Estado?

Para evitar esta contradicción, la proposición funcionalista sistémica tiene que olvidarse completamente del hombre para la organización del sistema de imputación, que termina volcado única y exclusivamente a la norma.

Dicha elección de la norma como centro del sistema de imputación permite reconocer como misión del Derecho penal su propia estabilización, bien así como fundamento de la pena, la prevención general positiva, es decir, la preservación de la confianza general en la vigencia normativa, manteniendo completamente alejadas del sistema las ideas de protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal, bien así que el fundamento de la pena pueda tener por eje el individuo y no, la norma. En ese sentido, Jakobs[31] refiere expresamente:

"(...) no se puede considerar como misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es, esto sí, reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tales efectos, vigencia y reconocimiento. (...) Misión de la pena es la manutención de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una retorsión, que tiene lugar a costa del autor, frente al cuestionamiento de la norma".

El modelo de imputación propuesto por el llamado funcionalismo sistémico se inspira en la idea central de que la punibilidad del delito deriva de la violación de un deber, es decir, la realización del delito expresa un rompimiento del comando normativo que autoriza al Estado a reaccionar a través de la imposición de la correspondiente sanción. El objetivo central del sistema de imputación es obtener la estabilización de la norma, a través de un reconocimiento social generalizado de la necesidad de sumisión a su comando.

Aparece como subproducto de esta idea la centralización del sistema ya no en el ser humano, sino en la propia norma.

[31] JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., pp. 13-14.

Según la perspectiva del funcionalismo sistémico, el mundo está formado por sistemas y subsistemas autopoiéticos, y el Derecho penal, como subsistema del sistema jurídico, tiene una concepción cerrada, que pretende su propia subsistencia como sistema. Para ello, el objetivo central del Derecho penal es la búsqueda de estabilización de la norma, que es su elemento estructural propio. La aplicación de la reacción penal, es decir, de la pena o medida de seguridad, tiene por objetivo generar la confianza de la sociedad en el sentido de la vigencia de la norma que fue desafiada por el autor del delito.

El olvido de la condición humana del autor del delito presente en esta proposición dogmática es lo que permite la formulación de un "Derecho penal del enemigo" y, luego, lo que abre las puertas a las construcciones legislativas de matices menos garantistas.

Así, resulta evidente que la elaboración legislativa brasileña reciente en general, y especialmente en el caso de la regulación del régimen disciplinario diferenciado, no solo se vincula a una política criminal equivocada, de ingreso en un ciclo vicioso de responder a la violencia con más violencia, sino que también se encuentra respaldada por una peligrosa concepción dogmática defendida por más de uno en Brasil como una apuesta de futuro. Por ello, el rechazo al modelo dogmático funcionalista sistémico es una exigencia que, si no atiende a la convicción de algunos de los críticos de la avalancha legislativa penal que vivimos, debe derivar como mínimo de la coherencia para con dicha crítica.

En resumen: es necesario centrar la atención en el hecho de que legislaciones de matices tales como la ley 10.792/03 corresponden, por un lado, a una política criminal expansionista, simbólica y equivocada, y, por otro, a un esquema dogmático poco preocupado por la preservación de los derechos y garantías fundamentales del hombre. Por ello, hace falta cuidarse de los peligros que derivan tanto del uno cuanto del otro.

## BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do Direito penal*, trad. de Juarez Cirino dos Santos, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Falência da pena de prisão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid, Civitas, 2003.

– *Derecho Penal. Parte General.* 2ª ed., trad. De Juaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1999.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1996.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

# LA SEGURIDAD COMO UN TOPOS DISCURSIVO EN LA POLÍTICA CRIMINAL CENTROAMERICANA. PERSPECTIVAS DE UNA DESESPERANZA*

ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ**

## 1. INTRODUCCIÓN

Hoy nos encontramos a las puertas de un cambio trascendental en nuestra comprensión de la sociedad, la cual ha evolucionado, sin darnos cuenta, de una sociedad de clases a una sociedad de "riesgos"; es decir, una sociedad donde los aparatos institucionales están dirigidos, principalmente, a la reducción de riesgos y peligros derivados de las más diversas conductas y comportamientos sociales. A tal punto esta tendencia se ha asentado en nuestra conciencia, que hoy es posible observar el desarrollo de un derecho penal que es cada

* Las presentes reflexiones pretenden contextualizar algunos problemas ideológicos, filosóficos y político-criminales surgidos a partir del discurso de la seguridad urbana en Centroamérica. Su sentido no es más que el de alertar sobre la existencia de una poderosa tendencia a colectivizar la búsqueda de la seguridad, dejar sin base la protección de los derechos y garantías individuales, y apoyar la construcción de un derecho penal contundente. Quizá la utilidad marginal de las observaciones aquí incluidas sea, exclusivamente, advertir que la tendencia hacia un derecho penal del "enemigo" ya está presente entre nosotros y está creando inmensas disfunciones en el quehacer del sistema de justicia penal, sometido desde hace décadas a una de sus crisis de legitimación más profundas.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica. Director de la Escuela Judicial de Costa Rica.

vez más sensible a los peligros que puedan verificarse en las más diversas actividades humanas[1], y su esencia, prácticamente preventiva, se ha convertido en la política de seguridad por excelencia del Estado.

A pesar de que este cambio esencial en nuestra visión del mundo se ha venido produciendo de la mano de nuevos riesgos incontrolables como el del terrorismo o el de la criminalidad organizada, entre otros, esperamos que el derecho penal se convierta en una herramienta de control y de direccionamiento social, que permita reducir, y, quizá, eliminar estos nuevos riesgos, donde el verdadero factor de preocupación no es más que la persona misma[2]. Nos hemos convertido en nuestros peores enemigos y el Derecho penal se ha levantado como una herramienta contra estos "enemigos". El proceso de legitimación y de justificación de los cambios en el derecho sustantivo y en la política criminal es, a pesar de sus incalculables consecuencias, bastante sencillo, y se basa en la receta mágica de "más de lo mismo", con la cual hemos construido, desde hace ya bastantes años, la típica política penal de nuestros días.

Este "derecho penal de la seguridad", o quizá debamos

[1] Cfr. al respecto PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt am Main, 1993.

[2] Una tendencia reactiva a la visión crítica del Derecho penal, al menos como era observada hace algunos años en las facultades de derecho de la región, como una materia que había que tratar con cuidado, como el mal establecido en la legislación, y que requería, inevitablemente, una crítica social inmediata. Este cuadro del Derecho penal y su enseñanza parece estar transformándose vertiginosamente. Una suerte de guerra de trincheras entre el Derecho penal como dogmática y el Derecho penal crítico frente a los cambios de la sociedad y el "uso" del Derecho penal como tecnología social, parecen "ser las posiciones de batalla, aún profundamente presentes en la situación espiritual de la praxis y en la discusión del derecho penal en Centroamérica. Al respecto cfr. con más detalles de la situación en Alemania, Winfried HASSEMER, "Bilder des Strafrechts", en Winfried HASSEMER, *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, Philo Verlagsgesellschaft, 2001, pp, 91 y ss.

designarlo "derecho penal de riesgos"[3], no es más que otro mecanismo sutil para derruir y, en algunos casos, eliminar el papel de los derechos subjetivos de los seres humanos y elevar al rango constitucional un poderoso constructo de nuestros días que recibe el nombre de "derecho fundamental a la seguridad"[4].

Este constructo ha permitido demoler las últimas conexiones básicas de nuestra concepción democrática y decidir que nuestro derecho a la seguridad bien merece combatir hasta los derechos humanos más esenciales, y reducir, con ello, los últimos espacios de libertad para los seres humanos que viven en sociedad.

Gracias a este aparato ideológico, que ha permitido disminuir la importancia de las libertades y los derechos individuales, ya no se comprenden los derechos constitucionales como derechos de defensa frente al Estado, sino que han permitido una normativización del orden público hasta el punto de introducirse en muchos campos que antes eran considerados íntimos o privados.

En el discurso moderno de la seguridad ya no habría limitaciones para las intervenciones del Estado; éstas, antes bien, son presentadas al gran público como algo bueno y deseable, y que se trataría, en realidad, de un justo trueque de libertades por seguridad. La asustada sociedad moderna da la bienvenida a estas políticas de reducción de derechos, en parte adormecida por la constante invasión propagandística que la convence de la inminencia de un peligro delictual en su vida y de la necesidad de excluir y reprimir a aquellos que ponen en peligro la forma social de organización, la cual, hoy por hoy, no es más que la sociedad de mercado en todas sus múltiples va-

[3] Cfr. Prittwitz, op. cit. *in fine*.

[4] El término es extraído de "Grundrecht auf Sicherheit" fue acuñado por Joseph Isensee en Alemania, como una forma de fundamentar cambios trascendentales en las obligaciones del Estado, y sobre todo en sus prerrogativas, para alcanzar la seguridad.

riables, la cual se eleva como el bien jurídico básico y esencial que debe ser protegido por el Derecho penal.

El fenómeno no se restringe a la actividad estatal. El mercado de la seguridad también ha llegado a manos privadas, y el crecimiento exponencial de servicios de seguridad privados demuestra cómo hay cada vez menos espacios para lo privado. El Estado de Seguridad usufructúa como propios hasta los espacios privados y la extensión de lo público ha llevado a perder incluso las últimas nociones de lo que considerábamos más sensible e integrado a nuestra comprensión de la individualidad.

## 2. La seguridad y su nuevo contenido

Podemos decir que el establecimiento del concepto de seguridad, tal y como es comprendido hoy, es producto del trabajo intelectual de Thomas Hobbes en el siglo XVII. Desde esa época, es reconocible un esfuerzo por ampliar su ámbito de cobertura. Junto al reconocimiento de la capacidad individual para alcanzar un plan de desarrollo integral, una de las herencias más importantes de la Ilustración, surge, al mismo tiempo, la certeza de que la seguridad personal dependería, a partir de ese convencimiento, de una acción del individuo: la seguridad sería vista, entonces, como una forma de controlar, dentro de ciertos límites, el futuro[5].

El futuro es cada vez menos controlable. Hemos descubierto que nuestras posibilidades de definir el futuro ya no solo dependen de los riesgos presentes, sino también de la construcción de un determinado "orden social" que debe ser alcanzado por la política. Dicho orden requiere de una verdadera clasificación o división de la sociedad. El orden público necesita que se determine quiénes son los ciudadanos respetables y que cumplen con sus obligaciones y aquellos que

[5] KAUFMANN, Franz-Xaver, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Stuttgart, 1973, pp. 160 y ss.

se mantienen al margen del sistema, los que están fuera de él y no merecen el trato de ciudadanos (enemigos). En esta clasificación se incluyen directamente aquellas personas que ocupan los espacios públicos y que sostienen prácticas anómicas o ajenas a las instrucciones normativas que el sistema exige cumplir. Estas divisiones, las cuales llevan incluso a la sectorización de la ciudad, permiten también que haya controles específicos que pretenden clasificar a estos ciudadanos que se han puesto del lado del desorden, vigilarlos y también someterlos a los procesos de selección tan conocidos y estudiados del sistema penal.

La intolerancia es el resultado de todo este proceso[6], lo cual acarrea un determinado estilo del control penal. El "orden de la intolerancia", como vamos a denominarlo, significa un panorama específico de la ciudad. Las "fuerzas del orden" van a ser dirigidas en contra de estos contraventores, de los que piensan, actúan o manifiestan actitudes contrarias a esa "ecología de las costumbres" construida a través de la definición del concepto de orden y con ello de un concepto de seguridad específico.

Primero la criminalidad organizada y luego el terrorismo, una "nueva" versión de aquélla, adquirieron la patente de corso para convertirse en la fundamentación de nuevos cambios en la forma de reacción del Derecho penal.

### 3. La sociedad de riesgos y la criminalidad organizada

La razón, como lo hemos visto, para la introducción de cambios en el Derecho penal sustantivo y en el proceso penal radica en los temores generados a partir del aparente advenimiento de nuevas formas de criminalidad[7], clasificadas bajo

[6] Bauman denomina la intolerancia, con razón, la tendencia específica de la modernidad. Bauman, Zygmunt, *Moderne und Ambivalenz. Das Ende der Eindeutigkeit*, Frankfurt, 1995.

[7] La discusión acerca de si este "tipo" de criminalidad es algo realmente nuevo tiene que enfrentarse con el hecho de que no existen es-

el nombre genérico de "criminalidad organizada". La temática se ha convertido en un contenido por excelencia de información a la opinión pública; junto a ello, se observa también un cálculo específico a la hora de trabajar con estadísticas sobre delitos violentos o sobre criminalidad con algún grado de organización (robo de vehículos, tráfico de drogas, secuestro de niños para adopciones, trata de blancas, etc.). Todo esto ha motivado el siguiente paso consistente en revisar el conjunto de normas a fin de determinar si las autoridades del sistema penal cuentan con el suficiente instrumental técnico para incidir en este tipo de criminalidad y reducir los totales generales de inseguridad que los medios de comunicación explicitan en sus informaciones bajo el lema del "miedo al crimen" o del "grado de inseguridad" que sufren los ciudadanos. Se trata de un juego de argumentos circulares que no parecen llevar a ninguna parte, salvo a la justificación sin base de mayores reducciones a las libertades de los ciudadanos. Los medios de comunicación colectiva luchan denodadamente para que los medios de persecución penal aumenten, para que el nivel de represión material del sistema penal se haga más fuerte y para que en general, paquetes de leyes reductoras de ese ámbito de libertad de los ciudadanos se dicten, todo con la promesa de mayor seguridad, bajo el lema de mercadeo "cambio su libertad por mayor seguridad frente al crimen". La opinión pública llega a adquirir la idea de que, si no cede en su libertad, un día será presa fácil de la criminalidad organizada, que teje todos los días sus planes para hacerse de inmediato con el control de la seguridad.

---

tudios empíricos que demuestren las connotaciones criminológicas de esta delincuencia. Es frecuente encontrar trabajos prácticos de la policía que suelen señalar que en la "criminalidad organizada" se está hablando, al menos, de la participación de varias personas según un plan. Estas personas asumen esta actividad criminal como una profesión u oficio. Se agrega a ello la distribución del poder organizacional por medio de niveles y la orientación planificada de los designios criminales a la obtención de recursos económicos.

En concordancia con estas solicitudes provenientes de los medios de información y grupos de poder interesados, la política criminal responde con una reacción inmediata consistente en paquetes de leyes que aumentan las penas de los delitos que más prensa reciben y que generan más poderes para los órganos persecutorios (por ejemplo, en los países industrializados, el órgano más beneficiado resulta ser siempre la policía[8]), y se producen al mismo tiempo más solicitudes para que la opinión pública justifique la construcción de un Estado poderoso que enfrente el problema de la criminalidad con contundencia, ya que ésta es visualizada como un "riesgo social", el cual, junto a otros "riesgos modernos", como el temor a los derrames de sustancias químicas venenosas o la contaminación de la población por reactores atómicos construidos a finales de la guerra fría o el temor a sufrir las consecuencias de crisis ecológicas desatadas por el manejo de técnicas de mejoramiento genético de cultivos[9], parecen generar un potencial de riesgo específico dentro de

[8] Schwind y el Grupo de Trabajo Número III de la Nueva Sociedad Criminológica *(Neue Kriminologische Gesellschaft)*, en una reunión especializada sobre el tema de la criminalidad organizada celebrada en Viena en 1995, hablan incluso de un déficit muy marcado en la "lucha" contra este tipo de criminalidad, a pesar de todos los intentos realizados por el legislador. Como sugerencias para mejorar el "déficit" proponen aumentar las posibilidades de obtención de información por parte de la policía del siguiente modo: mejoramiento de los medios electrónicos de observación, la investigación mediante agentes infiltrados en las organizaciones criminales o, por ejemplo, a través de la utilización transnacional del "testigo de la corona". Respuestas como éstas se encuentran a granel en la literatura, y no es de extrañar que los primeros brotes de este inusitado recrudecimiento de "penalización" del sistema de control social se sientan pronto por todas las esquinas del continente. Acerca de las referencias a esta reunión sobre el tema de la criminalidad organizada cfr. Schwind, *OK-Bekämpfung*, p. 226.

[9] Peligros como los provenientes de la violencia y la criminalidad amenazan todos los días a los ciudadanos, sin embargo, no parece ser ésta la única fuente de peligros para ellos. La moderna industria se ha convertido en una generadora de riesgos con su enorme arsenal de

la sociedad [10]. Esto significa que, junto a los riesgos surgidos de la ciencia y la industria, aparece el hombre mismo como un riesgo de seguridad y el Estado está listo para utilizar todos los medios para combatir este riesgo. La consecuencia de todo ello, desde el punto de vista de la política criminal, no es otra que la solicitud de "más de lo mismo": producción de más tipos penales, de aumento de penas, de reducción de garantías, lo que genera específicamente una "penalización" de la sociedad [11]. Se trata de una llamada constante al legis-

---

mecanismos tecnológicos, por ello es que la idea de "inseguridad" que se maneja con tanta facilidad no puede desprenderse de su necesario vínculo con las fuentes de riesgo provenientes de la moderna y compleja vida en sociedad.

[10] Cfr. BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986. El autor en este libro intenta describir una sociedad ("la sociedad de riesgos") que está confrontada con una serie totalmente nueva de riesgos, los cuales se caracterizan por su alto potencial de destrucción y de amenaza. Así planteada, este tipo de "sociedad" vendría a ser un desarrollo posterior de la "modernidad" (p. 15). Esta sociedad enfrenta el problema estructural de que sus posibilidades políticas y científicas para enfrentar estos riesgos son muy limitadas (p. 78, p. 305). Estos riesgos provenientes de la modernización son, según Beck, una consecuencia colateral del avance técnico; por esa razón, estas "consecuencias colaterales" deben figurar en un papel central en las reflexiones sociales (p. 103). A pesar de que tiene un papel tan importante en su obra, Beck no define en el libro qué entiende por el concepto de "riesgo", utiliza con frecuencia ideas tales como las de "peligro" o "amenaza", como si fueran pares conceptuales totalmente semejantes en sus consecuencias (cfr. p. ej., p. 35). Las consecuencias de la obra de Beck han sido receptadas directamente por algunos autores del Derecho penal y en algunos casos se ha reflexionado acerca del papel de éste como parte de una política de "reducción de riesgos" en la moderna sociedad tecnológica.

[11] Cfr. en este sentido PRITTWITZ, Cornelius, "Alternativen der Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft: Weniger Rechtsstaat im Strafrecht oder weniger Strafrecht im Rechtsstaat?", en Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), *Rechtsstaatliche Antworten auf neue Kriminalitätsformen*, Strafverteidigertag vom 7.-9. Mai 1993, Köln, Ed. Der Andere Buchladen, Erste Auflage, 1993, p. 30 (citado en el texto como "Alternativen").

lador para que eche mano del medio más lesivo del Estado de Derecho para proteger los bienes jurídicos, a fin de que todos estos riesgos sean adecuadamente previstos y eliminados [12]. Esta política de restricciones y de represión cuenta desgraciadamente con una adecuada coyuntura [13], esto no solo debido a la necesidad de alcanzar más seguridad objetiva y subjetiva dentro de la sociedad, sino también ante el fracaso enorme de otros sistemas sociales (como la educación, la familia y la política [14]), pero, también, debido al deseo poderoso de seguir recurriendo al efecto mágico de los usos simbólicos del Derecho penal [15].

El legislador que "practica" este tipo de Derecho penal "moderno" no trata directamente de alcanzar la tutela de bienes jurídicos individuales, sino que más bien busca la protección de intereses de la colectividad, tales como el ambiente, la salud, los intereses de los consumidores, el orden público o los mismos elementos de sostenimiento de los sistemas económicos, de la administración pública, del monopolio monetario del Estado o incluso el propio sistema social [16], en la

[12] Kunz, Karl-Ludwig, *Kriminologie. Eine Grundlegung*, Bern, Stuttgart, Wien, Verlag Paul Haupt, 1994., § 9, Rdnr. 22. Acerca de los problemas de un Derecho penal de la sociedad de riesgos v. Prittwitz, *Risikostrafrecht*, cit., pp. 138 y ss.

[13] Prittwitz, "Alternativen", p. 30.

[14] Claro al respecto Albrecht, Peter Alexis, "Organisierte Kriminalität: Das Kriminaljustizsystem und seine konstruierten Realitäten", *Krit* V 1997, p. 236.

[15] Cfr. acerca de ello Hassemer, Winfried, "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *NStZ* 1989, pp. 553 y ss.; también Kempf, Eberhard, "Die Funktion von Strafrecht und Strafverteidigung in ei-ner modernen Gesellschaft", *NJW* 1997, pp. 1729 y ss.

[16] Hassemer, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, Beck, 2ª Ed. puesta al día, 1990. Se consultó también la versión en español de la obra de 1984 de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, titulada *Fundamentos de Derecho Penal*, publicada por Bosch en 1984, p. 275 (citada en el texto como *Fundamentos*); Baratta, Alessandro, "Jenseits der Strafe Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur

esperanza de un apuntalamiento normativo de la expectativa en la fidelidad en el derecho por parte de aquellos que no han transgredido aún los supuestos normativos penalmente conminados. De esta manera el legislador "moderno" intenta controlar todas las situaciones de peligro por medio del Derecho penal [17], logrando únicamente convertirlo en un simple "sistema de dirección social" [18].

Por medio de este grave deterioro de sus funciones de garantía, el Derecho penal deja de dar sus orientaciones al resto del ordenamiento jurídico e intenta inmiscuirse en la lógica de la "disminución de riesgos" [19] en la que se encuentran todos los mecanismos de control social, solo que en el caso de lo punitivo se intenta alcanzar esta "disminución" mediante el uso de decisiones normativas [20]. En esta "lógica de la necesidad" resulta aceptable atender a las justificaciones que derivan de la limitación preventiva de riesgos que surge de las medidas estatales, en una paleta amplia de posibilidades que va desde la autorización legislativa de los investigadores infiltrados hasta la misma escucha de las conversaciones de los ciudadanos [21]. En términos generales, todo esto significa la realización práctica, mediante decisiones normativas, de los requerimientos de la así denominada *new surveillance* [22].

---

Neubewertung der Funktionen des Strafrechts", en Haft/Hassemer/Neumann/Schroth (Eds.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993, pp. 393 y ss. (citado como "Jenseits der Strafe"), p. 400; SEELMANN, Kurt, "Risikostrafrecht", *Krit V* 1992, pp. 452 y ss.

[17] HASSEMER, *Grundlagen*, p. 274; del mismo autor también, *NStZ* 1989, p. 558.

[18] HASSEMER, *Grundlagen*, p. 275.

[19] Cfr. SEELMANN, *KritV* 1992, p. 453.

[20] PRITTWITZ, "Alternativen", p. 31; ALBRECHT, *Kriminalpolitik*, pp. 5 y ss.

[21] ALBRECHT, *Kriminalpolitik*, p. 2.

[22] MARX, Garry, "The New Surveillance", en *Technology Review*, 88, 1985, pp. 42 y s. Rosa del Olmo analiza el surgimiento de esta "nueva vigilancia", la cual se desarrolla en términos posmodernos, con herra-

Esta tendencia implica un orden de carácter proactivo-preventivo, que se manifiesta muy especialmente en la "tecnoprevención": con la ayuda de este instrumento conceptual se deposita la confianza plena del legislador en los recursos técnicos, con la esperanza de que estos recursos generen, por sí mismos, la tan ansiada seguridad de la sociedad. No obstante, resulta evidente para el observador atento que la política de la "nueva vigilancia" se traduce en el Derecho penal en la construcción de más tipos penales o en la reducción sistemática de garantías y derechos del acusado, lo que convierte al Derecho penal en un mero "artefacto", al cual únicamente se le puede asignar un valor simbólico[23].

El fracaso que ha tenido el Derecho penal en la asunción de sus nuevas tareas en el campo de la "seguridad interna" y de la "nueva vigilancia" se manifiesta principalmente en el

mientas tecnológicas que hacen posible el seguimiento y control de las conductas humanas por medios sutiles e incruentos, que las personas no sienten directamente lesivos de sus derechos, por cuanto la incidencia que tienen en sus vidas es a partir de las informaciones que estas herramientas recopilan sobre ellas, sin su conocimiento y sin su consentimiento. Somos vigilados por cámaras de video, por mecanismos automáticos de seguimiento de llamadas, por sistemas de escucha y otras tecnologías que hacen de "estar solo" un mito en la nueva "sociedad del control". Hay un traslado de lo privado a lo público, debido a que un número importante de observadores tiene acceso a informaciones de considerable contenido personal de muchos ciudadanos. Las tecnologías han transformado verdaderamente el tipo de vigilancia que se puede realizar de los comportamientos humanos, no solo profundizando su intensidad, sino, además, haciéndola superar las barreras geográficas, posibilitando comparaciones de datos, registros y transmisiones, que en épocas anteriores del desarrollo tecnológico eran impensables. Todo esto amplía y profundiza el control social, rompiendo barreras físicas, temporales y tecnológicas, haciendo inútil cualquier frontera entre controlados y controladores. Olmo, Rosa del, "La criminología en la cuarta época: del saber al poder", en Olmo, Rosa del; Arroyo Gutiérrez, José Manuel; Campos Zúñiga, Mayra; Issa El Khoury Jacob, Henry, *Cuatro Temas sobre Política Criminal*, San José, CONAMAJ, 1998, pp. 7 y ss.

[23] Gilly, *Krim. Journal* 1997, pp. 194 y ss.; Seelmann, *KritV* 1992, p. 460.

campo del Derecho penal de las drogas[24]. Este fracaso no se manifiesta únicamente en los medios utilizados para alcanzar los objetivos de persecución, sino también en la técnica de solución de los déficits legislativos que se van detectando conforme se ponen en vigencia nuevas leyes draconianas en contra del crimen. En efecto, si se encuentra que hay déficits y lagunas en el campo legislativo para combatir ciertos tipos de criminalidad, la respuesta del legislador no consiste en valorar si el problema radica en la "inconveniencia" o "falta de adaptación" de los medios de combate a las necesidades del Estado de Derecho, sino precisamente en que tal vez dichos medios no son lo suficientemente poderosos para producir los efectos de combate deseados, por lo que se acude con frecuencia al fácil expediente de la política del "más de lo mismo" *(more of the same)*, que parece ser el canto que se entona en todos los sistemas legislativos de occidente cuando hay vacíos legislativos o problemas de adecuación práctica de las herramientas procesales de combate contra criminalidad[25].

Este cambio en las funciones tradicionales o "clásicas" del Derecho Penal para convertirlo en una herramienta de dirección social y de aseguramiento simbólico —a pesar del fracaso evidente en los cambios donde se le ha concedido

[24] Cfr. HASSEMER, *KritV* 1993, p. 202; SEELMANN, *KritV* 1992, pp. 452 y ss.

[25] La reacción del Derecho penal frente a la criminalidad del ambiente manifiesta muy claramente esta tendencia, como lo hace ver, por ejemplo, RÖTHER, Werner, "'Inmanente' oder 'radikale' Reform des Umweltstrafrechts?", *KritV* 1993, pp. 243 y ss. La política de seguridad interna parece que se encuentra en la misma situación general que el Estado que la asume: confrontada a una serie de requerimientos y retos ante los cuales parece que ya no puede reaccionar –según algunos– por falta de medios, lo que genera frustraciones que conducen, a su vez, a una polarización política y de allí a continuos aumentos de estos requerimientos y retos en la sociedad. Se trata, en suma, de una situación circular de crisis, de la que no parece posible distanciarse con las políticas tradicionales de aumento de la represión material del sistema penal. Con más detalles al respecto puede ser consultado. KREISSL, Reinhard, "Die Krise der Theorie des Wohlfahrtstaates", *Krit V* 1987, p. 99.

algún papel de combate— resulta ser, para decirlo en un lenguaje claro, un engaño que agota y desgasta los principios más valiosos del Estado de Derecho y convierte al Derecho penal en una herramienta de control social que ya no puede ser legitimada desde la perspectiva de su vinculación con estos principios[26], simple y llanamente porque no hay ningún punto de conexión o de acople con dichos principios, al estar éstos disponibles frente a las necesidades siempre cambiantes del combate de una criminalidad multiforme y criminológicamente incomprendida.

## 4. Justificaciones

Se ha producido una verdadera satanización del así denominado "derecho penal democrático"[27]. Se ha dicho que su búsqueda es una tarea perdida, solicitada únicamente por los enemigos de la seguridad y de las víctimas. Con un grito desesperado por volver los ojos hacia las víctimas del delito, los corifeos del *menethekel* político-criminal instan a no escuchar las voces de los "abolicionistas del Derecho penal", y procuran que todos los ciudadanos no solo cierren filas contra ellos, sino también contra las leyes y reformas penales que pretenden[28].

[26] Cfr. Prittwitz, "Alternativen", pp. 32 y ss.

[27] Hassemer habla más bien de un Derecho penal liberal *(Freiheitliches Strafrecht)* o incluso de un Derecho penal nuclear *(Kernstrafrecht)*, y apunta con razón que un Derecho penal que se ocupa ahora de tantas cosas secundarias se convierte cada vez menos en un Derecho orientado a lo fundamental, como lo sería un Derecho penal nuclear, que tenga como objetivo proteger lo más esencial de los intereses vitales de los seres humanos. Hassemer, Winfried, "Warum und zu welchem Ende strafen wir?", en Hassemer, *Freiheitliches Strafrecht*, cit., pp. 115 y ss.

[28] Curiosa circunstancia ésta, que debe obedecer a un sutil proceso de deslegitimación falaz, en donde estos nuevos normativistas se visten de piel de oveja, y con un canto a favor de la víctima, por cierto nada inocente ni convencido, pretenden conquistar nuevos espacios políticos y tarimas públicas para esparcir sus especies. Lo peor de todo es, quizá, que el apelativo de "abolicionistas" para los críticos del Derecho

Este discurso, tan ridículo, como las bases en donde se sostiene, procura encubrir una tendencia autoritaria, que recurre a las mejores tradiciones de algunos totalitarismos, con el fin de reducir derechos fundamentales de todos los ciudadanos y alcanzar con ello un estado penal total, y sirviéndose de él para cumplir fines de regulación y control social que no cuadran con la visión democrática y republicana de las constituciones políticas liberales.

Se trata de un discurso político que pretende replantear el Estado policial, para que el orden público, la seguridad y la protección de las víctimas se conviertan en justificaciones ideológicas que repotencien, directamente, el poder perdido de la policía en la determinación y configuración de un poder preventivo, eficiente no solo para el control del delito, sino también para el de la disidencia, logrando con ello un adecuado mecanismo de poder que permita proteger los más disímiles objetivos de carácter económico y político de las nacientes clases poderosas en las sociedades periféricas de nuestro margen.

El derecho fundamental a la seguridad es el grito de batalla de este nuevo autoritarismo. Como concepto, pretende replantear el papel de las víctimas del delito en la sociedad. Mediante este falso discurso, encubren no solo sus fines políticos relegitimantes del poder policial, sino también la marginación de cualquier discurso de crítica que brote del ideario democrático. Los objetivos inmediatos se confunden con las

---

penal contundente es una paradoja en sí mismo, y refleja la falacia *ad hominen* de la operación ideológica intentada, ya que por definición un abolicionista no pretendería, jamás, construir más Derecho penal o proveer medios para que sea posible la construcción de más legislación penal, la cual consideran por demás innecesaria por sus efectos en el colectivo social y por su alejamiento del conflicto que le sirve de base a la reacción jurídico-penal. Un *curiosum* de nuestra sociedad sería el constituido por estos "abolicionistas" que hacen leyes penales y códigos penales. En el fondo estos corifeos del *menethekel* político-criminal pretenden, en realidad, desvirtuar el papel de la crítica al Derecho penal contundente y a las reducciones de garantías, que son las "reformas urgentes" que integran la columna vertebral de la agenda política del nuevo autoritarismo populista.

coyunturas de seguridad provenientes del 11 de septiembre, donde quedó claro que el panorama de combate incluye no solo el terrorismo, sino también la migración, la delincuencia juvenil (concretamente las maras en Honduras, El Salvador y Guatemala), la criminalidad violenta, el tráfico de estupefacientes, y ahora, recientemente, la corrupción.

No hay duda de que este discurso se une, de manera apropiada, a las necesidades de los órganos del control penal que han encontrado en esta coyuntura el medio más adecuado para aumentar sus posibilidades de investigación, de entrometerse en la vida privada de las personas, de usar modernas herramientas de comunicación e información para observar y vigilar el tráfico de informaciones y datos.

Se trata de lo que el famoso sociólogo alemán Ulrich Beck ha llamado la transición hacia una "segunda modernidad", donde las relaciones entre el Estado y los ciudadanos son nuevamente definidas. Esta "segunda modernidad" se construye no de manera lineal, sino como resultado de luchas políticas y de reinterpretaciones simbólicas y lingüísticas, donde las cosas no suelen significar lo que solían significar. Derechos de la víctima ya no son "derechos de la víctima", sino que son "reducciones de derechos de los delincuentes", proceso penal ya no es "proceso penal", sino "combate de la criminalidad", la sanción ya no es reinserción, sino que es "castigo" y "retribución" pura y simple, la cual puede hoy hasta ser ejercida por los privados, nada obsta que la empresa privada que bien puede producir libertad[29] también produzca prisionización mediante la creación de cárceles privadas.

Hoy parece no haber límites para el control de la disidencia y de las conductas desviadas. Se toman fotografías en las manifestaciones, los datos de quienes se manifiestan en contra

[29] Se alude aquí a un lema que se puso de moda a inicios de la década de los años noventa en Costa Rica, dentro de una campaña publicitaria donde se hacía ver al público que "la empresa privada produce libertad". Estamos parafraseando ese contenido propagandístico con la función cumplida por las empresas que pretenden, y han logrado, la privatización de las prisiones.

de determinados proyectos estatales son convenientemente registrados en bancos de datos de carácter preventivo, se satiniza el pensamiento de los disidentes y se los denomina parias sociales y abolicionistas, para incluirlos en el listado de aquellos que antes engrosaban las filas de los comunistas y extremistas. En un mundo sin extremos, los que piensan distinto son los enemigos y ¡deben ser marginados!

No hay límite para la curiosidad estatal y de los privados. Los enemigos pueden ser filmados; sus telefonemas, escuchados y protocolizados; sus artículos, leídos con lupa con el objetivo de encontrar las ideas extremistas y terroristas,;sus correos electrónicos, convenientemente vigilados y grabados, sus vidas íntimas, detalladamente registradas con el fin de evitar que puedan convertirse en ejemplos portentosos en caso de que reciban alguna atención de la opinión pública.

En un Estado democrático, habría que proceder a investigar frente a una sospecha concreta de delito. La sospecha debería de servir también como punto de partida para tomar la decisión de detener a alguien. El discurso de la seguridad y de las víctimas exige que cada denuncia que llegue a conocimiento judicial deba ser seguida por una condena penal, con el fin de reducir la impunidad, convirtiéndose ésta en la simple sumatoria de todos los casos que no reciben una condena después de haber sido denunciados, como si la impunidad fuera un resultado aritmético de la burocratización de una solución jurídico-penal.

En un Derecho penal profundamente marcado por la prevención de peligros y de riesgos, lo más lógico es la recurrencia a la prevención, y la prevención es todo. El principio de culpabilidad ha sido olvidado, ya que es culpable aquel que haya sido sindicado por la comisión de un hecho delictivo hasta que demuestre, si puede, que no ha cometido el hecho criminoso. En una sociedad de riesgos, cualquiera puede ser un riesgo y merece, por ello, ser reducido mediante el empleo del Derecho penal[30].

[30] Lo sucedido con las "leyes antimaras" es el mejor ejemplo de este

El modelo de Nueva York de "cero tolerancia" parece ser el gran marco teórico en el cual se montan las nuevas tendencias de represión de las faltas y las contravenciones. No es casual. El poder de la policía puede ser más convenientemente efectivizado realizando redadas sobre los vulnerables: los homosexuales, los inmigrantes, las amplias masas de población con subempleos, los vagos y así denominados maleantes, drogadictos y borrachos callejeros, se ofrecen como víctimas propiciatorias de un repotenciamiento de la policía moral en las sociedades. Mediante el combate de la marginalidad esperamos limpiar nuestras sociedades y con ello volver a sentirnos "seguros". Así, se convierte el Derecho penal en una verdadera herramienta de construcción de una nueva moral, hasta de una nueva estética, que ponga a salvo nuestras sociedades de los tatuados, de los que ofenden nuestra sensibilidad consumista. De este modo, logramos que los órganos del control penal se conviertan en instrumentos "etizantes" de nuestra sociedad, culpabilizando al desviado y al contraventor, y, mediante ese proceso, evitar que se conviertan después en un riesgo delictual.

Ya se ha dicho en otras latitudes, como lo hizo en su oportunidad Roman Herzog en Alemania, que no estamos hablando de otra cosa más que de un verdadero cambio de valores: la política se convierte en moral y las preguntas morales se convierten en políticas.

Con el fin de eliminar los límites establecidos por el Estado de Derecho, y que han costado tantos años de evolución y trabajo teórico, los defensores del Estado de Seguridad han empleado dos herramientas sutiles pero poderosas: el mecanismo del equilibrio y el mecanismo de la redefinición.

En las modernas sociedades del miedo, resulta muy sencillo establecer un discurso del miedo: siempre es sencillo ubicar nuevos riesgos: la criminalidad organizada, el terrorismo,

---

retorno a un castigo por la conducción de la vida, tal y como ha sido plasmada en la reciente definición político-criminal de Centroamérica.

el lavado de dinero, el secuestro y el robo de vehículos transfronteras. Gracias a estos nuevos medios de afectar nuestra seguridad, es fácil justificar más Derecho penal, reducción de garantías procesales y, si todo esto no es suficiente, siempre se puede pedir más de lo mismo. Quien se opone a todos estos mecanismos justificativos siempre puede ser reducido a un mero sujeto extraño a la comunidad, un enemigo de las víctimas, un sospechoso protector de la criminalidad, abolicionista o cualquier otro concepto descalificante.

Con la redefinición de la teoría de los derechos fundamentales mediante la ayuda útil del concepto de derecho a la seguridad, algunos teóricos como Josef Isensee y Rupert Scholz han podido introducir una herramienta ideológica que ha allanado el camino para el desarrollo de un derecho fundamental que no puede ser directamente exigido frente a los tribunales constitucionales, pero que tiene un contenido que puede definir las políticas del Estado. Se trataría de una protección frente al ataque de otros y la incapacidad psicológica de moverse libremente. Con ello queda claro qué tan imposible es definir la frontera entre la seguridad y la inseguridad. Lo que sí es importante es lo que sirve de fundamento a la actividad estatal para alcanzar la protección de este derecho a la seguridad: este derecho no puede ser percibido individualmente ya que estamos hablando, realmente, de un derecho que se refiere a la sociedad. Es la exaltación final de lo colectivo.

Para alcanzar la seguridad colectiva, el Estado debe construirla desde arriba, esto es, desde los bienes jurídicos supraindividuales que pertenecen a todos, pero que, al mismo tiempo, no pertenecen a nadie. Gracias a esta "colectivización" de los bienes jurídicos, es posible impulsar una política de Estado orientada a alcanzar seguridad en todos los terrenos, muy especialmente en el campo de la criminalidad. El tema está, en todo caso, muy arriba en las agendas políticas de todos los partidos políticos. Para alcanzar esta seguridad quedarán disponibles todas las libertades y derechos de los ciudadanos, que han sido, casualmente, producto de muchos siglos de construcción dogmática y política, precisa-

mente para afianzar la capacidad del ser humano de realizar su dignidad como persona.

El derecho fundamental a la seguridad se convierte en un verdadero "superderecho" que vence cualquier límite planteado a partir de la visión individual y libertaria del individuo. La seguridad se convierte en el verdadero contexto y la garantía para el desarrollo de cualquier derecho fundamental del ciudadano. Este mecanismo argumentativo es muy poderoso. Las limitaciones para los derechos fundamentales se pueden justificar diciendo: para lograr la libertad y el desarrollo de los individuos, éstos deben soportar limitaciones a sus derechos, sin las cuales no es posible alcanzar la seguridad, sin la cual se pierde la base y el terreno fértil para el ejercicio de la libertad. Por ello, el argumento de la seguridad es una trampa argumentativa tan sutil como eficiente para erosionar el discurso de las garantías y de las libertades.

Cuando se adiciona a este discurso de seguridad el elemento "víctima", se logra un escenario de lágrimas y tormentos, ya que la defensa del acusado de un hecho punible se convierte en un latrocinio y en una traición a quienes sufren los efectos del delito. La construcción de garantías en el proceso que favorecen al acusado deteriora la "posición de la víctima", y quien defiende un Derecho penal con límites se convierte, al final de cuentas, en un cruel defensor de los criminales.

Como puede observarse, el juego discursivo es sutil y letal al mismo tiempo. Argumentar a favor de un Derecho penal con límites significa poner en peligro posiciones de mayor avanzada a favor de las víctimas, y crear condiciones para desformalizar el proceso o para introducir alternativas a la prisión, colabora con la impunidad y, con ello, a que las víctimas no puedan observar gozosas el ejercicio de la "venganza estatal" en la que se ha convertido el concepto de pena en estos nuevos positivismos normativistas.

## 5. Las consecuencias

Luego de los procesos de reforma procesal penal en nuestros países centroamericanos en la década de los noventa,

hemos podido observar una especifica y muy particular idea de orden en la política criminal que no podemos dejar pasar por alto. Se trata de una nueva estructuración ideológica hacia la seguridad. La seguridad como problema y como solución. Este valor se convierte casi en el fundamento metafísico de cualquier actividad estatal, social o individual, que quiera convertirse en algo útil a la comunidad. La seguridad, al mismo tiempo que es una necesidad, no requiere tampoco una justificación, como tampoco requieren una justificación las restricciones que haya que hacer de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Aquí hay una verdadera paradoja, de la que vive hoy día todo tipo de justificación del combate de la criminalidad: mientras más actividades del Estado fracasan en la consecución de la ansiada seguridad, crecen al mismo tiempo las necesidades de restricción de los derechos de los ciudadanos por parte de los órganos del control penal. Se trata de la fórmula "más de lo mismo" llevada a sus límites más ridículos: si los medios actuales han demostrado su ineficacia para combatir la criminalidad, han fracasado en su tarea de alcanzar la seguridad, entonces (y sin necesidad de prueba previa o de discusión de necesidad), se echa mano de nuevos medios obtenidos de la muy desarrollada imaginación de los sistemas de control, que pretende obtener lo que otros medios "menos" represivos no han conseguido, con el mismo resultado: ineficacia, fracaso y nuevas necesidades de "lo mismo".

La ampliación de las facultades de intervención estatal en la esfera de derechos de los ciudadanos empieza borrando la distinción entre lo público y lo privado, y hasta la vida íntima de los sospechosos o de meras personas contacto termina siendo objeto de investigación y observación, en una suerte de publicidad de lo privado. Los sistemas de vigilancia y observación "panóptica" ofrecidos por las tecnologías de la información y la comunicación hacen posible una actividad de control estatal más sutil, menos cruenta y hasta alabada por la colectividad. Los efectos ya no son sobre el cuerpo del observado sino sobre sus bienes jurídicos inmateriales con medios y herramientas

cada vez menos violentos, cada vez menos evidentes y cada vez más presentes en nuestras vidas.

En este ambiente de sobreestimación de la seguridad, se suspende también la creencia en la naturaleza subsidiaria del Derecho penal y la creencia en la función del límite del constitucionalismo liberal, lo que con razón llamaba Baratta el "Derecho penal de la constitución"[31]. El Derecho penal se convierte en "máximo" y busca su justificación en una labor de conducción social en ámbitos cada vez más novedosos y cada vez menos discernibles para la dogmática, tales como: la violencia doméstica, el acoso sexual en el lugar de trabajo, la recaudación de impuestos y –de nuevo– el combate de la corrupción.

En la discusión legislativa, se ha hecho muy evidente que las necesidades de control penal se observan como un costo político, pero, al mismo tiempo, como una "necesidad" de dar informaciones al colectivo social de que hay atención de sus necesidades. Los problemas de seguridad son tematizados o, quizá, "sobretematizados", llevando todo el discurso político a una vana definición de seguridad como todo lo que amenaza al buen ciudadano, a aquel que paga sus impuestos, que cree en los dictados normativos y tiene expectativas y fidelidad normativa. Los que han quedado fuera de esta clasificación son definidos como "enemigos", como "excluidos del contrato social", como un riesgo social que debe ser reducido y atendido con los instrumentos sancionatorios y operativos del sistema penal.

Se trata de una verdadera adaptación de la lucha "existencial", en el decir de Baratta, entre amigos y enemigos, pensamiento que ha sido plenamente incorporado del bagaje conceptual de Carl Schmitt[32]. Un Derecho penal contra el

[31] Baratta, Alessandro, "La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales", en Oliveira de Barros Leal, César (Coord.), *Violencia, política criminal y seguridad pública*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 17.

[32] Baratta, op. cit., p. 21.

enemigo es un derecho penal que se aparta de la legalidad constitucional, tal y como lo demostraron fehacientemente las experiencias jurídico-penales en los regímenes autoritarios del cono sur en la década de los setenta.

La nueva versión del Derecho penal del enemigo no brota, al menos no como muchos podrían pensar, únicamente en el Derecho penal orientado al combate del terrorismo, sino también, por ejemplo, en el Derecho penal orientado a combatir la criminalidad común como un fenómeno que aterroriza y sofoca a la muy asustada parte de la sociedad que, cansada de su éxito económico, se refugia en sus parcelas de dominio y espera mantener fuera de su ámbito vital a aquellos que podrían cuestionar sus costumbres adquisitivas o, al menos, ponerlas en peligro.

Los exitosos miembros de estos grupos sociales están interesados en motivar la búsqueda de su seguridad y para ello se escudan en la necesidad de atacar la "criminalidad violenta" contra el patrimonio y contra las personas, en una suerte de enfrentamiento entre los grupos sociales privilegiados, respetables y productivos, y aquellos que son peligrosos, marginales y excluidos (extranjeros, jóvenes, drogodependientes, pobres, desempleados, contraventores, desviados, etc.)[33].

La seguridad se ha transformado en un valor de cambio, que ha convertido en importantes partes del mercado a las compañías que venden seguridad. No en vano la seguridad privada ha surgido por doquier, prometiendo lo que las policías estatales no pueden cumplir, generando una inmensa presión sobre los espacios públicos convirtiendo en privados inmensos espacios de lo público. Hoy las máquinas de observación y vigilancia de estos cuerpos privados observan al ciudadano de mil maneras, y ya no podemos estar "seguros" de no ser parte, al menos, de una sospecha si llegamos a determinado lugar o nos comportamos de determinada manera en sitios públicos, tales como estacionamientos, hospitales, aceras, parques y otros lugares de esparcimiento.

[33] BARATTA. op. cit., p. 23.

El Estado, por su parte, ya no cumple su función de prestación de servicios sociales, sino que criminaliza la prevención social, ampliando las redes del control penal sobre aquellos sujetos débiles, más proclives a poner en peligro la tranquilidad de las condiciones de intercambio económico neoliberal. Estos sujetos, excluidos y amenazados por el olvido de las funciones de prestación del Estado, se convierten así en "factores de riesgo"[34].

El riesgo y su "nueva" conceptualización se han convertido en temas de profundas disquisiciones jurídico-penales. Sin embargo, es un término que continúa tan polisémico, poco claro y arbitrario como el concepto de "seguridad ciudadana". Ya no se intenta con él delimitar las funciones de control, sino ampliarlas. Su función no es controlar el poder de los órganos del sistema penal, sino llevarlo hasta donde no habían llegado antes, incluso allí donde todavía no se ha verificado una acción propiamente disvaliosa o donde no hay todavía una lesión a un bien jurídico penalmente protegido. El concepto de riesgo es producto de un modelo, principalmente económico, que rima muy bien con los fines de colonización del concepto de la seguridad que es operativo para el poder en las sociedades de nuestro margen.

La reducción del riesgo vital de la criminalidad, con el fin de conseguir seguridad, es uno de los temas políticos más candentes y hoy se observa como uno de los temas que merecen mayor atención por parte del legislador. Precisamente por ello, la paleta de opciones normativas para el legislador ha ido aumentando: delitos de peligro abstracto, bienes jurídicos espiritualizados y colectivizados, sanciones altas, orientación a la prevención general en la pena, etcétera. El tratamiento dado a las libertades y a las garantías no puede ser menos grave: la seguridad de la sociedad de mercado merece un sistema social y normativo que tenga la libertad que sea necesaria para alcanzar la seguridad, olvidando que la libertad que

[34] Baratta, op. cit., p. 25.

se cede para obtener seguridad ya no es más libertad, sino que se convierte en sombras y retórica.

### 6. EL RIESGO DE LA LESIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL. EL PAPEL DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

El carácter permanente de situaciones de riesgo generadas por la complejización de la vida social y la intervención de mecanismos industriales hace que las actividades humanas se desarrollen en un marco de verdadera angustia y temor[35]. Se trata de riesgos no delimitables en su gran mayoría, y buena parte de ellos generados a partir de decisiones humanas[36].

Mendoza Buergo señala como caracteres de esta "sociedad de riesgo" precisamente que los riesgos son, sobre todo, generados por la actividad del hombre, procesos donde confluyen complejas relaciones de responsabilidad y la omnipresente sensación de inseguridad, generada por diversos factores sociales y que provoca una sempiterna campaña en busca de certezas y seguridad[37].

Estas características han provocado una reacción inmediata del legislador en áreas como el derecho ambiental, con el resultado evidente de una expansión del Derecho penal orientado a reaccionar en las avanzadas de una lesión al bien jurídico *(im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung)*.

Como hemos visto en esta exposición: el legislador pretende reducir los riesgos vitales mediante la intervención punitiva y generando, de paso, una entronización del valor "seguridad", el cual depende cada vez más de mecanismos de imputación

[35] HERZOG, Felix, "Los límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pp. 317 y ss.

[36] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de Política Criminal en las Sociedades ost-industriales*, Madrid, Civitas, 1ª ed., 1999, p. 21.

[37] MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho Penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, Civitas, 1ª ed., 2001, p. 29.

menos discernibles en términos humanos en la medida que dependen de causalidades en ocasiones imprevisibles.

La doctrina parece dispuesta a ceder en los usuales criterios restrictivos de imputación, todo con el objetivo de poder "reducir" y "disminuir" objetivamente los mencionados riesgos vitales. Esto no puede hacerse sin antes abandonar garantías provenientes del Derecho penal denominado por Hassemer "nuclear", esto es, central en la medida en que constituye un "centro" de comparación para aquilatar el distanciamiento del así denominado "derecho penal moderno" de ese eje de garantías derivado del pensamiento liberal.

Este distanciamiento implica, en primera instancia, la introducción de nuevas reglas de imputación, el abuso de bienes jurídicos de carácter supraindividual y de tipos penales de carácter peligrosista[38].

El bien jurídico máximo de la seguridad exige un sacrificio ritual de las garantías tradicionales del Derecho penal. Dicho sacrificio es extenso, pero siempre a beneficio de inventario, ya que siempre es posible acordar más reducciones en atención a la necesidad de "acotar" jurídico-penalmente el riesgo vital[39].

El retorno de un Derecho penal peligrosista, entonces, a nadie debe extrañar. La criminalización de estados peligrosos y de actos preparatorios difusos frente a una eventual lesión o contingentes a dicha lesión se hace indispensable allí donde no deba ponerse atención directamente a la lesión de un bien jurídico, ya que los costos de esperar a dicha lesión serían demasiado altos en términos de los balances generales de tutela que el Derecho penal debe disponer.

Los acercamientos dogmáticos que "funcionalizan" al De-

[38] Sobre estos cambios cfr. Silva Sánchez, Jesús María, op. cit, Madrid, Civitas, 1999, pp. 17 y ss.

[39] Cfr. Cabezas Chamorro, Sebastián, y Sferrazza Taubi, Pietro, "Derecho Penal de Riesgos: Mantención de principios del derecho penal clásico o liberal vs. Solución de conflictos de las modernas sociedades", en www.carlosparma.com.ar/sebastianchamo.htm.

recho penal, y que optan por una adaptación del Derecho penal frente a las nuevas tareas de criminalización en las avanzadas de una lesión al bien jurídico, son ya materia frecuente en la discusión penal, donde se destacan, entre otros autores, Jakobs, Müssig y Schünemann. Estos autores están dispuestos a aceptar la "funcionalización" y –diríamos también– la difuminación de los principios de garantía en virtud de la disciplina reductora de riesgos en la que debe convertirse el Derecho penal[40].

Otros autores como Kindhäuser pretenden congeniar con una concepción intermedia, donde intenta hacer convivir las garantías con las necesidades propias de la búsqueda de la prevención y la seguridad, por las necesidades de estabilización a las que hay que aspirar mediante el uso del Derecho penal[41].

Kühlen[42], Seelmann[43] y Hilgendorf[44] postulan, por su parte, una verdadera expansión de la tutela penal y hasta defienden los delitos cumulativos como una respuesta a ciertos problemas de la posmodernidad, sin aceptar, directamente, la nueva ecología del riesgo planteada a partir de los aportes de Beck.

Aun cuando puedan denotarse estos movimientos en la doctrina, lo cierto es que hay una evidente tendencia hacia un Derecho penal de prevención donde el valor de seguridad es lo máximo a lo que se puede aspirar. El Estado y los mecanismos en sus manos para proveer estabilización social deben ser empleados para alcanzar condiciones vitales de relativa seguridad, donde los seres humanos puedan cohabitar.

[40] Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca, op. cit., Madrid, Civitas, 1ª ed., 2002, pp. 125-126.

[41] MENDOZA BUERGO, Blanca, op.cit., p. 127.

[42] KÜHLEN, Lothar, "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", *GA* 1994, pp. 347-367.

[43] SEELMANN, Kurt, "Risikostrafrecht", *Krit V* 1992, pp. 452 y ss.

[44] HILGENDORF, Eric, "Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft", *NStZ* 1993, pp. 10-16.

Los delitos de peligro abstracto, lo más colorido de las posibilidades presentes en el instrumentario del Derecho penal de riesgos, son defendidos como verdaderos mecanismos de protección de los bienes jurídicos[45]. Se trata, sin duda, de una curiosa forma de tutela, si se tiene en cuenta que los delitos de peligro intentan anticiparse a la producción de un resultado lesivo, sobre todo en el ámbito de los delitos imprudentes. Su tarea es evitar el acaecimiento de resultados que afectan gravemente a los bienes jurídicos, provocando un adelantamiento de la reacción penal.

La clásica distinción entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto ha sido elaborada atendiendo a la concreción del daño para el bien jurídico. Es por esto que se ha dicho que la distinción se establece en cuanto al resultado del peligro en una perspectiva *ex ante* y *ex post*[46].

La categoría introducida por Schröder[47] de los delitos de "peligro abstracto concreto", cuya supuesta determinación corresponde al juez, viene a hacer más complicada la tarea de delimitación de los delitos de peligro, ya que la tarea del juez es abstraerse de las circunstancias del caso concreto[48]. En todo caso, es una categoría que no se ha impuesto en la doctrina, y muchos autores la ubican dentro de las categorías más generales de los delitos de peligro abstracto[49].

[45] Mendoza Buergo, Blanca, op.cit., p. 128.

[46] Rodríguez Montañes, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 17.

[47] Schröder, Horst, "Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte", *JZ* 1967, pp. 522-525.

[48] Llobet, en un voto de minoría del Tribunal de Casación, introdujo la categoría en el ya famoso caso "Manos Mágicas" sobre el ejercicio ilegal de la profesión de odontología. En el fallo de mayoría se impuso el rechazo de las categorías de delitos de peligro que afectaban el principio de legalidad y se resolvió el caso en una perspectiva diversa a la concebida por Schröder.

[49] En los delitos de peligro abstracto concreto, como lo recuerda De la Cuesta Aguado, resulta esencial la ponderación de la idoneidad de

Los delitos de peligro abstracto, en todo caso, manifiestan graves problemas desde la óptica del principio de lesividad, ya que solamente en forma contingente podrían considerarse "lesivos" de un bien jurídico. Además, la relación de culpabilidad parece ser difícil de deducir. La respuesta de que estas dos críticas son salvables exigiendo la posibilidad de prueba en contrario, es decir, de una demostración de que la acción sospechosa no hubiera podido causar nunca el resultado lesivo, es muy débil, ya que esta argumentación siempre se basa en la circunstancia de una imputación cierta de la puesta en peligro de la acción, y solo quedarían excluidas aquellas acciones muy remotas en términos de causación efectiva del peligro.

Otro grave problema proviene de la definición misma de "peligro", el cual debe ser entendido como la posibilidad de acaecimiento de un mal, lo que no necesariamente implica una acción, pues bien podría generarse dicha posibilidad de acaecimiento de un mal a partir de un hecho de la naturaleza.

No obstante los problemas conceptuales del "peligro", existe en la legislación una clara tendencia a utilizar estas formas de incriminación sobre todo en los delitos con víctima difusa[50], que expresan el objetivo del legislador por alcanzar alguna forma de organización política, económica y social. Esto se alcanza, lo hemos visto, por medio de la difuminación de los intereses de tutela y el adelantamiento del castigo penal en una esfera contingente a la lesión de un bien jurídico.

El peligro abstracto se ha convertido en la forma más económica y eficiente de reproducción del Derecho penal moderno[51]. Mediante ellos se amplía el ámbito de aplicación del Derecho penal, se prescinde del perjuicio y la lesión y ya no

---

la acción para poner en peligro el bien jurídico, lo que genera evidentes problemas de causalidad. Cfr. De la Cuesta Aguado, Paz, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 96-97.

[50] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 291.

[51] HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995 (citado en el texto como *Responsabilidad*). También se tuvo a disposición la

es tan indispensable la constatación de la causalidad, dado que operan en la práctica como delitos de mera actividad, por lo que una deducción de la imputación objetiva sería inútil. Basta probar, únicamente, la realización de la actividad incriminada.

Esta propuesta parece configurar el Derecho penal como un instrumento de primera y única *ratio*. Las ramas donde se logra comprobar esta tendencia son precisamente las que suelen enlistarse en la clasificación de los "sectores de modernización del Derecho penal", a saber, el derecho ambiental, la economía de mercado, las bolsas de valores, la criminalidad organizada y, recientemente, el terrorismo.

La lesión al principio de intervención mínima es más que evidente, ya que podemos encontrar con facilidad casos donde meros deberes o funciones administrativas son incriminados penalmente y se satisfacen procesalmente con la mera demostración de la infracción reglamentaria específica.

Rodríguez Montañes, quizá, convencida de la inutilidad de la defensa dogmática de los delitos de peligro abstracto, sugiere "concretizarlos"; es decir, tratar de llevar los tipos con bienes jurídicos individuales que tienen la estructura de delitos de peligro abstracto a tipos penales de peligro concreto y conservar los delitos de peligro abstracto en los delitos con bienes jurídicos supraindividuales. Mantener la configuración de estos delitos en tal categoría se sostendría en el hecho evidente de que se está hablando de bienes jurídicos que se refieren a contextos esenciales para el aseguramiento del sistema social y para garantizar su correcto funcionamiento. La pena se justificaría, entonces, en virtud de la función representativa que tienen estos bienes para el entorno social[52].

Otros autores han pretendido justificar también los delitos de peligro abstracto en virtud de que protegen bienes jurídi-

---

versión en alemán del texto: Hassemer, Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1994, p. 29.

[52] Rodríguez Montañes, *Delitos de peligro*, p. 338.

cos de carácter supraindividual. Sin embargo, agregan que el adelantamiento de la tutela penal se justifica en razón de que las redes del sistema penal se afinan para poder alcanzar a los poderosos, a aquellos que suelen quedar fuera de la criminalización secundaria[53]. La observación es correcta cuando se trata del ámbito de la criminalidad no convencional, de difícil o imposible persecución por el tipo de autores y el manejo de poder e influencia que éstos tienen. Sin embargo, la sospecha de que se trata de una condescendiente atención político-criminal de estos autores no es cierta y es una mera especulación sin sentido. Para castigar a estos autores poderosos no hace falta afinar el conjunto de instrumentos del Derecho penal, sino afinar los mecanismos disponibles en otras ramas del control social, incluso jurídico, en áreas no penales, que sean más efectivos contra éstos. La pena no suele ser para estos autores un factor disuasivo, ya que sus fines y propósitos suelen ser diferentes de aquellos que cometen hechos delictivos comunes y tradicionales para el sistema.

Como lo postula Hassemer, este proceso hacia un Derecho penal "moderno" genera consecuencias negativas para este saber, haciéndolo contraproductivo y anacrónico[54]. Contraproductivo, ya que genera resultados que no son consecuentes con los problemas que pretende resolver, en muchos casos es evidente que sus reacciones poco o nada tienen que ver con los conflictos que se le han confiado. Anacrónico en virtud de la disociación histórica de sus tareas, que lo llevan a seguir utilizando las mismas herramientas que ya han demostrado, sin lugar a dudas, incapacidad para contener los conflictos que habrían de ser atendidos por otros ámbitos coactivos del Derecho o por otros medios de control social.

[53] Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales. Nuevas Formas de Delincuencia y Reinterpretación de Tipos Penales Clásicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 183-184.

[54] HASSEMER, op. cit., pp. 1-2.

En contraposición, el Derecho penal clásico se convierte en un centro ideal de garantías y límites para el Leviatán poderoso, que se basan en tradiciones provenientes del ideario del Estado de Derecho, entre las que se cuentan el principio de precisión de las normas jurídicas y el principio de subsidiariedad, así como la consideración de los delitos de lesión como la forma más normal de comportamiento delictivo [55].

Un Derecho penal verdaderamente consciente de sus limitaciones y problemas de funcionamiento debería darse cuenta de que si intenta atender funciones de adelantamiento a la producción de riesgos y peligros podría no lograrlo mientras siga sometido a los límites derivados del Derecho penal liberal.

El así denominado proceso de "administrativización" del Derecho penal ha provocado transformaciones en aquél que lo han convertido ya en *prima ratio;* las tendencias hacia ese camino deben estudiarse con más detalle [56]. Lo que sí es cierto es que este fenómeno puede a la postre volver secundario el Derecho penal, impedido de actuar si la administración no lo permite.

## 7. Schünemann y la corriente dogmática de la modernización

En contraposición a la propuesta de Francfort por un derecho penal clásico, unido a las garantías constitucionales del Estado de Derecho, el profesor de Munich Bernd Schünemann sostiene la línea dogmática a favor de la modernización del Derecho penal, justificando su intervención en diversas áreas donde existe un impacto directo en bienes jurídicos de carácter colectivo, como el medio ambiente y el orden so-

[55] Hassemer, op. cit., p. 3.

[56] La administrativización de la tutela penal del ambiente es un proceso que no es desconocido en nuestras latitudes. Desde hace un par de décadas el legislador había iniciado el camino del castigo de las conductas lesivas del ambiente mediante instrumentos que permitían la convivencia de la normatividad penal, usualmente concedida a la ley, con la normatividad administrativa, usualmente de naturaleza estatutaria y reglamentista.

cioeconómico. Su propuesta intenta ser legitimada por la necesidad de alcanzar una suerte de *ultima ratio* llevando el Derecho penal a cumplir funciones en el ámbito de los daños colectivos, tratando de prevenir afectaciones que pongan en peligro a toda la comunidad.

Postula, sin embargo, una separación entre el Derecho penal y el derecho administrativo cuando se trata de regular los comportamientos antijurídicos en ámbitos como el medio ambiente. En este ámbito, insiste en la conservación de funciones de integración mediante la utilización de la coerción formalmente penal.

La tesis de Bernd Schünemann pretende ser consecuente con una "modernización" que relaje las garantías para alcanzar fines colectivos de la mayor importancia, y mantiene una confianza realmente conmovedora en los fines integrativos de la sanción penal. Aún más, pretende reservar al Derecho penal el máximo nivel de eticidad en ámbitos tales como el medio ambiente, con el fin de mantener una conservación de formas de creación de la costumbre y de la adecuación normativa.

Lo anterior implica que las posturas de Schünemann pretenden hacer convivir una forma de Derecho penal que se relaja en las costumbres de integración normativa por la vía de la sanción penal y le apuesta fuerte a un distanciamiento, con las garantías propias del Estado de Derecho. Este alejamiento implica para la mayor parte de los casos de actividad del legislador en el ámbito punitivo un difícil equilibrio entre máximas punitivas de integración y construcciones penales que aumentan, desmedidamente, el ámbito de cobertura del *ius puniendi* estatal.

## 8. La propuesta crítica de Luis Gracia Martín[57]

El concepto crítico de Derecho penal "moderno" fue acuña-

[57] Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

do por la Escuela de Francfort, la cual ha venido dando una lucha denodada contra las consecuencias de la así denominada "modernización" del Derecho penal, con su creciente orientación al peligrosismo y a la relajación de las reglas de imputación.

La mencionada Escuela de Francfort ha encontrado críticos, principalmente Schünemann[58] y Kühlen[59], y, en idioma español, Luis Gracia Martín, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza.

El profesor Gracia Martín hace suyas las observaciones críticas de Schünemann acerca de la propuesta contractualista de Francfort, basada, principalmente, en las observaciones de Hassemer sobre la nueva "dialéctica de la Ilustración", que parece haberse convertido en la explicación más sugerente de los cambios sufridos por el Derecho penal, sobre todo en campos como la protección del ambiente y de los delitos económicos.

La crítica de Gracia Martín puede sintetizarse en observar la propuesta de Francfort como conservadora y como un discurso de resistencia que impide la necesaria modernización del Derecho penal para atender a los fenómenos de creciente complejidad que se han apoderado de la sociedad moderna.

## 9. Crítica de la crítica

Me parece que el auge que tiene el Derecho penal garantista, como lo señala con razón Díez Ripollés[60], descansa en la observación del hecho evidente, que hacen el conjunto de

[58] Schünemann, *GA*, 1995, pp. 203 y ss.

[59] Kühlen, Lothar, "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", *GA* 1994, pp. 347 y ss.

[60] Díez Ripollés, José Luis, "La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, año 10, n° 15, diciembre de 1998.

autores que comulgan con esta corriente de pensamiento, de que el Derecho penal tiene graves limitaciones como instrumento de control social. Las limitaciones obligan al Derecho penal a ser consciente de ellas y de que no podrá atender todas y cada una de las funciones de direccionamiento social que le han impuesto modernamente.

El Derecho penal se encuentra en un proceso muy intenso de deslegitimación práctica y teórica precisamente por pretender intervenir en muchas áreas de tensión de la sociedad en donde sus tareas y códigos son altamente contraproducentes y anacrónicos, como reconoce con razón Hassemer.

Asimismo, el Derecho penal "moderno" con dificultad podrá superar la crítica que se le puede hacer desde el punto de vista del merecimiento de pena, ya que la relación de este merecimiento solo puede hacerse desde el punto de vista de una lesión, y en su caso, de una puesta en peligro. La pena solo estaría legitimada para atender a verdaderos intereses fundamentales del individuo o de la sociedad[61]. Hassemer no excluye la posibilidad de tutelar bienes jurídicos de carácter supraindividual, siempre y cuando éstos resulten esenciales para la vida de convivencia y en términos de su interpretación desde la perspectiva de los preceptos constitucionales[62]. Sin embargo, el verdadero cierre de la fórmula del merecimiento de pena se logra mediante la observación de la justicia y de la utilidad de la pena.

Una conducta merecedora de pena debe ser entonces producto de un tamiz delicado a partir de los principios que se deducen de la justicia, y el primero de ellos es el principio de dañosidad social, es decir, de la puesta en peligro o de la lesión de un bien jurídico. Junto a ello, el Derecho penal de acto exige que se castiguen las conductas producidas y observables, no simplemente aquellas que son contingentes

[61] HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 68.

[62] HASSEMER/MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 69.

o esperadas, por más que sea inminente su acaecimiento o que el autor por sí mismo sea peligroso. El Derecho penal de acto serviría de corte fundamental para atar al legislador a conductas que sean concretizables en su peligro y que la definición no provenga de una mera toma de posición frente a situaciones o circunstancias polisémicas en tanto a sus condicionantes o circunstancias.

Es probable que la "flexibilización" que está intentando el Derecho penal en la actualidad, tanto de las reglas de imputación como del concepto del *societas delinquere non potest*, llevarán a asumir al legislador una verdadera fuga de las ataduras del principio de legalidad y el balance final para el Estado de Derecho será muy negativo. Tampoco es seguro que los efectos de la "reacción penal" justifiquen tal desviación de los fines constitucionales liberales. Los efectos del Derecho penal en estas áreas no son más que pírricos, y en modo alguno podrán justificar la pérdida y desvalorización de principios importantes tales como los de culpabilidad, proporcionalidad y lesividad[63].

## 10. Las opciones

Frente al panorama antes indicado, las opciones posibles son escasas y políticamente peligrosas. La mayor parte de la estrategia, por ejemplo, consistiría en insistir en un Derecho penal orientado por la constitución, y, con él, a un Derecho penal sostenido por la necesaria protección de bienes jurídicos. Esta oferta, desgraciadamente, tiene poca coyuntura.

La legislación penal centroamericana no sigue un modelo específico, y las que lo tienen se orientan guiadas por la coyuntura a una transformación profunda de las instituciones

[63] Cfr. Zúñiga Rodríguez, Laura, "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal", en Ferré Olivé, Juan Carlos, y Anarte Borillo, Enrique (eds.), *Delincuencia Organizada. Aspectos Penales y Criminológicos*, Huelva, Universidad de Huelva, 1999, pp. 204-205, p. 234.

del Derecho penal, para darle, según sus propulsores, fuerza y contundencia.

La verdad es que todo el proceso legislativo puede caracterizarse como simbólico y receptor de este "derecho penal de seguridad" que aquí se ha descrito y que tiene una base populista para su formulación, lo que parece no tener un fin en un plazo corto.

La reforma ha apostado todo a la transformación procesal y el cambio del derecho sustantivo no ha terminado de cuajar, dejando un déficit importante entre las propuestas político-criminales de estos códigos procesales y las orientaciones de derecho sustantivo, que como se ha visto son variopintas e ideológicamente complejas.

La última opción, como lo es la construcción de un discurso crítico, tiene también poca coyuntura, ya que nadie quiere saber hoy de un Derecho penal autoconsciente de sus problemas de legitimidad. Una política criminal contundente necesita de un sistema penal y un conjunto de legitimaciones normativas, sin problemas de personalidad, y esto lo ofrece hoy el Derecho penal funcionalizado. Los efectos de este esquema explicativo estarán pronto disponibles para ser estudiados en esta coyuntura de principios de siglo, llena de sombras y fantasmas del pasado.

# NACIONALSOCIALISMO Y DERECHO PENAL*

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN**

## I. INTRODUCCIÓN

Durante el funesto período nacionalsocialista (1933-1945), el Derecho penal conoció, como mínimo, dos etapas [1]. En la primera, que comienza con la llegada al poder de Hitler en 1933 y que finaliza en 1938, se sientan las bases del "Derecho penal racial" característico del régimen. En la segunda etapa, que se desarrolla entre 1939 y 1945, aquel Derecho penal de la actitud interna llega al paroxismo convirtiéndose en un

* El presente trabajo es un amplio resumen del Capítulo Tercero de la monografía *¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal? Apuntes sobre el Programa de Marburgo, la concepción sintomática del delito, el Derecho penal nacionalsocialista y el actual Derecho penal del enemigo*, recientemente enviada para su publicación al Instituto Centroamericano de Estudios Penales de la Universidad Politécnica de Nicaragua. Ambos trabajos fueron culminados gracias a sendas estancias de investigación en la *Lehrstuhl für Rechtsphilosophie, Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Geschichte des Strafrechts, Juristische Fakultät, Humboldt-Universität zu Berlin* (agosto 2004) y en el *Institut für Strafrecht einschl. Grundlagen und Nebengebiete, Strafverfahrensrecht und Rechtsphilosophie Universität Bremen* (julio 2005), ambos dirigidos por el Prof. Dr. Felix Herzog, cuya amable hospitalidad aprovecho para agradecer desde estas líneas.

** Profesor de Derecho Penal, Universidad de Barcelona.

[1] A estas dos etapas cabría añadir una tercera fase previa al inicio del régimen nacionalsocialista, representada, entre otras obras programáticas, por la monografía de WOLF, Erik, *Das Wesen des Täters* (1932).

Derecho penal de guerra prácticamente sin límites[2]. En ambas etapas, el nacionalsocialismo profundizó en la idea del Derecho penal de autor poniendo el acento en aspectos diferentes de ésta. Así, mientras que en ocasiones se aproximó a dicha idea desde la noción del castigo de la "voluntad" o la "actitud interna" del autor, en otras lo hizo destacando la importancia del elemento "infracción del deber" o "deslealtad a la comunidad" del delito. Pese a esta aparente heterogeneidad, suele afirmarse que todas estas manifestaciones del sinsentido que representó el Derecho penal nazi, que dieron forma a la "renovación popular del derecho" *(völkische Rechtserneuerung)* que pretendió emprender el régimen nacionalsocialista[3], bebieron de fuentes comunes. Esto es, que fueron articuladas a partir de idénticos "fundamentos". Esta última circunstancia hace posible describir el Derecho penal nazi como un constructo con una serie de elementos comunes. Sin perjuicio de otras posibles clasificaciones, tales elementos serían tres: el *ideológico*, el *metodológico* y el *sociológico*.

## II. EL ELEMENTO *IDEOLÓGICO*, LA PRETENSIÓN DE SUPERACIÓN DEL LIBERALISMO POLÍTICO CLÁSICO EN FAVOR DE UN NACIONALSOCIALISMO INTERVENCIONISTA RADICAL

Algunos autores alemanes vieron el abandono del Derecho penal clásico, dominado por la idea de la lesión del bien jurídico, por el nuevo Derecho penal del régimen nacionalsocialista, que castigaba la voluntad y la actitud interna del autor, y que concebía el delito como traición a la colectividad por la infracción de un deber de fidelidad, como un simple

[2] Un amplio desarrollo de la legislación y de las tesis doctrinales que caracterizaron a estas dos etapas se encuentra en GÓMEZ MARTÍN, V., *¿Tiene cabida...?*, cit., en prensa.

[3] La expresión se encuentra, por ejemplo, en ECKERT, J., "Was war die Kieler Schule?", en SÄCKER, F. J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, p. 37; RÜTHERS, B./BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, pp. 370 y ss.

reflejo de una transformación más amplia que representaba la llegada de un nuevo modelo de Estado. Según esta tesis, el Derecho penal de autor nacionalsocialista debe verse como una consecuencia de una transformación política global[4]. A la luz de esta transformación política, el nuevo Derecho penal se presenta como un ordenamiento que rechaza dos de los elementos más característicos del Derecho penal liberal que pretende superar: el concepto de bien jurídico y el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*[5].

Según los defensores del Derecho penal nacionalsocialista, el Derecho penal del bien jurídico representaba al Derecho penal propio de un Estado liberal clásico, determinado por las ideas de la no intervención social y de la protección de los intereses individuales o estatales a través de la no injerencia en la esfera de libertad de cada individuo. La teoría del bien jurídico y su lesión se presentó, así, como resultado de una forma de pensamiento individualista-liberal, de acuerdo con la cual la misión del ordenamiento jurídico se agotaría en la delimitación de "esferas de intereses" *(Interessensphären)* ex-

[4] Ilustrativas son, sin duda, las palabras de Hans Frank, ministro de Justicia del III Reich: "Se mire como se mire, el fundamento del concepto nacionalsocialista de honor reside únicamente en la comunidad, a la que el individuo se encuentra vinculado mediante un deber de fidelidad. El valor y el desvalor del individuo en la comunidad dependen por completo del cumplimiento del deber de fidelidad": véase FRANK, H., "Nationalsozialistischer Ehrenschutz", *DSt.* 1937, p. 267. También las de DAHM, G., "Das Ermessen des Richters im nationalsozialitischen Strafrecht", *DSt.* 1934, p. 96, que afirma sin tapujos que con la llegada del régimen nacionalsocialista se consuma "la transición de un Estado de derecho liberal a un Estado popular justo y autoritario". En un sentido parecido, HÖHN, R., "Staatsbegriff, Strafrecht und Strafproze", *DR* 1935, p. 267. Sobre esta transformación política, véase, entre otros, RÜPING, H., *FS-Oehler*, 1985, p. 28; SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, pp. 70 y ss.

[5] Sobre el evidente componente ideológico de la concepción nacionalsocialista del delito como infracción de un deber, véase ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 37 y ss.

clusivamente individuales. Según esta línea de pensamiento, la idea de que el Derecho penal sirve para la protección de bienes jurídicos y de que el fundamento único del castigo con pena de todos los delitos debía verse en la lesión o puesta en peligro de aquéllos, es una especie de dogma hasta entonces incuestionado[6] que debe ser, sin embargo, superado en favor de una concepción del delito como atentado contra intereses del pueblo y la sustancia misma de la comunidad popular, en el que el sujeto individual lesionado no sería, en realidad, el sujeto pasivo del delito, sino únicamente el "querellante" en nombre de la comunidad, única víctima del hecho delictivo[7]. Además, es muy dudoso que los delitos de omisión, los delitos de traición, los delitos especiales y los delitos de falso juramento e infidelidad *(Untreue)* puedan ser explicados como la lesión de un bien jurídico[8]. Esta concepción del Derecho penal y del delito, radicalmente distintas, se adecuan en mayor medida al nuevo modelo de Estado social extremo impuesto en Alemania por el nacionalsocialismo[9].

En esta línea, Schaffstein, por ejemplo, expresó que a

[6] Schaffstein describe este dogma con la expresión "dogma de la lesión del bien jurídico" *Rechtsgutsverletzungsdogmai:* véase SCHAFFSTEIN, F., "Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma", *DSt.* 1937, p. 338. En contra de esta designación se pronunció MEZGER, E., "Die Straftat als Ganzes", *ZStW* 57 (1938), p. 698. En opinión de Mezger, la expresión de Schaffstein es completamente incorrecta, "porque los defensores de la idea de bien jurídico nunca han contemplado la 'lesión' de un bien jurídico como esencial e imprescindible para el Derecho penal para entender, por ejemplo, que la mera puesta en peligro del bien jurídico queda excluida como fundamento del castigo".

[7] En palabras de WOLF, E., "Tattypus und Tätertypus", *ZakDR* 1936, p. 361: "La comunidad popular no consta únicamente de vidas y almas humanas, sino que se integra también por bienes de naturaleza económica, cultural, moral".

[8] DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 32.

[9] BERGES, A., "Pflichtwidrigkeit und Willenstrafrecht", *DSt.* 1934, pp. 242 y ss.; SCHAFFSTEIN, F., *DSt.* 1937, pp. 335 y 348. Sobre esto, véase ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 37.

partir de 1935 ya no es posible afirmar que el "dogma del bien jurídico" sigue siendo doctrina dominante en Alemania. Schaffstein pone como ejemplo de obras en que también se encuentra expresada la idea de la superación del "dogma del bien jurídico" el escrito de habilitación de Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (1935) y la monografía de Hellmuth, Mayer, *Strafrecht des deutschen Volkes* (1936)[10]. En opinión de Dahm estas dos obras no son solo ejemplo de la voluntad superadora del dogma del bien jurídico que caracteriza al Derecho penal nacionalsocialista, sino que también pretendió enterrar otros dos dogmas procedentes del Derecho penal liberal: el "dogma de la causalidad" *(Verursachunsdogma)* y el concepto naturalístico de acción *(naturalisticher Handlungsbegriff)*[11].

Por lo demás, el Derecho penal de autor nacionalsocialista fue la consecuencia necesaria de un Estado social radical que elevó al máximo exponente la idea de que éste debe intervenir activamente en aras de la protección de los intereses de la colectividad, y no limitarse a imponer el respeto de la prohibición de lesionar a los demás *(neminem laedere)*. El ideal político nacionalsocialista estuvo determinado por la unidad de comunidad y miembro de la comunidad. La esencia del delito residía, según este ideario, en la destrucción de la comunidad, no en la intromisión inconsentida en intereses jurídicamente protegidos[12].

[10] SCHAFFSTEIN, F., *DSt.* 1937, p. 335, nota 2.

[11] DAHM, G., *Der Tätertyp*, p. 32. Abunda en la misma tesis SCHAFFSTEIN, F., *DSt.* 1937, pp. 335 y 348. Sobre todo lo anterior, confirmando, por ejemplo, que, en efecto, la obra de Welzel puede ser entendida, sin grandes esfuerzos, como un intento *ideológico* de desacreditar el Derecho penal del liberalismo político clásico, vinculándolo de forma necesaria con el positivismo naturalístico de, por ejemplo, von Liszt, véase ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 44.

[12] SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 9 y ss.; GALLAS, W., "Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung", *FS-Gleispach*, 1936, p. 51.

Como ya se apuntó *supra*, la ley de reforma del RStGB de 28 de junio de 1935 derogó la prohibición de analogía *in malam partem*. Según una línea de pensamiento generalizada entre los partidarios del nacionalsocialismo alemán de la época, a esta reforma no podía objetarse que infringiera el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*[13]. Porque, puesto que el principal objetivo del régimen nacionalsocialista consiste en la protección eficaz del pueblo, el principio

[13] Esta objeción está en la base del dictamen emitido en 1935 por el Tribunal Internacional Permanente en referencia a la posible oposición de ley de reforma del RStGB de 28 de junio de 1935 a la Constitución de Weimar. La cuestión era relevante en relación con la aplicabilidad o no de la ley de reforma del RStGB en el territorio de Danzig –antigua ciudad de la Liga Hanseática y de Prusia, ciudad libre en 1919 y anexada a Alemania el 1° septiembre 1939–, donde, a diferencia de lo que ocurría en Alemania, la Constitución de Weimar seguía vigente sin modificación alguna. El dictamen señalado llegó a la conclusión –por 9 votos a favor y 3 en contra– de que la ley de reforma del RStGB era inconstitucional, al entender, sobre la base de la objeción que ahora nos ocupa, que la expresión "sano sentimiento del pueblo" del nuevo StGB nacionalsocialista era demasiado indeterminada, y que resultaba muy peligroso dejar las definiciones en manos del juez, y no de la ley, porque éstas ya no podrían proteger al individuo de la intervención arbitraria del Estado. Véase sobre todo lo anterior RÜPING, H., "Nullum crimen sine poena. Zur Diskussion um das Analogieverbot im Nationalsozialismus", *FS-Oehler*, 1985, pp. 36 y s. A este respecto son sin duda clarificadoras las palabras de DAHM, G., *DSt.* 1934, p. 92, al afirmar que la vinculación del juez al liderazgo político y al "sano sentimiento del pueblo" característicos del nuevo Derecho penal nacionalsocialista "no tiene nada que ver con la seguridad jurídica liberal". En un sentido no menos gráfico se expresó PETERS, K., *DSt.* 1938, p. 342: "Pero, ¿cómo encuentra el Juez el sentimiento del pueblo? ¿Podemos proporcionarle una pauta segura? No es infrecuente escuchar en la doctrina la opinión de que se trata de un problema que en la práctica no tiene solución". De todos modos, para este último autor, acérrimo defensor (como Dahm) del *Volksgeist* como fuente material del Derecho penal nazi, un dato invitaba al optimismo: en un importante número de sentencias de la época, la jurisprudencia alemana habría podido inferir el mencionado sano sentimiento popular sin ningún género de dudas: véase PETERS, K., "Das gesunde Volksempfinden", *DSt.* 1938, pp. 343 y ss.

*nullum crimen, nulla poena sine lege*, propio del pensamiento ilustrado del Estado liberal clásico, debe ser sustituido por el principio inverso *nullum crimen sine poena*[14].

## III. EL ELEMENTO *METODOLÓGICO* Y SUS CUATRO PRINCIPALES MANIFESTACIONES

### *1. Abandono del racionalismo teleológico filosófico en favor del irracionalismo ético-moral*

El giro experimentado por el Derecho penal como consecuencia de la llegada del régimen nacionalsocialista es explicado por un sector doctrinal de la época como una consecuencia de la siguiente idea: el análisis jurídico-penal de la realidad social ya no puede formularse –tal y como pretendió el pensamiento ilustrado– desde una perspectiva exclusivamente racional-teleológica, sino que éste debe ser completado con una valoración de orden ético-moral irracional[15]. Según esta idea, en el proceso de construcción de conceptos influirían a menudo elementos ético-irracionales cuya aprehensión no sería posible atendiendo exclusivamente a baremos de naturaleza teleológica. Se trata de representaciones valorativas cuya vigencia sería más una cuestión de "profesión" *(Bekennen)* que de "conocimiento" *(Erkennen)*. Uno de estos elementos sería, por ejemplo, el elemento "honor" en los delitos contra el honor[16]. El derecho no debía ser concebido como

[14] Ésta es la argumentación defendida por autores como Methner, Stauffenberg, Henkel, Crusen, Schinnerer o el propio Carl Schmitt en oposición al dictamen referido en la nota anterior: véase RÜPING, H., *FS-Oehler*, 1985, p. 8 y nota 48. Sobre todo esto véase MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 192 y ss., en especial p. 195; CATTANEO, M. A., "Carl Schmitt y Roland Freisler. La doctrina penal del nacional-socialismo", en *LH-Barbero Santos*, 2001, pp. 148 y ss.; MÜLLER, I., "Der Niedergang des Strafrechtssystems im Dritten Reich", en OSTENDORF, H./DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, 2003, p. 12.

[15] MAYER, H., "Der Verbrechensbegriff", *DSt.* 1938, p. 76, nota 16. Sobre esto véase ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 39; MARXEN, K., *Der Kampf*, pp. 175 y ss.

[16] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 76.

la imposición de un poder sobre los miembros de la comunidad jurídica, sino, antes bien, como una forma de vida en sí misma, como parte misma de la realidad. No debía ser contemplado como un mero *deber ser (Sollen)*, sino como un *ser (Sein)*, como un orden inmanente a la propia comunidad [17].

Desde esta perspectiva, el Derecho cobraría, en suma, un carácter "irracional" [18]. Se impondría, por tanto, una etización del Derecho penal. La necesidad de contemplar el delito desde una perspectiva ético-moral venía determinada por la imposibilidad de valorar en su justa medida una conducta delictiva con la exclusiva referencia al concepto teleológico-racional de bien jurídico acuñado por el pensamiento ilustrado derivado del liberalismo clásico. En lugar de la referencia al bien jurídico era necesaria una referencia al llamado "orden moral popular" [19]. Allí sería donde se encontrarían las bases de la estructura de la vida en comunidad. La constatación del carácter delictivo de una conducta requeriría la comprobación de si dicha conducta contradice el orden moral popular señalado. Esta comprobación no puede realizarse, sin embargo, exclusivamente a partir de ponderaciones de carácter teleológico-racional, ya que únicamente sobre la base de un ordenamiento moral y final, un suceso de la vida podría ser concebido como delito [20].

[17] MAYER, H., *DSt.* 1938, p. 77. No en vano, en opinión de este autor, si alguna corriente filosófica se vio reflejada en el Derecho penal nacionalsocialista, ésa fue la representada por la Escuela Nueva de Hegel (véase op. cit., nota 18).

[18] WAGNER, H., "Das Strafrecht im Nationalsozialismus", en SÄCKER, F. J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, p. 158.

[19] MAYER, H., *DSt.* 1938, pp. 91 y s.; PETERS, K., *DSt.* 1938, pp. 337 y s. Sobre esto véase ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, pp. 40 y s., destacando que, como consecuencia de la etización del Derecho penal, la pena pasó a ser contemplada como la consecuencia de la no fidelidad del sujeto a la moral de la comunidad, representada por la moral del Estado.

[20] GALLAS, W., *FS-Gleispach*, 1936, pp. 65, 67 y 69, quien cree que "profesar" y "conocer" constituyen dos procesos que se encuentran en

*2. Superación del idealismo abstracto ilustrado en favor de una filosofía realista concreta (E. Wolf, Dahm) o del pensamiento fenomenológico de Husserl (Schwinge/Zimmerl)*

El descubrimiento por parte del neokantismo de los llamados "conceptos intermedios", entre los que se cuentan los elementos subjetivos del injusto o los elementos objetivos de la culpabilidad, reveló, en opinión de E. Wolf, que la clasificación de los elementos del delito en elementos objetivos (tipicidad y antijuridicidad) y elementos subjetivos (culpabilidad) del Derecho penal clásico era demasiado abstracta y debía ser superada[21]. A juicio de Wolf, un simple cotejo de las categorías de la Parte General del Derecho penal con el amplio abanico de modalidades delictivas diferentes pone de relieve que la esencia de cada delito no puede extraerse exclusivamente de los conceptos abstractos de la Parte General, porque éstos se presentan de una forma distinta en cada delito[22]. La decisión sobre si un determinado supuesto de hecho constituye o no un delito no puede consistir para Wolf en el resultado de un proceso lógico de subsunción del correspondiente supuesto en uno o varios tipos abstractos. Antes, al contrario, el juez, en su condición de representante de la comunidad popular, debe decidir si ésta desvalora como delito la relación existente entre el autor y el hecho[23].

La idea de que en el Derecho penal nacionalsocialista los

---

abierta oposición, de modo que cuando se trata de "profesar", ni la lógica ni la razón tienen nada que hacer. En contra, sin embargo, SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 77, para quienes no es correcto que todo lo que es objeto de profesión no puede ser objeto de la Lógica, citando las obras de MAIER, Heinrich, *Psychologie des emotionalen Denkens*" (1908) y *Wahrheit, Wert und Wirklichkeit* (1926) como exponentes de esta segunda tesis. Sobre el enfrentamiento de la Escuela de Kiel y la Escuela de Marburgo en relación con este extremo, véase SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 81.

[21] MARXEN, K., *Der Kampf*, pp. 175 y ss.

[22] WOLF, E., *ZakDR* 1936, p. 359.

[23] Ídem, p. 360.

tipos penales no pueden ser interpretados de acuerdo con la jurisprudencia de conceptos "comparable a las matemáticas" propia del siglo XIX es compartida por Dahm. En opinión de este autor, el nuevo pensamiento jurídico nacionalsocialista liberaba al juez de su vinculación al racionalismo abstracto y del formalismo normativo del Derecho penal liberal, favoreciendo una aplicación de la ley que tomaría como punto de referencia la realidad concreta del autor. De acuerdo con esta nueva perspectiva, el juez debía tener en cuenta para la determinación de la pena, sobre todo, dos elementos de la realidad vinculados al autor: su personalidad y su relación con la comunidad[24]. En el Derecho penal nacionalsocialista, la legislación, la ciencia y la jurisprudencia se habrían ido aproximando cada vez más a la realidad. Esto ha tenido como contrapartida un progresivo debilitamiento de los conceptos jurídicos formales de significado único y claro. Debe partirse del presupuesto de que el derecho positivo se encuentra plagado de conceptos con múltiples significados, como, por ejemplo, "abuso", "hecho violento grave" o "aborto", que deben ser llenados de contenido, determinándose, de este modo, sus límites. Lejos de representar una relajación de la obediencia a la ley, la nueva metodología del Derecho penal nacionalsocialista conlleva para Dahm un aumento de la seguridad jurídica. Aunque no mediante la construcción de conceptos formales, sino por medio de una profundización y concentración de los tipos. Se trata para Dahm, en suma, de una seguridad jurídica material, no formal[25].

Otros autores, como Erich Schwinge y Leopold Zimmerl, entienden, por su parte, que entre la concepción del Derecho penal defendida por la Escuela de Kiel y el pensamiento fenomenológico de Husserl existe una conexión directa[26]. En opi-

[24] DAHM, G., *DSt.* 1934, p. 89.

[25] DAHM, G., *Der Tätertyp*, p. 41. Sobre esto véase también RÜPING, H., *FS-Oehler*, 1985, p. 28; RÜTHERS, B./BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, pp. 376 y ss.

[26] En contra, en cambio, MAYER, H., *DSt.* 1938, p. 77, nota 18.

nión de Schwinge/Zimmerl, esta conexión se evidenció con especial claridad en dos momentos de aquella concepción: la disolución de la distinción entre injusto y culpabilidad y el paso de la lesión del bien jurídico a la "infracción del deber".

Como se verá más adelante con detalle, una de las críticas formuladas desde el nacionalsocialismo contra los conceptos clásico y neoclásico de delito tiene por objeto la consideración del injusto y de la culpabilidad como dos elementos separados del delito. Desde la perspectiva de la dirección de Kiel, la distinción entre injusto y de culpabilidad representa una manifestación del "pensamiento liberal separador" propio del racionalismo ilustrado analítico. Este pensamiento separador debía ser superado, porque impedía elaborar una concepción global del delito que permitiera aprehender su esencia como "desajuste concreto" *(konkrete Unordnung)*. Para conseguir analizar de forma global el delito y su esencia sería necesario –siempre según la dirección de Kiel– evitar su desmembración en distintas partes. El delito debía ser analizado como un todo. Un análisis del delito que partiera de la separación entre injusto y culpabilidad como dos de sus partes devendría, en cambio, un análisis separador o fragmentador, una artificiosa desmembración del delito incompatible con una concepción de éste como ente unitario integrante de la realidad[27].

Con la llegada del Derecho penal nacionalsocialista, el análisis del delito, en segundo lugar, deja de poner el acento en la lesión del bien jurídico para hacerlo en la infracción del deber de fidelidad a la víctima o a la comunidad[28]. Una de las causas que provoca este cambio de paradigma es, en opinión de algunos penalistas de la época, la voluntad de operar un cambio metodológico. Se pretende abandonar para el análisis del delito el método racionalista-abstracto del Derecho penal clásico en favor de un método empírico, fenomenológico, que

[27] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 50. En idéntico sentido WOLF, *ZakDR* 1936, p. 363.

[28] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., op. cit., p. 54.

permita una mayor aproximación a la realidad concreta de cada modalidad delictiva. Este cambio metodológico viene favorecido por una idea que hizo fortuna en el Derecho penal nacionalsocialista: el delito consiste en una realidad poliédrica que no puede ser explicada de forma completa acudiendo exclusivamente a la idea de bien jurídico. Sin embargo, la dirección de Kiel no solo elimina el concepto de bien jurídico como concepto general para la valoración de todos los tipos, sino que además pretende evitar la consideración de todo baremo, idea o categoría con pretensiones de validez general en el análisis del delito (Schaffstein); o evitar todo baremo general con excepción del representado por el lenguaje cotidiano del pueblo (Dahm)[29]. Ante esta ausencia total de criterios generales, o con la ayuda, en el "mejor" de los casos, de las aportaciones del impreciso y fluctuante lenguaje popular, la dirección de Kiel apunta que la infracción del deber de fidelidad tiene, en algunos tipos, una importancia decisiva o incluso exclusiva; pero que, en otros delitos el factor decisivo es, en cambio, la "actitud interna" o la lesión del bien jurídico. Que un aspecto u otro fuera el determinante para la valoración del delito debía depender únicamente de la concreta especialidad de cada delito[30].

*3. Superación del pensamiento legal normativista y decisionista del positivismo jurídico-legal en favor del pensamiento del orden y configuración concretos (Carl Schmitt)*

Suele afirmarse que una de las aportaciones filosófico-jurídicas que mayor influencia ejerció sobre el régimen nacionalsocialista fue la obra del filósofo del derecho Carl Schmitt[31].

[29] Para una exposición crítica de la importancia que para la concepción de DAHM tiene el lenguaje popular cotidiano, véase SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 55.

[30] Sobre esto véase SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, p. 73; MÜLLER, I., "Der Niedergang des Strafrechtssystems im Dritten Reich", en OSTENDORF, H./DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, p. 10.

[31] Cattaneo, M.A., *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 145.

Aunque ello es indiscutido[32], de todos los trabajos realizados por este autor, el más directamente vinculado al pensamiento nacionalsocialista de la Escuela de Kiel fue la monografía de Carl, Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissentschaftlichen Denkens* (1934)[33]. En opinión de este autor, las tres formas de pensamiento de la ciencia jurídica son el pensamiento legal-normativo, según el cual el derecho debe ser contemplado como una regla, norma o *ratio*; el decisionista, en cuya virtud el derecho constituye una decisión, y, por último, el pensamiento del orden o configuración concretos, de cuya conformidad el derecho consiste en un mandato o *voluntas*[34]. El pensamiento normativista se caracteriza, según Schmitt, por ser impersonal y objetivo, el decisionista por ser personalista y arbitrario, y el pensamiento del orden y la configuración concretos, por ser suprapersonal[35]. En el marco de esta constelación de posibles formas de pensamiento, Schmitt considera que el régimen de la Alemania nacionalsocialista representa una revitalización del pensamiento del orden y configuración concretos marcado por la idea de fidelidad del *Movimiento* al *Führer*[36].

[32] CATTANEO, por ejemplo, también considera obras programáticas del pensamiento nacionalsocialista las monografías de SCHMITT, C., *Der Hüter der Verfassung* (1931) y *Staat, Bewegung, Volk* (1935), y el artículo "Nationalismus und Rechtsstaat" (1934): véase CATTANEO, M. A., *LH-Barbero Santos*, pp. 145 y ss.

[33] MAYER, H., *DSt.* 1938, p. 77, nota 18.

[34] SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, pp. 5 y ss.

[35] Ídem, pp. 12 y ss. Sobre las principales características y finalidades políticas del "pensamiento en órdenes concretos" *(Denken in konkreten Ordnungen)* de SCHMITT, véase, en un sentido absolutamente crítico, RÜTHERS, B./BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., pp. 376 y s.

[36] Ídem, p. 58. Para SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 75, en el contexto del Derecho nacionalsocialista resulta evidente que la discusión entre la teoría teleológico-subjetiva de la interpretación (según la cual la ley debía atender a la voluntad del legislador como hecho empírico) y la teoría teleológico-objetiva (la ley debía atender a lo que, racionalmente, el legislador ha debido querer) debía ser

El nuevo escenario político supone, de este modo, la superación del pensamiento legal normativista y decisionista propio del positivismo jurídico-legal del siglo XIX, que combinó –prosigue Schmitt– dos diferentes modos de pensamiento

---

resuelta en favor de la primera. Ello se debía, en opinión de aquellos autores, a la "idea del *Führer*" *(Führergedanke)*. En efecto, si al juez le estuviera permitido sustituir los objetivos y las tendencias que impulsan al legislador por los suyos propios, entonces éste se convertiría en el factor determinante. Ello no sería compatible, sin embargo, con el primado que el liderazgo político, el ejecutivo, el *Führer* ostentaba en el Tercer Reich. En un sentido abiertamente crítico con todo lo anterior, refiriéndose al "primado de lo político" dominante en la ciencia del Derecho penal nacionalsocialista, se mostró, por ejemplo, MARXEN, K., *Der Kampf*, pp. 170 y ss., 201 y 203, entre otros. Señala MARXEN, op.cit., p. 213, que con la llegada del nacionalsocialismo la ley se convierte en una mera "orden del *Führer*" *(Führerbefehl)*, dejando de ser un instrumento para la consecución de la seguridad jurídica formal para convertirse en un elemento puesto enteramente "al servicio de la concepción material del derecho del nacionalsocialismo. El *Führer* y el juez, como su secuaz, trabajan de forma conjunta en la realización del Derecho verdadero, cuya fuente reside en la contemplación popular. La adhesión del juez no consiste en una obediencia ciega, sino en la ejecución *(Nachschaffen)* de los preceptos formulados por el *Führer*. Como colaborador *(Mitarbeiter)* del *Führer* (*scil.* el juez) completa su obra *(Tat)*". También gráfico en su crítica es WERLE, G., *Justiz-Strafrecht*, 1989, pp. 715, que describe el sometimiento de la ley a la *Führergedanke* que caracterizó al Derecho penal nacionalsocialista del modo siguiente: "La nueva posición de la ley fue descrita así: el lugar de la 'ley' fue ocupado por la 'voluntad del *Führer*'. La ley es un vehículo de la voluntad del liderazgo político en el que el 'derecho' y la 'contemplación del mundo' se encuentran verdaderamente expresados. El juez se convierte en ejecutor de la voluntad del *Führer*. El Derecho penal no es un derecho limitador de la lucha contra el delito, sino parte integrante de un derecho de lucha contra el delito más amplio". Le sigue MÜLLER-DIETZ, H., "Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich", en EL MISMO, *Recht und Nationalsozialismus*, 2000, pp. 75 y s. En la misma línea, ya antes, refiriéndose al "primado de lo político" dominante en la ciencia del Derecho penal nacionalsocialista, MARXEN, K., *Der Kampf*, pp. 170 y ss.

jurídico: el normativismo y el decisionismo. Desde la perspectiva del positivismo jurídico, el derecho se contemplaría, por una parte, como la idea de algo normativo que funciona como regla abstracta que debe ser seguida; y, por otra, como un "imperativo humano": no pueden ser defraudadas las expectativas generales de la ley[37].

La superación del positivismo legal del siglo XIX se produce, a juicio de Carl Schmitt, como consecuencia de la confluencia de una serie de factores. El primero de estos factores es la transformación sufrida por la estructura total del Estado, así como por las necesidades históricas, sistemáticas y políticas de cada época. La relación dualista existente entre Estado y Sociedad civil (unidad política con estructura bipartita) en el liberalismo político del siglo XIX determinó que el positivismo legal de ese siglo deviniese una combinación de decisionismo y normativismo. La nueva estructura tripartita de la unidad política del Estado nacionalsocialista, formada por los órdenes del *Estado* (gobierno), el *Movimiento* (disciplina) y el *Pueblo* (honor), requiere, en cambio, de la forma de pensamiento jurídico concreta del orden y la forma[38].

Pese a su estructura tripartita aparentemente fragmentada, la unidad política del Estado nacionalsocialista constituye, en realidad, una unidad indisoluble. Esta unidad representa la superación de la idea normativista de la "división de poderes" que caracterizó al Estado liberal hasta entonces imperante. Se trata, en suma, de la existencia de una relación

[37] SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, pp. 35 y ss., citando la obra de BERGBOHM, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892) como claro ejemplo de la señalada dualidad del positivismo jurídico. En un sentido sin duda próximo al de Schmitt deben ser entendidas las siguientes palabras de E. Wolf: "la fuerza de la comunidad popular como todo político es puesta en duda, de algún modo, por todo ataque delictivo. En este cuestionamiento objetivo de su integridad y autoridad reside en última instancia el 'contenido criminal' más fuerte, su mayor 'daño objetivo'". Véase WOLF, E., *ZakDR* 1936, p. 361.

[38] SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, pp. 73 y 76.

intrínseca entre el orden estatal, social y nacional de la vida de una comunidad. La formación de esta unidad inescindible de los tres órdenes del Estado también debe encontrar su reflejo en el ordenamiento jurídico. Éste es el segundo factor: el derecho del régimen político nacionalsocialista debe referirse expresamente a la realidad concreta de las relaciones vitales de la comunidad en su concreta configuración. Las distintas naciones se diferencian por su actual pensamiento respecto de palabras, conceptos y formas que vienen determinados por el modo de ser propio y por la tradición histórica[39]. Para ello se sirvió de una serie de cláusulas generales[40]. Estas cláusulas, integradas por conceptos indeterminados de todo tipo, o por conceptos extralegales (por ejemplo, las buenas costumbres, la adhesión, la disciplina, el honor o la lealtad), fueron aplicadas en interés de la totalidad del pueblo. Esta circunstancia determina, en opinión de Schmitt, una completa transformación de todo el derecho sin necesidad de modificar una sola ley. Las cláusulas generales permiten, en suma, la introducción de un nuevo modo de pensamiento jurídico[41]. Suponen, para Schmitt, una renuncia al fundamento del positivismo como decisión legal desvinculada de la norma[42].

Los ámbitos en los que el proceso de disolución del positivismo jurídico y del pensar dominante del siglo XIX se evidenció más son, para Schmitt, aquéllos que ocupaban el centro del pensamiento jurídico liberal: el Derecho penal y el Derecho fiscal[43]. En relación con el primero, una de las más importantes novedades del Derecho penal del régimen nacionalsocialista viene representada por la incorporación al catálogo de delitos de nuevos delitos "indeterminados". Los delitos de deslealtad, traición a la nación o traición económica consti-

[39] Ídem, p. 66.

[40] Ídem, p. 72.

[41] Ídem, p. 68.

[42] Ídem, pp. 67 y 73.

[43] Ídem, p. 68.

tuyen algunos ejemplos de esta nueva clase de delitos[44]. En opinión de Schmitt, no debe extrañar que la aparición de estos nuevos delitos coincida en el tiempo con el advenimiento de una nueva forma de pensamiento más concreto. Desde su punto de vista, el pensamiento normativista legal clásico no era capaz de entender la deserción y la traición como una injusticia esencial o como un crimen de perjurio o infidelidad, sino como una mera "acción penalizada"[45]. Las cláusulas generales señaladas se refieren inmediatamente –prosigue Schmitt– a la realidad concreta de unas relaciones vitales y conducen necesariamente a un nuevo modo de pensar jurídico que se corresponde con el orden dado o con un nuevo orden que surge[46].

*4. Abandono del "método separador" (trennende Methode) en favor de una consideración global" (Ganzheitsbetrachtung) del delito (Mezger, Schaffstein)*

En 1938, Mezger afirma que el nuevo Derecho penal del régimen nacionalsocialista debe traer consigo una transformación metodológica. Esta transformación debe consistir, según Mezger, en el abandono de una "consideración separadora" *(trennende Betrachtung)* del delito en favor de otra de carácter "totalizante" *(Ganzheitsbetrachtung)*[47]. Según una

[44] Ídem, p. 69.

[45] Ídem, p. 59.

[46] Ídem, p. 72.

[47] Véase también MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, pp. 29 y ss.; EL MISMO, "La otra cara de Edmund Mezger: su participación en el Proyecto de Ley sobre Gemeinschaftsfremde (1940-1944)", *Apéndice a Edmund Mezger*, 2001, pp. 100 y ss. La idea de la "consideración global" ya había sido avanzada en 1934 por Mezger en el prólogo a su *Criminología*: "el nuevo Estado total se construye sobre las dos ideas básicas de pueblo y raza. También el Derecho penal será afectado por esta transformación (...) Para el nuevo Derecho penal serán esenciales dos puntos de partida, no ya como hasta ahora como compromiso, sino como síntesis: la idea de la responsabilidad del individuo ante su pue-

contemplación "separadora" del delito, una correcta explicación de este último exigiría su división en varias partes. Solo a partir de sus distintos aspectos individuales sería posible elaborar el concepto de delito como "todo". La consideración separadora del delito construiría el delito como "todo" a partir de sus elementos. En opinión de Mezger, una explicación del delito a partir de la clasificación descriptiva de sus elementos estaría abocada, en realidad, a devenir en una descripción naturalística de sus elementos, completamente desprovista de carga valorativa jurídico-penal[48]. Para Mezger, esta valoración comprensiva del sentido del delito solo está al alcance de una concepción que considere al delito en su globalidad. La consideración global del delito partiría del delito como "todo", y describiría sus elementos generales y especiales. El delito como "todo" sería el resultado de una consideración jurídica valorativa; más concretamente, de la concreta valoración jurídica que hace el Derecho penal. Mezger explica la diferencia entre una y otra clase de método de forma gráfica. Para el método fragmentador, la teoría del delito se construiría como una pirámide: en la base de esta pirámide se encontraría la acción "natural", y sobre este elemento se construirían el resto de pisos del edificio. El método globalizador, en cambio, contempla el delito como la desviación de la voluntad individual frente a la colectividad, como "algo global, un proceso unitario y orgánicamente homogéneo en la vida en comunidad del pueblo, en el que es perfectamente posible distinguir distintos *aspectos*, pero que repugna por concepto una desmembración en varias *partes*"[49]. Frente a la pirámide del

---

blo y la idea de la conformación racial del pueblo como un todo". Sobre el Estado "total" nazi como principio rector del Derecho penal nacionalsocialista, véase también Dahm, G., DSt. 1934, p. 90; críticamente MARXEN, K., *Der Kampf*, pp. 171 y ss. Sobre todo lo anterior, con especial referencia a Mezger, véase MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger*, 2ª ed., pp. 29 y ss.; EL MISMO, *Apéndice a Edmund Mezger*, 2ª ed., pp. 100 y ss.

[48] MEZGER, E., *ZStW* 57 (1938), p. 676.

[49] Ídem, p. 677 (cursiva añadida).

método fragmentador, el delito como "todo" se presenta para Mezger como un círculo determinado por su punto central y su perímetro cuyos elementos representan partes del círculo a partir de ese punto central[50].

Como acaba de mencionarse, el método de la "consideración global" del delito pretendió superar el método "separador". Parece difícil negar que el método separador, tal y como ha sido descrito, presenta una evidente vinculación con la concepción *descriptivo-clasificatoria* del delito correspondiente al causalismo naturalístico, imperante en el Derecho penal alemán hasta, al menos, los años 20 del siglo XX[51]. Del mismo modo, también deben ser reconocidas las indiscutibles implicaciones valorativas de la consideración global del delito, propias del Derecho penal neokantiano dominante en Alemania desde el inicio del ocaso del pensamiento causalista. Así las cosas, podría pensarse que la pretensión superadora de la concepción separadora del delito que cabe atribuir a la *Ganzheitsbetrachtung* no fue sino una consecuencia más del carácter superador del concepto causalista que debe reconocerse al concepto neokantiano de delito. Sin embargo, aunque la concepción del delito consistente en explicarlo desde sus partes es característica del concepto causalista de delito, no es menos cierto que una tal consideración del delito no es exclusiva del concepto causalista. También el concepto neoclásico o neokantiano de delito aplicó el método separa-

[50] Ídem, p. 677. También se pronuncia a favor de una consideración global del delito Dahm. En opinión de este autor, el hecho y el autor de un delito, lejos de constituir elementos antagónicos, se complementan mutuamente, conformando, de este modo, una unidad de sentido, sin cuyo conocimiento no es posible interpretar correctamente los tipos penales. Véase DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 24 y ss. y 59 y ss.

[51] En un sentido parecido, ya antes, SCHAFFSTEIN, F., "Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht", *DSt.* 1935, p. 102. Sobre esto véase, críticamente, MÜLLER, I., en OSTENDORF, H./DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen*, 2003, p. 11.

dor en la consideración del delito al que se refiere Mezger. El concepto neokantiano de delito dota a cada una de las categorías del delito de un contenido normativo-valorativo del que estaban huérfanas a la luz del concepto causalista; pero tampoco puede negarse que este concepto no se sustrajo por completo al conceptualismo abstracto propio del positivismo, que permite analizar el delito como un concepto compuesto por una pluralidad de elementos. La consideración global del Derecho penal nacionalsocialista pretende ser, por tanto, no solo una superación del positivismo clásico, sino también del relativismo valorativo neoclásico. Se trata de eliminar todo resquicio del idealismo racionalista abstracto propio del liberalismo clásico, impregnado tanto en el concepto positivista como en el concepto neokantiano de delito, para sustituirlo por un pensamiento de naturaleza realista, irracional y concreta. De establecer, en definitiva, un contacto más directo con la realidad concreta a través de una consideración del delito de base marcadamente emotiva.

Señala Mezger que el pensamiento neokantiano distinguió claramente entre los objetos de la realidad susceptibles de ser aprehendidos sensorialmente, esto es, los fenómenos, y los valores. Los fenómenos se presentarían en la realidad sin ninguna clase de orden, determinándola como un auténtico "caos", ya que los fenómenos carecerían de sentido "en sí". El único modo de ordenar el desorden de la realidad consiste en que el hombre aprehenda los fenómenos de la realidad dotándolos, desde el exterior, de una dimensión de sentido. El sujeto debe darle sentido a los fenómenos asignándoles valores ajenos a la realidad objeto de estudio. Desde la perspectiva del neokantismo, realidad y valores se encuentran, por tanto, separados[52]. Según Mezger, el nuevo Derecho penal nacionalsocialista basado en el realismo concreto reclama, en cambio, convertir la relación entre realidad y valor en una relación más estrecha, hasta el punto de que los valores pue-

[52] MEZGER, E., op. cit., (1938), p. 701.

dan ser extraídos de la realidad, y más concretamente de la existencia misma del pueblo[53].

La Escuela de Marburgo y la Escuela Sudoccidental de Rickert, Lask, Radbruch y Sauer, partieron de un *dualismo gnoseológico* consistente en la distinción entre el *noumeno* (la "cosa en sí") y el *fenómeno* (manifestación espacio-temporal del *noumeno* que convierte a aquél en *aprehensible por los sentidos*), de suerte que la "cosa en sí" tan solo devendría en dato empírico espacio-temporal sensorialmente cognoscible *(materia* de conocimiento o realidad sensible) en tanto que *fenómeno (materia fenoménica).* Para conocer la realidad empírica, el sujeto de conocimiento debe, sin embargo, aplicar a la referida materia empírica las *formas a priori* de conocimiento o *categorías del entendimiento (valores).* De este modo, la aplicación de valores a la realidad sensible se traduciría en la obtención de *significaciones o sentidos* consistentes en los bienes u objetos en que se plasman los valores, de suerte que no puede decirse que la dimensión de sentido de la realidad sea algo apriorístico, sino que es aportada por el propio sujeto de conocimiento (es un producto del proceso de conocimiento, que, de acuerdo con el rechazo de la idea kantiana de una *conciencia en general*, puede ser, a su vez, variable histórico-culturalmente). Esta imposibilidad de separar, por tanto, *objeto* y *sujeto* de conocimiento conduce a la atribución al *método* de una función *configuradora del objeto (stoffgestaltende Funktion der Methode).* En el referido sentido, debe ser entendida, por ejemplo, la posición metodológica de Stammler. Según este autor, las diferentes clases de ciencias se ocupan de *objetos distintos* o de *distintos aspectos* de un mismo objeto, determinándose, por esta vía, dos modos distintos del conocer científico: el "percibir", propio de las ciencias de la naturaleza como esclarecedoras de las relaciones causales (causa-efecto); y el "querer" o "comprender", propio de ciencias del espíritu como la propia ciencia del Derecho, cuya función

[53] Ídem, p. 700.

no es otra que la aprehensión de conexiones *finales* (medio-fin). La diferencia entre las ciencias *naturales* y las ciencias *culturales* (entre las que se contarían tanto la dogmática jurídico-penal como la Sociología), así como entre estas últimas entre sí, no residiría, por tanto, en el objeto (materia fenoménica en ambos casos), sino en el método. De este modo, ciencias naturales y ciencias culturales se distinguirían en el referido sentido epistemológico en que, mientras las primeras tendrían la consideración de ciencias causales, las segundas engrosarían las filas de las ciencias finales, no siendo la causalidad y la finalidad, respectivamente, características de la materia objeto de estudio, sino categorías de entendimiento aportadas *a priori* por la propia mente humana. El neokantismo supuso, en suma, una pretensión de superación del método puramente jurídico-formal del positivismo mediante la introducción de consideraciones axiológicas y materiales[54]. Frente al método neokantiano, la doctrina nacionalsocialista partió, precisamente, de la premisa opuesta: la realidad de los órdenes concretos de la vida no es algo amorfo a lo que el científico deba dotar de sentido, sino, al contrario, algo "vivo", con cuerpo, ordenado y con pleno sentido. Para la dirección de Kiel, la interpretación de la ley no debía dar sentido a la realidad de la vida del pueblo, sino todo lo contrario: la interpretación de la ley debía limitarse a reflejar dicha realidad sin modificarla[55].

Por lo demás, la "consideración global" del delito a la que

[54] Sobre esto véase MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, pp. 227 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, 1992, pp. 55 y ss. Por lo demás, la posibilidad de reconducir tanto las ciencias naturales como las sociales a un supraconcepto de ciencia pasa para el neokantismo por la afirmación de la existencia de la analogía entre ambas clases de disciplinas consistente en un acercamiento a sus respectivos objetos de investigación mediante el sistema y la formación de conceptos, variando solo en que en las primeras predomina el pensar ontológico mientras que en las segundas lo hace el axiológico: véase GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método*, 1999, p. 43.

[55] MARXEN, K., *Der Kampf*, p. 197.

se refiere Mezger no representó ni una novedad metodológica ni una concepción metodológica cuyo ámbito de aplicación quedase circunscrito al Derecho penal. No representó una novedad metodológica por dos motivos: en primer lugar, porque aquella consideración debe ser vista, en realidad, como una mera consecuencia metodológica de una corriente filosófica ya clásica: el Realismo filosófico; y, en segundo lugar, porque ningún penalista, ni siquiera entre los defensores del llamado "método separador" *(trennende Methode)*, ha negado nunca que el análisis del delito, aunque parta de la contemplación de los elementos que lo integran, debe ser puesto al servicio del delito como "todo". Una consideración del delito que consistiera en una mera explicación de sus partes, incluso de todas ellas, sería, también, desde una concepción separadora del delito, una concepción parcial e incompleta del delito[56]. La consideración global del delito consistió, además, en una "forma de consideración especial" o "camino" especial conducente al conocimiento en sentido amplio, no sólo al Derecho penal. En efecto, el método de la consideración global extendió su máxima "debe aprehenderse las partes del todo, en lugar de aprehenderse el todo de las partes", a todos los ámbitos del conocimiento[57].

## IV. EL ELEMENTO *SOCIOLÓGICO*: ¿DURKHEIM EN EL HORIZONTE?

Quizá quepa ver, por último, un posible antecedente sociológico de la forma de pensamiento jurídico-penal que caracterizó a la orientación nacionalsocialista de la Escuela de Kiel en el concepto de Derecho penal y de delito presente en la Sociología positivista de Emile Durkheim. Desde la perspectiva de Durkheim, el delito debe definirse como aquel hecho social, castigado con pena, lesivo de los sentimientos colectivos más profundamente arraigados o de la autoridad. El Derecho penal es para Durkheim, por su parte, la suma de

[56] MEZGER, E., op. cit., p. 676.

[57] Ídem, p. 676.

todas las reglas de comportamiento sancionadas declarativas de sanciones represivas contra quien comete un delito, esto es, contra quien lesiona esa autoridad o los sentimientos colectivos profundamente arraigados, simbolizando y garantizando la solidaridad social. El Derecho penal es, en opinión de este autor, un Derecho represivo, que persigue mediante la pena la confirmación y el mantenimiento de la conciencia colectiva, y, con ello, la cohesión social. En su calidad de sanción represiva, la pena sería, esencialmente, una reacción pasional[58]. Durkheim deduce la naturaleza represiva del Derecho penal de la distinción entre las ideas de *venganza* y *reparación*. Mientras que la función de la primera se agotaría en la *causación de un daño* al desviado, la segunda pretendería reparar el bien objeto de ataque. Partiendo de esta distinción, Durkheim deduce la posibilidad de defender, a su vez, una doble tipología normativa: el Derecho *represivo*, esencia de aquellas reglas jurídicas que están sancionadas represivamente, esto es, cuya lesión desencadena una *sanción represiva*, organizada, que persigue el objetivo de dar con los desviados, tomarles algo, infligirles daños, para forzarlo a la expiación y con ello, al mismo tiempo, realizar la venganza de la sociedad; y el Derecho *restitutivo* como denominación colectiva para aquellas reglas jurídicas cuya lesión lleva consigo una sanción dirigida a la reparación del estado preexistente a la lesión[59].

## V. TOMA DE POSICIÓN

### *1. Planteamiento*

Como puede deducirse fácilmente de la exposición del Derecho penal nacionalsocialista que acaba de ser desarrollada, la orientación nacionalsocialista de la Escuela de Kiel cumplió la función de justificar un determinado ideario político

[58] DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, 1993, p. 93.

[59] BULLASCH, U., *Rechtsnorm und Rechtssystem*, 1988, pp. 67 y ss. y p. 78; MARRA, R., *Il diritto in Durkheim*, 1986, p. 17.

y un determinado ordenamiento jurídico: el incomprensible, por absolutamente infame, y de consecuencias monstruosamente trágicas ideario del régimen del Tercer *Reich*. Esta sola circunstancia ya bastaría, sobradamente, para desacreditar completamente la teoría de los tipos de autor defendida desde el nacionalsocialismo alemán[60]. No obstante, lo que ahora interesa no es tanto someter a crítica el "significado" político del programa irracionalista de la Escuela de Kiel[61] como analizar la viabilidad de la teoría de los tipos de autor sostenida desde aquél. Es posible avanzar ya el resultado del referido análisis: la tesis de que el Derecho penal no deba castigar tipos de conductas, sino tipos de autor, debe ser rechazada de plano.

En las páginas que siguen, procederé a tomar posición sobre el contenido de esta tesis, en el mencionado sentido crítico, dividiendo para ello el desarrollo de dicha valoración crítica en tres apartados. El primero tiene por objeto analizar el proceso de progresiva desarticulación del Derecho penal liberal por parte de los partidarios del nuevo Derecho penal nacionalsocialista[62]. En este apartado, se valorará críticamente la lucha sin tregua librada por el nacionalsocialismo en un triple frente: contra el concepto de bien jurídico, contra la tipicidad como elemento de la definición de delito, y, por último, contra la separación entre antijuridicidad y culpabilidad como dos categorías autónomas del delito. En el segundo apartado me ocuparé de la principal consecuencia, o el principal objetivo, del abandono nacionalsocialista del concepto

[60] MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, p. 260.

[61] Sobre éste, MIR PUIG, S., op. cit., p. 260.

[62] La desarticulación nacionalsocialista del sistema penal liberal clásico operada por dicho régimen fue calificada por el *BGH*, en su sentencia de 16 de noviembre de 1995, como "la peor perversión del sistema jurídico imaginable".Lo destaca MÜLLER, I., en OSTENDORF, H./DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, p. 20. En la misma línea, RÜTHERS, B./BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, p. 370, consideran, por su parte, que el Estado nazi se convirtió, por ello, en un "sistema totalitario de no-derecho" *(ein totalitäres Unrechtssystem)*, en una "perversión del ordenamiento jurídico de Weimar" (op.cit., p. 379). En un sentido parecido, ya antes, RÜTHERS, B., *Ideologie und Recht*, 1992, pp. 126 y ss.

de bien jurídico. Me estoy refiriendo a la definición del delito como infracción de un deber de fidelidad hacia el *Führer*. Por último, en el tercero y último apartado se encuentran algunas observaciones, especialmente de orden metodológico, sobre la teoría de los tipos de autor del nacionalsocialismo.

## *2. Sobre la lucha nacionalsocialista contra el Derecho penal liberal*

### 2.1. Planteamiento

Como ya se expuso con cierto detalle *supra*, el régimen nacionalsocialista se convirtió en una especie de cruzada contra el liberalismo político precedente. En el marco del Derecho penal, esto significó, como también se ha apuntado, que el Derecho penal nacionalsocialista debía hacer *tabula rasa* con todos aquellos conceptos, ideas o instituciones penales que tuvieran alguna connotación liberal. Así, el Derecho penal nazi, y los autores que lo secundaron, se embarcaron en una lucha sin cuartel contra, principalmente, dos conceptos, el de *bien jurídico* y el de *tipo*, y contra una distinción conceptual, la que tendría por objeto la *separación entre antijuridicidad y culpabilidad* como dos elementos distintos de la definición general de delito, por considerarlos productos inequívocamente liberales.

### 2.2. Sobre la lucha nacionalsocialista contra el concepto de bien jurídico

#### *2.2.1. Introducción*

Como ya se expuso *supra*, con la llegada del nacionalsocialismo el Derecho penal dio un giro radical hacia lo subjetivo. Las pretensiones subjetivizadoras del Derecho penal nacionalsocialista encontraron su máxima expresión en la tesis de que el concepto de bien jurídico era un instrumento propio del derecho de un modelo de Estado, el liberal clásico[63], que ya había sido superado por el sobrevenido régimen nacionalsocialista. En este nuevo Estado, el concepto de bien jurídico

[63] Véase, por ejemplo, SCHAFFSTEIN, F., *DSt.* 1935, pp. 98 y ss.: "En lo

no puede satisfacer las funciones sistemáticas y metodológicas que la Ilustración y el liberalismo le habían reconocido[64]. En este escenario, la noción de la lesión de un bien jurídico debía ser sustituida como elemento central del injusto por ideas como las de "voluntad del autor", "carácter del autor" o "infracción del deber". Las críticas más frecuentes que se vertieron desde el nacionalsocialismo contra el concepto de bien jurídico fueron cuatro: el concepto de bien jurídico solo serviría para comprender los intereses individuales, y no los supraindividuales; el concepto de bien jurídico solo abarcaría los intereses "materiales", y no los intereses "ideales"; el concepto de bien jurídico es un concepto unilateral que no comprende los "contraintereses" presentes en algunos tipos[65]; y, por último, el concepto de bien jurídico debe ser sustituido por el concepto de "infracción del deber de fidelidad", por tratarse de un concepto más completo[66].

En mi opinión, ninguna de estas cuatro críticas se encuentra mínimamente fundamentada. Las razones que lo explican son las siguientes: a) el concepto de bien jurídico no solo comprende intereses individuales, sino también supraindividuales; b) el concepto de bien jurídico no solo permite dar acogida a intereses "materiales", sino también a intereses "ideales" y c) el concepto de bien jurídico podría no consistir en un concepto unilateral, sino en uno comprensivo de los "contraintereses" presentes en algunos tipos.

*2.2.2. La polémica sobre la protección de los intereses supraindividuales. A la vez, una aproximación a la discusión sobre el significado ideológico del concepto de bien jurídico*

El régimen nacionalsocialista basó la desaparición del clá-

---

que respecta a su contenido, la concepción del delito como lesión de un bien jurídico no es sino una derivación de la concepción iusnaturalística e ilustrada del delito como lesión de cualquier derecho subjetivo". Sobre esto véase MARXEN, K., *Der Kampf*, pp. 177 y ss.

[64] SCHAFFSTEIN, F., *DSt.* 1935, p. 101.

[65] Cfr. MARXEN, K., *Der Kampf*, p. 198.

[66] Cfr. MARXEN, K., *Der Kampf*, pp. 177 y ss.

sico Derecho penal del hecho en favor de un nuevo Derecho penal de autor más adecuado a las exigencias del Estado social alemán de la época, entre otras razones, en la idea de que el Derecho penal del Estado liberal clásico estaba consagrado a la protección de intereses exclusivamente *individuales*. Sin embargo, esta fundamentación no es, correcta.

En primer lugar, debe señalarse que la mayor parte de la doctrina nacionalsocialista alemana erró por completo al creer que el origen de la idea (propia, en efecto, del liberalismo político) según la cual el Derecho penal debía consistir en un instrumento puesto al servicio de la protección de derechos subjetivos de los individuos se encontraba en la teoría del bien jurídico. Ya que, en realidad, aquella idea procede de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach[67]. Para este autor, los individuos ya tienen derechos subjetivos con anterioridad al contrato social y, mediante éste, ceden al Estado la elección de los medios para el aseguramiento de tales derechos[68]. Uno de los instrumentos del Estado para conseguirlo es el Derecho penal. Solo los ataques a los derechos subjetivos de los individuos pueden convertirse en objeto de persecución jurídico-penal. A su vez, esta tesis suele ser considerada la recepción para el Derecho penal de la teoría ilustrada del contrato social, según la cual el tránsito del estado de naturaleza al estado civil debía formalizarse por medio de un contrato social pactado por los miembros de la futura organización política[69]. En este sentido, el "enemigo" liberal contra el que

[67] Así lo reconoció, por ejemplo, SCHAFFSTEIN, F., *DSt.* 1935, pp. 98 y s. Una extensa muestra de la valoración que el pensamiento ilustrado de Feuerbach merecía en la época nacionalsocialista se encuentra, por ejemplo, en GELBERT, K., "Feuerbach", *DSt.* 1941, pp. 137 y ss.

[68] ZAFFARONI, E. R., "¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?", en *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1082.

[69] El concepto de delito acuñado por Feuerbach fue seguido por Stübel, Grolman, Henke, Schaffrath, Escher, Brinz, y parcialmente también por Winscheid, Unger, Hälschner, y posiblemente por Hepp. La influencia del pensamiento ilustrado en la concepción liberal de Feuerbach puede observarse, por ejemplo, a partir de la obra de Beccaria,

tendría que haber dirigido sus esfuerzos el Derecho penal nacionalsocialista debería haber sido, entonces, Feuerbach y la tradición liberal por él aplicada al Derecho penal. Afirmar, como hizo la dirección de Kiel, que el concepto de bien jurídico constituyó exclusivamente un instrumento liberal eficaz para conseguir la protección de intereses meramente individuales, siendo incapaz, en cambio, de garantizar la seguridad de la sociedad, no solo supone ignorar el extremo que acaba de ser señalado, sino que, con ello, los penalistas nacionalsocialistas evidencian un total desconocimiento del origen histórico del concepto de bien jurídico[70].

El concepto de bien jurídico nace con Birnbaum en la Alemania liberal de mediados del siglo XIX. Suele afirmarse que el concepto no surgió con la pretensión de limitar el *ius puniendi* del Estado, sino, al contrario, con la voluntad de ampliarlo, permitiendo, de este modo, la aparición de algunos delitos que, por consistir en la vulneración de intereses supraindividuales (como, por ejemplo, la religión o las buenas costumbres), en modo alguno podían encajar en el Derecho penal

---

*De los delitos y de las penas*, 8ª reimpr., 1995, pp. 30 y s. Sobre todo lo anterior véase Nagler, J., "Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit", en *FS-Binding*, 1911, p. 299; EL MISMO, "Der Begriff der Rechtswidrigkeit", en *FS-Frank*, I, 1930 (reimpr. 1969), p. 342; SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 62; RUDOLPHI, H.-J., "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", en *FS-Honig*, 1970, p. 154; y entre nosotros, por todos, LUZÓN, D.M., *PG*, I, 1996, p. 82.

[70] Por esta razón considero discutible la opinión de SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 84, de que el carácter liberal del concepto de bien jurídico se deduciría inequívocamente del rechazo que la ciencia jurídico-penal autoritaria del nacionalsocialismo alemán mostró por el concepto. Desde mi punto de vista, aunque, como apuntaré *infra*, creo que existen razones (no exclusivamente históricas) para afirmar el sentido liberal del concepto de bien jurídico, el argumento de Sina presupone que los penalistas nacionalsocialistas conocían perfectamente el alcance que antes de 1933 se había venido reconociendo al concepto de bien jurídico. Sin embargo, creo que esto último puede ser puesto en tela de juicio de un modo relativamente sencillo, como a continuación se expone en el texto principal.

exclusivamente protector de los derechos individuales[71]. De este modo, si nos atenemos al fin con el que la noción de bien jurídico fue concebida en su origen, este concepto no solo no impidió calificar como delito la lesión o puesta en peligro de intereses colectivos, no individuales, sino que, además, su nacimiento histórico obedeció a la voluntad de extender la protección penal también a ciertos intereses supraindividuales. Carece de sentido, por tanto, contemplar el concepto de bien jurídico como un instrumento liberal que se erige en instrumento para la protección de intereses estrictamente individuales y que resulta, por el contrario, insuficiente para la salvaguarda de valores de naturaleza colectiva. No en vano todas las legislaciones penales liberales del siglo XIX contenían delitos que atentaban o ponían en peligro bienes jurídicos colectivos o de titularidad estatal[72]. No resultaba necesario, por tanto, eliminar, en aras de la defensa de un modelo de Derecho penal también protector de intereses colectivos, un concepto –el de bien jurídico– que en absoluto constituía obstáculo alguno para el desarrollo de dicho modelo.

De hecho, algunos autores neokantianos que se mostraban conformes con la orientación hacia un modelo de Estado definitivamente antitético a los postulados del liberalismo político clásico propugnada desde el régimen nacionalsocialista creyeron que el concepto de bien jurídico no solo no era un instrumento liberal-burgués a rechazar, sino que, al contrario, constituía, incluso, una noción considerablemente útil para la consecución de los propósitos perseguidos por el De-

[71] Véase, por todos, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, p. 128.

[72] Este extremo fue reconocido expresamente por Mezger en uno de sus trabajos más comprometidos con el Derecho penal nacionalsocialista, "Die Straftat als Ganzes": "Que, por ejemplo, en los delitos de funcionario público de los §§ 331 y ss. StGB debe protegerse la 'rectitud de la función pública', reconocida por la ley, por tanto, como un bien jurídico, es algo que está fuera de toda duda". Véase MEZGER, E., *ZStW* 57 (1938), p. 697.

recho penal nacionalsocialista del III Reich [73]. Cabe destacar a este respecto las aportaciones de la llamada Escuela de Marburgo [74], formada, entre otros autores, por Leopold Zimmerl y Erich Schwinge. Más concretamente, la monografía de Leopold Zimmerl, *Aufbau des Strafrechtssystems* (1930); y el trabajo conjunto de Erich Schwinge y Leopold Zimmerl, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht* (1937) [75].

En la primera de estas dos obras, Zimmerl defendió la tesis de que al concepto de bien jurídico no le podía ser objetada una supuesta incapacidad para comprender también los intereses individuales, porque, al contrario, el concepto de bien jurídico se refería exclusivamente a los intereses colectivos. Según Zimmerl, en un sentido estricto, solo hay bienes jurídicos de la comunidad. Cuando se habla también de bienes jurídicos del individuo, en realidad se está utilizando esta expresión, de un modo impropio, para indicar que, en algunos casos, los intereses de la generalidad no son perturbados de forma directa, sino solo de modo indirecto a través de los intereses del particular. Para Zimmerl, el individuo no merece ser, en sí mismo, objeto de la protección del ordenamiento jurídico, sino solo en su condición de miembro de la colectividad. La comunidad social puede estar interesada como tal en la conservación de los bienes del individuo de una forma inmediata o de una forma meramente mediata. De una forma inmediata, cuando con el menoscabo del bien del individuo también se menoscaba, al mismo tiempo, la comunidad de la que es miembro. Pero la comunidad social puede tener únicamente también un interés mediato en la indemnidad de los bienes del particular. Según Zimmerl, vivir en sociedad tan solo es posible si al particular le son reconocidos una serie de derechos y libertades, y, si su esfera de poder jurídicamente

[73] Lo destaca SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 73.

[74] Se refiere a ella SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 80.

[75] Sobre el origen del llamado concepto "metodológico-teleológico" de bien jurídico, véase SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, pp. 75 y ss.

reconocida es respetada también por el resto de miembros de la colectividad. En esta dirección, un menoscabo de los bienes del individuo sólo puede ser contemplado como socialmente lesivo en la medida en que se haya actuado en contra de su voluntad. El interés de la comunidad en el mantenimiento de un determinado estado se encuentra condicionado, por tanto, por la voluntad del individuo[76].

En *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Schwinge y Zimmerl se adscribieron a la opinión según la cual la obtención e interpretación del derecho ya no podía realizarse mediante la aplicación de un método formal, sino a través de uno de carácter teleológico, que se convirtió en dominante y se extendió en la ciencia jurídica después de la Primera Guerra Mundial gracias, sobre todo, a la obra de Mezger. Para Schwinge y Zimmerl, uno de los más claros exponentes del giro hacia lo teleológico experimentado por la idea de bien jurídico se encuentra en la obra de MEZGER. En opinión de Schwinge y Zimmerl, las consecuencias más importantes que este autor extrae en materia de interpretación de la ley penal y del contenido de injusto supralegal como directriz para la interpretación de la ley las deduce, precisamente, del giro del concepto de bien jurídico hacia lo teleológico. Según Schwinge/Zimmerl, con este planteamiento se establece un puente entre el Derecho privado y el Derecho público, ya que representa la victoria de la jurisprudencia de fines y de intereses, preconizada por Heck para el Derecho civil, también en el Derecho penal. Con ello, el Derecho penal conseguía superar definitivamente el formalismo y el positivismo dominantes hasta von Liszt[77]. Pues bien: en el referido sentido teleológico, el concepto de bien jurídico permite

[76] ZIMMERL, L., *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, p. 44.

[77] SCHWINGE, E. y ZIMMERL, L., *Wesensschau*, pp. 62 y ss. y p. 77 y s. A juicio de estos autores, el concepto de bien jurídico experimentó a partir de von Liszt un giro radical en su configuración que permitió entenderlo como el instrumento por medio del que la idea de fin llegó a la teoría jurídica del delito, iniciándose, con ello, la consideración teleológica y dándose por concluida, de este modo, la consideración lógico-formal del derecho. Se trató, en suma, de un giro desde lo formal hasta lo teleológico.

al juez interpretar y aplicar el derecho sin perder de vista el sentido y el fin del tipo de que se trate, de la ley a la que pertenece y del ordenamiento jurídico en general. Por ello, entendido en este sentido, el concepto de bien jurídico puede ser utilizado perfectamente, a juicio de Schwinge y Zimmerl, como instrumento orientado a la protección de la sociedad. Para estos autores, lo que el Derecho penal nacionalsocialista debe superar no es tanto el concepto mismo de bien jurídico como la perspectiva individualista bajo la cual dicho concepto se encontraba vinculado a una concepción del Derecho penal más formal que material[78]. Para Schwinge y Zimmerl, la oposición que la Escuela de Kiel mostró en bloque contra la idea de bien jurídico, por considerarla propia de un pensamiento liberal exclusivamente individualista, evidenció que aquella dirección valoraba de forma muy crítica una teoría que no conocía suficientemente. En caso contrario, aquella Escuela habría advertido que autores como Binding, Merkel, Hegler, Finger, Oetker o Wachenfeld concibieron el bien jurídico en un sentido colectivista muy próximo al del Derecho penal nacionalsocialista, de tal modo que la crítica de los autores nacionalsocialistas a dicho concepto estaría completamente vacía de contenido[79]. A pesar de que la Escuela de Kiel recibió el concepto de bien jurídico de Binding como una construcción propia de una concepción individualista, para Schwinge y Zimmerl el concepto de bien jurídico de Binding podía formar parte perfectamente de un manual de Derecho penal nacionalsocialista[80].

Como puede comprobarse, en las posiciones defendidas por autores como Schwinge o Zimmerl, que acaban de ser expuestas, se constata de forma palmaria la presencia de un fenómeno que ha sido destacado con acierto, entre otros autores, por Alcácer Guirao. El fenómeno consistiría en la *espi-*

[78] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 65.

[79] Ídem, p. 66.

[80] Ídem, p. 65.

*ritualización (Vergeistigung)* del concepto de bien jurídico[81] y podría explicarse del modo siguiente. En principio, aunque el neokantismo incorporó a la definición general de delito una dimensión valorativa y de sentido en buena medida ignorada por el causalismo, no es menos cierto, sin embargo, que los autores neokantianos continuaron definiendo el delito, de forma predominante, como la lesión de un bien jurídico. Con la llegada del nuevo Derecho penal nacionalsocialista, que postulaba el abandono de la idea (teóricamente liberal) del delito como la lesión de un bien jurídico y se mostraba plenamente partidario de virar hacia un entendimiento de aquél exclusivamente como la infracción de un deber, el neokantismo se encontró en una suerte de encrucijada. ¿Debía mantenerse fiel al concepto (de raíz causal) de delito que había venido manteniendo hasta entonces (esto es, como lesión de un bien jurídico), o bien había de abrazar la "nueva" concepción del delito como infracción de un deber? Ante dicha disyuntiva, autores como Schwinge o Zimmerl creyeron posible llegar a una solución de compromiso, de conformidad con la cual cabría adaptarse a la concepción del delito como infracción de un deber respetando, al mismo tiempo, la idea de la lesión del bien jurídico.

Dicha solución de compromiso pasaría, según estos autores, por una "espiritualización" de la noción de bien jurídico, según la cual ésta sería concebida como una especie de "valor ideal" no material[82], sino "espiritual" o ideal. Por ejemplo, el bien jurídico protegido en el delito de homicidio ya no sería la vida concreta de los individuos, sino "la vida" entendida como valor ideal. Dada la naturaleza inmaterial de la vida como valor, ésta no podría ser lesionada fácticamente, sino que, a lo sumo, únicamente podría vulnerarse la pretensión de que dicho valor, la vida, sea respetado. Desde esta perspectiva, ya no era correcto contemplar, por ejemplo, el delito de ho-

[81] SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, p. 78; MARXEN, K., *Der Kampf*, p. 198.

[82] SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, p. 75.

micidio como la lesión material de la vida de un individuo a manos de otros. Porque lo esencial del bien jurídico del homicidio no residiría, desde esta óptica, en la vida del ya muerto como dato meramente empírico, sino en la vida misma como valor ideal a proteger. De este modo, y puesto que en el delito de homicidio la pretensión de respeto de la vida se expresaría mediante la norma que prohíbe matar, esto es, mediante el deber de no matar, el delito de homicidio consistiría en la vulneración de dicha norma o deber. Dada la extensión del concepto "valor ideal", Schwinge y Zimmerl no tuvieron inconveniente en reconocer tal consideración a los nuevos intereses supraindividuales nacionalsocialistas, como la "moral del pueblo", la "raza", la "sangre", el "espíritu nacional", etcétera, legitimando, de este modo, la incorporación al StGB de determinadas conductas que vulnerasen la pretensión de respeto de tales intereses[83].

Que el concepto "espiritualizado" de bien jurídico empleado por algunos autores neokantianos bien podría haber hecho las delicias del más radical defensor del nacionalsocialismo penal lo demuestra el hecho de que a alguno de los principales representantes de la Escuela de Kiel, dicho concepto, en contra de lo que parecía ser uno de los dogmas del Derecho penal nazi, no le pareció completamente rechazable. Dos de los casos más emblemáticos a este respecto fueron el de Karl Klee[84] y, sobre todo, el de Friedrich Schaffstein[85]. A continuación me referiré brevemente a este segundo.

[83] Sobre esto véase, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, pp. 48 y ss.

[84] KLEE, K., "Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung", *DSt.* 1936, pp. 2 y, especialmente, p. 13 y ss.

[85] Ponen de relieve este extremo ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 38, nota 76; SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, pp. 81 y ss. Como señala este segundo autor, con el reconocimiento del concepto de bien jurídico por parte de la Escuela de Kiel, finaliza la famosa lucha de escuelas Marburgo-Kiel (*op. cit.*, p. 80). No obstante, como señala Sina, la lucha, zanjada en lo concerniente a la aceptación

En su monografía, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung* (1935), Schaffstein consideró que (si bien con una función meramente complementaria)[86] la lesión del bien jurídico convivía de modo no excluyente con la vulneración del deber, la expresión de la actitud interna y la traición como los distintos puntos de vista desde los que puede aprehenderse la esencia del delito[87]. Schaffstein se sirvió de un ejemplo para concretar esta última tesis. En el caso de un tutor y el niño cuya educación le ha sido confiada, no es merecedor del mismo castigo, por ejemplo, una lesión corporal que una sustracción patrimonial, a pesar de que, en ambos casos, el tutor habría vulnerado su deber de velar por los intereses individuales del sujeto tutelado. En segundo lugar, la conducta del tutor sería merecedora, a juicio de Schaffstein, de un tratamiento diferenciado con respecto al que merecería un sujeto sobre el que no recayese aquel deber. En tercer lugar, también derivaría una distinta valoración jurídica de la circunstancia de que el tutor hubiese agredido al niño por un arrebato de cólera o bien para obtener placer sádico. Schaffstein señala que únicamente atendiendo a todos los puntos de vista del delito podrá enjuiciarse correctamente un supuesto de hecho sobre la base del derecho vigente. En los casos de los que Schaffstein se sirve ejemplificativamente, ello no sucedería, por ejemplo, si la consideración del hecho se formulase unilateralmente atendiendo tan solo o bien a la vulneración de los deberes del tutor o bien tan solo

---

del concepto, continuó tanto en lo relativo a su contenido como en lo que hace al método a seguir para su elaboración (*op. cit.*, pp. 81 y ss.). Sobre la mencionada lucha de escuelas véase MARXEN, K., *Der Kampf*, p. 168.

[86] SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 9 y s.

[87] Ídem, pp. 8 y ss.; EL MISMO, *DSt.* 1937, pp. 336 y ss. y 340 y ss. En idéntico sentido GALLAS, W., *FS-Gleispach*, 1936, p. 53. Describe acertadamente la proximidad existente entre 1933 y 1945, en lo que respecta a los resultados alcanzados, entre la dirección teleológica neokantiana y la dirección nacionalista más "científica", SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, pp. 71 y ss.

a la agresión del niño, o bien únicamente a la exteriorización de una determinada actitud interna[88].

En suma: en los neokantianos como Schwinge y Zimmerl, el concepto metodológico de bien jurídico referido a valores por ellos defendido no cumplió función limitadora alguna, ya que valores susceptibles de protección jurídico-penal podían serlo –se decía– cualesquiera que el legislador deseara proteger, confundiéndose, de este modo, objeto de protección y valoración del objeto, *ratio legis* o el sentido o fin mismo de las normas penales[89]. Esta comprensión del bien jurídico, además de sostenerse en la voluntad de ser de utilidad al nuevo Derecho penal nacionalsocialista, pudo encontrar algún apoyo teórico en la construcción normológica de Binding. En palabras de este autor, con respecto a la, en su opinión, nula capacidad del concepto de bien jurídico para limitar el *ius puniendi* del Estado: "Todos estos bienes tienen valor social. En su indemnidad no solo tiene interés éste o aquél, sino toda la comunidad. Por eso encuentran únicamente protección social. Nada es más equivocado que pretender aplicar aquí una forma de consideración individualista, y separar drásticamente, por ejemplo, los bienes del individuo de los de la sociedad y el Estado. El efecto devorador de la lesión de bienes va mucho más allá del círculo jurídico del individuo"[90].

Los dos extremos que han sido expuestos anteriormente, esto es, el origen no limitador, sino "expansionista" del *ius puniendi* del concepto de bien jurídico, y la utilización sin esfuerzo de este concepto por parte de algunos autores neokantianos en un sentido que incluso llegó a resultar convincente para algunos autores nacionalsocialistas, nos abocan a una duda cuya resolución es de la máxima relevancia.

[88] SCHAFFSTEIN, F., op. cit., pp. 8 y ss.

[89] ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 2/7; RUDOLPHI, H.-J., "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", *FS-Honig*, 1970, p. 154; ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, pp. 48 y ss.

[90] BINDING, K., *Die Normen* I, 3ª ed., 1916, pp. 340 y ss.

La duda es la siguiente: ¿puede considerarse el concepto de bien jurídico un concepto antiliberal? En efecto, si, según se ha dicho, el auténtico *outsider* del Derecho penal nacionalsocialista en sus pretensiones antiliberales no era el concepto de bien jurídico, sino el de derecho subjetivo; si el modelo de Derecho penal protector de derechos subjetivos del individuo de Feuerbach merece ser considerado la plasmación del programa político-criminal del liberalismo político clásico (porque sitúa en la cúspide de la tensión individuo-Estado/sociedad al primero)[91]; entonces, ¿qué papel queda reservado para el concepto de bien jurídico? En otras palabras: si el Derecho penal de los derechos individuales de Feuerbach es inequívocamente liberal, ¿quiere ello decir que la ampliación del ámbito de lo punible hacia lo supraindividual convierte al concepto de bien jurídico en antiliberal? ¿No es el concepto de bien jurídico propio de un Estado liberal?

No es seguro que Birnbaum, el padre del concepto de bien jurídico, reconociera a dicho concepto una capacidad limitadora del *ius puniendi*. Puede discutirse, y de hecho se discute, si el concepto de bien jurídico nació con una voluntad limitadora del *ius puniendi* del Estado, o si, en cambio, lo hizo sin esa voluntad, o, incluso, con la pretensión opuesta. Así, por ejemplo, mientras que algunos autores se muestran partidarios de la segunda alternativa[92], otros, en cambio, consideran que, en Birnbaum, el concepto que nos ocupa, aunque por una parte vino a legitimar una ampliación del ordenamiento jurídico-penal, por otra contribuyó a incrementar el grado de racionalidad y seguridad jurídica que debe presidir su aplicación. Así, por ejemplo, Alcácer Guirao entiende que el tránsito operado por Birnbaum del delito como lesión de derechos subjetivos individuales al delito como lesión de un

[91] Sobre los principios que configuran este programa véase ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, pp. 68 y ss.

[92] Éste es el caso, por ejemplo, de MIR PUIG, S., op. cit., 1976, p. 128.

bien jurídico, lejos de representar un giro ideológico del liberalismo al comunitarismo, persiguió, en realidad, operar una concreción dogmática y metodológica del concepto "derecho subjetivo". En concreto, lo que Birnbaum y su noción del bien jurídico habrían perseguido sería dotar al derecho subjetivo de un substrato fáctico, tangible, que sería lo que en realidad resultaría lesionado mediante la comisión del delito, y todo ello en aras de la seguridad jurídica[93].

[93] ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 101 y ss., y 110. Con respecto a la discusión sobre el sentido liberal o antiliberal del concepto de bien jurídico, el propio ALCÁCER GUIRAO, *op.cit.*, p. 55 y pp. 67 y ss., llama la atención sobre algo que merece ser destacado. Me estoy refiriendo al hecho de que la discusión que ahora nos ocupa es de naturaleza ideológica. Así, de entre los partidarios de un cambio de paradigma hacia la infracción de un deber cabría distinguir entre quienes habrían propugnado dicho cambio por razones ideológicas y quienes lo habrían hecho por motivos de orden metodológico. En el primer grupo de autores estarían, por ejemplo, todos los pertenecientes a la órbita nacionalsocialista. Pertenecería al segundo, en cambio, Günther Jakobs. Así las cosas, mientras que los autores nacionalsocialistas o afines al nacionalsocialismo del III Reich habrían reconocido al concepto de bien jurídico un contenido liberal, Jakobs, en cambio, lo habría puesto en duda. A juicio de Alcácer, esta circunstancia nos conduce a admitir, como una consecuencia lógica, que el giro nacionalsocialista tenía una clara vocación comunitarista y totalitarista, superadora del liberalismo político representado por el concepto de bien jurídico; mientras que esta sospecha no plantearía, en cambio, sobre la concepción de Jakobs, ya que éste no observaría al bien jurídico como un obstáculo liberal contra el que luchar, y ello significaría, entonces, que su propia concepción de la infracción de un deber tampoco sería una muestra de autoritarismo. En relación con todo esto, es absolutamente evidente que asiste la razón a Alcácer cuando señala que el rechazo ideológico del nacionalsocialismo alemán del III Reich al concepto de bien jurídico *por* su sentido liberal es una muestra palmaria de las pretensiones absolutistas del nuevo Derecho penal nazi. Sin embargo, y ocupándonos ahora de Jakobs, creo que el razonamiento de Alcácer resulta, cuanto menos, discutible. Ya que, según creo, el hecho de que Jakobs no abandone el concepto de bien jurídico por su sentido liberal (que Jakobs niega), sino por razones metodológicas, no garantiza que su concepción personal del delito como infracción de un deber sea

Dejando al margen la polémica sobre cuál fue la auténtica intención de Birnbaum en el proceso constituyente del concepto de bien jurídico[94], lo cierto es, en mi opinión, que existen razones de peso para entender que el concepto que ahora nos ocupa puede ser asumido sin traumas desde la perspectiva de un Derecho penal liberal. Creo que el concepto de bien jurídico se encuentra plenamente capacitado para cumplir la función político-criminal liberal limitadora del poder punitivo que normalmente se le encomienda en el marco de un Estado liberal. Los devaneos históricos del concepto –algunos de los más significativos acaban de ser expuestos supra– no justifican, en mi opinión, que el concepto que ahora se analiza no sea válido, sino que, probablemente, lo que viene a demostrar es que se trata, eso sí, de una noción que, todavía hoy, se encuentra pendiente de un mayor nivel de desarrollo y concreción por parte de la doctrina[95]. En mi opinión, no solo es *posible* configurar de este modo el concepto de bien jurídico, sino que existen sobrados motivos para entender que ello es, además, *recomendable*[96]. Esto último podría apoyarse, principalmente, en tres ideas.

La primera idea es de orden histórico y pretende llamar la atención sobre el hecho siguiente. Quizá pueda decirse que el concepto de bien jurídico fue acuñado por Birnbaum en un sentido no necesariamente liberal y que, posteriormente, puesto en manos de algunos autores neokantianos, alcanzó considerables cotas de abstracción y espiritualización, no contribuyendo ello, desde luego, a su comprensión como un

---

necesariamente liberal, y no tendiente, como en ocasiones se ha dicho, a un cierto autoritarismo. No es éste el momento, sin embargo, de pronunciarme sobre este particular.

[94] También relativiza la posible importancia de este extremo ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 71, nota 233.

[95] De esta opinión, entre otros, ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 68.

[96] Exponen algunos de estos motivos, entre otros, MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, pp. 4/50 y s.; LUZÓN PEÑA, D. M., *PG*, I, 1996, p. 82.

concepto liberal. Sin embargo, como los propios Schwinge y Zimmerl reconocieron, su concepto de bien jurídico poco o nada tenía que ver con el sentido original de éste[97]. De hecho, no resulta en absoluto difícil encontrar antecedentes (no demasiado alejados en el tiempo del origen del concepto) de autores que lo habrían utilizado en un sentido inequívocamente limitador del *ius puniendi*. El caso más representativo de aquello a lo que ahora me refiero es el de von Liszt. Según este autor, la propia existencia del derecho se debería a las personas, y, según esto, la finalidad de todo Derecho penal debería consistir en la protección de intereses humanos de la vida. Estos intereses, que en el caso de ser jurídicamente protegidos reciben en von Liszt el nombre de "bienes jurídicos", no consistirían para el mencionado autor en un producto del ordenamiento jurídico, sino de la vida. Entendidos de este modo, los bienes jurídicos preexistirían al ordenamiento jurídico. Mediante esta determinación prejurídica de las "condiciones de vida de la comunidad estatal" que debían ser protegidas por el Estado, von Liszt propuso un concepto de bien jurídico cuyo núcleo material no solo era independiente del Derecho vigente, sino que representaba un límite que el legislador no podía superar. A diferencia de las concepciones ilustradas sobre el bien jurídico, en el concepto de bien jurídico de von Liszt, el contenido material del delito no resultaría de la Filosofía del Derecho, sino de datos de la sociedad. Del concepto material liberal de bien jurídico defendido por él extrajo la conclusión de que el Estado no podría castigar con pena todo lo que quisiera, sino que se encontraría limitado por la existencia prejurídica de una serie de intereses sociales susceptibles de protección[98].

[97] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 62.

[98] VON LISZT, "Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindische Handbuche", en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, 1905 (reimpr. 1970), p. 223. Sobre el concepto liberal de bien jurídico defendido por von Liszt véase, por ejemplo, RUDOLPHI, H.-J., *FS-Honig*, 1970, pp. 152 y 154 y ss.

En segundo lugar, debe advertirse que, aunque es cierto que el concepto que nos ocupa pudo no aparecer originalmente como un instrumento limitador en el sentido indicado, sino que este sentido se le ha comenzado a reconocer por parte de un sector de la doctrina en tiempos relativamente recientes[99], un sector cada vez más importante de ella viene sugiriendo en la actualidad la existencia de una posible conexión entre el concepto de bien jurídico y la noción ilustrada del "daño social"[100].

Por último, debe llamarse la atención sobre el hecho de que las concepciones espiritualizadas del bien jurídico defendidas, por ejemplo, por Schwinge y Zimmerl en absoluto deben verse como una consecuencia necesaria o inevitable de la noción misma de bien jurídico. Al contrario, no solo se trata de los posibles modos de configurarla, sino, seguramente, de uno de los que en mayor medida ha traicionado el espíritu esencialmente liberal del concepto de bien jurídico. En efecto, existe, por ejemplo, una posible fundamentación material del concepto que ahora nos interesa plenamente coherente con el programa político-criminal ilustrado. Me estoy refiriendo a la concepción *personalista* del bien jurídico. En efecto, si desde la perspectiva de un Estado liberal el Derecho penal podría ser visto como un instrumento del Estado en aras de la protección de los intereses del ciudadano, singularmente de su libertad, entonces resultaría perfectamente adaptable a dicha perspectiva un concepto de bien jurídico centrado en los intereses individuales de la persona. Esto es, un concepto de bien jurídico reconducible al individuo, y resistente a toda "comunitarización" y "etización" del Derecho penal[101]. Frente

[99] MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, pp. 4/54; LUZÓN PEÑA, D. M., *PG*, I, 1996, p. 82; ROXIN, C., "Sentido y límites de la pena estatal", en EL MISMO, *Problemas básicos*, 1976, p. 23; EL MISMO, *PG*, I, 1997, §§ 2/2 y 7.

[100] MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, p. 129; LUZÓN PEÑA, D. M., *PG*, I, 1996, p. 82; RUDOLPHI, H.-J., *FS-Honig*, p. 154. Considera, en cambio, que la posibilidad de establecer dicho paralelismo es, cuanto menos, algo controvertida ROXIN, C., *PG*, I, 1997, §§ 2/8.

[101] ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 72.

a las concepciones "espiritualizadas" del bien jurídico defendidas, por ejemplo, por Schwinge y Zimmerl, una concepción personalista del bien jurídico presenta indudables ventajas en términos de seguridad juridica. Ello obedece, principalmente, a que desde el punto de vista de la función de criminalización de conductas, la mencionada perspectiva personalista obligaría al legislador a fundamentar y racionalizar en mayor medida la creación de normas penales, al tomar como punto de referencia "objetos" externos a la propia lógica de la norma y a la "valoración del objeto" subyacente a la misma [102].

¿Significa este posicionamiento en favor de un concepto personalista de bien jurídico, y el consiguiente rechazo de las concepciones "espiritualizadas" de Schwinge y Zimmerl, que no cabe proteger intereses supraindividuales, esto es, que todo delito que atente contra bienes jurídicos colectivos puede ser tachado, automáticamente, como impropio del Derecho penal de un Estado liberal? La pregunta que acaba de ser formulada debe ser contestada en sentido rotundamente negativo. Comparto la posición de aquellos autores que defienden la idea de que la protección del individuo (singularmente de su libertad) mediante el Derecho penal no debe articularse exclusivamente a través de la protección de bienes jurídicos individuales, sino también mediante la de algunos bienes jurídicos supraindivuales especialmente importantes (solo éstos) para el individuo en términos de participación del sujeto en el sistema social. Paradigmáticos al respecto serían, por ejemplo, la hacienda pública, el medio ambiente o la administración de justicia [103].

[102] ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit., p. 73 y, en especial, pp. 77 y ss. Esta idea, expresada de un modo algo diferente, se encontraba ya, por ejempo, en VON LISZT, "Rechtsgut...", en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, 1905 (reimpr. 1970), p. 223; y ya de forma contemporánea en RUDOLPHI, H.-J., *FS-Honig*, pp. 152 y 154 y s.

[103] ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit., pp. 96 y s.

Por lo demás, el Derecho penal nacionalsocialista abandonó el concepto de bien jurídico en favor de conceptos como los de "actitud interna reprochable", "voluntad reprochable", "modo de vida antisocial", "infracción del deber de fidelidad a la comunidad" o "traición al pueblo" como paso necesario para la obtención de un Derecho penal más comprometido con la protección de la sociedad que el Derecho penal liberal clásico. Sin embargo, los nuevos conceptos no ayudaron en absoluto a la consecución de este objetivo. Desde el punto de vista del Derecho penal de un Estado social extremo –como el del III Reich alemán–[104] debería admitirse, ciertamente, que sería más protector de la sociedad un Estado que interviniese penalmente hasta el punto de prohibir todas las conductas, incluso las más insignificantes, que lesionaran o pusieran en peligro un bien jurídico-penal[105]. Sin embargo, no es esta lógica proteccionista la que dominaba el Derecho penal del III Reich. En efecto, éste no constituyó un ordenamiento que castigara conductas peligrosas para la sociedad, sino que se centró en el castigo de los sujetos –no, por tanto, de las conductas– que mostraban una actitud de disidencia con el "espíritu del pueblo" *(Volksgeist)* dimanante de la comunidad. Para el Derecho penal nacionalista, ni siquiera era

[104] Ya que el Derecho penal de un Estado social moderado nunca podría obviar la idea de que el Derecho penal no debe perseguir la "máxima utilidad posible", sino "la mínima imprescindible". Expresión de esta máxima es el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho penal. Según el principio de subsidiariedad, solo cabe acudir al Derecho penal como última alternativa, a falta de otros medios menos lesivos. El Derecho penal tiene, además, naturaleza fragmentaria. De acuerdo con esta idea, el Derecho penal no debe prohibir *todos* los ataques contra los bienes jurídicos penales, sino solamente los más peligrosos. Véase, por todos, MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., pp. 4/47 y ss.

[105] Que en un Estado social y democrático de Derecho ello no resulte, sin embargo, admisible, se debe, sobre todo, a principios derivados del carácter democrático del Estado. Principalmente a los principios de responsabilidad por el hecho como manifestación del principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad y el principio de resocialización. Véase MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., pp. 4/68, 71 y s. y 77.

necesario que esta actitud interna contraria al pueblo se tradujera en una conducta que se manifestara en el mundo exterior lesionando o poniendo en peligro intereses de la comunidad. Así, por ejemplo, se afirmaba que el modo de vida del rufián se oponía abiertamente al espíritu popular de la comunidad, y que esta oposición era, en realidad, el objeto de la prohibición contenida en el antiguo tipo de rufianismo (§ 181 StGB nacionalsocialista). Sin embargo, resulta evidente que éste en modo alguno podía ser la forma de conseguir una mayor protección social contra los perjuicios provocados por las conductas de rufianismo, ya que el rufián sólo podía provocar un daño social, esto es, lesionar la libertad sexual, mediante la realización de concretas conductas de rufianismo en el mundo exterior; y, en términos de protección social, el modo más eficaz de evitar estas conductas habría consistido, precisamente, en prohibir su realización, no en reprochar su modo de vida o su actitud interna opuesta a la comunidad.

Este último extremo, esto es, la constatación de que, en términos estrictamente preventivo-generales de protección de la comunidad, al III Reich le habría resultado más eficaz un Derecho penal del hecho que un Derecho penal de autor, podría poner de manifiesto que, en contra de lo que en ocasiones se ha afirmado, el Derecho penal nazi no estuvo dominado por una "racionalidad" preventiva, instrumental o consecuencialista, sino por una lógica valorativa o principialista[106]. Volviendo al ejemplo del rufianismo, lo que acaba de ser apuntado querría decir lo siguiente: el Derecho penal nacionalsocialista no habría tratado tanto de proteger a la sociedad evitando la proliferación de las *conductas* de rufianismo, como de declarar mediante penas estigmatizantes que, desde el punto de vista de los valores éticos representados por el Estado, la valoración que merecía el rufián, esto es, el *autor* del delito, no podía ser sino completamente negativa.

[106] En este sentido ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit., p. 46.

*2.2.3. ¿Caben en el concepto de bien jurídico intereses "ideales" o "inmateriales"?*

La concepción del Derecho penal de la Escuela de Kiel opuso al concepto de bien jurídico la objeción de tratarse de un concepto exclusivamente "causal", "naturalístico" o "materialista" [107], esto es, de un concepto que solo era capaz de explicar el contenido de los intereses materiales susceptibles de protección jurídica; no, por tanto, de los intereses de naturaleza "ideal" [108]. En mi opinión, tampoco esta crítica es merecedora de ser compartida. Tanto la Filosofía del Derecho como la jurisprudencia de intereses de Derecho civil, como, por último, el Derecho penal se han encargado de poner de manifiesto que el término "bien jurídico" también puede ser empleado sin traumas en un sentido que no solo comprenda los intereses estrictamente materiales, sino también los ideales o inmateriales. Así, por ejemplo, desde la lógica del propio lenguaje jurídico y filosófico se considera que no plantea problema alguno, por ejemplo, la afirmación del interés ideal "honor" como un bien jurídico merecedor de protección civil o penal [109]. No obstante, en este trabajo se estima preferible sostener un concepto de bien jurídico de cuya conformidad éste no sea contemplado ni como una "cosa" ni como un "valor" o un "interés" que deba ser protegido, sino como algo que participa tanto de lo primero como de lo segundo. Desde la perspectiva que aquí se adopta, defendida en España por Mir Puig, se considera conveniente definir el bien jurídico protegido como una relación dialéctica de realidad y valor. Esto es, como una "cosa valiosa" [110].

[107] WERLE, G., *Justiz-Strafrecht*, 1989, p. 711.

[108] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 68; SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, p. 81.

[109] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 68.

[110] MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., pp 6/40; ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 90.

*2.2.4. Sobre la crítica nacionalsocialista al concepto neokantiano de bien jurídico*

Como ya se ha expuesto, la historia de la teoría del bien jurídico revela que uno de los más importantes conceptos de bien jurídico defendidos por la doctrina identificó dicho concepto con la *ratio legis* o el sentido o fin mismo de las leyes penales. De acuerdo con este concepto, el bien jurídico no solo constituía la base del método interpretativo teleológico, sino que, además, con la espiritualización del concepto a manos del neokantismo, llegó a confundirse con la propia interpretación teleológica, perdiendo, de este modo, su sentido limitador de objeto protegido con substrato fáctico. Pese a que dicho concepto fue presentado ante el nacionalsocialismo como un concepto válido para el nuevo Derecho penal, la voluntad nacionalsocialista de romper con todo aquello que recordase, aunque fuera levemente, a Derecho penal liberal tuvo como consecuencia que también el mencionado concepto espiritualizado de bien jurídico fuera objeto de algunas críticas por parte de la Escuela de Kiel[111]. Una de estas críticas fue la que se dirigió contra este concepto "metodológico" de bien jurídico y contra el método teleológico al que sirvió de base y consistió en contemplarlo como un procedimiento unilateral que pretendía aprehender el sentido de los preceptos atendiendo exclusivamente a la protección del bien jurídico lesionado como único fin de la ley. De acuerdo con esta crítica, la interpretación teleológica basada en el concepto metodológico de bien jurídico solo tenía en consideración uno de los factores concurrentes en el delito: el bien jurídico protegido. Sin embargo, un tal interpretación teleológica se mostraría inadecuada para tener en cuenta, en cambio, las restantes relaciones de valor o intereses en juego. Según la crítica que nos ocupa, estos intereses concomitantes al bien jurídico podrían

[111] Un resumen de estas críticas se encuentra en MARXEN, K., *Der Kampf*, pp. 196 y ss.

encontrarse en una relación de reforzamiento o de oposición con el valor que representa el bien jurídico. En el primer caso se hablaba de "valores concomitantes favorecedores" *(unterstützende Nebenwerte)*[112]; en el segundo, de "contraintereses que se oponen" *(widerstreitende Gegeninteresse)* al valor del bien jurídico[113]. A juicio de Dahm, Schaffstein y Welzel, la unilateralidad del método teleológico traía causa de las insuficiencias del concepto de bien jurídico, que derivaban, a su vez, del elevado nivel de abstracción que en opinión de aquel sector doctrinal tenía este concepto. A juicio de aquellos autores, puesto que el concepto de bien jurídico se movía en un plano meramente abstracto o "científico-conceptual", no era capaz de descender hasta la realidad. En su opinión, el referido concepto de bien jurídico incurría, por este motivo, en el error de no considerar todas las relaciones que convergen en el supuesto de hecho concreto de la vida, permaneciendo anclado en la "extracción de una relación valorativa concreta": el valor del objeto de protección[114]. Según la crítica que ahora se expone, dicho concepto de bien jurídico no permitía tener en cuenta que en el proceso de normativización, el legislador no se habría referido al valor del "objeto de protección" como la única relación de valor presente en la realidad, sino a todas las relaciones valorativas concurrentes en la realidad. El fin de la norma no consistiría, así, en tutelar ciegamente el objeto de

[112] Un ejemplo de intereses favorecedores del valor del bien jurídico sería las modalidades de acción especialmente graves desde un punto de vista penal previstas en algunos tipos del StGB: véase WELZEL, H., "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht" (1935), en EL MISMO, *Abhandlungen*, 1975, p. 102.

[113] Ejemplos de "contraintereses" los brinda, por su parte, la regulación de los delitos contra el patrimonio, donde no toda lesión del bien jurídico amenazado es típica, sino solo determinadas modalidades de la acción (por ejemplo, la lesión del patrimonio por medio de una acción estafadora, extorsionadora o quebrantadora de la confianza del otro): véase WELZEL, H., "Naturalismus...", en EL MISMO, *Abhandlungen*, p. 102.

[114] WELZEL, H., "Naturalismus...", en EL MISMO, *Abhandlungen*, p. 102; SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 69.

protección, sino en hacerlo considerando el resto de intereses concurrentes. Interpretar los tipos penales a partir de un concepto de bien jurídico de acuerdo con el cual la ley se limitaría a prestar tutela al objeto de protección sin atender al resto de intereses concurrentes sería, en realidad, una interpretación teleológica incompleta. Ya que, según la Escuela de Kiel, se trataría de una interpretación de la ley pretendidamente teleológica, pero orientada únicamente a una parte de los fines [115].

Frente a las críticas nacionalsocialistas al concepto metodológico de bien jurídico, así como de la confusión con el método de interpretación teleológica a que aquel concepto conduce, debe recordarse, en primer lugar, que el mencionado concepto no solo constituye el único concepto de bien jurídico existente, sino que, además (como ya se ha afirmado a lo largo del presente capítulo), ni siquiera es el preferible. Aunque la crítica al concepto metodológico de bien jurídico pudiera ser compartida –lo cual ya se afirmó en otro lugar a propósito de la crítica al concepto de bien jurídico defendido por Zimmerl, Schwinge y Zimmerl–, ello no significa, sin embargo, que deba rechazarse cualquier concepto de bien jurídico teóricamente defendible. No tendría por qué rechazarse, un concepto personalista de autor configurado en el sentido apuntado *supra* en el texto.

Pero es que incluso dejando al margen lo que acaba de ser apuntado, cabe entender que los argumentos que la Escuela de Kiel opuso contra el concepto metodológico de bien jurídico ni siquiera servirían para desvirtuar este último concepto. En realidad, cuando los representantes del concepto metodológico de bien jurídico se refirieron al concepto de bien jurídico como criterio rector de la interpretación teleológica, no lo hicieron en el sentido unilateral criticado por los autores nacionalsocialistas, sino en un sentido más amplio. Así, por ejemplo, dos de los más significativos exponentes del concepto metodológico de delito, Schwinge y Mezger, nunca defen-

[115] WELZEL, H., "Naturalismus...", en EL MISMO, *Abhandlungen*, p. 102; SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 69.

dieron un concepto de bien jurídico tan estricto como el que constituyó el objeto de las críticas nacionalsocialistas. Así mientras que Schwinge identificó el término "bien jurídico" con el de "fin" o "función de protección" del Derecho penal, refiriéndose a éste, por tanto, en su sentido de instrumento al servicio de una contemplación global de los tipos, Mezger entendió el concepto de bien jurídico en el sentido de concebirlo como la fórmula más sencilla de expresar el fin perseguido por cada precepto penal[116]. Pues bien: sin perjuicio de que estos dos conceptos de bien jurídico puedan ser calificados, ciertamente, como altamente abstractos, parece evidente –en contra de lo que afirmaba la Escuela de Kiel–, sin embargo, que ninguno de los dos expresaría el valor correspondiente al objeto de protección como el único valor concurrente en cada precepto[117]. Ya que el alcance de las expresiones "fin" o "función de protección" del Derecho penal (Schwinge) o "fin perseguido por cada precepto penal" (Zimmerl) es lo suficientemente amplio como para comprender todos los intereses concomitantes al bien jurídico: tanto los que refuerzan el valor que representa el bien jurídico ("valores concomitantes reforzadores") como los "contraintereses que se oponen" al valor del bien jurídico.

### 2.3. Sobre la lucha nacionalsocialista contra el concepto de tipo

En la monografía *Verbrechen und Tatbestand*, que para algunos constituyó la obra culminante de la concepción del Derecho penal de la Escuela de Kiel[118], Dahm se mostró partidario de eliminar el concepto "tipo" de la Dogmática del Derecho penal. En opinión de Dahm, no existían reglas generales de interpretación, sino que el único modo de aproximarse al máximo a la realidad concreta consistía, en su opinión,

[116] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 70.

[117] Ídem, p. 70.

[118] Ídem, p. 82.

en interpretar cada fenómeno individual por separado. Para la consecución de este objetivo, Dahm propuso una medida *de lege lata* y otra *de lege ferenda*. La medida *de lege lata* –a la que ya se hizo referencia *supra*– propuesta por Dahm consistió en una interpretación laxa de los tipos penales, de conformidad con la cual no fuera castigado quien realizase la conducta típica, sino aquél que, según el lenguaje popular, se presentara como el autor típico del delito de acuerdo con su esencia. *De lege ferenda*, Dahm sugirió que el tenor literal de los tipos fuese redactado de modo que la interpretación laxa acabada de referir fuera más factible. Dahm propuso, en suma, un "relajamiento" en la redacción de los tipos, de modo que su tenor literal fuese lo suficientemente flexible como para adaptarse sin problemas al caso concreto. Un modo de conseguirlo podía consistir, en opinión de Dahm, en la utilización masiva de elementos normativos o elementos de valoración[119]. Estas dos propuestas, la relativa a la interpretación laxa de los tipos y la concerniente a la redacción flexible de éstos adaptada al lenguaje popular, representaron el adiós a la idea de "tipicidad" como "tipicidad del hecho" y la bienvenida a una "nueva" tipicidad: la "tipicidad del autor". Representaron el tránsito, en suma, de un Derecho penal del hecho a un Derecho penal de autor[120].

El intento de Dahm de destruir completamente los tipos penales no pudo ser más nocivo para la ciencia del Derecho penal y el principio de Justicia material. El Derecho penal de autor supuso la negación de una de las principales conquistas del pensamiento ilustrado de la Revolución Francesa: el principio de responsabilidad por el hecho[121]. La recuperación de

[119] Ídem, p. 82.

[120] Sobre la lucha nacionalsocialista contra el concepto de tipo véase SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, pp. 73 y 81.

[121] En realidad, este principio era defendido ya con anterioridad a la Revolución Francesa por algunos de los autores que, como Carpzov y Ziegler, se encargaron de llevar a cabo el proceso de recepción del Derecho común en Alemania. Véase SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1930 (reimpr. de 1986), p. 45 y nota 2.

este principio en la Alemania de la segunda posguerra significó, a su vez, la negación de la negación: esto es, la vuelta a un Derecho penal del hecho [122]. El principio de responsabilidad por el hecho se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser del sujeto activo, obligando a detenerse, por el contrario, en la valoración de la gravedad del hecho cometido [123]. Un Derecho penal que tenga por finalidad proteger a la sociedad mediante la prevención de delitos recurriendo a normas de motivación, y que a su vez pretenda presentarse como democrático, no puede pretender evitar que los sujetos modifiquen su carácter o su modo de ser. Ello significaría una intromisión en la esfera personal de libertad del sujeto inaceptable en un Estado que, como sucede en un modelo de Estado democrático como el nuestro, tenga en consideración la dignidad humana y el principio de participación en la vida social de sus sujetos. Estos dos últimos principios impiden tratar al delincuente como un objeto del Derecho penal, e imponen la necesidad de concebirlo, al contrario, como un sujeto activo del proceso de motivación. Resulta mucho más respetuoso con los principios que se encuentran en la base de un modelo de Estado democrático un Derecho penal, que pretenda evitar la comisión de delitos por medio de normas de motivación que intenten impedir la realización de conductas lesivas o peligrosas para bienes jurídicos. Ello conecta, finalmente, con el principio según el cual nadie debe ser castigado por los meros pensamientos, caracteres o actitudes internas *(cogitationis poenam nemo patitur)*.

Las legislaciones penales liberales del siglo XIX tuvieron en la legalidad uno de sus principales objetivos. La idea decisiva para garantizarla era el concepto de tipicidad. De acuerdo con esta noción, los elementos de cada delito debían encontrarse recogidos en tipos penales, cuyo tenor literal debía reunir dos cualidades esenciales: debía permitir una delimitación clara

[122] MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, pp. 4/68.

[123] Ídem, pp. 4/68.

entre unos y otros; y la prueba de sus elementos debía resultar sencilla. En opinión de los penalistas del nacionalsocialismo, el interés de aquellas legislaciones por limitar el poder del Estado garantizando la seguridad jurídica ante posibles abusos de derecho autoritarios llegó a ser tan obsesivo que el valor del tipo como "forma" *(Formwert)* pasó a predominar sobre el valor de su contenido material *(Inhaltswert)*. La Escuela de Kiel recibió este Derecho penal liberal, donde la forma parecía dominar al contenido, con absoluto desprecio. Desde la perspectiva nacionalsocialista, el formalismo de las legislaciones penales liberales de referencia las separaba decisivamente de la realidad concreta, hasta el punto de conducir a soluciones también incorrectas desde el particular concepto nacionalsocialista de justicia material. La llamada "función protectora de la forma" de las legislaciones liberales del siglo XIX fue entendida por el nazismo como la antítesis de la justicia material. Desde el punto de vista nacionalsocialista, esta primacía de la forma tenía en su base un programa político de corte individualista completamente incompatible con el pensamiento colectivista radical del Tercer Reich [124]. Desde esta perspectiva, la ley no podía seguir siendo contemplada como un simple mecanismo político abstracto, formal, limitador del poder del Estado, sino que, al contrario, debía ser entendida como un instrumento puesto al servicio de la realidad social, o, más concretamente, de la realidad del pueblo –mejor: del Estado– alemán del régimen nacionalsocialista. Como ya señalaron Schwinge y Zimmerl, es cierto que el derecho no puede ser puesto únicamente al servicio del Estado como concepto más formal e ideal que real, sino que debe servir a la sociedad como ente material más integrante de la realidad. La forma "Estado" solo tiene sentido en la medida en que integre también el valor material y el sentido inherentes a la sociedad a la que sirve, no en la medida en que, al contrario,

[124] GARCÍA AMADO, J. A., "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", *AFD* 1991, p. 350.

los destruya. La forma no puede forzar el contenido, sino que, al contrario, debe estar puesto a su servicio. Del mismo modo que el Estado debe servir a la sociedad, también la ley penal o, más concretamente, los tipos penales deben expresar y configurar el valor o desvalor material, no acabar con él[125]. Sin embargo, tampoco puede obviarse –prosiguen Schwinge y Zimmerl– que la forma desempeña en el Derecho penal una función garantizadora sin la cual la Justicia tampoco podría ser realizada. Entendida en su sentido de igualdad ante la ley, incluso un ordenamiento jurídico formal valorativamente neutro podría garantizar cuotas de seguridad jurídica mucho más amplias que otro que pretendiera imponer de modo antiformalista una determinada idea de justicia material, al margen de los procedimientos mayoritarios de libre decisión. Tal fue el caso del Derecho penal del régimen nacionalsocialista. Para cumplir con esta función de garantía, la ley debe expresar de forma clara e inequívoca por medio de los tipos penales el fundamento del injusto[126]. Con ello se conseguiría atender a la especialidad del caso concreto sin que se pusiera en peligro el principio de igualdad[127]. Desde el punto de vista de los principios que actualmente dominan el proceso legiferante en un Estado social y democrático de derecho, la ley solo puede garantizar la seguridad jurídica si se trata de una ley estricta *(lex stricta)* respetuosa con la exigencia de tipicidad del hecho[128]. Un ordenamiento jurídico cuyos tipos no describiesen conductas, sino autores, o que permitiese interpretar los tipos penales incluso más allá de los límites que permitiría una interpretación extensiva, esto es, de forma analógica, adolecería de una imprecisión tal que nunca podría ser idóneo para dar cumplimiento al mandato de taxatividad de la ley[129].

[125] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 90.

[126] Ídem. p. 90.

[127] Ídem, p. 95.

[128] MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, pp. 4/9 y 16.

[129] ECKERT, J., "Die Kieler Rechtswissentschaftliche Fakultät -

Con la inestimable colaboración del § 2 StGB nacionalsocialista, la teoría de los tipos normativos de autor no solo fue puesta al servicio de aplicaciones de la ley que cayeron por completo dentro del espacio de la analogía *in malam partem*, sino que también permitió la injustificada interpretación restrictiva o "corrección negativa" [130] de algunos tipos por debajo del límite mínimo de su tenor literal. Tal fue el caso, por ejemplo, de la interpretación que Dahm hizo del tipo penal del aborto, o de la que otros autores realizaron con relación a otros tipos, como el del delito de organización no autorizada de juegos (§ 284 StGB). Desde la teoría de los tipos normativos de autor se afirmó que el fundamento de la punibilidad de la conducta típica de este último delito residía en la especial peligrosidad del sujeto que actúa profesionalmente como sujeto especialmente peligroso. La realidad fenomenológica vendría a demostrar que un jugador puede llegar a perder, por medio del juego clandestino, importantes sumas económicas en perjuicio del patrimonio de terceras personas físicas o jurídicas. Ejemplo de las primeras pueden ser los hijos pendientes del pago de la pensión de alimentos o las personas respecto de las que el jugador se apropia indebidamente de dinero o bienes con valor económico; de las segundas, aquellas sociedades cuyo patrimonio es deslealmente administrado. A la vista de esta constatación fenomenológica, y partiendo de una valoración positiva del derecho a la percepción de la pensión alimenticia por los hijos y del patrimonio individual y social, la prohibición de la organización de juegos de azar a quien incluso se lucra con ello parecía tener pleno sentido. Concebido de este modo, el delito de juego profesional clandestino era, en realidad, un delito de peligro abstracto. Solo podía quien, por responder al perfil psicológico del profesio-

"Stoβtruppfakultät", en OSTENDORF, H./DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, 2003, p. 48.

[130] La expresión procede del BGH alemán: véase FROMMEL, M., "Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941", *JZ* 1980, p. 559.

nal, fuera capaz de poner en peligro la seguridad familiar o el patrimonio individual o social. El injusto del delito consistía, por tanto, en la puesta en peligro de determinados intereses familiares y económicos. En caso contrario, aunque el sujeto hubiera realizado formalmente la conducta típica (organización ilícita de juego de azar), la conducta debía quedar sin pena o ser castigada, a lo sumo, como tentativa. Según la teoría de los tipos normativos de autor, concurría en la conducta de organización profesional de juegos de azar ilícitos su correspondiente contenido de peligro abstracto cuando el sujeto que la cometía respondiera al perfil criminológico del delincuente profesional.

Sin embargo, la interpretación del delito previsto en el § 284 StGB que acaba de ser expuesta no puede ser aceptada. Resulta exagerado contemplar la prohibición de participar profesionalmente en juegos clandestinos como un mecanismo de protección de la seguridad familiar o el patrimonio individual o social. En relación con estos últimos intereses, aquella prohibición representa un adelantamiento excesivo de las barreras de protección penal. Al margen de lo discutible que resulta la incriminación de esta clase de comportamientos, lo cierto es que parece más acertado entender el delito de juego ilícito profesional como una suerte de enriquecimiento injusto que atenta contra una determinada "ética económica". La corrección de este planteamiento se desprende de tres argumentos *de lege lata*. En primer lugar, de acuerdo con la actual redacción de los §§ 284 (organización no autorizada de un juego de azar), 285 (participación en un juego no autorizado) y 287 (organización no autorizada de una lotería o una rifa) StGB, la profesionalidad del sujeto activo de la conducta típica ha dejado de ser un elemento esencial de estos delitos. De los tres preceptos mencionados, tan solo en el § 284.3.1 StGB aparece la profesionalidad como elemento del tipo, pero no como elemento esencial, sino como elemento accidental del que solo depende la gravedad de la pena. En segundo lugar, debe advertirse que la rúbrica del Capítulo XXV de la Parte especial del StGB lleva por título "Provecho propio pu-

nible" *(strafbare Eigennutz)* y da cobijo a algunos delitos que representan otras modalidades de enriquecimiento injusto, tales como la frustración del proceso de ejecución forzosa (§ 288 StGB), la apropiación o uso no autorizado de cosa pignorada (§§ 288 y 289 StGB), la usura (§ 291 StGB), la caza y pesca ilegales (§§ 292 y 293 StGB), y la puesta en peligro de barcos, automóviles y aeronaves por medio de mercancías prohibidas (§ 297 StGB). Existe, por último, un tercer argumento que habla en favor de la tesis de que el contenido de injusto de los delitos que nos ocupan viene determinado por una infracción de principios generales de la ética económica, y en contra, por tanto, de la tesis del delito de peligro abstracto sugerida por la teoría del tipo normativo típico de autor. En el supuesto de que pudiera aceptarse el ya negado extremo de que el § 284.3.1 StGB tipifica un delito de peligro abstracto, lo cierto es que no cabe decidir la concurrencia o ausencia de este elemento atendiendo a una consideración criminológica del delincuente y de su peligrosidad, en lugar de cuestionarse la peligrosidad de la propia conducta. A esta idea se refirió ya Baumann cuando apuntó que la mayor debilidad de la teoría de los tipos normativos de autor consistía en que "no pretende inferir la esencia *(Leitbild)* del tipo o el contenido de significado que supera el significado concreto de los elementos del tipo de la ley, sino de la opinión popular o del derecho no escrito" [131].

### 2.4. Sobre la lucha nacionalsocialista contra la separación de injusto y culpabilidad

#### *2.4.1. Planteamiento*

Como se expuso en el Capítulo Tercero de la presente investigación, la dirección de Kiel entendió que la separación de injusto y culpabilidad como dos elementos distintos del concepto de delito no era sino una artificiosa consecuencia de una forma de pensamiento, la racionalista-abstracta propia

[131] De esta opinión, MEZGER, E./BLEI, H., *AT*, 15ª ed., 1973, p. 64.

del liberalismo ilustrado, que debía ser superada. Frente a la idea de la antijuridicidad y la culpabilidad como dos categorías separadas, la doctrina nacionalsocialista propuso un análisis global del delito que lo concibiera como un todo indisoluble, donde carecería de sentido distinguir entre injusto y culpabilidad. En el presente epígrafe, se pretende abordar la crítica al rechazo de la distinción entre injusto y culpabilidad protagonizado por la dirección de Kiel a partir de tres de sus principales manifestaciones: la crítica a la etización del Derecho penal nacionalsocialista; el análisis de los llamados "delitos de traición" como ejemplo de la confusión entre injusto y culpabilidad en el Derecho penal nacionalsocialista; y, por último, la crítica a la teoría de la "culpabilidad por la conducción de vida" de Mezger[132].

*2.4.2. La etización del Derecho penal*

Como ya se ha afirmado, a los ojos de la Escuela de Kiel, la distinción entre injusto y culpabilidad constituía un producto formal derivado de una concepción liberal del mundo completamente incompatible con la concepción nacionalsocialista del Derecho. Por este motivo, desde la perspectiva nacionalsocialista, la referida distinción debía desaparecer. El rechazo de la separación entre injusto y culpabilidad fue, al menos en parte, el resultado de la influencia de un factor principal: la etización del Derecho penal[133]. Así, por ejemplo, autores como Peters defendieron la tesis de que el único modo de huir del *formalismo* ilustrado propio del Derecho penal liberal consistía en erigir al pueblo y a su sano sentimiento en auténticas fuentes *materiales* de un ordenamiento jurídi-

[132] Sobre el estado actual de la discusión sobre la relación entre injusto y culpabilidad, haciendo referencia a algunas concepciones modernas que, a partir de distintas fundamentaciones, recuperan la idea de que aquellas dos categorías no pueden ser separadas, ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, pp. 127 y ss., nota 420.

[133] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 43.

co[134] en el que ética y derecho consistirían en dos realidades coincidentes por principio. Esto es, la idea de la llamada "etización del Derecho penal"[135]. Desde este punto de vista, es decir, para un Derecho penal indisolublemente unido a la ética, carecía de sentido, ciertamente, dividir formalmente el delito en dos partes, una objetiva (el injusto) y otra subjetiva o personal (la culpabilidad). El juicio de reproche ético-jurídico debía tener por objeto los elementos objetivo y subjetivo del delito como dos aspectos indisociables del delito[136]. De este modo, el Derecho penal nacionalsocialista experimentó un imparable descenso hacia lo subjetivo, de acuerdo con el cual la decisión judicial cada vez se encontraba más cerca de consistir en un juicio ético sobre el sujeto y sus circunstancias personales que en una valoración del hecho objetivo. Esta circunstancia fue puesta de relieve, por ejemplo, por Klee, que destacó que en el Derecho penal de la Escuela de Kiel, la fusión de antijuridicidad y culpabilidad no derivó en la elaboración de una categoría dogmática híbrida o intermedia, sino en una evidente primacía de la culpabilidad como juicio de reproche personal al sujeto sobre la antijuridicidad objetiva de la conducta[137].

Como ya se ha señalado repetidamente, para los autores nacionalsocialistas o próximos al nacionalsocialismo, el Derecho penal no debía limitarse a proteger los derechos subjetivos de las personas. Ello era contemplado como algo excesivamente individualista. En lugar de este objetivo, en el nuevo contexto del régimen nacionalsocialista, al Derecho penal le estaba encomendado el desempeño de un papel sin duda

[134] Destaca este aspecto RÜTHERS, B./BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, p. 375.

[135] PETERS, K., *DSt.* 1938, pp. 337 y ss.; KLEE, K., "Das Volksempfinden als Rechtsfertigungsgrund an sich strafbaren Verhaltens. (Umkehrschluß aus § 2 StGB)", p. 73.

[136] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 47.

[137] KLEE, K., *DSt.* 1936, pp. 3 y 16.

más ambicioso: la protección de la integridad ética del pueblo alemán. Se trataría de un cambio de paradigma axiológico en virtud del cual el individuo y su libertad personal deberían abandonar inmediatamente la posición de privilegio de la que habían venido gozando con el liberalismo clásico, siendo relegados, entonces, a una posición absolutamente accesoria y dependiente del Estado, que pasaría a ocupar la posición central del sistema. Para el nacionalsocialismo, el individuo no era nada sin la comunidad, solo merecía ser protegido como parte integrante del entramado social, perdiendo toda relevancia, de este modo, su autonomía personal. Con el nuevo régimen, el individuo dejaba de ser titular de derechos y pasaba a ser súbdito de un Estado totalizante que se erigía, así, en titular monopolístico no solo de todos los derechos, sino también de los valores que conformarían *la* ética social de la comunidad. De este modo, el Estado nacionalsocialista se convierte en lo que algunos autores conocen como el "Estado ético" de Hegel, esto es, en un Estado que, en nombre del pueblo y la comunidad, decide de forma unilateral, y de espaldas a quienes teóricamente representa, qué resulta conforme a *la* ética social y qué es, en cambio, contrario a ésta [138]. En un Estado ético como el nacionalsocialista, puesto que *la* ética no constituiría una realidad tangible, sino, algo ideal o inmaterial, las contravenciones éticas se acabarían confundiendo, identificando con su pretensión de respeto de la ética misma, esto es, con las normas del Estado que la imponen. Esta última idea quizá recuerde los términos en los que desde este trabajo se criticó severamente la espiritualización del concepto de bien jurídico operada por algunos autores neokantianos. Ello no resulta casual. No en vano Schwinge y Zimmerl defendieron la tesis de que los contenidos de *la* ética

[138] Sobre el "Estado ético" hegeliano véase, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, pp. 33 y ss.; GARCÍA AMADO, J. A., "El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs", documento de trabajo inédito, p. 19, nota 58, citando el trabajo inédito de PRIETO NAVARRO, E., "Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt", p. 21.

y el Derecho penal debían ser armonizados. No era posible, a juicio de estos autores, que un comportamiento fuera reprochable desde un punto de vista ético-social, y valioso, en cambio, desde un punto de vista jurídico; o que, al contrario, un comportamiento fuera antijurídico y punible y, al mismo tiempo, ético-socialmente valioso [139].

Frente a todo lo anterior, debe afirmarse, sin embargo, que desde el punto de vista del Derecho penal de un Estado liberal, resulta claramente preferible afirmar lo siguiente: ni los bienes jurídico-penales tienen naturaleza exclusivamente moral ni es correcto identificar ética y derecho como si de lo mismo se tratase, ni, por último, cabe hablar de culpabilidad sin antijuridicidad.

Por lo que respecta a la primera idea, esto es, que los bienes jurídico-penales tienen naturaleza exclusivamente moral, debe convenirse que lo que hace que un bien jurídico sea merecedor de protección jurídico-penal no es su aspecto vinculado a la moral, sino algo ajeno a ésta. El Derecho penal no puede proteger intereses exclusivamente morales [140]. Éste es uno de los límites del *ius puniendi* que derivan del carácter *social* del Estado social y democrático de derecho: la intervención penal debe ser necesaria para proteger a la sociedad [141], y no lo sería si pretendiera proteger intereses que no tuvieran una dimensión de valor que excediera de la estrictamente moral [142]. Además, en un Estado liberal, lo que legitima al Estado como instrumento protector de la sociedad no es la protección de una moral social ajena a los derechos de los individuos, esto es, integrada por valores exclusivamente comunitaristas, sin referente individual, como, por ejemplo, determinados valores

[139] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 49.

[140] MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, pp. 4/52.

[141] Ídem, pp. 4/3.

[142] RUDOLPHI, H.-J., *FS-Honig*, 1970, p. 167; OTTO, H., "Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand", en MÜLLER-DIETZ, H. (Ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, p. 5.

religiosos, raciales, etcétera, sino solo a través del aseguramiento de intereses con un substrato personal [143].

Tampoco una equiparación formal entre derecho y moral, al estilo de la propuesta en su día por Schaffstein, puede ser en absoluto aceptada. Si dicha equiparación se produjera, entonces, quedaría borrada de un plumazo, olvidada, la razón por la que actualmente se considera que no solo el Derecho, sino incluso el Estado debe mantenerse al margen de la moral. La razón es que, en realidad, no existe *una* moral, *la* moral, que pueda ser monopolizada por el Estado como si no hubiera otras. Sino que, por ejemplo, todo lo que concierne a la actitud interna del sujeto con respecto, por ejemplo, a la religión, a la sociedad o al Estado forma parte de la moral personal de cada individuo, y debe quedar, por tanto, fuera del alcance normativo del Estado.

La principal consecuencia de la confusión o identificación de Derecho y moral sería la siguiente: aunque, en principio, el juicio de desvalor ético debería recaer sobre las ideas, y el análisis jurídico debería tener por objeto, en cambio, los hechos, sería posible desvalorar éticamente hechos y jurídicamente ideas. De este modo, cabría castigar con penas tanto ideas como procesos mentales meramente internos incluso cuando no se hubieran concretado en una acción. Salta a la vista, sin embargo, que esta conclusión resulta sencillamente inaceptable, pues dejaría en papel mojado una de las principales conquistas liberales de la Ilustración: la máxima *cogitationis nemo patitur.* Nótese que esta última idea es tan evidente que incluso fue aceptada sin cortapisas por los "comunitaristas" Schwinge y Zimmerl [144]. Como apunta a este respecto García Amado: "proclamar, como hizo el nazismo, la unidad entre derecho y (una) moral material equivale a convertir a la moral en jurídicamente coactiva" [145]. Por lo demás, si el Derecho penal y la moral fueran completa-

[143] ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, pp. 77 y ss.

[144] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau,* p. 49.

[145] GARCÍA AMADO, J. A., *AFD* 1991, p. 350.

mente equiparados, el ámbito del primero se ampliaría desmedidamente. En efecto, aunque debe admitirse que la determinación de los límites de la punibilidad constituye una cuestión de naturaleza político-criminal, no es menos cierto que un Derecho penal que pretenda presumir de ser garantista nunca podrá intervenir en todos aquellos supuestos que no representen una infracción de las exigencias morales mínimas [146].

El intento nacionalsocialista de moralizar el Derecho resultó completamente contraproducente, porque acabó derivando justamente en lo contrario de lo que pretendía conseguirse: uno de los ordenamientos más injustos y alejados de la moral –de cualquier moral– de la historia de la humanidad. En efecto, la moralización del Derecho al margen o por encima de sus formas lo privó por completo de su propia racionalidad interna hasta desbocarlo hacia una total perversión de lo jurídico. Parafraseando a Laubne, "la tiranía de las formas es terrible; pero fuera de las formas no hay más que la barbarie" [147].

Por fin, también resulta ampliamente criticable la primacía que el Derecho penal de la Escuela de Kiel reconoció a la culpabilidad sobre la antijuricidad. La razón principal de esta crítica reside en lo siguiente: un ordenamiento jurídico-penal para el que lo más importante no sea la antijuridicidad objetiva de la conducta, sino la valoración que merezca el sujeto como tal, esto es, en atención a sus circunstancias personales, más que un ordenamiento jurídico es un ordenamiento ético. Esta circunstancia fue puesta de manifiesto, desde el propio nacionalsocialismo, por Klee en relación con los delitos contra la administración pública. A juicio de este autor, no era posible negar, a la luz de la redacción de los tipos, que el elemento más importante residía en la infracción del deber del funcionario. Sin embargo, que esto fuera así no significaba, en opinión de Klee, que el aspecto más destacado de dicho elemento fuera el *subjetivo* de fidelidad del funcionario

[146] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., op. cit., p. 50.

[147] La cita es de GARCÍA AMADO, J. A., *AFD* 1991, p. 350.

con respecto a la administración a la que se debe. Para Klee, la razón principal por la que el legislador nacionalsocialista había decidido tipificar los delitos de funcionario como delitos de infracción de un deber era de naturaleza *objetiva*, y consistía en que el cumplimiento de dicho deber era el modo más sencillo de garantizar el correcto funcionamiento del aparato del Estado [148]. Así las cosas –y ésta es, probablemente, la parte de la argumentación de Klee que podría servir también para un Estado democrático– debe concluirse que la conveniencia de seguir distinguiendo entre antijuridicidad y culpabilidad reside, precisamente, en separar dos aspectos del delito que deben permanecer claramente diferenciados: el hecho y el autor. Del mismo modo que carece de sentido emitir un juicio de reproche sobre la voluntad del autor sin cuestionarse previamente si dicha voluntad se encuentra o no referida a algo objetivamente contrario a derecho, no es correcto preguntarse si el autor es merecedor de un juicio de reproche por la infracción de su deber como funcionario sin haber comprobado antes si dicha infracción se ha producido efectivamente. De este modo, el hecho antijurídico, más que un filtro previo a la culpabilidad, es el auténtico fundamento de la pena, siendo la culpabilidad, en cambio, una categoría que, lejos de fundamentarla, solo podrá limitar su alcance. Lo contrario, esto es, entender la culpabilidad como un juicio de reproche del autor fundamentador de la pena, representa una subjetivización del Derecho penal inasumible por un Estado liberal.

*2.4.3. Análisis de los llamados "delitos de traición" como ejemplo de la confusión entre injusto y culpabilidad en el Derecho penal nacionalsocialista*

a) Introducción. A la vez, sobre el recurso al lenguaje popular como instrumento útil para la interpretación de los tipos penales

En opinión de Dahm, en el Derecho penal nacionalsocialista, la esencia del delito no podía ser correctamente apre-

[148] KLEE, K., *DSt.* 1936, p. 4.

hendida mediante un análisis del delito que lo fragmentara en sus distintas partes. No era posible elaborar reglas generales que permitiesen conocer la esencia de todas las modalidades delictivas. Al contrario: cada forma de aparición del delito debía ser analizada en concreto. A juicio de aquel autor, el método más adecuado para ello consistía en encontrar el "elemento más llamativo", más destacado del delito. Uno de los instrumentos más útiles para la interpretación de los preceptos penales consistía, para Dahm, en el lenguaje popular [149]. Se trataba, en suma, de descender a la realidad fenomenológica y comprobar empíricamente dónde residía lo esencial de cada clase de delincuente o de cada modalidad delictiva en concreto, para conocer, en segundo lugar, de qué modo recoge aquella esencia el lenguaje popular. Éste puede referirse al delito aludiendo, bien a su autor bien a la conducta que realiza o al resultado producido. Sucede lo primero, por ejemplo, con las expresiones populares "traidor", "asesino", "ladrón", "estafador" o "extorsionador"; lo segundo, en cambio, con las expresiones "lesiones" o "apropiación indebida". De esta distinción, Dahm extrae una importante consecuencia: cuando el lenguaje popular denomina al autor de un delito de un modo determinado, la esencia del delito residirá en la "voluntad" del sujeto y no en la realización de la conducta o la producción de un resultado. Según Dahm, ello ocurre, por ejemplo, en el caso del "ladrón": no es ladrón aquel que sustrae a otro una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela antijurídicamente, sino solamente aquel que "es un ladrón conforme a su esencia" [150]. Cuando el lenguaje popular denomina a un delito mediante una designación referida a la conducta o al resultado, algunas de estas designaciones son recogidas por el legislador penal a modo de título o rúbrica del correspondiente delito. Pues bien: en opinión de Dahm, el título o rúbrica de cada delito permitía describirlo

[149] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 55.

[150] Ídem, p. 82.

sintéticamente por medio de palabras clave en aras de una interpretación sencilla y natural que se aproximaba más a su esencia que la más completa de sus definiciones [151]. Tal es la importancia que Dahm reconoció al lenguaje popular y a los títulos o rúbricas del StGB como reflejo del mismo, que este autor incluso llegó a identificar la esencia del delito con su nombre [152]. El nombre de un delito expresa, para Dahm, lo más característico, lo que más llama la atención del mismo [153]. Esta equiparación de nombre y esencia la considera un avance, una profundización del conocimiento con respecto a la "superficialidad del pensamiento científico tradicional" [154].

Resulta obvio, sin embargo, que derivar la esencia de un delito de su denominación legal constituye un procedimiento completamente erróneo. En primer lugar, no cabe duda de que es preciso relativizar la posible utilidad del criterio al que acaba de hacerse referencia. Como señala con razón Boldova Pasamar, el *nomen iuris delicti* no es más que una simple consecuencia de la propia evolución histórica del lenguaje [155], influenciada por razones de orden social o cultural, así como de las particularidades lingüísticas del idioma que de aquella evolución derivan. En segundo lugar, también conduce a error pretender encontrar la esencia de un delito a través del análisis de su "elemento más llamativo", prescindiendo de los elementos "injusto" y "culpabilidad". Debe señalarse, en primer lugar, que el uso cotidiano del lenguaje, al que Dahm acudió ciegamente como baremo sin el que re-

[151] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 81.

[152] "(...) lo que es relevante para el nombre, esto es, para la esencia del delito (...)": véase ídem,, p. 82.

[153] Ídem, p. 52.

[154] Ídem, p. 82; MARXEN, K., *Der Kampf*. p. 205.

[155] BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, 1995, p. 296.

sultaba imposible aprehender la esencia fenomenológica de un delito, en absoluto constituye una realidad incontrovertida e invariable. Al contrario, el lenguaje popular cotidiano es poco claro, vacilante y susceptible de manipulación. Esta circunstancia se advierte claramente a la luz de uno de los más frecuentes ejemplos de Dahm: el delito de aborto. En efecto, ¿puede decirse que un supuesto de interrupción del embarazo médicamente indicado o conforme a derecho por otras razones constituye un "aborto" en el sentido que a este término le atribuye el lenguaje popular? Dahm afirmó, por ejemplo, que un tal comportamiento no podía ser castigado como delito porque no se correspondía con el concepto "popular" de "aborto": interrupción del embarazo no indicada médicamente ni justificada por otras causas. Sin embargo, no cabe descartar por completo que el término "aborto" signifique en lenguaje popular "toda interrupción del embarazo". Si ello fuera así, cosa que parece posible, entonces el sentido en que Dahm empleó el término "aborto" contradecía el propio uso del lenguaje cotidiano. Según Schwinge y Zimmerl, esta última circunstancia no fue más que una consecuencia del error de Dahm de identificar la esencia del delito con su nombre. O traducido a una terminología más actual: de identificar el "tipo de injusto total" con el "tipo". En efecto, el nombre de un delito es elegido en ocasiones teniendo en cuenta el "tipo de injusto total", mientras que en otros casos la denominación elegida por el legislador se extrae solo a partir del tipo libre de valoración. Lo primero sucedería, por ejemplo, con el asesinato o el robo. Lo segundo, con el aborto o el homicidio rogado. En la elección del nombre del delito, el legislador no se encuentra vinculado por el sentido conferido a los términos por el uso cotidiano del lenguaje del profano. No obstante, las nomenclaturas empleadas por la ley no suelen contradecir al lenguaje popular. Una tal técnica legislativa no persigue poner de manifiesto, sin embargo, que la esencia del delito dimana directamente del sentido popular de los términos, sino aumentar la popularidad de la ley, convirtiéndola en un instrumento socialmente útil y fácilmente

inteligible frente a las imprecisiones del lenguaje popular [156]. No es viable, por tanto, conocer la esencia de un delito a partir de su nombre [157].

La ambigüedad, la falta de claridad y la manipulabilidad del lenguaje popular como baremo interpretativo [158] no constituyeron, de todos modos, un contratiempo para la concepción de Dahm. Antes al contrario, en aquellas tres características del lenguaje popular residió, en realidad, una de las claves del sentido de su concepción. La dirección de Kiel se apoyó en la nebulosa del confuso lenguaje popular con el fin de someter al Derecho penal a un severo proceso de "caotización" que permitiese dar cobertura legal a la barbarie nazi [159]. Al margen de los deleznables fines perseguidos por el recurso de Dahm al lenguaje popular, que quedan desacreditados por sí mismos, se impone aquí una reflexión metodológica. Frente a una concepción como la de este autor, que se apoyó en una completa falta de claridad y de reglas que pretendió partir de una concepción global del delito no distintiva en elementos y orientada a factores tan poco conectados a lo jurídico-material como el lenguaje popular o el "elemento más llamativo" del delito con el fin de adaptarse a una tópica fenomenológica puesta al servicio de los más execrables fines políticos, se presenta como claramente preferible un método analítico del delito que lo describa en sus distintos elementos y que permita una aplicación más garantista del Derecho penal [160].

[156] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, pp. 51 y 87 y s.

[157] Ídem, p. 52.

[158] Sobre el carácter no determinante del lenguaje ordinario en orden a la resolución de problemas de autoría y participación, así como sobre su función de contribuir a la determinación del "sentido literal posible" de la ley como límite que no puede sobrepasar el intérprete, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, 1991, p. 97.

[159] Ídem, p. 82.

[160] Ídem, pp. 55 y ss. También puso de relieve las limitaciones de la *ganzheitliche Betrachtungsweise*, aunque refiriéndose sobre todo a su falta de concreción, ZAWAR, *DSt.* 1943, p. 44.

b) Los delitos de traición como delitos con el elemento "más llamativo" (deslealtad) especialmente previsto en la ley

En el Derecho penal nacionalsocialista, el propio StGB se encargó de destacar en algunos tipos el correspondiente "elemento más llamativo" al que se refirió Dahm. Esto ocurrió, por ejemplo, con los llamados "delitos de traición" *(Verratsdelikte)*[161]. El término "traición" empleado por el StGB para esta constelación de delitos revelaba que el "elemento más llamativo" o determinante no era en estos delitos la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino la deslealtad. No tener en cuenta esta circunstancia conducía, según aquellos autores, a soluciones grotescas e incluso contrarias al sentido mismo del lenguaje, como, por ejemplo, castigar por traición al extranjero que hace públicos documentos secretos alemanes en interés de su país[162].

Sin embargo, como pusieron de manifiesto los propios Schwinge y Zimmerl, la Escuela de Kiel se equivocó al considerar que la "traición" constituía el elemento clave de estos delitos. El empleo de este término por el legislador consistió en un simple recurso de técnica legislativa, que persiguió el objetivo de hacer más inteligible la ley frente a las imprecisiones del lenguaje popular[163]. El único método que puede

[161] Un estudio histórico sobre el origen y las distintas modalidades de los delitos de traición se encuentra en SCHAFFSTEIN, F., "Verräterei und Majestätsdelikt in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin", en EL MISMO, *Abhandlungen*, pp. 123 y ss., en especial p. 129 (referencia a la clasificación de Tiberius Decianus en delitos de traición a Dios, delitos de traición a la patria y delitos de traición entre sujetos privados). Véase también SCHAFFSTEIN, F., *DSt.* 1935, p. 104.

[162] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 50.

[163] Ídem, p. 51. Según estos autores, la más clara demostración de que la referencia legal a la "deslealtad" no podía ser contemplada como un argumento a favor de la tesis de que la infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán constituía uno de los "elementos más llamativos" del delito aludidos por la dirección de Kiel resultaba de la regulación que la Novela de 1934 hizo de los delitos de "alta traición"

conducir satisfactoriamente a la esencia de un delito consiste en una investigación sistemática que distinga entre injusto y culpabilidad, y nunca una interpretación de la ley meramente formal conectada al "elemento más llamativo" como la defendida por Dahm [164].

Es evidente que la tesis según la cual la distinción entre injusto y culpabilidad imposibilita un análisis jurídico-material del delito no puede ser compartida en modo alguno. Es más: lo que sucede es precisamente lo contrario. En efecto, un correcto análisis jurídico-material del delito que pretenda aprehender el sentido y el fin de los preceptos debe tener en cuenta la distinción entre lo que el Derecho penal *puede* prohibir, es decir, al antijuridicidad, y lo que es *lícito* imputarle personalmente al sujeto, esto es, la *culpabilidad* [165]. Como algunos autores se encargaron de poner de manifiesto, la disolución de la frontera que separaba injusto y culpabilidad debía conducir a la concepción de la Escuela de Kiel en materia de delitos de traición a resultados cuando menos sorprendentes, como, por ejemplo, calificar no solo como impune, sino como altamente honroso el comportamiento de un extranjero o un judío que revela documentos secretos alemanes. No obstante, la Escuela de Kiel no admitió la impunidad de estos supuestos y reclamó para ellos la misma pena –la

---

y de "traición al Estado". En opinión de Schwinge/Zimmerl, el legislador de 1934, al incluir los delitos con y sin traición en el mismo capítulo, e incluso en el mismo parágrafo, con total independencia de si constituían o no infracción del deber de fidelidad, reconoció la inexistencia de diferencias esenciales entre unas y otras conductas. Véase SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 52. Sin embargo, el indicador de la ubicación sistemática de los delitos en el Código Penal también está lejos de ser un criterio de validez indiscutible. Mantiene este punto de vista, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, M., *PE*, I, 3ª ed., 1989, p. 47, quien señala que "las rúbricas de los capítulos tienen una función sistematizadora que no afecta a la sustantividad de las figuras previstas".

[164] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., op. cit., p. 52.

[165] Véase, por todos, MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., pp. 5/9 y s. y 5/26 y s.

de muerte– que para aquellos en que el comportamiento era realizado por un alemán. La diferencia entre la revelación del extranjero y el judío, por una parte, y la del alemán, por otra, debía verse en que mientras este último cometía un delito de traición, el extranjero y el judío debían ser castigados por un delito común [166].

No obstante, para la dirección de Kiel esta distinción no tuvo consecuencias prácticas. En efecto, aunque se afirmaba que solo el ciudadano alemán podía infringir e infringía el deber de fidelidad al pueblo alemán, por lo que ni el extranjero ni el judío podían incurrir en dicha infracción, lo cierto era, sin embargo, que en el StGB nacionalsocialista, unos y otros recibían la misma pena. Desde el punto de vista de la infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán, la referida equiparación penológica entre unos y otros resultaba, sin embargo, dificilmente explicable. Una tal equiparación solo podía fundamentarse razonablemente a partir de una concepción del Derecho penal vinculada a la idea de bien jurídico. En efecto, si el legislador nacionalsocialista decidió disponer la misma consecuencia jurídica para conductas que presentan contenidos completamente dispares en términos de infracción de deber de fidelidad al pueblo alemán, ello bien pudo significar que, en realidad, también en los delitos de traición, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico –el bien *(das Wohl)* del Reich– era, como mínimo, tan relevante como la infracción del deber de lealtad al pueblo alemán. En efecto, el peligro para el bien del Reich, esto es, la puesta en peligro del bien jurídico, era exactamente la misma en todos los supuestos, con independencia de que se diera o no la infracción del deber de fidelidad. El contenido de injusto de todos los supuestos era, en suma, el mismo.

Esta opinión fue defendida en Alemania por Schwinge y Zimmerl. Para estos autores, la diferencia entre los comportamientos que ponían en peligro el bien del Reich con infrac-

[166] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 51.

ción del deber de fidelidad al pueblo alemán, esto es, los comportamientos realizados por alemanes, y los que no implican una tal infidelidad, es decir, los que tienen como autores a los extranjeros y los alemanes, no residía en el injusto, sino en la culpabilidad. No se trataba, por tanto, de una cuestión referida a la valoración negativa del *hecho*, sino al reproche que merecía su *autor*. En opinión de aquellos autores, en los casos en que el sujeto activo era un extranjero o un judío, la culpabilidad venía integrada por el dolo entendido como conocimiento de la realización de los elementos del tipo de injusto y de su antijuridicidad. En los supuestos en que el autor era un alemán, la culpabilidad del sujeto añadía a los elementos anteriores uno nuevo: la infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán. La adición al dolo típico y conocimiento de la antijuridicidad de la infracción del referido deber provocaba un incremento del contenido de culpabilidad y convertía la conducta del autor en un comportamiento personalmente más reprochable. Pero si la conducta del alemán tenía mayor contenido de culpabilidad, ¿por qué los extranjeros y los judíos recibían la misma pena? En opinión de Schwinge y Zimmerl, la respuesta a esta pregunta se encontraba en el siguiente argumento: debido a la especial relevancia del bien jurídico en juego (el bien del Reich), el simple hecho de su lesión representaba un contenido de injusto de tal importancia que compensaba por sí solo el posible desequilibrio de culpabilidad que pudiera existir entre alemanes y no alemanes [167].

El planteamiento de Schwinge y Zimmerl tuvo, principalmente, dos aspectos positivos: contempló el elemento de la infracción del deber de fidelidad como un elemento de naturaleza predominantemente *personal*, más vinculado al autor que al hecho; y, al distinguir entre injusto y culpabilidad, permitió reconocer idéntico grado de importancia a los dos aspectos más importantes del delito: el objetivo, correspondiente al daño que el delito ha causado a la comunidad, o "da-

[167] SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 51.

ñosidad social", y el subjetivo, relativo a la personalidad del sujeto que ha producido ese daño [168]. De este modo, Schwinge y Zimmerl evitaron caer en un Derecho penal nacionalsocialista abocado unilateralmente a la idea de traición al pueblo defendida por la Escuela de Kiel.

No obstante, frente a la concepción defendida por estos dos autores también pueden ser formuladas serias objeciones. En mi opinión, las principales son tres. Por una parte, la concepción de estos dos autores nunca tuvo la voluntad de erigirse en una auténtica oposición a la Escuela de Kiel, sino que, al contrario, llegó a conclusiones muy parecidas a las alcanzadas por esta dirección a partir de un punto de partida distinto: la idea de bien jurídico y del delito como su lesión o puesta en peligro. Pese a lo generalizada que se encuentra la idea de que las concepciones de Schwinge y Zimmerl cumplieron una función de resistencia frente al avance del Derecho penal nacionalsocialista, la máxima preocupación de estos dos autores tuvo por objeto la salvaguarda de la idea de bien jurídico, presentándolo ante el régimen nazi como un concepto perfectamente válido para el "nuevo" Derecho penal de autor. Por otra parte, que el elemento de la infracción del deber de fidelidad constituyese un elemento perteneciente al aspecto personal del delito, esto es, a su autor, no significa que deba consistir, necesariamente, en un elemento de la culpabilidad. También pueden existir elementos de naturaleza personal en el injusto [169]. Con todo, este equívoco no solo se encuentra presente en la concepción de Schwinge/Zimmerl, sino que además constituye un rasgo característico del concepto neokantiano o neoclásico de delito que, al igual

[168] Ídem, p. 59.

[169] Sobre la teoría del injusto personal véase, entre otros, los trabajos de MAIHOFER, W., "Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre", *FS-Rittler*, 1957, pp. 141 y ss.; RUDOLPHI, H. J., "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre", en *FS-Maurach*, 1972, pp. 51 y ss.

que otros autores, Schwinge y Zimmerl defendían. En efecto, la posición de Schwinge y Zimmerl descansó sobre una concepción del delito de base causalista, hoy ya superada, que bloqueó la llegada a la teoría del delito de la concepción personal del injusto hasta los años 50 del siglo XX. Así, en 1937, año de publicación de *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken*, Schwinge y Zimmerl no contemplaban el dolo y la imprudencia como elementos del tipo subjetivo, sino como formas de la culpabilidad como parte subjetiva del delito, como "juicio de reproche normativo al autor del delito". Con la llegada del finalismo, el dolo referido a los elementos objetivos del tipo pasó a integrar la parte subjetiva del tipo de injusto, permaneciendo en la culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad. Y, en tercer lugar, debe apuntarse que el mayor contenido de culpabilidad del sujeto como consecuencia de la infracción del deber de fidelidad ni siquiera encajaba por completo con el concepto neoclásico de culpabilidad defendido por Schwinge y Zimmerl. De acuerdo con este concepto, la culpabilidad debía ser entendida como "reprochabilidad por la voluntad defectuosa" y debía estar integrada por tres elementos: la imputabilidad como capacidad de culpabilidad, el dolo o culpa como voluntad defectuosa, y la ausencia de causas de exculpación. Pues bien: no era correcto afirmar que la infracción del deber de fidelidad daba lugar a un aumento de la culpabilidad del sujeto, porque tampoco podía decirse que con la referida deslealtad se vieran incrementados el dolo o la culpa como formas de la voluntad defectuosa como elemento fundamentador de la culpabilidad. En efecto, puesto que tanto el dolo como la culpa iban referidos a los elementos del tipo, no era posible un aumento del contenido de dolo o culpa sin un correspondiente aumento del contenido del tipo de injusto. Pero Schwinge y Zimmerl dejaron claro que el contenido del tipo de injusto en todo caso venía determinado exclusivamente por la lesión del bien jurídico, sin dejar espacio alguno en él para la idea de la infracción del deber de fidelidad. Desde el punto de vista del concepto neoclásico de delito, el único modo de haber fundamentado la inclusión de la infidelidad al pueblo alemán en la culpabilidad habría consistido en entender que el dolo y la culpa no son las dos

únicas formas que puede adoptar una voluntad defectuosa, sino que son posibles otras modalidades. Entre ellas se encontraría la infracción de deberes de fidelidad. Esta última forma de voluntad defectuosa sería compatible con la representada por el dolo o la culpa. De este modo, sería posible, por ejemplo, que un sujeto lesionara dolosamente el bien jurídico infringiendo su deber de fidelidad a la patria. Pues bien: dada la acumulación de formas de voluntad defectuosa presente en el sujeto de este último supuesto, el juicio de reproche que cabría formular contra éste daría como resultado un contenido de culpabilidad mayor que el que correspondería al sujeto que hubiese actuado simplemente con dolo. Se trataría de algo así como una responsabilidad añadida por razón de una especial "actitud interna". Sin embargo, esta segunda fundamentación tampoco puede ser admitida, ya que representaría una forma de responsabilidad por el carácter o la voluntad. Las dificultades de Schwinge y Zimmerl para ubicar el elemento de la infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán tanto en el injusto como en la culpabilidad son una consecuencia del carácter ambivalente del concepto neoclásico de delito. El concepto neoclásico o neokantiano de delito representó el descubrimiento para el delito de sus dimensiones de *valor* y de *sentido*, trayendo consigo una depuración metodológica de la concepción causalista de delito. La dirección neokantiana introdujo en el Derecho penal, en efecto, la idea de valoración negativa y de reproche, de modo que la antijuridicidad devino un "juicio de desvalor sobre el hecho", y la culpabilidad "reprochabilidad por la voluntad defectuosa". Pero también se mantuvo fiel, en cambio, al esquema causalista que dividía el delito en una parte objetiva (hecho antijurídico) y una parte subjetiva (culpabilidad del autor), a la exclusividad de la lesión del bien jurídico como contenido de la antijuridicidad, y a la ubicación del dolo y la culpa en la culpabilidad [170].

[170] Sobre la naturaleza híbrida del concepto neoclásico de delito, y más concretamente del carácter mixto del concepto de culpabilidad, véase, por todos, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, pp. 241 y ss.; EL MISMO, *PG*, 7ª ed., 2004, pp. 6/13 y 20/12 y ss.

c) Acerca de la teoría de la "culpabilidad por la conducción de vida" de Mezger

De acuerdo con la teoría de la "culpabilidad por la conducción de vida" de Mezger, en determinados delitos, la culpabilidad consistiría en un juicio de reproche dividido en dos partes: un reproche por el acto concreto, por el hecho aislado que ha cometido, y un reproche por su conducción de vida, que lo ha hecho degenerar, que abarca, en realidad, toda su personalidad, que tiene por objeto aquello en lo que se ha convertido como consecuencia de haber llevado una vida "equivocada" [171]. En la medida en que el "modo de vida equivocado" se revelaría a partir de la constatación de un acto concreto indiciario, el reproche de este último debería constituir, según esta concepción, un presupuesto mismo de la culpabilidad por la vida [172]. Durante la etapa nacionalsocialista, la teoría de la "culpabilidad por la conducción de vida" de Mezger recibió el apoyo, con algunos matices, de otros autores como Bockelmann [173] y Engisch [174].

Según Bockelmann, "solo cuando la pena estatal recae no sobre *lo que empieza a hacer*, sino sobre *lo que es* el autor, entonces es una auténtica pena por el autor" [175]. Bockelmann afirmó que al autor solo se le podría hacer responsable de aquello que fuera el resultado de una decisión propia. El concepto de culpabilidad presuponía para Bockelmann, por ello, una decisión del sujeto. De este modo, solo tendría sentido

[171] Según Mezger, recuérdese, "la culpabilidad penal del autor no solo consiste en la culpabilidad por el hecho concreto, sino también la culpabilidad por la conducción de toda su vida que le ha hecho degenerar". Véase MEZGER, E., *ZStW* 57 (1938), pp. 688 y s. Sobre esto véase ROXIN, C., *PG*, I, 1997, §§ 6/9.

[172] MAURACH, R., *PG*, I, 1962, pp. 293 y s.

[173] BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht* (2), p. 145 y s.

[174] ENGISCH, K., "Zur idee der Täterschuld", *ZStW* 61 (1942), pp. 171 y 174.

[175] BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht* (2), pp. 145 y s. (cursiva añadida).

convertir al autor en culpable por una conducción incorrecta de la vida en la medida en que ésta pueda ser reconducida a una "decisión incorrecta sobre la vida". La teoría de la decisión equivocada sobre la vida de Bockelmann, que ya había sido defendida en similares términos por Mezger [176], descansó sobre una concepción de la culpabilidad del autor como responsabilidad por un paulatino o súbito estado de corrupción del sujeto derivado de su responsabilidad por una acción concreta. Testimonio de esta concepción son algunas de las afirmaciones vertidas por Bockelmann en torno a esta materia: "la responsabilidad por el estado debe poder ser extraída de una responsabilidad por la acción, de lo contrario es injusta" [177]; "sobre la base del ser humano tan solo puede formularse un reproche cuando este ser es la consecuencia de un hacer" [178], o "la culpabilidad no es lo que le falta al autor, sino únicamente lo que permite que le falte. De este axioma no cabe apartarse" [179].

Frente a Mezger y Bockelmann, Engisch se mostró partidario de entender que solo cabe hablar de auténtica "culpabilidad del autor" allí donde al autor se le imputa su carácter, su personalidad, y no, la decisión equivocada sobre la vida [180]. En palabras de Engisch, si un sujeto ha puesto de manifiesto con ciertas acciones o con un determinado comportamiento un carácter malvado, veleidoso o desordenado, debe responder y expiar por ese carácter, sin que importe cómo ha llegado a él, con tal de que sea "persona" –esto es, que no se trate de un enfermo mental o de un inmaduro– y que haya actuado como tal –es decir, sin encontrarse en una situación de perturbación de la conciencia, etcétera. A juicio de Engisch, también éste es el razonamiento que se encuentra en la base

[176] MEZGER, E., *ZStW* 57 (1938), p. 689.

[177] BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht* (2), p. 144.

[178] Ídem, p. 147.

[179] Ídem, 1940, p. 151.

[180] ENGISCH, K., *ZStW* 61 (1942), p. 171.

de la determinación del límite de imputabilidad presente tanto en el Código penal como de la Ley de tribunales de jóvenes alemanes [181].

Sin embargo, las tesis de Mezger, Bockelmann y Engisch nunca llegaron a ser admitidas pacíficamente por la doctrina. Este rechazo se fundamentó, sobre todo, en dos motivos. En primer lugar, un sector de la doctrina mostró serias dudas sobre si realmente cabe hacer depender la pena de la pertenencia del delincuente a un determinado tipo de autor en algunos delitos (por ejemplo, los de traición al Estado o infracción de un deber), y defender, al mismo tiempo, la idea de la culpabilidad por el hecho como fundamento de la pena para los restantes tipos [182]. En segundo lugar, contra la teoría de la culpabilidad por la conducción de vida de Mezger, Bockelmann y Engisch se ha objetado que no siempre cabe convertir al sujeto en culpable de su modo de vida "equivocado", ya que "es casi imposible separar culpabilidad y destino (no provocado culpablemente) en la evolución de un ser humano" [183]. No en vano la doctrina absolutamente dominante ha rechazado y sigue rechazando en la actualidad las teorías de la culpabilidad del autor *(Täterschuld)* defendidas desde el Derecho penal nacionalsocialista alemán, entre las que se encuentran, recordemos, la teoría de la "culpabilidad por la conducción de la vida" de Mezger, el planteamiento que parte de la "culpabilidad por la decisión sobre la vida", defendido por Bockelmann, y, por último, la teoría de la culpabilidad por el carácter, de Engisch. El motivo de este rechazo debe verse en la idea de que toda concepción que sobrepase el principio de responsabilidad por el hecho concreto debe ser calificada como Derecho penal de autor [184], y atenta, por ello,

[181] ENGISCH, K., *ZStW* 61 (1942), p. 174.

[182] ROXIN, C., *PG*, I, 1997, §§ 6/9.

[183] Ídem, §§ 6/9.

[184] ZAFFARONI, E. R., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1086, quien describe la concepción de Mezger del modo siguiente: "su tesis *de la*

contra uno de los principios fundamentales del Estado *democrático* de Derecho: el principio de *culpabilidad*[185].

*3. Sobre la definición nacionalsocialista de delito como infracción de un deber*

Como ya se apuntó *supra*, el concepto de bien jurídico era incapaz, según la doctrina nacionalsocialista, de explicar de modo satisfactorio la esencia del delito. Esta inidoneidad resultaría especialmente evidente, a juicio de la dirección de Kiel, en el caso de los delitos especiales, los militares, los de medios determinados y aquellos caracterizados por la presencia de elementos subjetivos del tipo. Con respecto a las dos primeras clases de delitos, puesto que en ellas los bienes jurídicos en juego estarían protegidos por el correspondiente tipo básico, el delito especial y el delito militar solo podrían explicarse a partir de la idea de que mediante su tipificación, el legislador habría pretendido castigar con pena no la lesión de un bien jurídico, sino la infracción del deber especial que recae, por ejemplo, sobre el funcionario público o el soldado[186]. Por lo que respecta a los delitos de medios determinados y los delitos con elementos subjetivos del tipo, la exigencia legal de que la conducta típica se ejecute de un modo determinado, o de que vaya acompañada de un determinado elemento subjetivo distinto del dolo (por ejemplo, el ánimo de enriquecimien-

*culpabilidad por la conducción de la vida* es una clara manifestación de Derecho penal de autor: quien se conduce como un enemigo va reduciendo su ámbito de decisión y, por ende, su delito; si bien no es reprochable *in acto*, lo fue *in causa*, por lo cual corresponde reprocharle todas las elecciones de su existencia que culminen en ese acto. No reprocha el ilícito, sino la construcción de la personalidad que ese ilícito expresa, en forma de una *actio libera in causa* existencial. De allí que con coherencia afirme que cuanto más extraño sea un acto para la personalidad del agente, menos reprochable resulta y viceversa".

[185] MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, pp. 4/63 y 68. Atribuye el referido rechazo, en cambio, a razones propias del Estado de derecho ROXIN, C., *PG*, I, 1997, §§ 6/9.

[186] MARXEN, K., *Der Kampf*, p. 185.

to en determinados delitos contra el patrimonio) demostraría, desde la perspectiva de la doctrina nacionalista, que en el punto de mira de la ley no estaría únicamente la lesión de un bien jurídico [187]. Desde la nueva perspectiva nacionalsocialista, el concepto de bien jurídico únicamente podía encajar en una concepción del Derecho penal anclada en el causalismo y en el formalismo. Sin embargo, como ya ha sido apuntado, el Derecho penal nacionalsocialista apostó por superar esta contemplación del delito causalista y formalista por otra de corte más subjetivista y normativista. Desde esta nueva perspectiva, cobraban especial importancia elementos "personales" referidos al autor como, por ejemplo, su "voluntad" *(Willen)*, su "actitud interna" *(Gesinnung)*, su "forma de ser" o su "carácter". No obstante, de todos estos elementos personales del delito, el elemento que tomó decididamente el relevo del bien jurídico como elemento esencial del hecho delictivo fue el elemento "infracción del deber"; o, más concretamente, el elemento "infracción del deber ético de guardar fidelidad a la comunidad popular" [188].

Sin embargo, un análisis de este elemento normativo pone de manifiesto que no resulta en absoluto defendible un modelo de Derecho penal que sustituya el elemento "lesión o puesta en peligro de un bien jurídico" por el elemento "infracción de una norma" o "infracción de un deber". No en vano, algunos de los más destacados defensores del Derecho penal nacionalsocialista ya pusieron en tela de juicio el modelo de Derecho penal que acaba de ser referido. Éste fue el caso, por ejemplo, de Schaffstein, Gallas, Wolf y Klee. Estos autores reconocieron que no era correcto eliminar por completo la idea de "lesión o puesta en peligro de bien jurídico" y sustituirla sin más por la de "infracción del deber", ya que ello habría supuesto incurrir en el mismo error cometido por la doctri-

[187] MARXEN, K., *Der Kampf*, p. 198.

[188] Críticamente MAURACH, R., "Handlungspflicht und Pflichtverletzung im Strafrecht", *DSt.* 1936, pp. 113 y ss.

na del bien jurídico: su unilateralidad. Es decir, pretender erigirse en elemento explicativo de la esencia de todo delito. Desde la perspectiva nacionalsocialista, la tesis según la cual el contenido del concepto de delito se agotaría con la lesión de un bien jurídico era incorrecta, por tratarse del correlato del dogma causal en la teoría de la antijuridicidad [189]. Sin embargo, los mencionados autores no articularon el referido rechazo de la exclusividad del elemento "infracción del deber" del mismo modo.

Así, Schaffstein y Gallas entendieron que todo delito se encontraba integrado, en mayor o menor medida, por cuatro elementos: "expresión de la actitud interna", "traición", "infracción del deber" y "lesión del bien jurídico". Según estos dos autores, debía dejar de ponerse el acento en el primer aspecto y ponerse en el segundo [190]. A esta tesis, se opusie-

[189] SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 83.

[190] SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 8 y s.; EL MISMO, *DSt.* 1937, pp. 336 y s. y p. 340 y s.; GALLAS, W., *FS-Gleispach*, 1936, p. 53. Sobre este cambio de acento, SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 82. No obstante, es discutible que Schaffstein y Gallas consiguieran operar este cambio de acento efectivamente. En opinión de SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 54, la teoría de la infracción del deber de fidelidad de aquellos dos autores no se limitó a ser un mero complemento de la teoría de la lesión del bien jurídico. Al contrario, la referencia a la infracción del deber sirvió para sustituir el elemento "bien jurídico". Según Schwinge/Zimmerl, al proceder a la sustitución del elemento "bien jurídico" por el elemento "infracción del deber", la concepción del Derecho penal defendida por la dirección de Kiel incurrió precisamente en el mismo error que atribuyeron a los conceptos clásico y neoclásico de delito: su excesiva unilateralidad. No era posible, a juicio de Schwinge/Zimmerl, explicar todos los delitos en clave de "infracción del deber": véase SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau*, p. 54. También se muestran escépticos acerca de que la concepción de la Escuela de Kiel se limitara a redistribuir el peso de los elementos "lesión de un bien jurídico" e "infracción de un deber" en el marco del concepto de delito, creyendo, en cambio, que aquélla iba más allá, reconociendo una preponderancia casi absoluta al elemento de la infracción de un deber KLEE, K., *DSt.* 1936, pp. 1 y s.; MAURACH, R., *DSt.* 1936, pp. 113 y s. Volviendo a SCHWINGE/ZIMMERL, estos autores defen-

ron Erik Wolf y Karl Klee. En opinión de Wolf, la referencia a los elementos "expresión de la actitud interna", "traición",

---

dieron la tesis de que la unilaterialidad del Derecho penal de la dirección de Kiel tuvo consecuencias particularmente insatisfactorias en relación con determinadas clases de delitos. Se trata de los "delitos entre camaradas" *(Kameradschaftsdelikte)* y los delitos militares. Así, por ejemplo, el "hurto entre camaradas" *(Kameradschaftsdiebstahl)* no podía ser considerado un hurto agravado, sino que el aprovechamiento de la confianza depositada haría que dejase de ser un hurto para convertirse en un delito cualitativamente distinto: un delito de "traición". En un tal delito también podía participar un sujeto ajeno a la relación de confianza existente entre el autor y la víctima. Lo mismo ocurría con los delitos militares. En efecto, también una persona civil podía inducir o ayudar a un soldado a la infracción del deber militar. Así las cosas, si se afirmaba, como hacían los autores de Kiel, que en estas dos clases de delitos el injusto y la culpabilidad encontraban su único fundamento en la infracción del deber personal de fidelidad, y no, en cambio, en la lesión de un bien jurídico, era obligado llegar a la siguiente conclusión: el sujeto que se hallaba fuera de esta relación de fidelidad no podía ser castigado ni como autor ni como partícipe. En efecto, puesto que el partícipe no se encontraba en la situación de deber personal del autor, su conducta carecía de todo contenido de injusto y de culpabilidad. Sin embargo, la solución de la impunidad del partícipe ajeno a la relación de confianza existente entre autor y partícipe, o del civil que participa en un delito militar resulta, sin embargo, completamente insatisfactoria. Constituye, de hecho, una solución que apenas sí ha encontrado apoyo doctrinal a lo largo de la historia de la teoría jurídica del delito. Si se defendía que tanto en los "delitos entre camaradas" como en los delitos militares el fundamento del juicio de antijuridicidad y culpabilidad consistía en la lesión del bien jurídico, entonces quedaba claro que también la participación del *extraneus* debía ser antijurídica y punible. De acuerdo con este planteamiento, podía discutirse si el *extraneus* merecía o no la misma pena que el *intraneus*; pero ya no el hecho de su punibilidad. De esta opinión SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., op.cit., p. 54. Sobre el criterio del tipo de autor como posible indicador de sustantividad del delito, véase BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, 1995, p. 292; en relación con la discusión sobre la sustantividad del delito de asesinato respecto del homicidio véase GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios, PE*, 1997, p. 32; BAJO FERNÁNDEZ, M., *PE*, I, 3ª ed., 1989, p. 32; en relación con la sustantividad del antiguo delito de parricidio COBO DEL ROSAL, M./CARBONELL MATEU, J. C., *PE*, 3ª ed., 1990, p. 520.

"infracción del deber" y "lesión del bien jurídico" podría servir para aprehender la esencia de algunas clases de tipos, pero nunca para elaborar un concepto general de delito. Así, por ejemplo, ni toda acción punible consiste para Wolf en la infracción de un deber en el sentido en que Schaffstein y Gallas emplean esta expresión, ni, por el contrario, toda infracción de un deber constituye delito. En opinión de Wolf, lo primero se demuestra comprobando que en todo delito se responde también, o incluso exclusivamente, por la producción de un resultado. Un ejemplo de que no toda infracción de un deber debe ser considerada delito se encuentra, por su parte, en la infracción de simples deberes religiosos [191]. En cuanto a Klee, este autor se opuso al modo en que la Escuela de Kiel configuró la relación existente entre la lesión del bien jurídico y la infracción de un deber como los dos elementos centrales del delito. Así, mientras que para la primera el elemento principal era el segundo, ocupando el primero una posición meramente complementaria, Klee defendió la tesis opuesta, argumentando que sin la lesión de un bien jurídico o de un valor jurídicamente protegido determinado, la infracción de un deber era una abstracción sin referencia alguna a una realidad concreta, era como un castillo en el aire [192].

Según la dirección de Kiel, no solo los delitos de traición consistían en la infracción del deber de fidelidad con el pueblo alemán. En el Derecho penal nacionalsocialista, la comisión de cualquier delito era contemplada como una infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán, como una lesión del honor del Estado. De este modo, la traición al pueblo alemán constituía un elemento común a todo delito [193]. Sin embargo, esta contemplación del delito reconocía el elemento corres-

[191] WOLF, E., *ZakDR* 1936, p. 359.

[192] KLEE, K., *DSt.* 1936, p. 2.

[193] FRANK, H., "Nationalsozialistischer Ehrenschutz", *DSt.* 1937, p. 267. Sobre este particular, en relación con el pensamiento extremo de Roland Freisler, véase CATTANEO, M. A., *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 151.

pondiente a lo comunitario, a lo supraindividual, a lo popular una importancia excesiva, exaltando este componente colectivo hasta el paroxismo. También este extremo fue puesto de manifiesto incluso por un autor decididamente militante del nacionalsocialismo extremo como Erik Wolf. En opinión de este autor, la identificación entre delito y traición no era correcta, porque ni toda traición es un delito, ni todo delito debe ser entendido como una traición. La tesis de Wolf debe ser compartida. La corrección de la primera parte de ella se deduce de un ejemplo propuesto por el propio Wolf: "Quien es infiel a su novia es, sin lugar a dudas, una persona sin honor que no ha satisfecho las expectativas del pueblo, pero no puede ser castigado con pena" [194].

Que no cabe contemplar todo delito como una traición es una evidencia que no puede plantear ni la más mínima duda desde una perspectiva actual. La consideración de todo delito como traición al pueblo descansaba sobre una premisa completamente equivocada: el autor de un delito se encuentra sometido a una especie de deber de fidelidad frente a la comunidad. Sin embargo, ello es incorrecto en un doble sentido.

*a)* En primer lugar, no es cierto que todos los delitos se fundamenten en la infracción de un supuesto deber de fidelidad que recae sobre el sujeto activo. Es verdad que ello ocurre en relación con algunos delitos, tales como el delito de revelación de secreto profesional (art. 199 CP y § 203 StGB) o el delito de administración desleal (art. 295 CP y § 266 StGB). Pero resultaría ilógico, por ejemplo, explicar el delito de homicidio como una traición a la comunidad consistente en la infracción de un supuesto deber de fidelidad al pueblo que impondría la prohibición de matar a otro. Parece evidente que el aspecto predominante del delito de homicidio no reside en la infracción del deber de fidelidad frente a la comunidad, sino en el atentado contra la vida de otro. La esencia del in-

[194] WOLF, E., *ZakDR* 1936, p. 359. En un sentido parecido KLEE, K., *DSt.* 1936, pp. 5 y ss.

justo del homicidio no consiste, por tanto, en la lesión de un interés supraindividual, la fidelidad a la comunidad, sino en la lesión de un interés individual: la vida de otra persona.

Pero es que, además, tampoco cabe calificar el deber de fidelidad cuya infracción sirve para describir al menos una parte del injusto de los delitos de los artículos 199 y 295 del CP 1995 como un deber de fidelidad a la comunidad. Ello obedece a que, en estos delitos, el sujeto activo no estaría obligado, en realidad, frente a toda la colectividad, sino solo ante determinadas personas. Así, por ejemplo, el médico, al asumir como uno de sus deberes profesionales no revelar datos correspondientes a la vida personal de sus pacientes, no asume, en realidad, un deber de fidelidad frente a la colectividad, sino únicamente frente a cada uno de sus pacientes. Lo mismo ocurre en el delito de administración desleal previsto en el artículo 295 CP. El deber de administrar correctamente el patrimonio de una sociedad que recae sobre el administrador, de hecho o de derecho, o los socios de una sociedad no consiste en un deber frente a la colectividad, sino en un deber exclusivamente frente a la correspondiente sociedad.

*b)* Por otra parte, aunque ello pueda parecer ocioso, es preciso recordar que no todos los delitos consisten, como los delitos contra el medio ambiente, la salud pública o el correcto funcionamiento de la administración pública o de Justicia, en la lesión o puesta en peligro de intereses de orden supraindividual. Algunos delitos, como, por ejemplo, los delitos contra el honor, consisten en intereses de naturaleza exclusivamente privada.

En efecto, el CP español considera los delitos contra el honor delitos privados, porque, según lo dispuesto en el artículo 210 CP, "nadie podrá ser penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra el funcionario público, autoridad o agente de ésta sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo". Salta a la vista que resultaría imposible aprehender la esencia de los delitos contra el honor, que se caracterizan

precisamente por no ser ni siquiera susceptibles de ser perseguidos de oficio, concibiéndolos como meros delitos de traición contra la comunidad. En un Estado social y democrático de derecho, el Estado no solo está legitimado para intervenir penalmente cuando una conducta atente de modo directo contra intereses de titularidad colectiva [195], sino siempre que una conducta constituya un ataque peligroso contra un bien jurídico-penal. Todos los ataques más peligrosos contra bienes jurídicos son socialmente dañosos y representan, directa o indirectamente, un daño para la colectividad [196]. La posibilidad de afirmar la existencia de bienes jurídicos y de delitos privados no significa que en estos casos el Derecho penal abandone su carácter de Derecho público. El Derecho penal no es derecho público porque los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por la conducta delictiva sean de naturaleza pública o posean un interés que trascienda del estrictamente individual. El fundamento de que las normas de Derecho penal tengan naturaleza pública se encuentra en que es el Estado, y no los particulares, quien ostenta el monopolio del derecho a castigar con penas *(ius puniendi)* las conductas cometidas por aquellos que tengan carácter delictivo. Y es evidente que ello no es distinto en el caso de los delitos contra el honor [197].

En la actualidad, la tesis de que un comportamiento no sería penalmente antijurídico por ser "socialmente dañoso" *(sozialschädlich)*, sino por ser "contrario al deber" *(pflichtwidrig)*, o mejor, "contrario a la norma" *(normwidrig)* que impone dicho deber, ha encontrado acogida, en mayor o menor medida, viene siendo recuperada por alguna concepción dogmática actual. La más importante de ellas es, por la repercusión que ha alcanzado y la enorme controversia que viene generando tanto en su propio país de origen, Alemania, como fuera de

[195] ZIMMERL, L., *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, pp. 44 y s.

[196] Ídem, 1930, pp. 34 y s.

[197] SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, 1992, p. 276.

él, en especial en el ámbito latinoamericano, es la concepción del delito como "quebrantamiento de la vigencia de la norma" defendida por Günther Jakobs. No es éste, sin embargo, el momento de someter a valoración crítica la formulación de Jakobs. Este propósito queda reservado para posterior ocasión, en el que me ocuparé de la distinción entre "Derecho penal del ciudadano" y "Derecho penal del enemigo" operada por este autor.

*4. Sobre la teoría nacionalsocialista de los tipos de autor. Al mismo tiempo, algunas consideraciones metodológicas sobre si el Derecho penal nacionalsocialista fue, o no, positivista*

A pesar de la intervención de Mezger en el Proyecto sobre "extraños a la comunidad" de 1944, y de la indudable influencia que ejerció sobre ella la Criminología de base biológico-criminal de Exner [198], creo que no puede afirmarse razonablemente que las teorías de los tipos de autor defendidas en Alemania durante el período inmediatamente anterior al inicio del régimen nacionalsocialista por Erik Wolf y las propuestas, ya bajo la cobertura del Derecho penal nazi, por Schaffstein, Gallas, Mayer, Mezger y Dahm, fueran, simplemente, el resultado del análisis empírico-psicológico o empírico-sociológico del delincuente; esto es, de la Criminología [199].

[198] MUÑOZ CONDE, F., Apéndice a *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, pp. 97 y ss.; EL MISMO, *Rev. DP* 2001.1, pp. 665 y s.; EL MISMO, Anexo a *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, pp. 146 y ss.; EL MISMO, *Rev. P* 2002 (9), pp. 49 y ss.

[199] En mi opinión, el análisis crítico de la teoría nacionalsocialista de los tipos de autor debe considerar que no todos los autores que la defendieron ostentaron idéntico grado de militancia en el Derecho penal nazi de la época. Como señala MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, pp. 78 y ss., es obligado separar entre los penalistas nacionalsocialistas a aquellos que encabezaron el Derecho penal nazi de los que simplemente no se resistieron, formando parte de una "mayoría silenciosa". Según mi parecer, de los penalistas citados en el presente trabajo quizá quepa incluir en el primer grupo a Friedrich Schaffstein y Georg Dahm como integrantes de la Escuela de Kiel, además de Erich Wolf y Roland Freisler, a quien CATTANEO, M. A., *LH-Barbero Santos*,

En efecto, aquellas teorías consistieron en un producto derivado de un juicio ético, normativo o deontológico, realizado de acuerdo con los valores imperantes del régimen nacionalsocialista, que recayó sobre el sujeto activo de la conducta. Puede decirse, por ello, que las teorías de los tipos de autor de la Alemania nacionalsocialista no constituyeron teorías criminológicas de los tipos de autor, sino teorías de naturaleza normativa. O que si aquellas teorías fueron el resultado de estudios criminológicos, éstos se encontraban prácticamente desprovistos de su sentido empírico-descriptivo[200].

En mi opinión, uno de los más claros exponentes de esta tesis viene representado por la concepción defendida por Erik Wolf en *Das Wesen des Täters*. En la teoría de los tipos de autor de Wolf, la referencia constante a la personalidad *del* delincuente encubrió, en realidad, el carácter profundamente valorativo y ético de aquélla. En *Das Wesen des Täters*, Wolf puso de manifiesto que, en su opinión, uno de los principales errores cometidos por el positivismo naturalista consistió en pretender explicar satisfactoriamente la esencia del autor de un delito por medio de ciencias empíricas tales como la Antropología, la Biología o la Psicología criminales, por una parte, o la Sociología positivista, por otra disciplinas todas ellas integrantes de la Criminología en sentido amplio como disciplina empírica de recogida. Wolf participó de la idea neokantiana de que se imponía despertar del sueño cientificista de la dirección moderna de von Liszt que situaba al Derecho penal entre las ciencias naturales, para reconocerle el estatuto que en puridad le correspondía: el de ciencia cultural

---

2001, p. 149, califica como "el representante de mayor relieve de la doctrina penal nacionalsocialista"; y en el segundo, a Wilhelm Gallas, Hellmuth Mayer, Paul Bockelmann, Karl Engisch y Edmund Mezger. Incluye a este último en el primer grupo de autores, en cambio, MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, pássim.

[200] De esta opinión ROXIN, C., *PG*, I, 1997, §§ 6/11. En contra MAURACH, R., *PG*, I, 1962, p. 292. A juicio de este segundo autor, la distinción entre tipos criminológicos y tipos normativos de autor carece completamente de fundamento.

o valorativa. La aparición de este nuevo escenario filosófico legitimó a Wolf para sustituir el concepto positivista de autor por un concepto referido no tanto a hechos como a ideas y valores. En la concepción defendida por Wolf en *Das Wesen des Täters*, la persona solo importaba como parte del mundo histórico, del mundo cultural, del mundo de los valores y las ideas, no como parte de la naturaleza. La personalidad del delincuente no le interesaba a Wolf como dato empírico de la realidad observable por la Criminología, sino como dato susceptible de valoración. No le importaba, por tanto, su dimensión de dato descriptible, sino como dato susceptible de comprensión. Uno de los más gráficos ejemplos de la completa desconexión de todo análisis empírico del delito y del delincuente que caracterizó a la teoría de los tipos de autor de Wolf fue la noción de *fidelidad a la comunidad* como una de las principales ideas del contexto cultural contemporáneo a *Das Wesen des Täters*. Según esta idea, todos los miembros de la comunidad jurídica nacían con una "actitud interna" *(Gesinnung)* de fidelidad al colectivo. Esta actitud interna era merecedora de una valoración positiva. Según Wolf, mediante la realización de ciertas conductas tipificadas en el StGB como delito o falta, algunos individuos ponían de manifiesto, sin embargo, que su actitud interna se había corrompido. La actitud interna de fidelidad al colectivo habría dado paso a una actitud interna de infidelidad hacia aquél. Dicha corrupción de la actitud interna debía ser valorada negativamente. Esta confrontación de valores positivos y negativos, o, si se prefiere, la presencia en un sujeto de una actitud interna contraria a la idea de fidelidad a la comunidad, merecía para Wolf, en suma, ser desvalorada. Como puede comprobarse, en la teoría de Wolf, la personalidad del delincuente no constituía, en definitiva, un producto empírico resultante de la investigación criminológica, sino, antes bien, el resultado de un juicio de naturaleza *axiológica*.

En la actual dogmática del Derecho penal, la concepción del Derecho penal de autor se encuentra –por fortuna– completamente superada. Podría decirse, en realidad, que el final de los días de la corriente de pensamiento promovida por la Escuela de Kiel llegó con la desaparición del régimen político en cuyo

marco se desarrolló. El "Derecho penal de la voluntad" fue una concepción del Derecho penal circunscrita a la ideología y al Derecho positivo nacionalsocialistas del Tercer Reich alemán. En ocasiones se ha pretendido explicar la concepción del Derecho penal de la Escuela de Kiel como un fenómeno asentado sobre la base de fundamentos de naturaleza política, jurídica, filosófica, metodológica o sociológica. En mi opinión, ninguna de estas fundamentaciones puede llegar a explicar, ni siquiera mínimamente, el abominable Derecho penal de autor nacionalsocialista. En efecto, ni la Teoría política, ni el Derecho, ni la Filosofía, ni la Metodología, ni la Sociología pueden presentar a esta concepción del Derecho penal como una consecuencia de alguna de sus orientaciones[201].

En mi opinión, la auténtica pretensión de los intentos de fundamentar política, jurídica, filosófica, metodológica o sociológicamente el Derecho penal de la dirección de Kiel fue la de encubrir o justificar una única realidad: la concepción de la Escuela de Kiel fue un instrumento puesto al servicio de la legitimación del vergonzoso Derecho penal positivo del régimen nacionalsocialista. Suficientemente expresivas de lo que pretende significarse son las siguientes palabras de Tammelo, citadas por García Amado: "Una objeción especialmente aguda contra las doctrinas iusfilosóficas radica en la afirmación de que la filosofía jurídica desempeñó el papel de una ramera, en cuanto que sirvió para encubrir la opresión, la degradación y hasta el asesinato en masa. Entre los filósofos del derecho, ha habido contorsionistas que han plegado sus ideas al orden político del momento (...), a fin de prestarle una impronta filosófica[202].

[201] No en vano, ya la doctrina iusfilosófica alemana de posguerra presentó al nazismo como una suerte de "salto al vacío" científicamente inexplicable en el curso normal del devenir histórico. Esta tesis, que presentó al nazismo como fenómeno-ruptura de la racionalidad histórica, respondió al nombre de "teoría de la catástrofe", y fue concebida con la finalidad de exculpar, en la medida de lo posible, a los jueces y juristas –la inmensa mayoría– que aplicaron el derecho nazi. Véase, en este sentido, GARCÍA AMADO, J. A., *AFD* 1991, p. 340, nota 1.

[202] GARCÍA AMADO, J. A., *AFD* 1991, p. 342.

Es cierto que la desaparición del Derecho positivo nacionalsocialista dejó sin objeto al Derecho penal de la voluntad[203]. Sin embargo, de ello no debe deducirse necesariamente que el método nacionalsocialista fuera el propio del positivismo jurídico formal. Como afirmaron Hellmuth Mayer[204] y Erik Wolf[205] desde las propias entrañas del nacionalsocialismo, y como recientemente han señalado autores como Rüthers/Birk[206], y García Amado[207], el método de la Escuela de Kiel no solo no consistió en un método positivista jurídico formal, sino que, desde el mencionado punto de vista formal, supuso una apuesta convencida en favor de un antipositivismo radical.

Así, por ejemplo, en opinión de Erik Wolf, las dos partes integrantes del delito, el hecho delictivo y su autor, estaban integradas por elementos pertenecientes a tres distintos niveles: un nivel legal, un nivel judicial y un nivel relativo a la contemplación popular. Estas tres clases de elementos no se hallaban en una relación jerárquica, sino que interaccionarían en una relación de naturaleza dialéctica. Así las cosas, toda resolución judicial sobre si una determinada conducta constituía o no delito no solo debía atender al dictado de la ley, sino también a las otras dos fuentes del Derecho: el arbitrio judicial y la contemplación popular[208]. Wolf defendió esta tesis tanto para el "tipo de hecho" *(Tattypus)* como para el "tipo de autor" *(Tätertypus)*. En efecto, Wolf afirmó que tanto el tipo de hecho como el tipo de autor podían estar integrados por tres distintas clases de elementos: a) elementos legales, esto es, elementos completamente descritos por la ley; b) elementos judiciales, es decir, elementos descritos por la ley, pero tan solo de modo incompleto, de forma que deben ser completados por el juez, y c) elementos pertenecientes al derecho no

[203] MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, p. 260.

[204] MAYER, H., *DSt.* 1938, p. 77, nota 18.

[205] WOLF, E., *ZakDR* 1936, p. 360.

[206] RÜTHERS, B./BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, p. 378.

[207] GARCÍA AMADO, J. A., *AFD* 1991, pp. 347 y ss.

[208] WOLF, E., *ZakDR* 1936, p. 360.

escrito, esto es, elementos que no se encuentran descritos en la ley ni completa (a) ni incompletamente (b), pero que el sentido de la ley presenta como elementos que contribuyen a determinar el injusto de la acción. Estos últimos elementos describen al delito como la lesión de intereses del pueblo. El juez debe comprender estos elementos interpretando la íntima "convicción del pueblo" *(Volksüberzeugung)*[209].

A juicio de Rüthers y Birk, uno de los instrumentos metodológicos más consolidados en la doctrina y la jurisprudencia nacionalsocialistas, el pensamiento en órdenes concretos *(das konkrete Ordnungsdenken)*, tuvo como principal objetivo convertirse en la fórmula mágica que permitiese operar la pretendida "renovación jurídica popular" al margen del legislador y garantizando una aplicación del derecho absolutamente flexible[210] y desviada del derecho positivo[211]. Ello se consiguió convirtiendo el llamado "orden de la vida" *(Lebensordnung)* en auténtica fuente de derecho, reconociéndole mayor rango que a las propias normas jurídicas[212]; confiriendo al pensamiento en órdenes concretos, entre otras funciones, la de modificar el derecho positivo[213]. A partir de todo ello, Rüthers y Birk concluyen que el método nacionalsocialista fue un método abiertamente antipositivista y antinormativista[214].

Por último, también Garcia Amado cree, siguiendo, entre otros, a Arthur Kaufmann, que ni los jueces ni los juristas del régimen nacionalsocialista se limitaron a observar escrupulosamente el derecho positivo. En opinión de Garcia Amado[215], los jueces y la doctrina aplicadores del Derecho penal nacionalsocialista no practicaron, en realidad, "positivismo *jurídi-*

[209] WOLF, E., *ZakDR* 1936, pp. 360 y s. (tipo de hecho) y 362 (tipo de autor).

[210] RÜTHERS, B./BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., p. 376.

[211] Ídem, p. 378.

[212] Ídem, pp. 376 y 378.

[213] Ídem, pp. 376 y 378.

[214] Ídem, p. 378.

[215] GARCÍA AMADO, J. A., AFD 1991, pp. 347 y ss.

*co" (Rechtspositivismus)* formal, sino "positivismo *estatalista" (Staatspositivismus).* Según este autor, la doctrina postulante de un positivismo jurídico formal no solo era ampliamente minoritaria en la época nacionalsocialista, sino que ya lo había sido incluso bajo la vigencia del régimen político anterior, la República de Weimar[216]. En el sentido en que los emplea Garcia Amado, los términos "positivismo jurídico" y "positivismo estatalista" tienen, además, significados opuestos. El primero tiene un sentido liberal, limitador del *ius puniendi* del Estado. En efecto, la fidelidad al Derecho positivo garantiza el respeto al límite al Estado representado por el principio de legalidad. El término "positivismo estatalista" expresa, en cambio, la idea de que la soberanía no radica en el pueblo, sino en el Estado[217].

[216] Idem, p. 347.

[217] Dice a este respecto GARCIA AMADO, J. A., *AFD* 1991, p. 347: "(...) imperaba un positivismo estatalista de índole autoritaria que exaltaba la idea de Estado y que partía de la unidad metafísica entre moral, Estado y derecho. Esta proclamación de fe en la superioridad moral de la idea de Estado estaría justamente en las antípodas de cualquier positivismo relativista. (...) Para este modo de pensar será más asumible el supuesto derecho que emana de un *Führer* que encarna la esencia nacional, que de un parlamento encorsetado de formalismos". Según este autor, el positivismo jurídico-formal representó la expresión de una ideología política, el liberalismo clásico, que constituyó el principal objeto de rechazo del nacionalsocialismo como régimen político. El abandono del positivismo jurídico-formal desde el nacionalsocialismo resultó incluso necesario para el completo desarrollo del programa político del régimen nazi. En efecto, entendido en aquel sentido liberal, el positivismo legalista o jurídico-formal llevaba asociadas ciertas garantías formales y materiales que habrían hecho inaplicables las 4.500 "leyes del gobierno" aprobadas por el ejecutivo nazi entre 1933 y 1945. Véase GARCÍA AMADO, J. A., *AFD* 1991, p. 348 y nota 15. Para García Amado, en suma, difícilmente podía tildarse de "positivista legalista" la aplicación judicial de un derecho que imponía –a golpe de cartas dirigidas desde el ejecutivo a los jueces *(Richterbriefe)*– penas de muerte a sujetos que cometían delitos para los que solo estaban previstas penas privativas de libertad. GARCÍA AMADO, J. A., *AFD* 1991, p. 349.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R., "Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal", *AP* 2001.

– *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, 2003.

BERGES, A., "Pflichtwidrigkeit und Willenstrafrecht", DSt. 1934.

BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtsmässige Handlung und die Arten des Delikts Normen*, I, 3ª ed., 1916.

BLEY, E., "Kriminalbiologie", *ZakDR* 1940.

BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht* (2), 1940.

–"Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegstrafrecht", *ZStW* 61 (1942).

BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995.

BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política criminal*, 2003

BULLASCH, U., *Rechtsnorm und Rechtssystem in der Normentheorie Emile Durkheims*, 1988.

CATTANEO, M.A., "Carl Schmitt y Roland Freisler. La doctrina penal del nacional-socialismo", en *LH-Barbero Santos*, 2001.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, PG*, I, *Introducción*, 6ª ed., 2003; II, *Teoría jurídica del delito*/1, 5ª ed., 1997; 6ª ed., 1998; III, *Teoría jurídica del delito*/2, 2001

COBO DEL ROSAL, M. (dir.), Nota bibliográfica sobre Muñoz Conde, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, 2ª ed., 2001, CPC 2001 (74).

COBO DEL ROSAL, M./CARBONELL MATEU, J. C., *PE*, 3ª ed., 1990

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "La presunción de "Habitualidad en la receptación" de la ley de 9 de mayo de 1950", *ADPCP* 1953.

DAHM, G., "Das Ermessen des Richters im nationalsozialitischen Strafrecht", *DSt.* 1934.

– *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940
– *Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts. Eine Einführung*, 2ª ed., 1963.
DENCKER, F., "Das 'Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus'", *StV* 1987.
–"Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung?", *StV* 1988.
DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, 1991.
DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, (*Comentarios, PE*).
– "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *RECPC* 06-(2004).
– "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", *RECPC* 07-01 (2005).
DRIENDL, J., "Wege zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich und der Schweiz", *ZStW* 90 (1978).
DURKHEIM, E., *La división del trabajo social* (trad. de C. G. POSADA), 1993.
ECKERT, J., "Was war die Kieler Schule?", en SÄCKER, F. J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Ringvorlesung der Rechtswissentschaftlichen Fakultät der Christian-Albrecht-Universität zu Kiel*, 1992.
"Die Kieler Rechtswissentschaftliche Fakultät - "Stoßtruppfakultät", en OSTENDORF, H./DANKER, U. (Hrsg.), *Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen*, 2003.
ENGISCH, K., "Zur idee der Täterschuld", *ZStW* 61 (1942), pp. 166 y ss.
FRANK, H., "Nationalsozialistischer Ehrenschutz", *DSt.* 1937.
FREHSEE, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand. Verunsicherungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse", *StV* 1996.
FREISLER, R., "Einige Gedanken über Willenstrafrecht und Mehrheit von Straftaten", *DSt.* 1935.
FROMMEL, M., "Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941", *JZ* 1980.
– "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel" (trad. de F. MUÑOZ CONDE), *ADPCP* 1989.
– "Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus", en SÄCKER, F. J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Ringvorlesung der Rechtswissentschaftlichen Fakultät der Christian-Albrecht-Universität zu Kiel*, 1992.

– "La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo", *EPC* 1993, (XVI).

GALLAS, W., - "Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht", en EL MISMO, *Beiträge*, 1968, pp. 130 y ss. (=*Deutsche Beiträge.*)

– "Täterschaft und Teilnahme", en EL MISMO, *Beiträge*, 1968, pp. 78 y ss.

–"Zum gegenwartigen Stand der Lehre vom Verbrechen", en EL MISMO, *Beiträge*, 1968.

"Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung", en *FS-Gleispach*, 1936, pp. 50 y ss.

– en GREBING, G., "Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1975 in Göttingen", *ZStW* 88 (1976).

GARCÍA AMADO, J.A., "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", AFD 1991.

– "El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs". Documento de trabajo inédito para el VI Seminario de Derecho penal y Filosofía del Derecho, celebrado en la Universidad de León los días 9 y 10 de junio de 2005

GELBERT, K., "Feuerbach", *DSt.* 1941.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método en la ciencia del Derecho penal*, 1999

GURTNER, F./FREISLER, R., *Das neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit*, 1936

HIRSCH, H.J., "Tatstrafrecht - ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?", en *FS-Lüderssen*, 2002.

HÖHN, R., "Staatsbegriff, Strafrecht und Strafprozeß", *DR* 1935.

JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho penal, PG* (traducido y anotado por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE), I y II, 1982

KLEE, K., "Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung", DSt. 1936, pp. 1 y ss.

– "Das Volksempfinden als Rechtsfertigungsgrund an sich strafbaren Verhaltens. (Umkehrschluß aus § 2 StGB)", *DSt.* 1941, pp. 71 y ss.

KOHLRAUSCH, E., "Das kommende deutsche Strafrecht", *ZStW* 54 (1935), pp. 387 y ss.

LARRAURI PIJOAN, E., "¿Para qué sirve la Criminología?", *CDJ* 1999 (IV)

LAUBENTHAL, K./BAIER, H., "Neue Kriminalpolitik für ein neues Jahrtausend? - Besprechung von Klaus Lüderssen (Hrsg.), «Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse»", GA 2001.

VON LISZT, F., "Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindische Handbuche", en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, 1905 (reimpr. 1970).

LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, 1996

MAIHOFER, W., "Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre", en *FS-Rittler*.

MARRA, R., *Il diritto in Durkheim*, 1986.

MARXEN, K., *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissentschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*, 1975.

MAURACH, R., "Handlungspflicht und Pflichtverletzung im Strafrecht", *DSt.* 1936.

– *Tratado de Derecho penal. Parte General*, I y II, (trad. del original alemán *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, y notas Derecho español, a cargo de J. CÓRDOBA RODA), 1962.

MAYER, H., *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936

– "Der Verbrechensbegriff", *DSt.* 1938.

MEZGER, E., "Täterstrafrecht", *DSt.* 1934.

– "Die Straftat als Ganzes", ZStW 57 (1938).

– "Tattypen, Tätertypen und Charaktertypen im Kriegstrafrecht. Aus einer kriminologischen Arbaitstagung in Graz am 12. Juni 1942", *DSt.* 1942.

MEZGER, E./BLEI, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 15ª ed., 1973

MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*, 1976.

– *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., 2004

MÜLLER, I., *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, 1987.

"Der Niedergang des Strafrechtssystems im Dritten Reich", en OSTENDORF, H./DANKER, U. (Hrsg.), *Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen*, 2003.

MÜLLER-DIETZ, H., "Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich", en EL MISMO, *Recht und Nationalsozialismus*, 2000.

MUÑOZ CONDE, F., "Carta-informe de Edmund Mezger sobre el proyecto de ley sobre ‹extraños a la comunidad› al Consejero ministerial Rientzsch", Anexo a *Edmund Mezger*.

– "Conversaciones", *RECPC* 04-c2 (2002).

– "De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo". Comunicación inédita enviada para la discusión al VI Seminario de Filosofía del

Derecho y Derecho Penal, organizado por el Departamento de Derecho Público Básico, sobre el tema "Derecho penal de ciudadanos y derecho penal de enemigos", y celebrado los días 8 y 9 de junio de 2005.

– *Derecho penal, PE*, 13ª ed., 2001; 14ª ed., 2002.

– *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2ª ed., 2001.

– "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los 'extraños a la comunidad'", Rev. P 2002 (9).

– "La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. ¿Un paso para la "solución final de la cuestión social"?", *RECPC* 2002 (en línea: www.criminet.ugr.es/recpc).

– "La otra cara de Edmund Mezger: su participación en el Proyecto de Ley sobre Gemeinschaftsfremde (1940-1944)", Apéndice a *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2ª ed., Valencia 2001. Existe una versión algo resumida de este trabajo en Rev. DP 2001.1, Garantías constitucionales y nulidades procesales – I.

– "Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944", Revista penal, 11 (2003).

NAGLER, J., "Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit", en *FS-Binding*, 1911.

– "Der Begriff der Rechtswidrigkeit", en *FS-Frank*, I, 1930 (reimpr. 1969).

NOWAKOWSKI, F., "Literaturbericht: Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 6ª ed., 1958", *JZ* 1958.

OTTO, H., "Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand", en MÜLLER-DIETZ, H. (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*.

PETERS, K., "Das gesunde Volksempfinden", *DSt.* 1938.

PREUSS, U.K., "Vom Tatstrafrecht zum Täterstrafrecht", KJ 1977.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 3ª ed., 1996; 4ª ed., 2002.

QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.)/MORALES PRATS, F. (COORD.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., 1999.

ROXIN, C., "Sentido y límites de la pena estatal", en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho Penal* (trad. de D.-M. LUZÓN PEÑA), 1976.

– *Derecho Penal. Parte General.* I. *Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito* (traducción y notas de D.-M. LUZÓN PEÑA, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y J. DE VICENTE REMESAL), 1997.

RUDOLPHI, H.-J., en *FS-Honig*, 1970.

- "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre", en *FS-Maurach*, 1972.

RÜPING, H., "Nullum crimen sine poena. Zur Diskussion um das Analogieverbot im Nationalsozialismus", en *FS-Oehler*.

RÜTHERS, B., *Ideologie und Recht im Systemwechsel. ein Beitrag zur Ideologienfälligkeit geistiger Berufe*, 1992.

RÜTHERS, B./BIRK, A., *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Andwendung des Rechts*, 2ª ed., 2005.

SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935.

- "Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?" *DSt.* 1935.

- *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, 1930 (reimpr. de 1986)

- "Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma", *DSt.* 1937.

- "Verräterei und Majestätsdelikt in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin", en EL MISMO, *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschafttsgeschichte*, 1986.

- "Zur Lehre vom Tätertyp im Kriegstrafrecht", *DSt.* 1942.

SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar de la ciencia jurídica* (estudio preliminar, trad. y notas de M. HERRERO), 1996

SCHNEIDER, H., "Bellum Justum gegen den Feind im Inneren", *ZStW* 113 (2001).

SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992.

SINA, P., *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, 1962.

VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, 1996.

WAGNER, H., "Das Strafrecht im Nationalsozialismus", en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Ringvorlesung der Rechtswissentschaftlichen Fakultät der Christian-Albrecht-Universität zu Kiel*, 1992.

WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954; 6ª ed., 1958; 7ª ed., 1960; 11ª ed., 1969.

- "Studien zum System des Strafrechts", ZStW 58 (1939)

- "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht" (1935), en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975.

WERLE, G., *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, 1989.

– "Justiz- Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich", JZ 1992.

WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932.

– "Tattypus und Tätertypus", ZakDR 1936.

ZAWAR, "Volksschändlingstat oder Volksschändlingstyp?", *DSt.* 1943.

ZIMMERL, L., *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930.

## Abreviaturas

| | |
|---|---|
| AFD | Anuario de Filosofía del Derecho |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| Comp. | Compilador |
| Coord. | Coordinador |
| CP | Código penal de 1995 |
| CPC | Cuadernos de Política Criminal |
| *DJ* | Deutsche Justiz. Rechtspflege und Rechtspolitik |
| DJZ | Deutsche Juristen Zeitung |
| DR | Deutsches Recht |
| DuR | Demokratie und Recht |
| DRiZ | Deutsche Richterzeitung |
| DSt. | Deutsches Strafrecht. Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozess |
| ed. | editor |
| EPC | Estudios Penales y Criminológicos |
| FG- | Festgabe für |
| FS- | Festschrift für |
| FGE | Fiscalía General del Estado |
| FG-Frank | Festgabe für Reinhard von Frank, II, 1930 (reimpresión 1969) |
| FS-Arthur Kaufmann | Strafgerechtigkeit. Festschrift für: Arthur Kaufmann zum 70.Geburstag, 1993 |
| FS-Bemmann | Festschrift für Günter Bemmann zum 70. Geburstag am 15. Dezember 1997 |
| FS-Binding | Festschrift für Karl Binding, 1911 |
| FS-Gierke | Festschrift für Julius von Gierke zu seinem goldenen Doktorjubiläum am 25. |

| | |
|---|---|
| | Oktober 1948 |
| FS-Gleispach | Festschrift zum 60. Geburstag von Graf v. Gleispach, 1936 |
| FS-Gründwald | Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburstag |
| FS-Honig | Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburstag, 1970 |
| FS-Kohlrausch | Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch, 1944 |
| FS-Lüderssen | Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburstag am 2. Mai 2002 |
| FS-Maurach | Festschrift für Reinhard Maurach, 1972 |
| FS-Oehler | Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburstag, 1985 |
| FS-Rittler | Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburstag, 1957 |
| FS-Schmitz | Festschrift für Hans Schmitz zum 70. Geburstag |
| GA | Goltdammer's Archiv für Strafrecht |
| JpD | Jueces para la democracia. Información y debate |
| JR | Juristische Rundschau |
| JZ | Juristen Zeitung; JW: Juristische Wochensschrift |
| KJ | Kritische Justiz |
| Krim. J | Kriminologisches Journal |
| KritV | Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft |
| LH-Barbero Santos | Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. *In memoriam*, 2001 |
| LH-Rodriguez Mourullo | Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo |
| MschrKrim | Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform/Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform |
| párr. | párrafo |
| PG | Parte General |
| PE | Parte Especial |

| | |
|---|---|
| RdJB | Recht der Jugend und des Bildunswessens. Zeitschrift für Schule, Berufsbildung- und Jugenderziehung |
| Rev. DP | Revista de Derecho Penal |
| Rev. P | Revista Penal; RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología |
| RG | Reichsgericht |
| RGLJ | Revista General de Legislación y Jurisprudencia |
| RJ | Rechtshistorisches Journal |
| RStGB | Reichsstrafgesetzbuch; StGB: Strafgesetzbuch (Código penal alemán) |
| StV | Strafverteidiger |
| ZakDR | Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |
| ZStW | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |

# BASES PARA COMPREENSÃO E CRÍTICA DO DIREITO EMERGENCIAL*

FAUZI HASSAN CHOUKR**

1. Vale notar que, no campo jurídico penal, como afirma Ferrajoli, emergência pode ser apresentada de duas formas distintas e simultâneas: a legislação de exceção no que diz respeito à Constituição e as mutações legais das leis do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez, degradada em relação à mesma legalidade alterada[1]. Em ambas percebe-se a derrogação dos valores dominantes em face da suposta necessidade de resposta ao fenômeno emergente, com a implícita insinuação da fraqueza da cultura da normalidade perante a crise a legitimar a adoção de medidas excepcionais.

Assim entendido o termo, consegue-se escapar de uma ou-

* O presente texto nasce da obra *Processo Penal de Emergência*, defendida e aprovada como tese de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 19 de novembro de 1999. O trabalho, na sua íntegra foi publicado pela Ed. Lumen Júris (RJ), 2001.

** Mestre e Doutor em Direito Processual Penal/USP. Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford New College. Pesquisador convidado do Instituto Max Planck para Direito Penal Estrangeiro e Internacional Freiburg im Breisgau. Membro da Associação Internacional de Direito Penal. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual/USP. Membro Conselheiro do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária/SP 1998-2000-2002. Promotor de Justiça /SP desde 1989.

[1] FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e Ragione*, Laterza, 3ª ed, Bari, 1.997, especialmente pp. 844 e ss.

tra usual confusão sobre o vocábulo emergência no mundo do direito, que é o conceito ligado às exceções do estado democrático constitucionalmente previstas. Canotilho aponta que "o direito de necessidade do Estado só é compatível com um Estado de direito democrático, constitucionalmente conformado, quando na própria lei fundamental se fixarem os *pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as conseqüências* jurídicas da "Constituição de exceção" (grifos no original)[2].

Veja-se que, mesmo em âmbito constitucional, a emergência aparece prevista, contrariando, em termos, a própria essência da idéia do novo e do inesperado que é incita ao vocábulo analisado. Fato é que a exceção à democracia é prevista no próprio texto constitucional, onde se encontram mecanismos de proteção ao estado de normalidade, como o estado de emergência na atual Constituição brasileira. Diferentemente do campo penal, a emergência constitucional tem limites temporais e geográficos, além daqueles de índole material a regrar a exceção.

Assim, pois, a exceção constitucional, que deita suas raízes na figura do 'dictator' romano, é uma instituição legal que justifica a abrogação controlada dos patamares de proteção aos direitos humanos, e hoje se apresenta em praticamente todos os textos políticos conhecidos[3], inclusive em âmbito supranacional (Convenção Americana e Européia dos Direitos Humanos), e que apresenta um rol mínimo de direitos que devem ser mantidos (direito à vida, impedimento de submissão à tortura ou outros tratamentos inumanos ou degradantes, impedimento à assunção à condição de escravo e impossibilidade de retrucado das leis penais)[4], além de estar amparado em termos gerais o regime excepcionais em prin-

[2] CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2ª ed., 1998, p. 973.

[3] ORAÁ, Jaime, *Human rights in states of emergency in international law*, Oxford, Claredon Press, 1992, p. 11.

[4] Ídem, p. 96.

cípios como o da proporcionalidade e da não discriminação. Assim, pode-se afirmar que a exceção aqui tratada é um estado de direito, no sentido da necessidade de sua decretação e da sua forma de atuação.

Diversamente do que ocorre no âmbito constitucional, por não ter limites temporais e geográficos, a emergência repressiva acaba se protraindo sem fronteiras e infiltra-se no seio cultural da normalidade com evidente prejuízo desta ou, como afirma o pensador italiano acima mencionado, para quem a cultura de emergência e a prática da exceção, antes de transformações legislativas, são, de fato, responsáveis por uma involução do ordenamento punitivo[5]. Mais do que tudo, pois, a emergência penal é um estado de fato, cujo reconhecimento se dá apenas em nível retórico e político.

Esta situação de fato, onde existe uma sorte de sentimento comum pela necessidade de adoção de medidas extraordinárias em face do aumento crescente e incontrolado de criminalidade (sobretudo a de matiz organizada) recebe criminologicamente o rótulo de movimento da lei e ordem (law and order): *'the two words are son inextricably linked in popular usage that it is common to reer to them in the singular'* que, por seu turno, *'are rarely subject of precise definition'*[6], seguindo o autor para afirmar que, de acordo com o ponto de vista a ser adotado para enfocar a questão, 'law and order' pode ser um problema 'para' o governo ou 'de' governo. Inegavelmente remanesce, no entanto, o fundo majoritariamente político do tema, cujas manipulações ideológicas podem chegar a traduzir determinadas situações como absolutamente incontroláveis a ponto de justificar o incremento de tais regras. Será oportuno saber até que ponto os itens catalogados sob o manto desse jargão existem enquanto realidade fenomenologica a ponto de exigir a quebra dos padrões de normalidade ou se traduzem como uma sorte de 'pânico moral'[7].

[5] FERRAJOLI, op. loc. cit.

[6] NORTON, Philip, *Introduction'* a *'Law and order and British Politics*, Hampshire, Gower, 1984, pp. 1 e ss.

[7] Obviamente há realidades criminologicamente muito bem defini-

Assim, para fins de uma correta delimitação do caminho que se abre, emergência vai significar aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade. Num certo sentido a criminologia contemporânea dá guarida a esse subsistema, colocando-o na escala mais elevada de gravidade criminosa a justificar a adoção de mecanismos excepcionais a combatê-la, embora sempre defenda o modelo de "estado democrático e de direito" como limite máximo da atividade legiferante nessa seara[8]. Basicamente, no caso pátrio, os graus de criminalidade são definidos na própria Constituição de 1.998, onde se encontram as "infrações penais de menor potencial ofensivo" e os "crimes hediondos", restando entre eles a criminalidade "normal". No entanto, a dissonância de valores entre eles impede a consolidação da cultura democrática do texto maior na prática jurídica a justificar a indagação sobre quando o *due process of law* não é embaraço ao sistema repressivo, na medida em que suas regras, no direito brasileiro, são derrogadas em ambas extremidades da repressão penal e, a muito custo, observadas no quotidiano dessa mesma Justiça[9].

---

das no plano dogmático e cujas repercussões são visíveis, como é o caso sempre lembrado da máfia. No entanto, é oportuno indagar até que extremo a manipulação ideológica acerca de tema que não tem fronteiras definidas pode servir ao incremento dessa mesma criminalidade que se quer combater. Exemplo dessa situação é aumento da sensação de insegurança que leva ao encontro de meios extra estatais de solução de conflitos no campo penal. Para uma visão sucinta da matéria, COLEMAN, Clive & BOTTOMLEY, Keith, "Law and Order : crime problem, moral panic or penal crisis?", in *Law and order and British Politics*, Hampshire, Gower, 1984, pp. 38 e ss.

[8] Consulte-se a respeito, na legislação brasileira, GOMEZ, Luiz Flávio & CERVINI, Raúl, *"Crime Organizado"*, São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 1995 e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminologia – uma introdução a seus fundamentos teóricos*, trad. Luiz Flávio Gomez, São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 1992.

[9] Nesse sentido, veja-se nosso texto intitulado "Qual justiça penal?", in *Boletim IBCCrim 35/15*, São Paulo, nov/95 no sentido de saber.

Tal declinação da cultura normal não se dá pela inserção tópica das regras fora da estratificação codificada pois, se assim fosse, toda lei extravagante deveria ser rigorosamente considerada como emergencial ou de exceção. A caracterização da presença do subsistema se dá com a mitigação (*rectius:* afastamento), direta ou indireta, de garantias fundamentais estabelecidas no pacto de civilidade, este devendo ser identificado não apenas o texto interno constitucional mas, igualmente, com os textos supranacionais que versem sobre esta matéria, pois fornecerão a base daquilo que vai se denominar sistema, regulando sua legitimidade operacional ao nível normativo e interpretativo. Como assinala Moccia, *'la comprensione sia del sistema nel suo complesso, che dei singoli instituti, passa inanzitutto attraverso l'atenta considerazione del complesso die principi di fondo. Ciò significa, in altri termini, che ai fini della coerenza sistematica – che poi altro non è che la spia di legitimazione e funzionalità del sistema la correzione o la rimozione di soluzioni normative risultanti aporetiche passa necessariamente atraverso rigorose operazioni di verificazione o di falsificazione delle stesse in rapporto alle opzioni fondamentali implicate'*[10].

Daí se justifica a abordagem de temas quase sempre ligados às modernas técnicas da apregoada "cruzada" contra a criminalidade de matiz organizada, embora, nesse contexto, pudessem servir para a análise, quanto ao direito brasileiro, o mecanismo de repressão à criminalidade de menor potencial ofensivo. No entanto, dela aqui não se ocupa porque a justificação teórica que melhor compartilharia essa dimensão seria a de técnicas de descriminalização, como as apontadas por Cervini ou mais diretas, como a explicitada por Silva Franco[11], nem sempre imunes a severas críticas, ainda que

[10] MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza – tendenze autoritarie nel sistema penale,* Edizione Scientifiche Italiane, Napoles, 1997, p. 12.

[11] CERVINI, Raúl, *Los procesos de decriminalización*, Editorial Universidad, Montevideo, 2ª ed., 1993; SILVA FRANCO, Alberto, "Os questionamentos provocados pela Lei 9099/95", in *Boletim IBCCrim 35*, nov/95.

coloridas de adesão, como é o caso de Bassiouni a respeito da despenalização operada no sentido apregoado por Cervini, ao afirmar que se adentra a um sistema de mediação, com novos conceitos de arrependimento e acordo [12], para completar que produz certos resultados colaterais indesejados, e não expressamente queridos [13]. Opta-se aqui pela análise do sistema emergencial pela ótica da justiça de cunho retributivo e não pelo ângulo da chamada 'justiça consensual', sendo a primeira caracterizada pela determinação da culpabilidade e a prolação da punição devida depois de um processo de cunho acusatório ou de partes, e a segunda, pelo compartilhamento da recomposição do mundo social entre o ofensor, a vítima e a comunidade [14].

No contexto da criminalidade organizada é importante colocar-se, desde já, acompanhando as palavras de Moccia, que *"não se quer absolutamente negar ou diminuir a extrema gravidade dos fenômenos de corrupção, que têm efeitos devastadores para as instituições a própria vida de nosso país. Certamente estamos diante de uma fenomenologia multiforme de comportamentos fortemente caracterizados pela capacidade de provo-*

[12] No original: "stiamo assistendo, nei vari paesi ad un abbandono del sistema ideale e biblico que inspira la giustizia, vediamo un mutamento dal sistema dal giudizio verso sistema de mediazone o di arbitrato, vediamo il camibiamento dal conceto de responsabilita grazie al sotterfugio inventato dai giuristi che si chiama decriminalizzazione, vediamo il cambiamento dall'obligatiorieta dell'azione penale e dall'uglagianza di fronte al diritto al nuovo concetto di pentitismo e di pattegiamento"; BASSIONI, M. Cherif, "Interazione tra la giustizia come sistema e il sapere", in *La giustizia penale e la fluidità del sapere: ragionamento sul metodo,* a cura de L. Neuberger, Cedam, Padova, 1988, p. 22.

[13] Na locução original: "sia ben chiaro: non sono affato contrario a questi cambiamenti: voglio sottolineari che non ci troviamo di fronte a una scelta conscia, consapevole, espressamente fatta e dichiarata, ma ad una situazione imputabile ad un mutamento del sistema dell' amministrazione della gisutizia che produce questo risultato senza che venga espressamente voluto".

[14] A este respeito HAHN, Paul H, *Emerging criminal justice*, London, Sage Pb, 1997, pp. 133 e ss.

*car danos à sociedade, que impõe como necessidade absoluta o processo para aqueles que, em vários níveis e de várias formas, contribuíram a criar aquele estado de profunda corrupção. Mas isso não justifica de modo algum as graves violações aos direitos fundamentais em matéria de coerção, para as finalidades de "colaboração", ainda que estas violações tenham indubitavelmente facilitado o esclarecimento de um grande número de casos, tornando também imediatamente perceptível à opinião pública o estado das coisas"*[15]. No plano fenomenológico reconhece-se a projeção lesiva de determinadas condutas (com as ressalvas feitas ao longo do trabalho) a exigir uma resposta estatal a altura do dano social provocado.

No limite, o equacionamento correto do problema envolve uma profunda revisão (para a qual a maior parte da doutrina brasileira não tem voltado sua atenção) do papel do direito penal enquanto sistema global, implicando ai o próprio fim da pena[16]. A busca que o sistema emergencial vai empreender no sistema repressivo é, antes de tudo, voltada para a (re)legitimação do direito penal estatal, perdida que foi diante da criminalidade que instaura o caos (na versão do discurso oficial). A pena, nesse sentido, somente terá a finalidade de resguardar a própria norma penal, constituindo-se, ao final, na própria defesa do sistema[17]. A conseqüência para o processo (que não pode ser visto como algo apartado do direito material, ainda que isto fira a suscetibilidade de processualistas de autonomia extrema) é o emprego de mecanismos cada vez mais tendentes à supremacia estatal. Enfim, o que se procura aclarar é que *"a Justiça, porém, segundo os es-*

[15] MOCCIA, Sergio, "Emergência e Direitos Fundamentais", in *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 24.*

[16] Para uma breve menção a esse tema, JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1998; STRATENWERTH, Günther, *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, trad. de Marcelo Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, 1998.

[17] JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

*quemas recorrentes de uma cultura emergencialista acaba por assumir uma fisionomia particular, bem diferente daquela delineada por um estado social de direito; essa cultura emergencialista determina preocupantes tentativas de mistura de papéis, de antecipação de pena, de acertos com a mass media, com o resultado de realizar processos sumários, sem ritos e extra-institucionais"*, ainda no dizer de Moccia [18].

2. Também deve ser evitado o raciocínio simplista encontrado na dicotomia liberdade individual x segurança social , que tanto tem dificultado a construção de um sistema processual penal menos suscetível de interferências momentâneas. *Mutatis mutandis*, isto pode ser vistos na crítica atual à ciência penal alemã, como aponta Schünemann [19]. Os argumentos nascidos dessa falsa cisão levam a extremos indesejados. A defesa das garantias individuais tende a levar seus defensores à posição de construtores de um sistema "fraco", inoperante face ao caos e ligados política e ideologicamente à "esquerda". Avessos às mudanças, paradoxalmente suas posições são rotuladas superficialmente como "conservadoras" em face da resistência às mudanças que são oferecidas. Por seu turno, os defensores da visão "segurança social" tendem a ser vistos como legitimantes do autoritarismo estatal em detrimento do indivíduo. Normalmente são identificados politicamente como

[18] Op. loc. cit.

[19] "por tanto, el método normativista-funcionalista de Jakobs, como todo normativismo, puesto que erige una fachada de argumentaciones circulares, necesariamente ha de rellenar el vacío mediante puras decisiones, y ello significa lo siguiente: mientras que la escuela de Frankfurt no quiere llevar a cabo una aportación constructiva a la modernización del derecho penal, sino que desea convertirse tan sólo en un obstáculo para ésta, la aportación del pensamiento penal de Jakobs consiste, en cierto modo, en la apertura de todas las compuertas a las meras decisiones que tácitamente se toman por é como presupuesto, y, con ello, en última instancia, en transigir"; SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia juridico-penal alemana*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 48.

de "direita" e, paradoxalmente também, são visto como grandes "reformadores", que apregoam a necessidade da mudança que apenas não ocorre pelas injustificadas resistências do "pólo oposto". Esta visão se coaduna com a maximização do direito penal, vindo a constituir nas palavras de Riccio, um *'vero e proprio enemico interno'*[20]. Trata-se, pois, de uma polarização tão inconseqüente quanto paradoxal.

Esta dicotomia não pode continuar a ser vista como reciprocamente excludente, mas necessita ser encarada como uma complementar, para empregar a linguagem de Bobbio[21]. A complementariedade fica ressaltada quando se tenta entender o conceito de *segurança* contido no artigo 5°, "caput", da Constituição Federal que, em última análise, é um componente do conceito de paz. Ambos implicam na estabilidade e respeito à ordem legal estabelecida no estado democrático e de direito. Neste sentido, a persecução penal se legitima apenas quando obedece aos cânones daquele modelo político. Ou, como afirma Hassemer, o procedimento penal e sua concepção jurídica não deveriam ser visto apenas como um meio para o esclarecimento e persecução de feitos puníveis, mas, também, como uma demonstração da respectiva cultura jurídica. Seu *ethos* e sua legitimação surgem a partir de uma superioridade moral frente ao controle social e esta superioridade se apoia na questão de quais são os limites e princípios de direito processual de que se pretendam valer inclusive nas horas de necessidade. Na opinião do autor, apenas um processo penal de princípios firmes pode manter a confiança e

[20] "il datto de partenza per penetrare nell' ideologia della recente strategia di difesa dell' ordine pubblico è constituito dal preteso passagio della situazione attuale delinquenziale da una stadio de 'eccezionalità' ad una fase de generalità. Questo proceso de gigantismo, al di là della finalità –palese– tendente a discriminare l' importanza, attribuisce al fenomeno la capacità di scardinare i principi democratici della società"; RICCIO, Guiseppe, *Polticia Penale dell' emergenza e Costituzione*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoles, 1982, p. 21.

[21] BOBBIO, Norberto, *Os intelectuais e o Poder*, Unesp ed., São Paulo, 1996.

o respeito da população[22]. Da segurança individual advinda do respeito pelo Estado dos direitos individuais e coletivos nasce a segurança social que com a primeira interagirá num processo dialético, sendo que o sistema penal num Estado democrático e de direito pauta-se pela tutela de ambos os pólos em questão[23].

3. Desse fino equilíbrio surge o estado de paz[24], para o qual não contribui em muita coisa a (in)cultura e a (in) disciplina da emergência, mormente quando deixa no ar a falsa impressão que os mecanismos por ela preconizados são inerentes ao estado de direito. Assim, como aponta Hassemer, ao analisar uma das muitas técnicas empregadas na 'cruzada' contra a macrocriminalidade, *pode ser absolutamente correto que a luta contra a criminalidade organizada requeira a introdução de investigadores ocultos. Porém esta discussão não deveria ser conduzida como exigência de um direito penal conforme ao Estado de Direito, senão como exigência de um direito penal eficiente e suficiente do ponto de vista criminalístico, em contradição com os princípios que nos foram transmitidos quanto a um direito penal em conformidade a um Estado de Direito*[25].

[22] HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, trad. Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 83.

[23] Assim como apontado por Moccia, apoiado em Bricola, ao enfatizar a relação entre os direitos fundamentais e o modelo penal, *che sono posti a tutela sia di diritti fondamentali della persona che dell' interesse pubblico alla difesa sociale,* op. cit., p. 15.

[24] Para uma visão acerca dessa posição, apontando as relações entre liberdade individual e segurança coletiva, criticando a assunção individualista como um obstáculo ao alargamento do conceito de "paz social", que é um bem a ser legitimamente conservado no estado democrático, veja-se DE VERO, Giancarlo, *Tutela Penale dell'Ordine Pubblico – itinerai ed esiti di una verifica dogmatica e politico criminale*, Milão, Giuffrè, 1988, p. 291.

[25] HASSEMER, op. cit., p. 74.

4. A adoção de mecanismos emergenciais acaba por macular o fundamento cultural do sistema, necessariamente presente no ato de fundação da sociedade (Constituição)[26] e projetado racionalmente num movimento sistêmico ou, como aponta Canaris, *"uma vez determinado o conceito de sistema com referências às idéias de adequação valorativa e unidade interior do Direito, deve-se definir o sistema jurídico como "ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais" Também é imaginável uma correspondente ordem de valores, de conceitos teleológicos ou de institutos jurídicos"*[27]. Nestas condições, conferir coerência ao sistema significa articular de forma construtiva os antagonismos do meio social e extrair uma regra que seja fruto do menor dissenso possível e, portanto, aceitável por uma maioria estável[28].

[26] Para um enfoque do chamado "ato de fundação" em sentido mais amplo, com especial atenção para a filosofia de um modo geral, veja-se ARENDT, Hannah, *Entre o passado e o futuro*, São Paulo, Perspectiva, 1972. Ainda, CANETTI, Elias, *Crowds and power*, NY, Farrer Straus Giroux, 1984. Em especial Arendt trabalhará este tema ao analisar a chamada "crise" da autoridade, afirmando que "com a perda da autoridade (...) a dúvida geral da época moderna invadiu também o domínio político" mas esta perda, "da permanência e segurança do mundo –que politicamente é idêntica à perda da autoridade– não acarreta, ao menos não necessariamente, a perda da capacidade humana de construir..." p. 127 e ss. No campo do processo, como se verá, as reformas ocasionais acabam por abalar a idéia fundadora do sistema e deslegitimá-lo, por tabela. A mensagem otimista Arendtiana é meramente um conforto para um período marcado, sobretudo, pela pós-cultura do poder, como a seguir se verá.

[27] CANARIS, op. cit., p. 280.

[28] Quando o sistema alcança tal situação de consenso, pode-se dizer que foi atingido um patamar de legitimidade, consubstanciando assim uma regra de maioria que é pelo menos um dos pontos nos quais está assente o Estado democrático embora não seja o único. Para uma leitura acerca do tema, FARIA, José Eduardo C. O., *Poder e Legitimidade*, ed. Perspectiva, São Paulo, 1984. Uma outra questão –e das mais intigrantes que pode surgir– é aquela que diz respeito a existência de valores perenes sobre os quais a razão deve agir como orientadora do sistema. Para este ponto específico veja-se o tópico "qual justiça penal?".

5. Assim estabelecido, o sistema fornece a mais adequada descrição dos valores socialmente dominantes num determinado momento histórico, potencialmente representativo daquilo que se poderia denominar de forma muito ampla, de *cultura* nos relacionamentos intersubjetivos e intersociais de forma geral. Neste sentido é de ser usada a conceituação de *Bosi* para o termo cultura, assinalando-a como *"o conjunto das práticas, das técnicas, dos símbolos e dos valores que se devem transmitir às novas gerações para garantir a reprodução de um estado de coexistência social"*[29].

Muito embora trabalhado dentro de um contexto próprio à teoria literária, a definição de cultura, apresentada nesse momento em seu aspecto unitário - e cujo fragmentarismo é algo também a ser analisado em obra de maior envergadura- pode ser invocado no campo jurídico sem grandes dificuldades. Àquilo que o autor supramencionado denomina de "conjunto de práticas " pode ser assimilado à jurisprudência[30]; das "técnicas e símbolos " à linguagem própria da dogmática jurídica[31] e dos "valores" àquilo que até o momento se apresentou como fundamento da razão[32]. Assim, somente um sistema

[29] BOSI, Alfredo, *Dialética da Colonização*, Cia das Letras, São Paulo, 1992, p. 16. Também se pode adicionar o conceito lancado por BERGALLI, op. cit., p. 4, este mais ligado ao tópico inicial do parágrafo, ao afirmar que "la cultura consiste en el conjunto de las representaciones mentales socialmente elaboradas por medio de los individuos quienes, en el nivel de sus personalidades, entran en relación con su contexto en una sociedad históricamente determinada".

[30] Nesse sentido, para uma breve análise dos vários caminhos percorridos pelo conceito de jurisprudência, COSTA JÚNIOR, Paulo José, "O papel da jurisprudência", in *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Silva Franco, Alberto et alii., São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 1996

[31] Para uma visão abrangente acerca do tema, veja-se, por todos, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Função Social da Dogmática Jurídica*, op. cit.

[32] Como exaltação do problema valorativo na construção da teoria do direito, REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, Saraiva. Do mesmo autor, *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais.

construído dentro dessas premissas é possível de ser interpretado de forma a sustentar e reproduzir sua legitimidade. Somente nesse contexto um sistema produz e reproduz cultura, sendo capaz de ser conhecido e repassado, de encorpar-se e evoluir e, como será visto a seguir, a palavra "código" passa a ter uma outra possibilidade de leitura, não tão freqüentemente trabalhada, mas nem por isso menos rica.

Por seu turno, o "subsistema emergencial" em nada contribui para a consolidação dos valores culturais estampados no ato de fundação (Constituição), desvirtuando o intérprete, dificultando a propagação da cultura da normalidade[33] e evitando, no limite, a construção de um sistema repressivo que possa ser calcado nos valores do denominado "Estado democrático", este entendido como observador dos valores inerentes à dignidade da pessoa humana e calcada no reconhecimento do outro (alteridade) como pressuposto essencial da consecução de um processo penal "justo".

Assim, todo mecanismo atrás apontado, extremamente delicado na sua composição e funcionamento, é colocado em xeque quando confrontado com o discurso da necessidade de enfrentar-se o caos, este normalmente identificado como a exteriorização da desordem[34], capaz de levar à ruptura definitiva do tecido social.

6. Nesse quadrante argumentativo o discurso do caos está atrelado normalmente ao da crise, e sempre apresenta um tom dramático sendo, por essa razão, tendencialmente incli-

[33] Para uma análise do papel dos intelectuais na propagação da cultura, veja-se, sobretudo, BOBBIO, Norberto, *Os intelectuais e o Poder - dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea*, trad. Marco Aurélio Nogueira, ed. Unesp, São Paulo, 1996, p. 73

[34] Há uma tensão dialética entre desordem e ordem magistralmente exposta por TELLES, Junior Gofredo, *O Direito Quântico*, São Paulo, ed. Max Limonad, 6ª ed., ao definir a ordem como "a desordem que não queremos". No mesmo sentido, LAFER, Celso, "A dialética da ordem e da desordem na obra de Antonio Cândido", in *Ensaios Liberais*, São Paulo, Siciliano, 1992, pp. 135 e ss.

nado para o autoritarismo, sendo que o Homem continua a temer demônios que são essencialmente por ele mesmo criados, buscando no mundo jurídico soluções contingenciais para problemas que são, antes de tudo, contextuais. Das assombrações modernas, duas são particularmente evidentes: o narcotráfico[35] e o terrorismo (interno e internacional). Ao lado dessas, outras não menos significativas também se apresentam, como a prostituição internacionalmente promovida e aquilo que se denomina de "lavagem de dinheiro", natural desdobramento das anteriores. Todas têm em comum um ponto, que é perfil organizado dessas atividades[36], aumentando assim o potencial assustador de suas conseqüências, o que, por outro lado, é legitimador do aumento da sensação de "que algo precisa ser feito".

7. Quando todos esses medos são projetados sobre a sociedade de forma intermitente e o discurso do caos se propaga[37], a perda dos valores culturais (que já com sérias dificuldades servem de base para o contexto da "normalidade") é a primeira grande baixa dessa guerra. Aliás, a nomenclatura militar aqui não aparece por acaso. Muito ao contrário, ela está na mensagem subliminar que incorpora a polarização "amigo x inimigo", conhecida na teoria política porque justifica a manutenção do poder a qualquer custo, num conflito

[35] Numa linha crítica à forma de abordagem empregada, veja-se GOODE, Erich, "The American Drug Panic of the 1980s: social construction or objective threat?", in *Violance, Agression and Terrorism*, 34, 327-348, 1989.

[36] Na doutrina brasileira, para um perfil das características do crime organizado, ai incluída sua necessária organização, veja-se GOMES, Luiz Flávio & CERVINI, Raúl, *Crime Organizado*, São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 1996.

[37] Ou, como aponta SANDERBERG, op. cit., p. 131, "when victimized by a terrorist outrage, many people, including political leaders, understandbly want to strike back, to inflict a painful retribution on those responsable. Such an emotional reaction provides a powerful, thoug not necessarily rational, underpinning to one myth about how best to deal with terrorism".

substancialmente sem regras[38]. O que existe de intrigante em todo esse quadro é que ele nada tem de novo. Os medos do imaginário coletivo, as alegações de desintegração social dada a quebra do ordenamento, não apenas jurídico, mas social como um todo, incluindo-se ai os outros aspectos como, v.g, os religiosos, foram apenas substituídos por outros mais avançados tecnologicamente. Fundamentalmente, no entanto, a dicotomia ordem x desordem, que também pode ser identificada com a tentativa da manutenção do poder ante as investidas de desestabilização, continua intacta.

8. Certo é que não se pode comparar a realidade fenomenológica de uma atividade terrorista, com suas baixas humanas concretas, com a idéia de um mal metafísico encarnado em atividades supostamente heréticas. Com efeito, Riccio emprega a mesma comparação com as reservas devidas, assinalando que *' anche se nella nostra legislazione de emergenza si rivengono collimanze o segnali regressivi, essi rapresentano l' evidente sintomo de una involuzione del sistema penale, ma non sono sufficienti ad avvalorare la denunzia di un ' ritorno al medioevo'*, e, completando apoiado em Bobbio, conclui poder tratar-se a comparação de uma 'metáfora'[39]. No entanto, é possível comparar a circunstância de, em ambas situações, ser o aparelho repressivo chamado para fornecer uma resposta retórica e superficial ao imaginário social. Em outras palavras, a função simbólica de repressão outrora empregada, é mais uma vez invocada.

[38] Criticando o emprego jurisprudencial dessa linguagem, Ferrajoli aponta que "L'aspetto più impressionante di questa sentenza, che traspare da ogni pagina della lunghissima motivazione, è la concezione degli imputati come prgiudizialmente nemici, e perciò l'abbandono di quel costume di imparzialità e di terzietà che dovrebbe constrassegnare la giurisdizione", FERRAJOLI, Luigi, "L'imputato como nemico: un topos della giurisdizione dell'emergenza", in *Die Delitti e delle Penne*, Bari, 1983, p. 582.

[39] RICCIO, Guiseppe. *'Polticia Penale dell' emergenza e Costituzione'*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoles, 1982, p. 50.

Nesse sentido, é necessário frisar que, embora não exclusivamente, a *'lotta alla criminalità organizzata si concretizza nel momento della repressione penale e, quindi necessariamente se svolge attraverso il processo'*[40], e que o modelo processual empregado nesse quadrante em quase nada difere daquele engendrado para a luta contra os outros "medos" antes mencionados. A intolerância religiosa e verdadeira ignorância que sustentaram a tortura e o desrespeito ao ser humano naquela forma de persecução hoje se apresentam disfarçadas da necessidade de uma repressão mais "eficaz" aos delitos aludidos nos parágrafos iniciais.

Mas não é apenas nesse ponto que a similitude histórica deve ser notada. Um outro ponto de crucial importância vem à tona dessa análise, algo que se encontra ligado à técnica do processo (ou à sua tecnologia, em determinados momentos), que é a produção do conhecimento (saber) processual, que liga o debate diretamente ao tema da prova[41].

9. Com efeito, os medos historicamente apontados e que serviram para consolidar o poder eclesiástico e secular, foram desdobrados no processo por uma forma peculiar de construir o saber –e a verdade– a partir de uma tecnologia esquecida desde a antigüidade clássica, como nos aponta Foucault[42], que é

[40] O emprego dos meios repressivos é sempre questionado por parte da doutrina enquanto mecanismo no cenário apontado ou, como afirma Grevi, "è vero que non é il proceso penale il luogo più adeguato né, tanto meno, il luogo esclusivo per questa lotta, che deve svilupparsi specialmente prima e fuori del processo, dispiegandosi ai diversi livelli nei quali si collocano, più o meno diretamente, i correspondenti fattori criminogeni", GREVI, Vittorio, "Nuovo Codice di Procedura Penale e Processi di Criminalità Organizzata: un primo bilancio", in *Proceso Penale e Criminalità Organizzata*, Laterzya, Bari, 1993, p. 3.

[41] A esse respeito, veja-se PADOVANI, Tullio, "La soave inquisizione – osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravedimento", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*, 1981, pp. 529 e ss., especialmente no tópico atinente ao processo e realizacao da verdade.

[42] FOUCAULT, Michel, *"A verdade e as formas jurídicas"*, PUC Rio, Departamento de Letras, 1996, especialmente pp. 60 e ss.

a do inquérito. Este vem definido como *"uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer"* e, como conseqüência, *"veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autentificar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir"*[43].

As práticas inquisitivas, que no aspecto tecnológico têm na tortura um de seus expoentes, apresentam no campo da técnica valores fundamentais peculiares o bastante para serem identificados com as formas autoritárias mencionadas nos parágrafos introdutórios, e acabam constituindo os meios dos quais o legislador ordinariamente lança mão no combate ao caos e o discurso da desordem, obviamente sem que se pense (ao menos no mundo ocidental) em situações-limite como a expiação física, mas com técnicas de dominação mais refinadas, como é no caso contemporâneo a situação do emprego premial no direito penal[44]. A título exemplificativo a malfadada lei brasileira de combate ao "crime organizado" é um demonstrativo notório dessa forma de administrar o poder e construir a verdade na persecução penal através da clara adoção dos mais primitivos métodos inquisitivos.

10. Essa forma de entender o jogo de poder e sua relação com o processo penal aparecem camuflados pelo perigoso discurso do "algo precisa ser feito", extremamente propenso a transformar o sistema repressivo como um todo em um instrumento político promocional e de efeitos colaterais devastadores. Como assevera Martinez, após enunciar as contradições tipicamente existentes nesse palco jurídico *'es la politica como espetáculo que se pratica en la actualidad: el ciudadano es espectador dentro de un gran teatro en el que clas-*

[43] Op. cit., p. 78.

[44] Que constitui um *pericolo d'una cristallizzazione del 'mito' della verità materiale, la cui acquisizione non deve conoscere ostacoli;* DINACCI, Ugo, *Il sistema penale tra garantismo e autoritarismo,* Jovene, Napolis, 1984, p. 12, nota 2.

*se politica se posesiona de una clave de respuesta simbolica y de emergeniza a problemas estruturales, evade su solución y obtiene por medio de intercambio entre ilusiones de certeza e consenso, los efectos simbólicos que en este campo el derecho penal puede ofrecer'*[45]. Está ele assentado em pontos cruciais como a alegada fraqueza da ordem vigente diante do caos, e freqüentemente associada essa tibieza às bases do sistema valorativo humanizante, consubstanciado que é nas garantias individuais, onde *'antes de someter a los 'delincuentes' al Estado de derecho, ha sometido al Estado de derecho a la excepcionalidad democratica'*[46], situação essa que exige um espaço à parte de reflexão.

Assim, a desnaturação axiológica se dá por vários modos mas, em particular, um deles é danoso, qual seja, o emprego simbólico do direito e do processo penal como técnica de dominação e reprodução do poder[47]. Como decorrência, a cada emprego simbólico do sistema repressivo há uma sensível invasão na seara dos direitos fundamentais, embora formalmente eles continuem presentes nos ordenamentos[48].

[45] 'El sometimiento...', p. 46

[46] Ídem, p. 47

[47] Box aponta que "some sociologists have pondered these issues and come to the conclusion that criminal law categories are ideological constructs...Rather than being a fair reflection of those behaviours objectively causing us collectively the most avoidable suffering, criminal law categories are artful, creative constructs desgined only some victimizing behaviours, usually those more frequently commited by the relative powerless and to exclude others..."; Box, Steven, *Power, crime and mystification*, Routledge, London-New York, 1983, p. 7.

[48] O uso simbólico e promocional do direito penal apresenta outras inúmeras conseqüências que normalmente têm abordagem criminológica. Uma delas –e talvez a mais sectária– é que o sistema repressivo assim empregado "in this ilusion is fuses relative poverty and criminal propensities and sees them both as effects of moral inferiority, thus rendering the *dangerous* class deserving of both poverty and punishment", Box, op. cit., p. 13 e "make ordinary people more depedent upon the state for protection against lawlessness and the rising tidal wave of crime, even though it is the state and its agens who are often directly and indirectly victimizing ordinary people", ídem, ibidem.

Abordando esse mesmo tema com clareza lapidar, Silva Franco, em profunda análise da evolução da ciência penal a partir dos anos oitenta aduz que *"a função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função nitidamente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranqüilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança"*[49]. Seria desnecessário anotar que o processo penal, como instrumentalizador do direito material penal – muito embora destacando-se sua autonomia científica – acaba por assimilar essa mesma função simbólica. No entanto, é sempre oportuno acompanhar as palavras de Hassemer quando afirma que o direito processual serve à realização do direito penal substantivo[50].

Como conseqüência dessa desnaturação valorativa, e sempre atentando para a retórica da necessidade da adoção de medidas emergenciais, a estruturação codificada acaba sendo apresentada como uma causa de entrave no funcionamento do sistema punitivo como um todo, das leis materiais de incriminação e penalização até a estrutura processual que lhes anima, além de adjetivado como fraco e inoperante. Nesse contexto é inegável o papel da mídia na adoção de

[49] SILVA FRANCO, Alberto, No *Prefácio ao "Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral"*, de PIERANGELI & ZAFFARONI, São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 1996, p. 10.

[50] "El proceso penal prepara y organiza el escenario que necesita el Derecho sustantivo para hacerse efectivo y sin proceso penal no puede haber ni protección de bienes juridicos ni realización de fin alguno de la pena o cualquiera de los fines que se quieran atribuir al Derecho Penal...El Derecho procesal penal media entre Derecho penal material y proceso y, en este sentido, *sirve* a la realización del Derecho penal sustantivo". HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1984, p. 150.

medidas emergenciais, otimizando o emprego promocional e simbólico do sistema repressivo. Com isso não se quer negar o valor democrático da publicização do processo e a necessária presença da informação no estado de direito que formam um chamado "binário de direitos", na linguagem de Bassouni, para quem *"lo "spettacolo" è una garanzia di guistizia e di controlo sociale sia sul sistema di giustizia che sugli operatori della giustizia"*, mas atentando para as deturpações inerentes a um avanço tecnológico desenfreado[51].

A codificação – e os valores que encerra - tende a ser criticada pelo seu anacronismo e pela incapacidade de adaptação "às novas realidades" e qualquer discurso no sentido do amadurecimento de idéias antes de legislá-las é potencialmente encarado como causa de dificuldade de reconquista da segurança. Mas esta função meramente simbólica alcança ainda outros resultados. Graças à sua flagrante inoperância nas finalidades a que se propõe, a finalidade do sistema passa a ser a sua automanutenção.

Por outro lado, e como decorrência natural dessa visão promocional, a cultura dos direitos e garantias fundamentais é apresentada como causa de entrave ao funcionamento eficiente do sistema. Sem embargo, a produção de normas promocionais e de forte conteúdo simbólico em relação ao sistema repressivo ainda é a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada de garantismo, a qual *'All'emergenza che giustifica la sospenzione di fondamentali principi di civilità giuridica all'interno del sistema penale, la critica garantistica contrrapone la normatività di un sistema penale incentrato su principi irrinunciabili di garanzia per la persona dell' imputato e di tecnica de accertamento della verità: all' eccezine se contrappone la normatività della*

[51] Charif. in *"Osserazioni introduttive"*, in *"Mass media, violenza e giustizia spettacolo"*, org. por L. de CATALDO NEUBURGER, Padova, Cedam, 1996, especialmente p. 195. Na mesma obra, e de igual interesse, SERGIO, Gustavo, *"La giustizia ed i nuovi mezzi di communicazioni"*, pp. 197 e ss.; ainda, STATERA, Gianni, *'La politica spettacolo – politici e mass media nell' era dell' immagini'*, Giuffrè, Milao, 1986.

*normalità'*[52], e que se coloca como guardiã inarredável do sistema da normalidade em face ao da exceção[53].

No criticado convívio entre as culturas da normalidade e de emergência, a técnica inquisitiva vai representar um significativo aumento do papel policial na construção do sistema repressivo[54], onde aparecerá, não raras vezes, com supremacia perante a própria atividade jurisdicional, que acaba por ser vista como mais débil em relação àquela, quando não, uma inútil repetição da primeira. Assim, para acompa-

[52] BARATTA, A. & SILBRNAGL, M., "La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantistica del processo penale", in *Die Delitti e delle penne*, Bari, 1983, vol. 1, pp. 547 e ss., especialmente pp. 545-546.

[53] "Molto rilevante in questi termini il contributo del garantismo che difendi importanti conquiste realizzate anche con sofferenza lungo l'evoluzione die sistemi repressivi verso un volto più umano. La massima resistenza allora va opposta a qualsiasi tentativo di regresso. Riconosciamo, pertanto, al garantismo la funzione e il merito di constituire l'estremo baluardo di difesa contro un ritorno alla 'barbarie'. Ma il merito costituisce al contempo anche il limite. L'utilizzione idealizzata e normativa del sistema penale formale che è venuto storicamente determinandosi como estrema formalizzazione dello scontro di classe che spezza i limiti della mediazione politica. Esso sembra constituire un valore in sé e come tale assoluto non discutibile". BARATTA, op. loc. cit.

[54] Note-se, por exemplo, a situação descrita por Boek em relação aos Países Baixos, com a criação da "polícia secreta" e sua crescente influência, sob o beneplácito dos representantes legislativos : "In politics there was no interest in controlling policing. Politicians campaigned against crime, governments drifetd away on international stream of crime figthing and the war against drugs. The pressure on the police to catch thieves grew and grew. With this pressure and the blessing of judiciary, the polices departments began to introduce so called *Criminal Intelligence Department* (CID). These intelligence units performed secret investigations which were hidden in reports behind sentences like: "from CID information is knowm that Mr. X is envolved in drug trafficking... Secrets investigations at one time were so secret that the public prosecutor, the chief of police, and even the police officer who was in charge of na investigation did not know what was going on" BOEK, J. L. M., "Secret Police in the Nederlands", in *Proceedings of the 1° World Conferece on New Trends in Criminal Investigation and Evidence*, org. J.F. Nijboer e J.M. Reijntjes, Koninklijke Vermande Ed., Amsterdã, 1997, p. 511.

nhar as palavras de Binder, "lo verdaderamente notable es que al cabo de más de cinco siglos de aplicación contínua, más que un sistema procesal, más aún que un sistema completo para administrar justicia, há llegado a constituir un *modo particular de situarse ante a realidade y considerarla*" (grifos no original)[55].

No contexto da emergência, onde a busca da verdade material aparece como uma meta esgotada em si mesma, dando margem a toda sorte de subjetivismo judiciais (o que significa a abertura da possibilidade do arbítrio estatal, desprezada a figura humana do juiz), dificultada fica a compreensão da lição de Hassemer, quando adverte que, apenas um direito processual penal aplicado com estrito respeito às suas normas e com garantias enraizadas profundamente na consciência dos cidadãos pode impedir que a apuração do caso penal signifique também vulneração da lei. A formalização da produção da verdade, sua obstaculização e limitação por regras estritas constitui o *ethos* próprio da fase de construção do caso[56].

11. O direito brasileiro não consegue se desapegar do irracionalismo probatório, embora regras formais estejam inseridas na própria Constituição quanto a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5°, LVI) ou, muitas vezes, considerando como prova algo que tecnicamente não o é – sobretudo com a supervalorização da investigação criminal – e nela fundando um juízo de culpabilidade. Assim, a aspiração do supracitado autor germânico, de que *"el proceso penal sea la expresión de nuestra cultura (empírica) y nuestra racionalidad"*[57] parece um tanto perigosa no contexto ora enfocado.

Para além do tema probatório outro, de não menor magnitude, sofre conseqüências diretas da cultura emergencial,

[55] BINDER, Alberto M., "Perspectivas de la reforma procesal penal en America Latina", in *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, especialmente p. 204.

[56] HASSEMER, op. cit., p. 191.

[57] Op. loc. cit.

qual seja, a constrição da liberdade no curso do processo. A prisão, de figura excepcional antes da sentença condenatória transitada em julgado, passa a ser encarada como algo natural à relação processual. Mais além. Os argumentos naturalmente pertencentes à exceção passam a integrar a rotina persecutória, como se a transposição não fosse traumática.

Há, ainda, reflexos diretos na (não) aplicação integral do princípio da motivação das decisões. Com efeito, na medida em que os mecanismos emergenciais apresentam a compulsoriedade da constrição, bastando a mera invocação legal (v.g. artigo 2° da Lei 8072/90), nos demais casos a tendência do julgador é, também, a de apenas invocar os ditames legais, como se a robótica repetição do texto de lei fosse autosuficiente para justificar a medida excepcional. Disso resulta a pauperisação do princípio (estado) da presunção de inocência, que deixa de projetar sua força enquanto instrumento de combate ao arbítrio, da forma mais ampla que seria possível. [58] Como decorrência – e, sobretudo, no direito brasileiro - na edição promocional de normas repressivas, a prisão ao longo da relação processual, acaba constituindo pedra fundamental na retórica vazia, exteriorizando a ética utilitarista dantes mencionada[59].

[58] Assim igualmente se pronunciou Tucci, ao afirmar que tal norma "não obstante a clareza da preceituação, sua interpretação tem sido polêmica, e nem sempre correta a aplicação conjugada com a das normas processuais penais com ela relacionadas"; ROGERIO LAURIA, *"Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro"*, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 403.

[59] As normas penais editadas sob a égide da emergência são pródigas em criar tipos com penas elevadas a impossibilitar benefícios libertários ao longo do processo. Quando não, são mais explícitas, como aquelas encontradas na Lei 8072/90, onde puramente se emprega o grotesco jargão da periculosidade "implícita" na conduta de modo a impedir, *a priori*, a liberdade provisória. Outras vezes, como na prisão temporária, acabam tendo aplicação mais ampla que a devida, sem embargo de sólida orientação doutrinária de advertência aos cânones constitucionais. GRINOVER, Ada Pellegrini, "Limites Constitucionais à Prisão Temporária", in *O Processo em Evolução*, Forense Universitária, RJ, 1996, pp. 89 e ss.

O mesmo acaba acontecendo – para situar o problema ainda no campo pátrio – com a dosimetria e individualização da pena. A desnecessidade de motivar o regime inicial de cumprimento no caso dos crimes hediondos, faz com que o magistrado perca o salutar hábito (de resto uma obediência à Constituição) de justificar as razões pelas quais o regime inicial é exposto ao "decisum", porque a lei assim não o obriga. Na cultura diária, essa ausência acaba perpassando os limites dos casos "hediondos" e se projetando para a seara da normalidade.

Conclui-se, assim, que a situação brasileira apresenta uma delicadeza particular quando se pensa na cultura emergencial, característica esta comum aos países em processo de (re)democratização, onde os valores que lhes são próprios mal são estabelecidos no pacto de civilidade e acabam por ser desmoralizados na prática dos operadores do direito - e na prática social, de forma geral - que desta forma conferem uma vivência apenas formal ao cânones culturais da normalidade. Com efeito, rasgada a Constituição para o combate à criminalidade, o que se tem é a continuidade do discurso do pânico, mesmo com todo o arsenal anticonstitucional colocado à disposição para o seu combate. Assim, mais medidas são exigidas ante a fragilidade das anteriormente tomadas, e a retórica da intransigência aparece ainda aqui sob o manto do já mencionado 'algo precisa ser feito". No entanto, raras vezes é exercitada a reflexão sobre o caminho correto, buscando responder à pergunta de ser a deturpação dos postulados do estado de direito legitimamente sacrificáveis em nome dessa "luta". Para sociedades em desenvolvimento, em processo de construção democrática ou superação de estruturas autoritárias, tal imposição é desastrosa desde um ponto de vista cultural. A grande "mentira" do jogo está em vender a idéia (global) que somente com estas medidas se garante a vida em paz.

# EL DERECHO PENAL DEL ESTADO DE DERECHO EN LOS TIEMPOS DEL TERRORISMO*

WINFRIED HASSEMER**

## I. SITUACIÓN

A partir de la década de los años setenta del último siglo, aproximadamente (y no precisamente a partir de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 [1]) se ha producido un desarrollo muy profundo del Derecho penal en Europa occidental. Este desarrollo se extiende tanto al Derecho penal material [2] como al Derecho procesal penal [3], en igual medi-

* Texto de la Conferencia impartida por el Prof. Dr. Hassemer durante su visita a Costa Rica y Nicaragua en el mes de febrero de 2005, bajo los auspicios de la Escuela Judicial de Costa Rica, la Universidad Politécnica de Nicaragua y el Instituto de Ciencias Penales de Centro América. Traducción al español del Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez, director de la Escuela Judicial de Costa Rica.

** Universidad Johann Wolfgang Goethe. Instituto de Ciencias Penales y Filosofía del Derecho, Francfort del Meno, Alemania. Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Miembro del Segundo Senado, Karlsruhe.

[1] El 11 de septiembre (y sus consecuencias en la política, en la sociedad y en el derecho) ha provocado, con seguridad, que estos desarrollos se profundicen y se aceleren. Provienen, sin embargo, como se puede leer de los acontecimientos (*infra* I) y como se puede comprender de las declaraciones sobre los acontecimientos, de capas mucho más profundas y tempranas.

[2] Aquí *infra* I.1

[3] *Infra* I.2

da. Ha conllevado agravaciones de la política criminal[4], las que, de ninguna manera, han sido implementadas contra la voluntad de la población, sino que, por el contrario, han contado con esperanzas positivas y con la aprobación de los ciudadanos y las ciudadanas[5]. Los cambios se pueden explicar como plausibles, tal y como lo postulo, desde sus contextos[6]. Estas explicaciones sugieren que los desarrollos en el Derecho penal y la política criminal son poderosos y estables. Por ello resulta muy difícil determinar de manera analítica, o predecir prognósticamente y asegurar normativamente, dónde se pueden establecer los límites de tales desarrollos[7].

*1. Derecho penal material*

Las reformas en el Derecho penal material alemán, y en sistemas jurídicos comparables, se caracterizan, desde la década de los años setenta del siglo pasado, por la introducción de nuevos tipos penales (verbigracia, en el Derecho penal ambiental y en el Derecho penal económico) y por la agravación de las penas (verbigracia, en el Derecho penal de drogas y en la criminalidad en el ámbito industrial).

El legislador ha utilizado de manera metódica un instrumento que había sido introducido desde hacía mucho tiempo en el arsenal del Derecho penal y que ahora es utilizado con gran presión y de manera amplia: los delitos de peligro abstracto. Esta forma delictiva alivia de manera excepcional la aplicación del derecho en la praxis judicial: a diferencia de los delitos de resultado, los delitos de peligro abstracto

[4] Infra I.3

[5] Para el lector interesado en profundizar algunos de los aspectos indicados por el Prof. Hassemer en relación a la problemática legislativa procesal en la República Federal de Alemania, sugerimos la lectura de un trabajo que hemos publicado en el libro escrito en coautoría con el Prof. Dr. Javier Llobet, titulado *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada (Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal "eficiente")*, San José, Areté, 2000 (nota del traductor).

[6] Infra II

[7] Infra III

renuncian a una parte de los presupuestos del tipo penal; no describen ningún resultado típico y no exigen, en consecuencia, ninguna relación de causalidad entre el hecho y el resultado lesivo. Se conforman exclusivamente con una descripción de una acción peligrosa en abstracto (verbigracia: la estafa de subvenciones cuando se realiza mediante la entrega de declaraciones incorrectas[8] en relación con la tradicional descripción de la estafa con los elementos típicos del engaño, de la inducción en el error, la disposición patrimonial y los perjuicios[9]). De esta forma, el legislador aliviana el trabajo del juez a la hora de la determinación de los hechos relevantes desde la perspectiva típica y agrava, al mismo tiempo, el trabajo de la defensa penal, cuya tarea se reduce al número específico de presupuestos de la punibilidad.

En lo demás, el legislador busca refugio en los bienes jurídicos, los cuales son formulados de manera universal y vaga. De esta manera el legislador reduce las posibilidades de una crítica metódica al aumento de los tipos penales (verbigracia, la salud del pueblo como un bien jurídico en el Derecho penal de drogas o la funcionalidad del mercado de capital en el Derecho penal económico). Lo injusto penal se convierte de esa forma en algo difuso, pierde sus contornos normativos, pero también sus contornos morales. La deslealtad a través del fracaso de un negocio de riesgo es de esta forma algo totalmente diverso a una lesión corporal por medio de una banda de un grupo de facinerosos, lo cual tampoco se puede observar, al menos, en el correspondiente proceso penal[10].

*2. Derecho procesal penal*

Un desarrollo similar puede observarse en el campo del Derecho procesal. Aquí se extienden las reformas especial-

[8] § 264 *d* del Código Penal alemán (StGB).

[9] § 263 *d* del Código Penal alemán (StGB).

[10] Esto alude a modernos métodos de terminación prematura de los procesos penales mediante arreglos y acuerdos de complejas acusaciones. Acerca de ello revisar lo dicho infra I.2.

mente a dos campos: una más fuerte participación de la víctima (también a costa de los derechos procesales del acusado) y un recrudecimiento de los instrumentos de control, en especial en la investigación penal. De la práctica judicial, se agrega también un instrumento desformalizador, el *deal*, el cual abarata y acelera la justicia penal a costa de las tradicionales formalidades del proceso mediante un acuerdo entre los participantes.

Mientras en el discurso general de la política criminal las víctimas empiezan a jugar un papel creciente, también sus derechos de participación y las oportunidades para una reparación se han ido mejorando en el Derecho procesal penal. En el discurso político criminal, sin embargo, el acusado (o quizá, en forma más general, el ciudadano) ha sido marginado en beneficio de consideraciones y argumentos que se pronuncian a favor de una más efectiva protección de la víctima; este discurso es amigable con la criminalización. El paradigma del "auxilio para el autor (mal socializado)" fue reemplazado por el paradigma de la "protección de la víctima inocente de la criminalidad".

Las reformas en el Derecho procesal penal en la década de los años setenta del siglo pasado se concentraron en el proceso de investigación penal. Temas "clásicos" tales como el debate, la prisión preventiva o la defensa en el proceso permanecen al margen de la perspectiva de las reformas. Tanto el terrorismo como la globalización son poderosos *topoi*, que hacen posible que las necesidades de control procedentes del proceso penal sean continuamente promocionadas y aún hoy la tendencia continúa. El argumento se sostiene, de una manera simplificada, en que el Estado de Derecho, ante graves amenazas de nuevo cuño, debe proteger su eficiencia y debe servirse de los mismos medios de los cuales disponen los perpetradores criminales. Con esto se hace referencia directa a la colaboración extrafronteras entre las autoridades de la investigación penal y la utilización de instrumentos técnicos para el combate de riesgos y el esclarecimiento de delitos [11].

[11] (Nota del traductor) El Prof. Hassemer se refiere a la utilización de

Las "relaciones transfronteras" no se refieren únicamente a la eliminación de las fronteras nacionales, sino también a los límites entre las diversas instancias de investigación penal nacionales. Es así como puede observarse, por ejemplo, el Proyecto de un Convenio Constitucional para Europa en relación a las "órdenes de captura europeas", así como la formación de instituciones funcionales en el ámbito europeo para el combate de la criminalidad. También se discute en este ámbito la unificación de informaciones provenientes de servicios secretos y de la policía.

La ampliación de las autorizaciones de investigación en el proceso penal afectan principalmente dos limitaciones clásicas para las intervenciones penales: la sospecha del hecho como presupuesto de intervenciones de carácter penal y la muy importante apertura y honestidad de las investigaciones penales frente al inculpado. Las capacidades de los sistemas técnicos de vigilancia óptica y acústica de las habitaciones, del control telefónico y de la observación policíaca sistemática de largo plazo, el uso de personas de confianza y la investigación de rastros, se orientan, en virtud de las herramientas tecnológicas con las que cuentan, a un verdadero proceso oculto. El afectado, quien toma conocimiento de esta vigilancia, puede hacer que todo el procedimiento quede sin sentido. Es por esta razón que los instrumentos clásicos de investigación del proceso penal, como el examen corporal, el allanamiento y el comiso, terminan siendo complementados con ataques funcionales de carácter oculto. Esto tiene consecuencias para las posibilidades de la defensa del acusado, la cual tiene conocimiento de estos ataques, si es que lo tiene, una vez que ha concluido la investigación, y por ello no puede prepararse adecuadamente

---

instrumentos de vigilancia por medio de video, grabación de voz tanto en el hogar como en los vehículos, control de comunicaciones electrónicas, seguimiento por medio de satélites, utilización de instrumentos biométricos y la utilización extendida de perfiles por ADN para la investigación hasta de delitos comunes. Todos, medios técnicos que han llegado para quedarse en la praxis policial y en la legislación.

para la mencionada intervención, con evidentes consecuencias para el "clima" de la investigación penal.

El avance del Derecho penal material[12] conduce a que en el Derecho procesal se produzca una desvalorización de la sospecha como umbral para autorización de una intervención. Estas "pre-investigaciones" buscan aclarar un campo especialmente peligroso a tiempo, es decir, antes de la realización de un peligro. Los participantes en los procesos comunicativos, que de suyo, y en forma personal, son totalmente inocentes, terminan siendo vigilados y descubiertos, y, de esa forma, sometidos al proceso penal de manera obligatoria (como sucede, por ejemplo, en la escucha telefónica, la investigación por rastros, la observación policial, y con el uso de agentes encubiertos). Con esto el legislador continúa incluyendo un nuevo estilo en el proceso penal, al afectar también a personas acompañantes y no sospechosas: las redes de control del proceso penal se han hecho amplias y densas.

*3. Política criminal*

Los desarrollos descritos, por supuesto, han sido criticados, sobre todo por una parte de la ciencia penal. Al mismo tiempo son acompañados por un acuerdo y una aprobación difundidos de manera general, que, precisamente en el campo de la seguridad interna, donde usualmente tiene lugar una fuerte lucha doctrinal, los consensos resultan altamente desacostumbrados.

El Estado no se comporta más como en la clásica tradición de Europa occidental, es decir, como un Leviatán o como un ente amenazante de los derechos civiles, donde los derechos fundamentales funcionaban como derechos de defensa frente a su poderosa interferencia, sino más bien como una institución que se pone del lado del ciudadano y garantiza su seguridad frente a las amenazas extrañas que lo acongojan. Con ello el Estado ha cambiado fundamentalmente su papel,

[12] Supra en I.1.

de una amenaza a los derechos individuales se ha convertido ahora en un garante de la seguridad. La clásica relación de tensión entre la seguridad y la libertad, que se manifiesta en la experiencia, en donde el aumento de la seguridad frente al delito debe ser organizada mediante el Derecho penal y acompañada de limitaciones a las libertades públicas, ya no constituye algo vivo.

El paradigma absoluto y dominante es el de la prevención. Del Derecho penal se espera, sobre todo, efectividad en la protección de los bienes jurídicos y en la producción de seguridad frente al delito, y, mucho menos, la protección frente a los derechos fundamentales en peligro, lo que era observado en la década de los años setenta de una manera totalmente distinta. También aquí la discusión sobre la existencia o incluso sobre la introducción de un "Derecho penal del enemigo" (una discusión que según mi valoración gira alrededor del tema de los límites del Derecho penal[13]) es una prueba más de que el Estado, con la aprobación del ciudadano, va a introducir siempre instrumentos más agudos contra situaciones amenazantes.

## II. Explicaciones

Es difícil naturalmente llevar estos desarrollos hasta una explicación teorética. De manera muy general ,se podría decir que detrás de ellos laten las necesidades de control frente a desviaciones amenazantes. La prevención y la seguridad son conceptos construidos mucho más de manera empírica que de manera normativa y que connotan mucho más la idea de

[13] Esta discusión refiere a los aportes de mi colega recientemente emeritado de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs. Su propuesta tiene que ver con el tema de una "moderna" forma de Derecho penal, la cual reacciona de manera intensiva a las más graves amenazas provenientes, por ejemplo, del terrorismo, o a las erosiones normativas provocadas por la globalización. Este moderno Derecho penal garantizaría los tradicionales derechos constitucionales y del Derecho penal y procesal a los "ciudadanos" y no a los "enemigos".

"defensa" que la de "ataque". La nostalgia por la justicia cede frente al deseo de seguridad. "Cambio libertad por seguridad" se ha convertido ya en un eslogan en Alemania, por supuesto utilizado críticamente, y ha provocado que derechos fundamentales de alto valor como, por ejemplo, el derecho a la protección de los datos y a la privacidad hayan perdido, en gran medida, su validez y poder de convencimiento.

Si nos preguntamos por los trasfondos de estos desarrollos, entonces, encontraremos que la respuesta se hace cada vez más problemática. Hay, por supuesto, algunas explicaciones científicas que, por los menos para mí, hacen que la cuestión luzca un poco más comprensible.

*1. Erosión normativa*

Los sociólogos jurídicos en Alemania ya habían detectado, analizado, lamentado y aclarado, desde hace ya algún tiempo, el fenómeno de la "erosión de las normas sociales" [14]. Con este concepto se pretende aludir al hecho de que las expectativas normativas, tales como aquellas que hacen nuestra cotidianeidad comprensible, además de estructurarla y asegurarla, han venido reduciéndose claramente. Tales expectativas son normas que evidentemente no deben ser especialmente justificadas y que tampoco han de ser fundamentadas, más bien han de ser vividas y ante las cuales debemos, en cierta forma, atenernos ciegamente. Las razones de tal erosión pueden ser la migración de personas que implica la introducción de otros patrones normativos, culturales y sociales, o también se pueden encontrar explicaciones en el fortalecimiento de patrones de comportamiento alternativos o propios de subculturas. Ejemplos de esta erosión pueden ser, por ejemplo, la creciente e ilimitada violencia entre jóvenes o los ataques a los ámbitos jurídicos de otros, que ya habían sido tradicionalmente convertidos en tabúes, tal y como sucede en específi-

[14] Por ello se ha hecho merecedora de reconocimiento, sobre todo, la Asociación de Sociología del Derecho *(Vereinigung für Rechtssoziologie)*.

cos programas de televisión, que, con sus mensajes dirigidos hacia lo desvergonzado, la falta de solidaridad, el narcisismo, la humillación y el exhibicionismo, logran un gran interés en la colectividad. Esta erosión no solo ocasiona el entumecimiento de patrones específicos normativos individuales, como los que aclaran y alivianan la cotidianeidad (por ejemplo, la cortesía y la discreción), sino también la reestructuración de indispensables estructuras normativas. Con ello, nuestra cotidianeidad se hará mucho menos confiable desde el punto de vista de sus expectativas y más compleja y difícil.

La erosión de normas sociales clama a veces para que el Estado asuma el plan de sustituir o proteger las normas que empiezan a desvanecerse o debilitarse. Esta tentativa choca, sin embargo, con diferentes dificultades. Por ejemplo, entre nosotros, un intento en este sentido se puede hacer notar bajo el concepto de "tolerancia cero", una idea que ha sido puesta en marcha y que abarca comportamientos que afectan la convivencia que caen por debajo del umbral de la criminalidad. El esfuerzo ha fracasado, debido a que las normas sociales maduras y naturales no pueden ser completamente suplantadas.

*2. La sociedad de riesgos*

Otro comienzo que también me parece plausible es el del paradigma de la "sociedad de riesgos" [15]. Este término expresa que en las complejas sociedades modernas existen en la percepción de los ciudadanos, que también han de decidir sobre temas de política y de seguridad interna, grandes riesgos que tienen muy específicas calidades de amenaza, como, por ejemplo, la inseguridad de la moneda, las catástrofes ambientales, la violencia entre niños y adolescentes, el inevitable descenso social, la pobreza al alcanzar una edad avanzada, la migración agresiva, el terrorismo y la inundación de drogas.

[15] Un concepto que proviene del trabajo científico del sociólogo Ulrich Beck y que ha sido ampliamente receptado en la doctrina penal alemana.

Estos riesgos dominan nuestro discurso de seguridad y libertad. Se dibujan por medio de la explosiva mezcla de dos características: que, por un lado, deben realizarse y muestran un devastador efecto; y que, por otro lado, de manera creciente convencen a las personas de que tales riesgos son indominables, que contra ellos no se puede diseñar nada razonable. El resultado de todo ello es una desorientación destructiva, una creciente pero ciega actitud de defensa en contra de los disturbios y el peligro, y una urgente necesidad de controlar por lo menos aquellas situaciones problemáticas que aún sean controlables o de las que aún se cree que podrían ser controladas.

El poderoso deseo de una prevención más efectiva y las difundidas necesidades de seguridad permiten hacer plausibles estas reflexiones, pero también se hace evidente lo quebradizos que son sus fundamentos.

*3. Desorientación*

En general se podría resumir este cuadro diciendo que se está extendiendo una cierta desorientación normativa.

La necesidad de seguridad que toda persona –al igual que todo ser vivo– tiene, y que sin duda es uno de los presupuestos de una vida libre y autodefinida, ya no puede ser alcanzada con calma y confianza. Los cambios tectónicos detonados por el 11 de septiembre de 2001, especialmente en relación con los extranjeros, han tenido incidencia tanto en nuestro país como en Francia, sobre todo en cuanto al papel de las culturas islámicas (expresión clave: prohibición del uso de la pañoleta musulmana en la cabeza). Este tipo de conflictos han sido llevados a la percepción de la población y son pruebas fehacientes de los problemas fundamentales de orientación normativa que estamos viviendo.

La población, en sí misma, ya no se siente segura y, en gran medida, se presenta irritable e irrita. Y no precisamente por amenazas concretas y reales a partir de los riesgos, sino más bien por temores subjetivos ante esos riesgos (lo que en sus fundamentos, en sus dimensiones y en sus consecuen-

cias no es lo mismo). Estos temores subjetivos son los que determinan las líneas de desarrollo de la política de seguridad interna (y en una democracia abierta también deben determinarla). La palabra clave hoy del discurso de la seguridad y la libertad es "orientación".

## III. Pronósticos

Más difícil que proveer una explicación válida lo constituye, por supuesto, la intención de pronosticar hacia dónde nos pueden conducir mañana y pasado mañana los desarrollos antes indicados. Por ello, no quiero arriesgar un pronóstico a nivel abstracto de tal naturaleza, sino más bien hacer evidente, con la ayuda de algunos ámbitos y temas, cuáles pueden ser significativos para la discusión acerca de los límites para las intervenciones de carácter penal [16].

Antes de ello, debe clarificarse cuál es la validez de posibles límites para las intervenciones jurídico-penales en los tiempos del terrorismo [17]. Un elemento delimitador frente a los ataques a posiciones jurídicas es la aplicación del Derecho. Una norma, en contextos jurídicos, viene a ser la determinación de que un ataque o una intervención en el proceso penal no debe tener lugar o que debe tener un final. En consecuencia, hemos de preguntarnos qué tan estables y bien fundadas pueden estar tales normas delimitadoras en la actualidad.

### *1. Validez*

En los tiempos del Derecho natural, donde era posible estar convencidos tanto de la existencia de un derecho supralegal como de su recognoscibilidad, responder la pregunta acerca del poder y la validez de las limitaciones de las intervenciones jurídico-penales hubiera sido algo muy fácil de hacer. La respuesta sería poderosamente inusual: si el Derecho penal choca con límites fundados desde el punto de vista del

[16] Infra III.2

[17] De inmediato acerca de ello, infra III.1.

Derecho natural, y esta intervención transgrede esos límites, entonces ésta sería claramente lesiva del Derecho natural y posiblemente nula. Lo último, debido a que el Derecho natural fue considerado siempre un sistema jurídico ubicado jerárquicamente por encima del derecho positivo y considerado, además, su medida.

Los tiempos del Derecho natural han pasado en nuestra cultura jurídica. Existen filósofos del derecho y penalistas que no quisieran negar simplemente la existencia de un Derecho natural. Pero no existe nadie, según mi conocimiento, que exprese que los principios jurídicos del Derecho natural sean reconocibles unívocamente y que puedan ser empleados en específicas materias. En todo caso, no puede uno confiarse sin dudas a tales normas en la praxis concreta de la política jurídica y en la praxis judicial.

Sin embargo, estoy convencido de que hay más allá del Derecho positivo, también en el Derecho constitucional positivo, medidas con significado jurídico, con las cuales se puede medir el Derecho positivo y que, por supuesto, y en todo caso, conforme a las cuales también puede ser juzgado. Una constitución política, y ya por ello una ley que no es "sencilla" como un código penal, no es un bloque monolítico, es mucho más, incluso en relación con su poder de validez, un sistema complejo y estructurado. Conocemos, por ejemplo, en la Constitución Política de la República Federal de Alemania en el art. 79 Abs. 3 los denominados valores "eternos", que no están abiertos a los cambios constitucionales, tales como: el respeto a la dignidad de las personas, a la constitución democrática de la vida de convivencia, o la estructura federal del Estado. La doctrina constitucional conoce también la figura del "derecho constitucional inconstitucional" y con ello trae a conocimiento que no todas las normas constitucionales tienen el mismo poder de validez.

Argumento adicionalmente en favor de la opinión de que en todas las sociedades existe algo así como una "cultura jurídica", que no es idéntica al Derecho positivo, sino que subyace a éste y que tiene también significado jurídico. A ella

pertenecen, por ejemplo, los presupuestos constitucionales, que no están formulados especialmente en las leyes [18] y que tienen un gran significado para la validez continua de las leyes, como, por ejemplo, la confianza, en principio, de los ciudadanos en una administración de justicia estable, igualitaria y justa. Y también pertenecen a ella otras plausibilidades que en una sociedad, para un determinado punto de su historia, valen como aspectos que están establecidos de manera indubitable, como la prohibición de castigar a un inocente o el principio que establece la obligación para el Estado de cargar al ciudadano con igualdad y proporcionalidad.

Esta "cultura jurídica" no está formulada, pero no por ello está libre de efectos. Tampoco es inalterable, sino que sufre, por el contrario, constantes cambios. No contiene sobre ello precisas instrucciones, sino, primariamente, directivas de carácter general y de largo plazo. No obstante, esa cultura es de vital significado para la supervivencia del derecho en esta sociedad. Veamos algunos ejemplos.

De esta forma, es que puede establecerse una diferencia si las normas jurídicas en los códigos, en esencia, pueden ser aplicadas sin problema en la realidad práctica o si, por el contrario, hay grandes, quizá incluso sistemáticas lagunas en la implementación del derecho. En ambos casos, tenemos que ver, por ejemplo, en el *law in books* [19] con normas positivas acordadas, pero en el *law in practice* [20] tenemos que ver con muy distintos órdenes jurídicos. Así sería, por ejemplo, significativo saber si las relaciones corruptoras son conocidas en un determinado sistema estatal y si, en lo esencial,

[18] Esto alude a un pensamiento, que se ha hecho muy famoso, de un ex juez del Tribunal Constitucional alemán, quien fue, además, mi antecesor en el Senado, Ernst-Wolfgang Böckenförde, según el cual el Estado de Derecho no puede producir por sí mismo los presupuestos de los cuales vive.

[19] "Derecho en los libros", en inglés en el original, (nota del traductor).

[20] "Derecho en la práctica cotidiana", en inglés en el original (nota del traductor).

son aceptadas o si no lo son del todo. Así es como la imagen de la justicia y del legislador genera tantas consecuencias en la población y en su confianza en el orden jurídico y, como efecto de ello, también, para las cuestiones más vitales como la seguridad jurídica y contractual o incluso como la obediencia a las normas. Por ello, una prensa despierta e independiente es garante y presupuesto de un eficiente control del poder estatal, incluso de los altos tribunales. También las experiencias fundamentales, significativas y extensivas como las que hemos adquirido con la existencia, por ejemplo, de Guantánamo, serán a largo plazo de gran significado para la cultura jurídica en determinadas sociedades (y permiten al mismo tiempo derivar conclusiones acerca de las condiciones actuales y los contenidos de tales culturas jurídicas).

*2. Contenidos*

Si se tiene en cuenta que las culturas jurídicas cambian a largo plazo, pueden designarse, en todo caso para ordenamientos jurídicos de Europa occidental, límites para las intervenciones jurídico-penales, las cuales en este tiempo desde el punto de vista de la cultura jurídica parecen estables. Nombraré por ejemplo la prohibición de la tortura en el proceso penal o la prohibición de afectar a un inocente con los medios del proceso penal con el fin de evitar mayores daños (argumento de Caifás en la historia de la pasión de Cristo[21]). Estos mandamientos pertenecen, si no los estoy observando de manera equivocada, a lo que en Europa occidental sería considerado "indisponible" en un orden jurídico, pertenecería al núcleo intocable de la cultura jurídica dominante. Con esto se pretende decir que estas certezas no pueden ser puestas en cuestionamiento ni tampoco lesionadas a la hora de la emergencia, es decir, en el momento de la gran amenaza por parte de los riesgos y los peligros que

[21] Evangelio de Juan, 18, 14: "...convenía que un solo hombre muriese por el pueblo".

he enumerado hoy[22] y que he pretendido clarificar. Son, por así decirlo, una especie de tabú jurídico. Así podría considerarse en nuestro medio, y según la doctrina constitucional hasta ahora dominante, la doctrina de la dignidad de la persona (art. 1 *Abs.* 1 *Satz* 1 *GG*) y, en todo caso, "intocable". La lucha en cuanto a este principio no se ha generado por sí mismo, sino que se ha tornado incandescente con el tema de la ayuda al suicidio o en relación a la clonación humana, en la búsqueda de respuesta a la difícil pregunta de hasta dónde se extiende el ámbito de cobertura de este principio.

*3. Futuro*

En este punto, puede observarse, luego de un análisis de la situación actual de las discusiones en la República Federal de Alemania, que los estándares de la "cultura jurídica" en verdad pueden ser poderosos, pero que no valen con la certeza y la estabilidad del Derecho natural. Hay mientras tanto voces que se alzan, por ejemplo, a favor de una relativización de la prohibición de la tortura (y con ello, desde mi punto de vista, buscan su levantamiento), justo cuando alguien que ha puesto una bomba ha sido apresado y no da informaciones y pone en peligro de hacer volar toda una ciudad, o cuando un secuestrador capturado se niega a decir dónde tienen a la víctima amenazada. En tales casos, el sentido común orientado a la vena preventivista y el pensamiento penal orientado a la víctima iluminan que, si se respeta la prohibición de torturar a estas personas, se pondría en juego la vida de una víctima inocente.

Soy de la opinión de que tales límites indisponibles para las intervenciones jurídico-penales son hoy muy difíciles de fundamentar, a pesar de ello, deben ser fundamentados y respetados, ya que, si tales prohibiciones experimentan una relativización, terminarán por ser destruidas. Y destruida quedará también la cultura jurídica en la que vivimos. Pre-

[22] Supra I

supuesto para todo esto es que se pueda mostrar de manera convincente que se deben respetar límites incluso en una forma de pensamiento fijada acorde con la situación, orientada a la prevención, concentrada en la víctima e intensiva en cuanto al control, una forma de pensamiento que permite solamente ser fundamentada a largo plazo. Que esto pueda ser alcanzado hoy es algo que no me es posible saber.

# ESTADO DE DERECHO Y ORDEN JURÍDICO-PENAL
## *(A su vez, un estudio crítico sobre el Derecho penal de enemigos, de Günther Jakobs)*

LUIS REYNA ALFARO *

### I. INTRODUCCIÓN

El panorama de la doctrina penal contemporánea, dominado hasta hace muy poco por cuestiones estrictamente dogmáticas, como la problemática de la *imputación objetiva* o de los *delitos de infracción del deber*, por citar solo un par de ejemplos, ha variado radicalmente tal orientación, centrándose esencialmente en el análisis de la legitimidad y capacidad de rendimiento de ciertas expresiones de política punitiva.

Vital en la modificación del escenario jurídico-penal ha sido el catastrófico suceso del 11 de septiembre de 2001 [1]. Este crimen puede considerarse el paradigma de la criminalidad actual: las torres gemelas del *World Trade Center* de Nueva York fueron impactadas por dos aviones comerciales

* Profesor de Derecho penal de la Universidad de San Martín de Porres y de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú.

[1] Conectando el desarrollo del Derecho penal de enemigos con el atentado a las torres gemelas de Nueva York: RIQUERT, Fabián, y PALACIOS, Leonardo. "El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes", en *La Ley. Revista Universitaria*, N° 3, Buenos Aires, 2003, p. 1; de igual forma, conectando la discusión con el atentado a las torres gemelas: BERGALLI, Roberto, "Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la modernidad tardía", en LOSANO, Mario, y MUÑOZ CONDE, Francisco (Coords.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 59.

secuestrados por integrantes de la organización terrorista Al Qaeda, en tanto que, simultáneamente, un tercer avión impactaba contra el Pentágono y una cuarta nave se estrellaba en Sommerset, provocando la muerte de 2823 personas.

Este suceso criminal ha reavivado el calor de las aparentemente sofocadas tendencias represivas, dando lugar a elaboradas pretensiones legitimadoras. En ese contexto, especialmente importante ha resultado la defensa realizada por el reconocido penalista alemán Günther Jakobs de un *Derecho penal de enemigos.*

El propósito de este estudio es analizar, desde la perspectiva del *Estado de Derecho,* la capacidad de rendimiento de la propuesta jakobsiana de un *Derecho penal de enemigos,* lo que exige realizar un examen inicial de los fundamentos en los que se asienta el sistema del Derecho penal diseñado por Günther Jakobs.

## II. FUNDAMENTOS DEL PLANTEAMIENTO DE JAKOBS

Para entender los alcances de la propuesta del *Derecho penal de enemigos,* es indispensable identificar las bases ideológicas del *sistema jurídico-penal funcional* que realiza su autor, Günther Jakobs. De este modo, se puede identificar finalmente la coherencia del planteamiento de un *Derecho penal del enemigo* con el sistema funcionalista.

### *El sistema funcionalista del Derecho penal*

El análisis del sistema funcionalista del Derecho penal nos reconduce necesariamente al finalismo de Hans Welzel. En efecto, Welzel no solo fue el maestro de Jakobs, sino que, además, el Tratado de este último fue concebido inicialmente como la continuación del Tratado de Welzel[2].

[2] PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUAREZ GONZÁLEZ, Carlos, y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Un nuevo Sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs,* 1ª ed., Grijley, Lima, 1998, p. 12. En términos muy similares, Roxin subraya la oposición entre el

Hans Welzel, maestro de Jakobs, sostenía que la misión fundamental del Derecho penal era la de asegurar la "vigencia de los valores del acto ético-sociales positivos" o, en otras palabras, la de asegurar el respeto de "los valores del acto de una actitud interna jurídica"[3]. Esta posición plantea, en suma, la necesidad de que el ciudadano asuma los valores éticos que dimanan de cada norma jurídico-penal[4].

Ahora bien, es de Welzel justamente que se desprende la orientación de Jakobs hacia la función ética que corresponde al Derecho penal, vinculación que ha sido remarcada por la doctrina mayoritaria[5], afirmación que –por cierto– se confir-

---

sistema propuesto por Jakobs y el estructurado por su maestro Welzel; así en: ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, trad. de Diego Luzón/Miguel Díaz/Javier de Vicente, Civitas, Madrid, 1997, pp. 204-205; el mismo, "Problemas fundamentales del sistema del Derecho penal", en ROXIN, Claus, y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2000, p. 57. Sumamente drásticas son las afirmaciones de Jescheck y Weigend quienes –luego de destacar que sólo Hirsch ha continuado fielmente la estructura finalista del delito- sostienen que "otros de sus discípulos –en clara alusión a Armin Kauffmann, Zielinski y Jakobs– han continuado el desarrollo de su pensamiento esencial finalista hasta posiciones extremas inaceptables"; así en: JESCHECK, Hans-Heinrich, y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de Miguel Olmedo, Comares, Granada, 2002, pp. 229-230. También Montealegre Lynett sostiene que la obra de Günther Jakobs "rompe definitivamente con la tradición finalista"; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, "Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs", en Montealegre Lynett, Eduardo (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 23.

[3] Citado por: ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, p. 68.

[4] ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del Derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 49.

[5] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, JM Bosch, Barcelona, 1992, p. 227; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, y CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pp. 11 y 51-52. Sostienen los profesores Peñaranda, Suárez y Cancio que el

maría con la, a su vez, existente vinculación entre la tesis de Welzel y las ideas de Hegel[6].

En el pensamiento de Jakobs, deben distinguirse, por un lado, el *mundo natural* y, por otro, *el mundo social*[7]. En el *mundo natural,* los sucesos se explican por las *reglas de la naturaleza,* mientras que en el *mundo social* los sucesos se explican mediante las *normas sociales.* Las distinciones entre un mundo y el otro no vienen predeterminadas, sino que se vinculan al modo de defraudaciones de sus reglas.

Frente a las *reglas de la naturaleza,* se formulan *expectativas cognitivas.* Las reglas de la naturaleza, dominadas básicamente por la lógica y las matemáticas, llevan a formarse un pronóstico del modo de desarrollo de los sucesos naturales que generan las mencionadas *expectativas cognitivas.* La defraudación de este tipo de *expectativas* genera –como reac-

---

punto de coincidencia entre Welzel y Jakobs es la idea de que "el Derecho penal ha de asegurar la vigencia de los 'valores positivos de acción de carácter ético-social'", y de momento, agregan, "sus respectivos caminos se separaron".

[6] No hay que olvidar que uno de los pilares sobre los que se construye el "edificio" teórico de Jakobs –además de la innumerables veces remarcada influencia de Luhmann y la ejercida por Carrara a través de la "doctrina del daño intelectual del delito"– es la filosofía de Hegel que se hace patente en el entendimiento de la pena como "confirmación de la vigencia de la norma" (Jakobs) o como "negación de la negación del Derecho" (Hegel); al respecto: PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SÚAREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., p. 25 y ss.; sobre la influencia de Hegel en Jakobs, también: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, op. cit., pp. 23-24; PARMA, Carlos, *El pensamiento penal de Günther Jakobs. El Derecho penal del siglo XXI,* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 27 y ss.; muy interesante también –sobre el deber jurídico en Kant y Hegel– es: PERDOMO TORRES, José, "El concepto de deber jurídico", en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.), op. cit., pp. 231-250; la influencia de Carrara en Jakobs es resaltada además por: ALCÁCER GUIRAO, Rafael, op. cit., pp. 90-91.

[7] En lo que sigue, véase: JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal,* trad. de M. Cancio y B. Feijoo, Ángel Editor, Distrito Federal, 2003, pp. 34-35.

ción– una mejora del material cognitivo, esto es, se trata de optimizar el nivel de conocimientos, se intenta aprender.

En el mundo social, recuerda Jakobs, la relación entre personas se produce mediante normas, lo que produce una expectativa general de cumplimiento de éstas, se genera una *expectativa normativa*. La defraudación de tal expectativa no conlleva un abandono de ella, por el contrario, persiste. Cuando una norma es infringida y se genera una defraudación de la expectativa de su cumplimiento, la sociedad mantiene vigente dicha expectativa reclamando la punición del comportamiento.

El sistema penal resulta entonces organizado en atención a la misión que al Derecho penal le corresponde, esto es, con arreglo a su misión social, la cual no se ubica en procesos naturales ni de otra índole que resulte desligada de la sociedad[8]. La vinculación que –remarca Jakobs– existe entre el Derecho penal y aspectos sociales no puede ser desconocida pues, según sus palabras, "el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva"[9].

Es la mencionada relación entre sociedad y Derecho penal lo que permite a Jakobs atribuir al orden jurídico –en general– y al Derecho penal –en concreto– una función de promoción que le permita no solo alcanzar el nivel evolutivo de la sociedad, sino también "recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles"[10]. Es que –recuerda el profesor de la Universidad de Bonn– "toda sociedad necesita para su evolución empujones,

[8] JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 9.

[9] JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, en: el mismo, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra, Lima, 2000, p. 23.

[10] JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", p. 24.

incluso choques"[11]. Únicamente de este modo podrá superar el Derecho penal el papel de mero "lacayo"[12].

La asunción de determinadas atribuciones promocionales en la configuración teórica del profesor Jakobs tampoco significa que el Derecho penal sea capaz de servir de base a una revolución social, pues en cuanto deja de abonar a favor de la configuración social pierde la base que podría configurar una revolución social[13].

Con esta configuración, las usuales críticas hechas contra el planteamiento de Jakobs, en el sentido de tener oculto un "oscuro fin político"[14], de ser una doctrina de "corte autoritario"[15] o de simplemente "transigir"[16] pierden autoridad[17]; lo que el tratadista alemán propone no es consolidar un determinado orden de cosas, sino configurar la identidad de una determinada sociedad, con lo que adquieren relevancia decisiva las reglas –normas– que configuran tal identidad y no los bienes o estados que existen en la sociedad[18].

[11] JAKOBS, Günther, "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", trad. de Manuel Cancio Meliá, en: JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, p. 51.

[12] JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", p. 24.

[13] Ídem, p. 24.

[14] BARATTA, Alessandro, "Integración-prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", trad. de García Méndez y Huertas Sandoval, en: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 24, Edersa, Madrid, pp. 544-551.

[15] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 237.

[16] SCHÜNEMANN, Bernd, "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", trad. de Manuel Cancio Meliá, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 5, Lima, 1997, p. 266.

[17] Críticamente también: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, pp. 71-72.

[18] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 45.

En todo caso, la subsistencia de algún fin de orden tecnocrático de autopromoción estatal –como bien subraya Alcácer Guirao– "no pertenece al fin de protección de la vigencia de la norma, sino que no es más que una *perversión* de él, al igual que un Estado coactivo de terror es la perversión del fin de intimidación, y que un Estado clínico de terapia forzosa es una perversión del fin de resocialización"[19].

La sociedad, según el planteamiento jakobsiano, se halla estatuida en atención a determinados roles. Esto significa que cada ciudadano tiene asumido un papel, una función, la misma que genera una expectativa de comportamiento; dicha expectativa aparece siempre vinculada a la norma, que resulta ser el modelo de conducta deseado, en términos de Jakobs: el "modelo de orientación de los contactos sociales"[20]. En este entendimiento, todo comportamiento ajeno a esta función, y, por ende, infractor de la norma, tendrá como consecuencia la defraudación de dichas expectativas y su efecto ulterior será la pena como réplica.

Para el autor alemán, la función de la pena puede sintetizarse en la "prevención general a través del reconocimiento de la norma"[21] que se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, la sanción sirve para reafirmar la confianza en la vigencia de la norma no obstante haber sido ocasionalmente infringida ("ejercicio de confianza en la norma"); en segundo término, la pena se destina al "ejercicio de la fidelidad hacia el Derecho", para, finalmente, mediante la imposición de la sanción penal, aprender la vinculación existente entre la conducta infractora y la obligación de soportar su precio[22].

[19] ALCÁCER GUIRAO, Rafael, op. cit., p. 93.

[20] JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, p. 13.

[21] No hay que olvidar que también Roxin ha considerado que "la estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad pertenece sin duda, como 'prevención general positiva', a los cometidos del Derecho penal"; así en: ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, p. 69.

[22] ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, pp. 91-92; MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 134; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, y CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pp. 16-17.

Pues bien, es aquí donde se devela la noción de "fidelidad al derecho" o de "lealtad comunicativa" –en término de Kindhäuser–[23] y que ha sido, justamente, uno de los aspectos más criticados dentro del pensamiento del profesor de la Universidad de Bonn.

Las críticas que se hacen a la idea de "fidelidad al derecho" señalan que a través de la pretensión de fidelidad al derecho se violentaría la autonomía moral del ciudadano y se le trataría de imponer una determinada conciencia ética, lo que supone una intervención en el ámbito interno del ciudadano[24].

En virtud del planteamiento de Jakobs, señalan sus detractores, la pena adquiriría una función de pedagogía o psicología social[25]. Además, se ha dicho que la imposición de la pena asumiría –según los postulados funcionalistas sistémicos– una carga simbólica y que la presunta reafirmación normativa que supone su aplicación no es constatable empíricamente[26].

[23] No hay que olvidar que el funcionalismo sistémico –por influencia de la teoría de los sistemas de Luhmann– parte del delito como una "comunicación defectuosa" dentro de un sistema de comunicación entre iguales; al respecto: JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", especialmente pp. 48 y ss.; KINDHÄUSER, Urs, "La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad", trad. de Percy García Cavero, en: LUZÓN PEÑA, D., y MIR PUIG, Santiago (Dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1999, p. 185; MÜSSIG, Bernd, "Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal", trad. de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N° 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2001, pp. 336 y ss.; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, op. cit., p. 28.

[24] PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, y CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., p. 50.

[25] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 230.

[26] RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, "La teoría de los sistemas y la prevención general positiva", en: *II Congreso Internacional de Derecho penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 160-161. En forma similar el profesor George Fletcher sostiene, en relación a los fines de la pena en las teorías de prevención general, que éstos son de difícil constatación; FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 61.

En contraposición a dicha crítica, Peñaranda/ Suárez/ Cancio sostienen que si bien dicha función de la pena fue acentuada en las primeras formulaciones de Jakobs, como en su trabajo sobre "Culpabilidad y prevención", en la actualidad aquélla ha prácticamente desaparecido del planteamiento jakobsiano [27] o adquiere, a lo sumo, una posición secundaria [28].

Esta última aseveración resulta válida en la medida que la obra de Jakobs viene mostrando cierto distanciamiento de alguna de las ideas comunitaristas del planteamiento de Hegel para mostrar mayor cercanía con el pensamiento de Niklas Luhmann.

En Hegel la "identidad moral" del Estado era consustancial a la de sus ciudadanos, quienes solo lograban ser dignos y libres moralmente si se dedicaban a servir al Estado. En consecuencia, al Estado no le correspondía –en virtud a una ponderación cualitativa– proteger los intereses de los individuos, sino mantener indemne su configuración ética, que justamente es la que permite crear la libertad de los individuos [29].

Sobre la base de tal concepción, pierde relevancia la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho penal y adquiere dimensión fundamental la necesidad de ejercitar sobre los individuos la "identidad moral de la comunidad". En términos de Alcácer Girao: "lo que se exige a los miembros de la comunidad no es, en primer lugar, la evitación de acciones dirigidas a lesionar los intereses de otros individuos, sino que el deber de rango superior será la *fidelidad* a las convicciones de la comunidad: al Derecho; en palabras de Hegel, el 'supremo deber' de 'ser miembro del Estado'" [30].

Luhmann, por su parte, propone una distinta configuración del Derecho. Su planteamiento se inicia dejando en evi-

[27] PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SÚAREZ GONZÁLEZ, Carlos, y CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pp. 15, 16 y 50.

[28] PEÑARANDA, Enrique, "Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N° 3, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2001, p. 420.

[29] ALCÁCER GUIRAO, Rafael, op. cit., p. 55.

[30] ALCÁCER GUIRAO, Rafael, op. cit., p. 64.

dencia las distancias existentes entre Derecho y moral, es que –según sostiene el sociólogo alemán– "la moralización de las pautas de creación y estabilización del sistema jurídico llevaría a una confusión de planos comunicativos y de funciones sociales"[31].

En su esquema ideológico, Luhmann sostenía la necesidad de evitar, mediante la separación de Derecho y Moral –disociación que consideraba condición esencial para la libertad– que el Derecho aparezca como "regulador de conciencias"; por el contrario, aseveraba que en las sociedades actuales "la conciencia no puede ya ser el lugar donde el Derecho superior se promulga, sino que debe ser protegida frente al Derecho"[32]. De esta forma, se entiende también el distanciamiento de Luhmann de cualquier pretensión directiva de conductas. Fin único del Derecho era el aseguramiento de expectativas normativas.

Tal orden de ideas supone que el Derecho –y el Derecho penal en concreto– carece de legitimidad para dirigir las conductas de los individuos, la pretensión fundamental del Derecho penal se debe ubicar en la *reafirmación de la vigencia de la expectativa normativa*. Es que solo manteniendo a la *norma* como *modelo de orientación de los contactos sociales* pueden existir expectativas de cumplimiento que eviten considerar cada contacto social un riesgo imprevisible[33].

Este alejamiento de Jakobs de algunas premisas hegelianas le permite también superar las críticas ya aludidas respecto al "oscuro fin político" presuntamente oculto en su ideología. Es que las ideas de Hegel sirvieron en su oportunidad a las líneas de pensamiento jurídico más totalitarias y autoritarias, como ocurrió con el Derecho penal del nacionalsocialismo y la denominada "Escuela de Kiel"[34].

[31] ALCÁCER GUIRAO, Rafael, op. cit., p. 83.

[32] Citando a Luhmann: ALCÁCER GUIRAO, Rafael, op. cit., p. 83.

[33] Así, específicamente: JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, p. 9; también: ALCÁCER GUIRAO, Rafael, op. cit., p. 85.

[34] Para su mejor comprensión: BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1994, pp. 154-157; GARCÍA PABLOS DE

Schaffstein y Dahm, ideólogos del Derecho penal nazi, recurrieron –estilizándola hasta la irracionalidad– a la concepción metafísica del Estado de Hegel; así se evidencia en sus respectivas obras programáticas, en donde Dahm llega a sostener: "Toda comunidad se basa en la fidelidad y en la disposición de sus miembros"[35].

Este deber de "fidelidad al pueblo alemán" era solo exigible respecto a quienes mantenían "vínculos de sangre y un pasado común al ario"[36]. En tal virtud, el Derecho penal suponía, ya no vulneración de bienes jurídicos, sino la infracción de un deber, configurado por la exigencia de lealtad y fidelidad al pueblo alemán.

La ideología del nacionalsocialismo no se limitó a justificar, desde el Derecho penal, el exterminio de los individuos de razas "inferiores" a la raza aria, bajo el pretexto de proteger el "sano sentimiento del pueblo alemán", sino que, además, propugnó la eliminación de aquellos individuos que por deficiencias físicas o psíquicas se apartasen del prototipo del perfecto alemán, del *Volksgenosse* (miembro de la comunidad). En esa línea, se inscribe, por ejemplo, el proyecto de ley sobre *Gemeinschaftsfremde* (extraños a la comunidad) que incluía medidas inocuizadoras para individuos (homosexuales, vagos, asociales, etc.) a quienes consideraban "extraños a la comunidad"[37].

---

MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 492-495.

[35] Citado por: ALCÁCER GUIRAO, Rafael, op. cit., p. 62.

[36] URQUIZO OLAECHEA, José, "El bien jurídico", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 6, Lima, 1998, p. 818.

[37] Al respecto: MUÑOZ CONDE, Francisco, "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los 'extraños a la comunidad'", en: *Revista Penal*, N° 9, La Ley, Madrid, 2002, pp. 44-45; El mismo, "La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo ¿Un paso para la 'solución final de la cuestión social'?", en: *Revista Penal*, N° 10, La Ley, Madrid, 2002, pp. 3-14; MEZGER, Edmund, "¿Hasta qué punto están incluidos los asociales en las medidas esterilizadoras?", trad. de F. Muñoz Conde, en: *Revista Penal*, N° 10, La Ley, Madrid, 2002, pp. 15-23.

En respuesta a este tipo de críticas, Jakobs ha afirmando que un Derecho penal construido sobre la base de la idea del bien jurídico también puede conducir a ciertas degeneraciones. El Derecho penal protector de bienes jurídicos no necesariamente es de configuración restrictiva, pues en ocasiones –como ya ocurrió en la Alemania del nacionalsocialismo– este tipo de Derecho penal, a partir de determinados "rumbos políticos", puede terminar inundándolo todo[38]. Esto lleva a Jakobs a sostener que "respecto de la tesis de la protección de bienes jurídicos rige lo mismo que para la tesis de la protección de normas: ambas concepciones solo son tan legítimas como lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo Derecho retratan"[39]. Con esto da a entender que la crítica del "oscuro fin político" que se endosaba al Derecho penal protector de normas es, en igual medida, aplicable al Derecho penal protector de bienes jurídicos. Lo que impone recurrir al Derecho penal protector de normas, según Jakobs, es su mayor capacidad de rendimiento para *retratar* mejor el Derecho de nuestras sociedades[40].

Hasta este punto[41], parece completamente injustificada y carente de soporte la vinculación que alguna doctrina[42] suele realizar del pensamiento jurídico-penal del profesor Jakobs con las ideas propias del nacionalsocialismo.

[38] JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 49.

[39] Ídem p. 49.

[40] Ídem, p. 49.

[41] Y lo sostengo en esos términos ("hasta este punto") en la medida que la introducción en el pensamiento de Jakobs del concepto de enemistad plantea dudas respecto a esta aseveración.

[42] CARAMUTI, Carlos Santiago, "Dogmática y Política Criminal de la víctima en relación a la titularidad y ejercicio de la acción penal", en: *Ciencias Penales Contemporáneas*, Revista de Derecho penal, procesal penal y criminología, N° 1, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 64-65.

La utilización de la "moral" como exclusivo criterio para la criminalización de conductas es rechazada por el profesor Jakobs y, en general, por todos aquellos que defienden un funcionalismo sistémico con bases luhmanianas. Tal consideración (moral como *ratio* de la criminalización) solo es comprensible si el objetivo del legislador es la opresión de los ciudadanos [43].

Tampoco es que la confrontación entre Derecho penal y moral carezca de interés para Jakobs, por el contrario, pareciese que la moral cumple una función de baremo, de medida respecto a lo penalmente relevante: "la contraposición de lesión de un bien y mera infracción moral –señala Jakobs- da lugar a espigar de vez en cuando el Derecho penal para comprobar si no hay algunos bienes que se han marchitado" [44].

En su estructura argumentativa, Jakobs recuerda continuamente, como intentando adelantarse a una posible referencia de sus críticos a algún *oscuro fin político* oculto en su pensamiento [45], el sustento histórico-filosófico de su concepción.

## III. LA EVOLUCIÓN DEL DISCURSO DE JAKOBS EN TORNO AL *DERECHO PENAL DE ENEMIGOS*

El *Derecho penal de enemigos* no es un planteamiento reciente. Ya en el *Congreso de penalistas alemanes* desarrollado en

[43] JAKOBS, Günther, "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", p. 51; el mismo, "Imputación jurídico-penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma", trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2000, p. 160.

[44] JAKOBS, Günther, "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", p. 52.

[45] Conforme a la conocida crítica propuesta por Alessandro Baratta; sobre la misma: BARATTA, Alessandro, "Integración-prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", trad. de García Méndez y Huertas Sandoval, en: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 24, Madrid, Edersa, pp. 544-551; REYNA ALFARO, Luis Miguel, "Derecho penal, ética y fidelidad al derecho: Una aproximación a las relaciones entre derecho y moral en el funcionalismo sistémico",

Frankfurt en 1985, Jakobs introdujo la idea del *Derecho penal de enemigos* como el opuesto al *Derecho penal de ciudadanos*[46].

En su intervención sobre "*Kriminalisierung im vorfeld einer rechtsgutsverletzung*" ("La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico"), Jakobs sostenía –en tono crítico– que un porcentaje mayoritario de las criminalizaciones anticipadas reconocidas por el Código Penal alemán resultaban ilegítimas desde la perspectiva del *Estado de libertades*[47].

En efecto, sostenía en esa ocasión Jakobs que anticipar la tutela penal de modo exagerado podía generar su intromisión en ámbitos de privacidad personal, lo cual presuponía privar al sujeto de su esfera privada y suponía ulteriormente desconocer su estatus *ciudadano* y tratarlo como *enemigo*.

Desde 1985 se esbozaba el contenido del *Derecho penal de enemigos*: un Derecho penal que, a diferencia del *de ciudadanos* –que optimiza *esferas de libertad*–, optimiza la protección de bienes jurídicos[48]. El *Derecho penal de enemigos* podía generar incluso –sostenía Jakobs– la *criminalización de pensamientos*[49].

El tono discursivo de Jakobs contenía, además de una perfecta descripción de una realidad legislativa tendiente a estabilizar la emergencia penal, una crítica general a lo que, en efecto, significaba recurrir al *Derecho penal de enemigos*. El recurso al *Derecho penal de enemigos*, sostenía Jakobs en

---

en: López Barja de Quiroga, Jacobo, y Zugaldía Espinar, José Miguel (Coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 764 y ss.

[46] JAKOBS, Günther. "La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en: El mismo. *Estudios de Derecho penal*, traducción de Enrique Peñaranda, Carlos Suárez y Manuel Cancio, Civitas, Madrid, 1997, p. 322.

[47] JAKOBS, Günther, "La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", p. 293.

[48] Ídem, p. 298.

[49] Ídem, p. 299.

1985, no era una muestra de la fortaleza del Estado de libertades, sino de su debilidad, de su incapacidad de vincular normativamente a la persona [50].

En su planteamiento original, sin embargo, Jakobs introdujo una suerte de justificación al *Derecho penal de enemigos*: "el Derecho penal de enemigos solo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente" [51], frente a lo cual resultaba necesario recurrir a una marcada separación entre aquél y el *Derecho penal de ciudadanos*, con el propósito de evitar la infiltración del primero en el segundo [52].

Sin embargo, el sentido descriptivo-crítico inicial del discurso de Jakobs se transformó, a partir de octubre de 1999, en afirmación, legitimación y justificación del *Derecho penal de enemigos* [53]. En efecto, desde ese entonces, Jakobs ha optado, no solo por constatar que las prescripciones penales mayoritarias en Alemania suponían expresiones de Derecho penal de enemigos, sino que, además, alude a aquél como un derecho justificado.

Como punto de partida, Jakobs entiende –de modo congruente con la idea de comunicación– que el Derecho es el vínculo a través del cual las personas, como titulares de dere-

[50] Ídem, p. 322.

[51] Ídem, p. 322.

[52] "El Derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos"; véase: JAKOBS, Günther, "*La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*", p. 323.

[53] Así: PRITTWITZ, Cornelius, "Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?", trad. de Juan Carlos Hortal Ibarra, en: Mir Puig, Santiago, y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dirs.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 108; GÓMES, Luiz Flavio, "Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)", inédito.

chos y deberes, se relacionan. Solo las personas se relacionan a través del Derecho, los enemigos se vinculan a través de la coacción. La más intensa manifestación coactiva del Estado, agrega Jakobs, se produce a través del Derecho penal[54].

Pero ¿puede algún Derecho, y en concreto el Derecho penal, tratar a ciertas personas como enemigos? Este cuestionamiento lo aborda Jakobs a través de una suerte de reconducción histórico-filosófica que nos remite a Kant, Hobbes, Rousseau y Fichte.

Jakobs inicia su explicación afirmando que en su contrato social (o sea, principios de derecho político), Jean- Jacques Rousseau reconoce la existencia del enemigo a través de la siguiente afirmación:

"Cualquier malhechor, atacando el derecho social, se hace por sus maldades rebelde y traidor á la patria; violando sus leyes deja de ser uno de sus miembros; y aun se puede decir que le hace la guerra. En tal caso la conservación del estado es incompatible con la suya; fuerza es que uno de los dos perezca; y cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. El proceso y la sentencia son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y de que por consiguiente ya no es un miembro del estado. Mas como ha sido reputado tal, á lo menos por su residencia, se le debe excluir por medio del destierro como infractor del pacto, ó por la muerte como enemigo público; pues semejante enemigo no es una persona moral, es un hombre, y en este caso el derecho de la guerra es de matar al vencido..."[55].

[54] JAKOBS, Günther, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", trad. de Manuel Cancio, en: Jakobs, Günther, y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 25-26.

[55] Expresión extraída del Capítulo V, Libro II de dicha obra, conforme a la edición digital contenida en la Biblioteca Digital "Miguel de Cervantes Saavedra" (www.cervantesvirtual.com) que, a su vez, se basa en la edición de la Imprenta de los Herederos de Roca, 1836.

Luego, Jakobs recuerda los desarrollos de Fichte a través de la siguiente cita: "Quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos"[56].

Además de estos planteamientos de carácter general, en la medida que ambos (Rousseau Y Fichte) califican como enemigo a *todo* delincuente, reconoce Jakobs el valor relativo del aporte de Hobbes, en su *Leviatán*, donde califica como enemigos a los *súbditos rebelados*, es decir, aquellos que cometen alta traición. Hobbes sostiene: "El daño inflingido a quien se considera enemigo no queda comprendido bajo la denominación de pena, ya que si se tiene en cuenta que no está sujeto a la ley, y, por consiguiente, no puede violarla, o que habiendo estado sujeto a ella y declarando que ya no quiere estarlo, niega, como consecuencia, que pueda transgredirla, todos los daños que puedan inferírsele deben ser considerados actos de hostilidad. Ahora bien, en casos de hostilidad declarada, toda la inflicción de un mal es legal. De lo cual se sigue que si un súbdito, de hecho o de palabra, con conocimiento y deliberadamente, niega la autoridad del representante del Estado (...), puede legalmente hacérsele sufrir cualquier daño que el representante quiera, ya que al rechazar la condición de súbdito, rechaza la pena que ha sido establecida por la ley y, por consiguiente, padece ese daño como enemigo del Estado"[57].

Finalmente, Jakobs recurre también a la doctrina de Kant para fundamentar sus planteos. Sostiene Jakobs que la idea del *enemigo* la formula Kant en el contexto de sus disquisiciones en relación al tránsito entre el estado de naturaleza y el

[56] Citado por JAKOBS, Günther, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", p. 27.

[57] HOBBES, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, trad. de Manuel Sánchez, Editorial Universitaria de la Universidad de Puerto Rico, 1968, pp. 259-260.

estado ciudadano[58]; en ese ámbito, Kant sostiene: "aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva (...) de la seguridad (necesaria), y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa *(facto)*, sí por la ausencia de legalidad de su estado *(statu iniusto)*, que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad"[59]. Justamente, quien debe abandonar la vecindad no es otro que el *enemigo*.

La respuesta penal frente al *enemigo*, reconoce Jakobs, tampoco autoriza una intervención irracional sobre aquél, en la medida que posee una personalidad potencial: "Si esta garantía –cognitiva– no se da o incluso es denegada de forma expresa, el Derecho penal pasa a ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo. Esto *no significa que entonces esté todo permitido*, incluso una acción sin medida"[60].

## IV. EL NECESARIO RECHAZO AL *DERECHO PENAL DE ENEMIGOS*

Desde nuestra perspectiva, solo puede ser calificado como Derecho penal el que Jakobs denomina *Derecho penal de ciudadanos*, denominación que se constituye, como adecuadamente sostiene Cancio Meliá, en un *pleonasmo*. El *Derecho penal de enemigos* es una contradicción de términos[61]. El *De-*

[58] JAKOBS, Günther, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", p. 30.

[59] Citado por JAKOBS, Günther, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", p. 30.

[60] JAKOBS, Günther, "La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (Comentario)", trad. de Teresa Manso, en: Eser, Albin/Hassemer, Winfried/Burkhardt, Björn (Coords.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 58 (entrelineado y cursiva nuestra).

[61] CANCIO MELIÁ, Manuel, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", trad. de Manuel Cancio, en: JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp.

*recho penal de enemigos* sería una suerte de modelo de no-derecho para enemigos[62].

Y, en efecto, el *Derecho penal del enemigo* plantea una absoluta contradicción en los términos, en primer lugar, porque a través de aquél es el Estado, no el criminal, "quien cae al nivel de un animal salvaje"[63], y, en segundo término, porque el sobredimensionamiento de la seguridad lleva necesariamente a un Estado de características policíacas e, incluso, al terror estatal[64].

Estamos pues frente a más de lo mismo. Conviene recordar que el *centro de gravedad* del Derecho penal se ubica en el ámbito de la legislación antiterrorista[65], lo que nos remite –nuevamente– al famoso discurso de emergencia que, como bien precisa Zaffaroni, no es nada nuevo en Derecho penal: "vivimos ochocientos años de emergencia y las hubo para todos los gustos"[66].

Por esta razón, sostiene Zaffaroni que los discursos de emergencia y punitivismo mantienen siempre una misma es-

---

25-26; POLAINO NAVARRETE, Miguel, "La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿Más Derecho penal?", en JAKOBS, Günther y POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática y política criminal*, Grijley, Lima, 2006, p. 73.

[62] MIRA BENAVENT, Javier, "Un modelo de control penal: El no-derecho", en Portilla Contreras, Guillermo (Coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, p. 177.

[63] SCHÜNEMANN, Bernd, ob. cit., p. 180.

[64] BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "In-seguridad y lucha contra el terrorismo", en LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco (Coords.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 403; en términos generales, sostiene Lolita Aniyar de Castro: "El autoritarismo generalmente se sostiene en una propuesta de seguridad; véase: ANIYAR DE CASTRO, Lolita, "El abolicionismo en marcha: Nuevos modelos de control. Participación ciudadana y policía comunitaria. El caso de América Latina", en: *Cahiers de défense sociale*, 2003, p. 56.

[65] CANCIO MELIÁ, Manuel, "¿'Derecho penal' del enemigo?", p. 85.

[66] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El origen y evolución del discurso crítico en el Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 28.

tructura reconducible al *Malleus Maleficarum* inquisitorial. En efecto, recuerda Zaffaroni cómo la evolución del Derecho penal ha significado siempre una disputa entre los discursos de emergencia y garantías.

Si el propósito del Derecho penal es, como precisa Cancio Meliá, demonizar a cierta clase de infractores en la medida que se trata de una categoría construida a partir de la *actitud interna del autor*, ¿no volvemos acaso al Derecho penal de autor?[67].

Por otra parte, reconocer que existen enemigos que carecen del estatus de persona parece reconducir el Derecho penal de enemigos a un Derecho de guerra[68]. El planteo político-criminal del Derecho penal de enemigos supone una suerte de confusión, nada nueva por cierto, entre el Derecho penal y la guerra, lo que –como bien destaca Prittwitz[69]– no resulta cuestión novedosa en panoramas legislativos como el norteamericano, en los que la referencia a la *war on crime* es un elemento consustancial a aquél.

Desde esa perspectiva, cualquier intento de calificar al ser humano como *enemigo* o *no persona* debe ser rechazado, pues colisiona con el contenido esencial del programa político criminal del Estado de Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del Derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

ANIYAR DE CASTRO, Lolita, "El abolicionismo en marcha: Nuevos modelos de control. Participación ciudadana y policía

[67] CANCIO MELIÁ, Manuel, "¿'Derecho penal' del enemigo?", pp. 93-94.

[68] PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, p. 73.

[69] PRITTWITZ, Cornelius, "Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?", p. 107.

comunitaria. El caso de América Latina", en *Cahiers de défense sociale*, 2003.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BARATTA, Alessandro. "Integración-prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", trad. de García Méndez y Huertas Sandoval, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 24, Edersa, Madrid.

BERGALLI, Roberto, "Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la modernidad tardía", en Losano, Mario, y Muñoz Conde, Francisco (Coords.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1994.

– "In-seguridad y lucha contra el terrorismo", en Losano, Mario, y Muñoz Conde, Francisco (coords.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", trad. de Manuel Cancio, en Jakobs, Günther, y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

CARAMUTI, Carlos Santiago, "Dogmática y política criminal de la víctima en relación a la titularidad y ejercicio de la acción penal", en *Ciencias Penales Contemporáneas*. Revista de Derecho penal, procesal penal y criminología, N° 1, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

GÓMES, Luiz Flavio, "Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)", inédito.

HOBBES, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, trad. de Manuel Sánchez, Editorial Universitaria de la Universidad de Puerto Rico, 1968.

JAKOBS, Günther, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", trad. de Manuel Cancio, en Jakobs, Günther, y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

– *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

– "Imputación jurídico-penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma", trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2000.

– "La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (Comentario)", trad. de Teresa Manso, en Eser, Albin/Hassemer, Winfried/Burkhardt, Björn (Coords.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

– "*La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*", en El mismo, *Estudios de Derecho penal*, trad. de Enrique Peñaranda, Carlos Suárez y Manuel Cancio, Civitas, Madrid, 1997.

– "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", trad. de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günther, y Cancio Meliá, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000.

– *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de M. Cancio y B. Feijoo, Ángel Editor, Distrito Federal, 2003.

– "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, en El mismo, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra, Lima, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich, y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Deecho penal. Parte General*, trad. de Miguel Olmedo, Comares, Granada, 2002.

KINDHÄUSER, Urs, "La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad", trad. de Percy García Cavero, en: Luzón

Peña, D., y Mir Puig, Santiago (dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1999.

MEZGER, Edmund, "¿Hasta qué punto están incluidos los asociales en las medidas esterilizadoras?", trad. de F. Muñoz Conde, en *Revista Penal*, N° 10, La Ley, Madrid, 2002.

MIRA BENAVENT, Javier, "Un modelo de control penal: El no-derecho", en Portilla Contreras, Guillermo (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, "Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs", en Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco, "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los 'extraños a la comunidad'", en *Revista Penal*, N° 9, La Ley, Madrid, 2002.

– "La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo ¿Un paso para la 'solución final de la cuestión social'?", en *Revista Penal*, N° 10, La Ley, Madrid, 2002.

MÜSSIG, Bernd, "Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal", trad. de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N° 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2001.

PARMA, Carlos, *El pensamiento penal de Günther Jakobs. El Derecho penal del siglo XXI*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, "Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2001.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUAREZ GONZÁLEZ, Carlos & CANCIO MELIÁ, Manuel, *Un nuevo Sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, 1° ed., Grijley, Lima, 1998.

PERDOMO TORRES, José, "El concepto de deber jurídico", en Montealegre Lynett, Eduardo, (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, "La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿Más Derecho penal?", en Jakobs, Günther, y Polaina Navarrete, Miguel, *El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática y política criminal*, Grijley, Lima, 2006.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", en Portilla Contreras, Guillermo (Coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius, "Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho penal?", trad. de Juan Carlos Hortal Ibarra, en Mir Puig, Santiago, y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dirs.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.

REYNA ALFARO, Luis Miguel, "Derecho penal, ética y fidelidad al derecho: Una aproximación a las relaciones entre derecho y moral en el funcionalismo sistémico", en López Barja de Quiroga, Jacobo, y Zugaldía Espinar, José Miguel (Coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo,* t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.

RIQUERT, Fabián, y PALACIOS, Leonardo. "El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes", en *La Ley. Revista Universitaria*, N° 3, Buenos Aires, 2003.

RODRÍGUEZ DELGADO, J., "La teoría de los sistemas y la prevención general positiva", en *II Congreso Internacional de Derecho penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, trad. de Diego Luzón/Miguel Díaz/Javier de Vicente, Civitas, Madrid, 1997. – "Problemas fundamentales del sistema del Derecho penal", en Roxin, Claus, y Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", trad. de Manuel Cancio Meliá, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 5, Lima, 1997.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, JM Bosch, Barcelona, 1992.

URQUIZO OLAECHEA, José, "El bien jurídico", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 6, Lima, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El origen y evolución del discurso crítico en el Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2004.

# DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y AMPARO DE LIBERTAD

ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL*

## 1. INTRODUCCIÓN

Cabalgando a lomo de la primera década del siglo XXI, que es para muchos el siglo de la globalización –por lo menos de la pobreza–, somos testigos de una *dialéctica de las contradicciones* que caracteriza a los sistemas penales en el país, en la región y en el mundo del ciberespacio y de la autopista de la información.

Por una parte, seguimos alimentando la propuesta de un *discurso penal garantista* con asistencia plena de las garantías propias de un Estado de Derecho, cuyo mayor icono doctrinal es para muchos el profesor Luigi Ferrajoli[1] y su desarrollo de las propuestas de un *Derecho penal mínimo,* con respecto del que mencionábamos en el año 1988, "*el Derecho penal mínimo debe asomar como tutela de derechos fundamentales y la ley penal como la ley del más débil. De acuerdo con lo antes expresado, lo que se pretende es minimizar la violencia en la sociedad, porque tanto el delito como la venganza son razones construidas que se enfrentan en un conflicto violento resuelto*

* Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Catedrático de Criminología, Derecho penal y Derecho procesal penal de las Universidades Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, Católica de Santiago de Guayaquil y del Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales "Dr. Jorge Zavala Baquerizo" de la Universidad de Guayaquil, Ecuador.

[1] FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Trotta, Madrid, 1997.

*por la fuerza, la fuerza del delincuente y la fuerza de la parte que se siente ofendida o lesionada. Si la venganza es incierta porque se llegare a abolir todo sistema punitivo, se institucionalizaría el abuso a través de la venganza incontrolada y sin parámetros reguladores de parte de la víctima del delito o de sus allegados"*[2].

El mismo profesor Luigi Ferrajoli nos recuerda "que el Derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en la que se la justifique y circunscriba, es, en efecto, una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo"[3]. Reseña que, en la concepción de Montesquieu y Condorcet, el más "terrible" y "odioso" de los poderes es la potestad de juzgar y de castigar, porque es el que se ejerce de la manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma más conflictiva la relación entre Estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales.

Con una propuesta calificada como *minimalista* y necesaria para una convivencia social equilibrada, seguramente pensamos en la advertencia del profesor de Munich, Claus Roxin, de que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo *mediante* el Derecho penal, sino *también* del Derecho penal. En expresiones del profesor Roxin, "el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del 'Estado Leviatán'. Como instrumentos de protección que brinda el Estado, hemos visto ya el principio de culpabilidad y el principio de proporcionali-

[2] ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Temas de Derecho Penal y Criminología*, Offset Graba, Guayaquil, 1988, p. 62.

[3] FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 21.

dad, principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras"[4].

En la orilla opuesta, nos encontramos con la consolidación de un *discurso de la emergencia* y la clara propuesta de un *Derecho penal del enemigo*. Aunque se advierte que Derecho penal de la emergencia, que se traduce en una propuesta de *Derecho penal máximo* con un claro recorte de garantías constitucionales y procesales, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia, le damos este calificativo a partir de una de las publicaciones del profesor de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs[5], que nos advierte que esta construcción de un *Derecho penal del enemigo* es la negación de un *derecho penal* del ciudadano. La sociedad de la posmodernidad ha ido creando la figura del *enemigo*, como la de aquel sujeto que debe estar desprovisto de las garantías propias del Estado de Derecho, porque ya mediante su comportamiento individual o como parte de una organización criminal (nadie duda de que vivimos la era de la tecnocriminalidad y de la delincuencia organizada trasnacional), abandona el Derecho de manera irreversible pues no se trata de un delincuente ocasional. Su comportamiento es de por sí un peligro sostenido y permanente con un perfil patológico de perversión irrecuperable. El paso del *ciudadano* (sujeto normal) al *enemigo* (sujeto anormal) se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente se integrará a verdaderas organizaciones delictivas de cuya estructura va a ser parte. Ante la dimensión de este perfil patológico de perversión y criminalidad, debe surgir un ordenamiento jurídico especial, hoy denominado *Derecho penal del enemigo*, pero que, a lo largo de la historia, hemos visto como el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a los imputables peligrosos.

[4] ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña y otros, t. I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003, p. 137.

[5] JAKOBS, Günther, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

## 2. PRETENDIDA LEGITIMACIÓN DEL *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*

Nos encontramos con un Derecho penal incluso de la anticipación a los hechos criminales, como una propuesta de protección penal, que va a conllevar un discurso de aumento de penas, la transformación de la legislación penal en un arma de lucha contra el enemigo, al que hay que enfrentar socavándole sus garantías procesales, desconociéndole hasta el derecho al reclamo mediante instituciones como las del *amparo de libertad*. El *Derecho penal de la emergencia* termina por legitimar el abuso frente a lo que se considera una situación excepcional, que creada por el *enemigo* es castigada de inicio con la propia renuncia a sus garantías personales. El recorte de garantías y beneficios de excarcelación se trasladan al propio Derecho procesal penal, con la creación de institutos como la prisión preventiva no excarcelable ni sustituible frente a cierto tipo de delitos como los de criminalidad organizada, terrorismo, delincuencia macroeconómica, tráfico de drogas ilegales, pornografía infantil, etcétera. En estos casos se pretende encontrar su legitimación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial o futuro, la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros. Claro que sabemos anticipadamente que *no va a disminuir la tasa de criminalidad* no obstante la gigante maquinaria de demolición de garantías propias de un Estado de Derecho, pero ésta es la propuesta retroalimentada a raíz de sucesos que conmovieron a la comunidad internacional como el atentado a las torres gemelas, del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, o el perpetrado el 11 de marzo de 2004 en Madrid.

Ante la aprobación del anteproyecto de ley orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que aprobó el gobierno español, el profesor Francisco Muñoz Conde[6], catedrático de la Universidad Pablo de

[6] MUÑOZ CONDE, Francisco, "¿Hacia un derecho penal del enemigo?", publicado en *El País*, el 15-1-2003.

Olavide de Sevilla, expresaba que éste "constituye probablemente uno de los cambios más espectaculares que se ha producido en la política penal española de los últimos cincuenta años. Ni siquiera en las épocas más oscuras y duras de la dictadura franquista o en los años más inseguros y difíciles de la transición democrática se llegó a proponer una prolongación de la duración de la pena de prisión a 40 años, y mucho menos a obligar que esos 40 años se tengan que cumplir íntegramente, sin ninguna posibilidad de reducción temporal a límites más soportables humanamente y compatibles con la idea de reinserción social". Una de las propuestas de este nuevo *Derecho penal del enemigo* es que deja abierta la posibilidad de algún tratamiento de beneficio si hay alguna colaboración activa más allá del arrepentimiento, exigiendo un cambio ideológico y hasta la *delación* de sus compañeros en actos de terrorismo, cuando se sabe que la figura del "arrepentido" tiene, generalmente, una repulsa incluso de parte de quienes no comparten la *ética* o la *moral* del terrorismo.

Muñoz Conde nos recuerda que, según Jakobs, en *el Derecho penal del enemigo,* el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. El problema que plantea este *Derecho penal del enemigo* es su difícil compatibilidad con los principios básicos del Derecho penal del Estado de Derecho, porque, ¿dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?, ¿quién define al enemigo y cómo se lo define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley? Por nuestra parte, agregamos que ésta es una propuesta de *Derecho penal de autor,* pues se etiqueta al ciudadano como *enemigo* y luego se lo va a liquidar por su calidad de *enemigo* aunque no fuese responsable ya de ningún acto. El catedrático de Sevilla, Muñoz Conde, expresa su preocupación porque este *Derecho penal del enemigo* es una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho.

El tema no es nuevo, el profesor Claus Roxin al defender el fortalecimiento de un *Derecho penal de acto* frente a los abusos de un *Derecho penal de autor*, recuerda la ley de delincuentes habituales, de 1933, en Alemania, atribuyéndole a Mezger haber sostenido la "culpabilidad por la conducción de la vida" que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto, decisiva para la mayoría de los delitos, porque solo aquélla parecía en condiciones de explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos como "pena", es decir, como respuesta a la culpabilidad[7]. En la pretendida legitimación de Mezger de esta suerte de Derecho penal autoritario, *la culpabilidad jurídico-penal del autor no es solo culpabilidad por el hecho aislado, sino también su total culpabilidad por la conducción de su vida, que le ha hecho "degenerar"* (el resaltado es nuestro). Esa culpabilidad por la conducción de vida abarca toda la personalidad del autor, su haberse-hecho-así por llevar una vida equivocada y, en esa medida, es una concepción propia del *Derecho penal de autor*. Esas propuestas maximalistas se consolidan por las regulaciones del Derecho penal de guerra del régimen nazi, dictándose ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo (5-9-39) y contra delincuentes violentos (5-12-39). Como recuerda Roxin "los esfuerzos de la doctrina científica se encaminaron a restringir dichas leyes vagamente formuladas y con penas draconianas, sosteniendo que no debía someterse a ellas todo aquel cuya conducta se hubiera podido subsumir en el tenor literal de dichos preceptos, sino que se exigía que solo se aplicaran los preceptos cuando el autor mediante su conducta se hubiera mostrado 'conforme a su ser' como un típico 'sujeto nocivo para el pueblo' o un típico 'delincuente habitual'"[8]. Esto ha ocurrido y sigue ocurriendo en Ecuador como veremos posteriormente.

Sostenemos que hay que evitar la presencia de un Derecho penal autoritario y abusivo, pues sus efectos son de pro-

[7] ROXIN, Claus, op. cit., p. 180.

[8] ROXIN, Claus, op. cit., pp. 181-182.

nóstico reservado y conllevan un ejercicio abusivo del poder de definición que en un momento determinado tiene quien o quienes dirigen el Estado, que pueden liquidar a sus opositores con la manipulación de un *Derecho penal de la emergencia.* Personalmente nos parece tan repudiable el abuso en las cárceles en Irak que constituyeron una vergüenza para la humanidad por la ausencia del respeto mínimo a la persona y a su dignidad, como lo que ocurre con los presos en la base militar de Guantánamo, que es *la cárcel del enemigo,* o lo que ocurre en las cárceles cubanas con los presos de conciencia, que son, para el régimen de Fidel Castro, el *enemigo.*

El profesor Raúl Zaffaroni[9] hace importantes apuntes sobre el desarrollo del concepto de *peligrosidad* como argumento legitimante de los Estados de policía antimodernos, y las posiciones extremas en el nacionalsocialismo alemán más graves que las conocidas en el fascismo: "basado en la *comunidad del pueblo,* fundada sobre la *comunidad de sangre y suelo* –sostenida por el *mito de la raza*– las leyes nazis se proponían la defensa de la pureza racial frente a la contaminación de *filos* genéticos inferiores. Por ello la pena no tenía contenido preventivo, sino solo de defensa frente a cualquier delito, que era considerado ataque al pueblo alemán. Por ley de 1933 se penó el mero proyecto de algunos delitos; en 1935 se penaron por igual los atentados a jerarcas del partido que a los funcionarios; en 1936 se penaron las relaciones sexuales y los matrimonios *interraciales*; se diferenciaron las penas de muerte: fusilamiento para militares, decapitación con hacha para delincuentes comunes y horca (infamante) para los delitos políticos que eran juzgados por tribunales especiales (el *tribunal del pueblo* establecido en 1934). En 1933 se introdujo la esterilización como *medida de seguridad* y la castración para algunos delitos sexuales. En 1935 se eliminó el principio de legalidad con la consagración legal de la analogía en el

[9] ZAFFARONI, E. Raúl, *Derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 320.

artículo 2° del *StGB* –Código Penal alemán– por el siguiente texto: *Es punible el que comete un acto declarado punible por la ley, o que conforme a la idea fundamental de una ley penal y al sano sentimiento del pueblo, merece ser punido. Si ninguna ley penal es directamente aplicable al acto, el acto se pena conforme a la ley en que se aplique más ajustadamente a la idea fundamental".* Ésta es la más depurada expresión de un *Derecho penal del enemigo* a partir del mito de la superioridad de la raza aria, con la que se pretendió legitimar todo el perverso holocausto.

Italia también ha vivido lo que el profesor Luigi Ferrajoli denomina el *subsistema penal de excepción* nacido por una cultura de la *emergencia* que seguramente se legitima por los embates del crimen organizado y del terrorismo. Esto ha conllevado a un cambio de paradigma del sistema penal italiano durante los años setenta y ochenta y una acentuación de su discrepancia respecto del modelo de legalidad penal diseñado en la Constitución y heredado de la tradición liberal. Como dice el profesor citado, "no comprenderíamos, sin embargo, la naturaleza de este fenómeno si no identificáramos sus raíces en la legislación de excepción y en la jurisdicción no menos excepcional que en estos mismos años han alterado tanto las fuentes de legitimación política del Derecho penal como sus principios inspiradores. La cultura de la emergencia y la práctica de la excepción, incluso antes de las transformaciones legislativas, son responsables de una involución de nuestro ordenamiento punitivo que se ha expresado en la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal premoderna, además de la recepción en la actividad judicial de técnicas inquisitivas y de métodos de intervención que son típicos de la actividad de policía" [10].

## 3. La Constitución Política y su discurso de garantías

En el marco teórico constitucional y como la herencia más

[10] FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 807.

importante de la *constituyente* de 1997, tenemos desde el 11 de agosto de 1998 una nueva Constitución Política de la República, que consagra un discurso de garantías constitucionales, necesario para la consolidación de un Estado de Derecho, aunque encontremos en la realidad severas contradicciones con la operatividad de un sistema penal y procesal penal, que retoma la propuesta de un *Derecho penal del enemigo*.

Tales garantías sí existen formalmente en la Constitución Política de la República del Ecuador, que en el art. 24 consagra los principios del derecho a un debido proceso, estableciéndose: el principio de legalidad, el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente, el *in dubio pro reo*, la proporcionalidad entre la pena y la infracción penal, los sustitutivos de las penas privativas de la libertad, la caducidad de la prisión preventiva, la motivación de las medidas de aseguramiento y en general de las resoluciones de los poderes públicos, el principio de la incoercibilidad del imputado, el derecho a declarar en lengua materna, la presunción de inocencia, el derecho a ser informado de cualquier indagación en contra de un ciudadano, el respeto al juez competente, el derecho a la no incriminación acogiéndose al "derecho al silencio", la asistencia legal obligatoria, la inviolabilidad del derecho a la defensa, el respeto al derecho al contradictorio, la falta de eficacia probatoria de las actuaciones cumplidas con violación de la Constitución o las leyes, el respeto al *non bis in idem*, y el derecho a acudir a los órganos judiciales en procura de una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses.

### 4. SITUACIÓN PROCESAL DEL REO Y DURACIÓN DEL PROCESO PENAL

Debemos referirnos al Informe Anual sobre la Región Andina, de enero de 2004, que publica una ONG de reconocido prestigio institucional, que es la Comisión Andina de Juristas [11]. En este importante informe llamado *Los desencuentros*

[11] Se puede revisar Comisión Andina de Juristas, *Los desencuentros del poder. Informe Anual sobre la región andina 2003*, Lima, CAJ, 2004, http://www.cajpe.org.pe.

*del poder*, en su Capítulo VI, denominado "La justicia y sus problemas", que corre de fs. 155 a 182, al referirse al Ecuador, nos dice que "los hechos ocurridos en el año 2003 han contribuido a la continuación del deterioro de la Función Judicial. Hoy más que antes se cuestiona la falta de independencia de la judicatura por el grado de politización al que ha sido llevada la designación de los integrantes de la Corte Suprema. También apreciamos algunos obstáculos en la aplicación del nuevo modelo de justicia penal, la existencia de problema de orden funcional por los permanentes enfrentamientos entre el Consejo Nacional de la Judicatura y las otras instituciones que integran la Función Judicial por el tema disciplinario.

"La función ejecutiva, por su parte, haciéndose eco de las demandas sociales de mejora de la judicatura, viene promoviendo su reorganización y despartidización, situación que por provenir de una función distinta de la judicial resultó cuestionada por diversos sectores, pero fundamentalmente por la propia judicatura". Sigue el Informe Anual de la Comisión Andina de Juristas, con una mirada rápida a la reforma procesal penal, así como a otras reformas en el ámbito normativo para analizar en el Subtema 4.6, "La crisis carcelaria". En este ámbito específico, dice el Informe: "la base de la corrupción del sistema penitenciario es la desorganización" y que "las cárceles están en manos de los presos", según palabras, a inicios de año, del director de Planificación de la Dirección de Rehabilitación Social del Ecuador, Guido Boada, al presentar el estudio sobre cárceles realizado por la Escuela Politécnica Nacional y la Fundación Esperanza, que consta en la p. 173 del Informe Anual de la Comisión Andina de Juristas y describe claramente el estado de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social y lo dificultoso que resulta administrar esa dependencia del Estado sumergida en crisis desde hace varios años.

El estudio realizado por la Escuela Politécnica Nacional y la Fundación Esperanza demuestra que en las dos principales cárceles de Ecuador (Quito y Guayaquil) hay libre tráfico y consumo de drogas, la corrupción campea, los presos y sus familias tienen que pagar por los servicios mínimos que

les otorga el Estado y existe una epidemia de enfermedades de transmisión sexual completamente desatendida. La razón de esta situación, según el estudio, sería la inaplicación del método progresivo, mediante el cual se clasifica a los presos de acuerdo a su grado de peligrosidad. Similar diagnóstico consiguió la Comisión de Derechos Humanos del Congreso con base en un trabajo de campo en 15 cárceles al concluir que "en esos mal llamados centros de rehabilitación se violan constantemente los derechos humanos, hay torturas, muertes por negligencia, droga y corrupción".

Ante esta situación de crisis, las expectativas sobre lo que pueda lograr el Consejo Nacional de Rehabilitación Social, al dejar expedita la entrada en vigor de la iniciativa privada, disposición dictada en el marco de lo dispuesto por el Reglamento de Prestación de Servicios para la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, publicado en el Registro Oficial N° 23, de febrero de 2003. La posibilidad de que la iniciativa privada participe en la prestación de todos los servicios que el Estado proporciona para ejecutar las penas y rehabilitar a los internos de los centros carcelarios y de detención provisional del país son crecientes, pese a las reacciones de los operadores del servicio de vigilancia y seguridad de los internos que se produjo en una huelga nacional de 48 horas en marzo de 2003. También hay incertidumbre sobre el curso del Proyecto de Ley Orgánica de Ejecución de Penas, que se encuentra en el Congreso Nacional y que vendría a modificar la ley vigente que, con parches y remiendos, tiene alrededor de 20 años.

Con ese proyecto –que en lo personal no conocemos en detalle– se procura despolitizar el sistema penitenciario que se encuentra en manos del Ejecutivo (a través del Ministerio de Gobierno) y conformar un Consejo Nacional de Rehabilitación Social, totalmente técnico, integrado por representantes de los tres poderes del Estado y de la sociedad civil. El Proyecto alienta el buen comportamiento y estimula el trabajo y la educación de los prisioneros para lograr reducciones notables de las penas y estados de prelibertad y libertad controlada que permitan una mejor rehabilitación social.

La percepción que se tiene del manejo de la cosa pública

ecuatoriana no es de lo mejor en el exterior o en publicaciones internacionales, recordemos la reciente, de Transparencia Internacional, cuyo informe nos llegó por conducto de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo de Quito, de la que somos parte, siendo la CLD también el Capítulo de Ecuador de Transparencia Internacional, con la Dra. Valeria Merino como su directora. Sabemos que, de acuerdo con el Latinobarómetro para medir la corrupción, estamos segundos en Latinoamérica después de Paraguay, con una mejora de dos décimas de punto del nivel de credibilidad en 2003, que era de 2.2 en la escala de diez, y ahora es de un 2.4. Se sigue reclamando por la designación de Contralor, tampoco se ha elegido al defensor del Pueblo, no se consolida la institucionalidad de la función judicial, aunque sobre esto la posición de la CLD-TI es que el Ejecutivo no trate de interferir en el manejo independiente de los problemas internos de la función judicial, y en el respeto a su autonomía e independencia. Por otro lado, la percepción es que hay corrupción en el sector público y nepotismo en el manejo del gobierno, y un pretendido debilitamiento de un organismo como la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, que nació como respuesta a un clamor ciudadano, entre otros males [12].

A raíz de la decisión del Congreso Nacional del 8 de diciembre de 2004, que dio paso a la cesación de la Corte Suprema de 1997 y a una interpretación forzada de la inexistente competencia de la legislatura que terminó con la designación de una nueva Corte Suprema llamada "de transición", el deterioro institucional se ha agravado, sin salidas racionales a la crisis de ilegitimidad que provocó la cuestionada acción del Congreso, con la intervención de organismos de la OEA y de la ONU en el tema *justicia en Ecuador.*

[12] Se debe revisar el documento *Transparencia ahora. Informe de Transparencia Internacional Ecuador, N° 6, editado por la CLD,* octubre de 2004.

## 5. LA FINALIDAD DE LA CÁRCEL COMO *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*

Nos formulamos una gran pregunta: ¿para qué sirve la cárcel? Parodiando a un extraordinario y querido amigo, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, hoy magistrado de la Corte Suprema en la Argentina, diríamos que "no sabemos para qué sirve la cárcel", o, dicho mejor, "sabemos para qué no sirve", porque no rehabilita, no reeduca y no resocializa, y éste no es el fúnebre privilegio de la cárcel ecuatoriana, pues la cárcel en general es una verdadera maquinaria de demolición de la personalidad, y aunque suene a una utopía, durante muchos años venimos escuchando que "la mejor cárcel es la que no existe", como dijera la doctora Lolita Aniyar De Castro, apreciada y eminente criminóloga venezolana. Pero la verdad es que tenemos cárcel para mucho rato y por mucho tiempo. Entonces, no nos queda otra vía posible que mejorarla, pues la pena que se termina pagando en la cárcel, en las condiciones que se cumple, no tiene *ninguna finalidad de prevención especial* porque no reeduca al reo o *ninguna finalidad de prevención general por la intimidación*, aunque no estoy tan seguro, porque la cárcel es un verdadero infierno o "expreso de medianoche".

De lo que sí estoy seguro es de que la pena y la cárcel son la más depurada expresión de un acto de venganza oficial del Estado contra el interno, de manera que, apreciada así, es la *consolidación de retribución pura*. El discurso perverso de su cumplimiento y ejecución, *no* nos permite pensar en otra respuesta que en un acto de venganza y de retribución o compensación por el mal causado. No se puede seguir desconociendo el rol de la cárcel como medio idóneo y eficaz de un conjunto de estrategias que conocemos como *control social*, de manera que la cárcel, al igual que la pena, cumple también una propuesta instrumental que, aunque deslegitimada por las contradicciones entre las funciones declaradas y las conseguidas, es funcional para los fines que subyacen en su ideología [13].

[13] ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, Offset Graba, Guayaquil, 1996, pp. 175-176.

Sin pecar de siniestros, recordemos que en el art. 45 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social[14] está consagrada la pena de muerte bajo una forma modal de ejecución extrajudicial, pues este artículo dice: "Justificación del uso de armas". No cometen infracción los funcionarios, empleados y guías encargados de la custodia de los internos, dentro o fuera de los centros de rehabilitación social, si, para mantener dicha custodia, tienen necesidad de hacer uso de sus armas, sea para sofocar amotinamientos, recapturar prófugos o contener y evitar fugas, siempre que no tengan otro medio idóneo para impedir tales hechos". En la práctica ,puede darse el caso de una ejecución sumaria de un interno que se fugue de un centro carcelario, y, sin estar en un caso de legítima defensa personal, podría el guía o custodio dispararle por la espalda, y aunque esto en teoría sería una forma modal de asesinato, por actuar con alevosía y ventaja, esa conducta estaría legitimada por la disposición del Código de Ejecución de Penas, no obstante que la fuga o evasión *per se* no constituye infracción punible de parte del interno que se evade. Esa grave contradicción aún no ha sido superada, y reafirma la vigencia de un *Derecho penal del enemigo* en la legislación penitenciaria ecuatoriana.

### 6. ENCUENTRO DE LAS REFORMAS PENALES CON UN *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*

El Código Penal vigente es el de 1938, al que se le han ido agregando parches y remiendos provenientes de dictaduras militares o del propio Congreso Nacional. Tanto la Universidad como foros calificados de abogados o profesores especializados en la materia hemos estado al margen de las reformas, y por ello han respondido más a una propuesta maximalista propia de un *Derecho penal del enemigo*, que es políticamente redituable, aunque se las maneje sin criterio técnico. Sin duda, en el Código de 1938, se nota la presencia

[14] Cfr. ley 95, de 1982.

del positivismo penal italiano, que era la corriente de moda para la época, afirmando por nuestra parte que el código vigente es una especie de simbiosis del Código Penal francés de 1810, del belga de 1880 y del antiguo Código Penal italiano. Entre el primer Código Penal de Ecuador, de 1837, y el último, de 1938, pasaron 101 años, en los que lo más importante fue la supresión de la pena de muerte, con el tercer código del general Eloy Alfaro de 1906.

Mediante decreto supremo del 26 de junio, que entró en vigencia el 4 de julio de 1978, se creó la reclusión mayor especial de dieciséis años y un día a veinticinco años, para delitos graves como los de asesinato, violación agravada, robo agravado, etcétera. Este aumento de penas fue eliminado por el Congreso de la República mediante decreto-ley del 1° de octubre de 1979 que estableció como pena máxima la de hasta 16 años de reclusión mayor extraordinaria.

Mediante ley 108, de 1990, se dictó la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que consagró propuestas de Derecho penal máximo, con recorte de garantías constitucionales como la consulta necesaria para hacer efectiva la cesación o revocatoria de medidas cautelares de aseguramiento personal o las reales, la inversión de la carga de la prueba, la presunción de culpabilidad, la pérdida de beneficios carcelarios como la pre-libertad y la libertad anticipada o vigilada, así como el agravamiento de la pena en caso de concurso de delitos, que la convierten en un estatuto penal de excepción. La Ley de Drogas del Ecuador responde al discurso del *Derecho penal del enemigo,* aunque nuestra propuesta abolicionista es suficientemente conocida y simplemente la recordamos de paso [15].

El 9 de septiembre de 1992, mediante Ley 04, y como reforma al Código Penal (art. 114), se estableció la caducidad de la prisión preventiva si la persona estaba detenida por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Códi-

[15] Cfr. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Cárcel y drogas. De la represión a la legalización,* Edino, Guayaquil, 1994.

go Penal como pena máxima, sin que se hubiese dictado auto de sobreseimiento o de llamamiento a juicio. Igualmente debe disponerse la libertad si no hubiese recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido en el Código Penal como pena máxima por el delito. Se excluyeron del beneficio los casos de narcotráfico, aunque tal restricción fue declarada inconstitucional por razones de fondo, mediante resolución del Tribunal Constitucional del 16 de diciembre de 1997.

Con la Ley 106, del 21 de julio de 1998, se amplió la adecuación típica en caso de delitos sexuales, así como de proxenetismo y corrupción de menores. En 1999 se tipificó como forma modal de estafa el fraude en el pago del precio real de la caja de banano, mediante ley 99-48 del 27 de diciembre. Mediante ley 99-49, del 25 de enero de 2000, el Congreso de la República creó los Delitos contra el Patrimonio Cultural, así como los Delitos contra el Medio Ambiente, que incluye los ecológicos. Se ha creado mediante Ley 2000, del 30 de junio del 2000, el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, para tratar de frenar el denominado "coyoterismo" o tráfico de personas que son igualmente estafadas. Esto no ha frenado la migración que se produce por razones eminentemente sociales y económicas, y que se considera el primer rubro de ingreso de divisas para el Estado por las remesas o envío de dineros, en un estimado de 1500 millones de dólares por año.

No existe un proceso de reforma para la *ley sustantiva penal*, aunque hay un proyecto de nuevo Código Penal de mi autoría en el Congreso Nacional desde 1997, del que se ha tomando ya para una reforma parcial el Capítulo de los *Delitos Ecológicos*. Lo que ha existido es una propuesta ya consolidada, de aumento de penas para llegar hasta la máxima penalización de 25 años en casos de violación agravada, secuestro agravado con muerte del secuestrado y asesinato. Existe la posibilidad de llegar hasta los 35 años en el caso de un concurso ideal de infracciones reprimidas con reclusión mayor especial, que es de 16 a 25 años. Probablemente por un mal manejo de la teoría del delito, se olvidaron los autores de la reforma que existe el concurso real de infracciones

penales, caso en el que también debería funcionar la acumulación técnico-jurídica de las penas, del art. 81 reformado del CP nuestro. No conocemos aún un caso en que se haya aplicado esta penalización máxima, vigente desde el 28 de septiembre de 2001.

En materia penitenciaria ha habido un recorte de las conquistas de los internos, pues se suprimió la ley del 2 por 1, y hoy es de 180 días por cada cinco años. Esta reforma se dio igualmente el 28 de septiembre de 2001, con la ley 2001-47, caracterizada por un aumento de penas mediante la creación de la reclusión mayor especial antes indicada, de un sistema de acumulación reglada de hasta 35 años, y *por la reforma al Art. 33 de la Ley de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, que preveía la rebaja del 2 por 1,* que fue pulverizada por esta propuesta de Derecho penal máximo, propia de políticos y no de juristas, que utilizaron el argumento de que había necesidad de aumentar las penas en delitos sexuales y contra las personas, así como en el caso de secuestro y robo agravados con muerte de las víctimas.

El *Derecho penal del enemigo* seguramente produce mayores réditos políticos y de allí surge su funcionalidad. La propuesta de consulta popular del presidente Lucio Gutiérrez para tratar de legitimar la violación de la Constitución Política del Ecuador por parte del Congreso de la República el 8 de diciembre de 2004 es una clara evidencia de la utilización de este discurso maximalista, pues ante la falta de respaldo ciudadano a su propuesta, la ha reajustado y le agrega endurecer las penas en los delitos de narcotráfico, secuestro, homicidio, enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho, concusión, desaparición forzada de personas y violación [16].

De acuerdo con la Constitución Política vigente, son imprescriptibles las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por

[16] Diario EL UNIVERSO, 3-3-2005, sección política, p. 3A.

razones políticas o de conciencia. No cabe en estos casos el indulto o la amnistía (art. 23, num. 2, último inc.). Son igualmente imprescriptibles los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, y los procesos se pueden sustanciar hasta su conclusión, aun en ausencia de los acusados (art. 121 de la Constitución Política).

Una última propuesta de reformas está dirigida al tema de la pornografía infantil y de la prostitución infantil; hay cinco proyectos de distintos legisladores para octubre de 2004. Estas propuestas pecan de antitécnicas, porque desconocen que en el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, del año 2003, están correctamente definidos el maltrato de niños y adolescentes, la pornografía y prostitución infantiles y el tráfico de niños y adolescentes, cuya descripción típica debe ser tomada de ese cuerpo legal y extrapolarla al Código Penal. Una vez que esto se cumpla, se debe pasar a discutir y a establecer la penalización adecuada y justa, en función de la gravedad de los bienes jurídicos afectados. Por lo demás, hay que recordar que este tipo de delincuencia organizada trasnacional tiene un gran mercado de consumo en el primer mundo, con una economía subterránea que significa algunos miles de millones de dólares; y los explotados son los países pobres de la periferia, que sufren la depredación de su gran reserva moral que son los niños y adolescentes.

En palabras del profesor Raúl Zaffaroni, "a partir del reconocimiento de que la actual tendencia globalizante aumenta la conflictividad y los peligros, en lo que se ha llamado la sociedad de riesgo, la teoría que legitima el Derecho penal de riesgo desemboca en un *Estado preventivista*, que ahoga al Estado de derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. El Derecho penal de riesgo convierte los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo* cuando no se puede probar con certeza la producción del resultado, como también la reserva de la ley mediante la administrativización (...) a la ley penal no se reconoce otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión, o sea, un efecto *simbólico*, con lo cual se acaba en un *Derecho*

*penal simbólico*, o sea que no se neutralizan los riesgos, sino que se le hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, más claramente, se miente, dando lugar a un Derecho penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideologías" [17].

7. EL CAMBIO DE PARADIGMA PROCESAL PENAL

Puede ser sintetizando en las siguientes apretadas reflexiones.

En el *Código de Procedimiento Penal de 1983*, existía la etapa procesal del *sumario*, que se tramitaba exclusivamente por escrito y que se inspiraba en el modelo *inquisitivo*, con un juez penal que pretendía dirigir la investigación en el sumario, recibir pruebas de oficio o a petición de parte, las mismas que en muchas ocasiones y por la sobrecarga de trabajo eran recibidas por el personal subalterno de la judicatura. Esto nos podía conducir a que, *sin inmediación del juez con la prueba*, se podían disponer medidas cautelares de apremio personal y real, revocarlas o sustituirlas, sustanciar la etapa intermedia, y resolver la misma con o sin dictamen del fiscal, de manera que podía dictarse un auto resolutorio de llamamiento a juicio plenario sin acusación fiscal o sin acusación o querella del ofendido o víctima, o de quienes podían a su nombre ejercer el derecho de acusación.

La etapa del *plenario* que correspondería a la etapa del juicio seguía siendo escrita y llena de legajos, y la prueba que debía ser recibida por un Tribunal Penal constituido por tres jueces abogados se contraía a la incorporación de la prueba actuada por el juez penal mediante simple lectura o ratificación, con lo cual se incumplían los presupuestos de procedencia y validez constitucional que determinan que la prueba deba ser presentada ante el tribunal o juez de sentencia, de acuerdo con el *modelo acusatorio oral* del *Código de Procedimiento Penal de 2001*, y cumpliendo los principios de *oralidad* y *publicidad*, respetando el derecho de las partes para

[17] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., pp. 336-337.

ejercer el *contradictorio* en el momento de la presentación de la prueba, y haciendo efectivos igualmente los principios de la *continuidad* y *concentración*, así como el de la *inmediación* de la prueba con el juez de la sentencia.

Reconocemos que no existe un discurso mágico aplicable al sistema penal, pero creemos que, en el momento del balance y en la relación costo-beneficio, un modelo como el propuesto en el anteproyecto de 1998 por la CLD de Quito (Corporación Latinoamericana para el Desarrollo), que es el *modelo acusatorio oral* y luego convertido en ley, de plena vigencia desde el 13 de julio del año 2001, es un modelo más coherente con el conjunto de garantías constitucionales que se reclaman en un Estado de Derecho. Falta mucho por hacer en el ámbito del Ministerio Público, y, en "tiempos de ajuste", van surgiendo propuestas como las de la propia CLD, de noviembre de 2003, que publica un documento base para la consulta y el debate, que sugiere incluso la introducción de audiencias orales en las etapas previas al juicio.

Lo que está ocurriendo es que, salvo casos de excepción, el fiscal aún no ha aprendido a litigar, y la adecuada preparación y presentación de las pruebas, en la etapa del *juicio*, está impidiendo incluso la realización normal de las audiencias, y por ende las resoluciones de los tribunales penales. Aquí juegan un importante rol también los limitados recursos humanos y económicos de que dispone la fiscalía ecuatoriana, que justifica en muchos casos la inasistencia a las audiencias incluso preliminares o intermedias, así como la falta de defensores públicos. En cuanto a la función judicial, su presupuesto para el año 2004 fue de 134 millones de dólares, no obstante que el plan de trabajo para cumplir propuestas modernizadoras significaba una demanda real de 500 millones de dólares. El presupuesto de la función judicial en épocas generosas llega al 0,8% del presupuesto general del Estado, el gran sueño es llegar al 2% anual, cuando en países como Costa Rica es del 6%.

No existe aún implementado un *sistema auténtico de defensoría pública nacional*, sin cuya presencia no se puede hablar de la existencia de un modelo acusatorio real en el Ecuador. Existe ya la propuesta del proyecto de Ley Orgánica de

la Defensoría Pública Nacional en el Congreso de la República y la posibilidad de llegar a institucionalizar la defensa en el proceso penal, de manera técnica, imparcial y autónoma. Siempre resultará difícil superar viejas estructuras, porque incluso las organizaciones judiciales se mantienen apegadas a un sistema como el *inquisitorial*, en el que han tenido un enorme poder de decisión. Hay resistencia en promover la comunicación y coordinación con las otras entidades involucradas en la administración de justicia penal, por lo que resulta difícil aceptar la conveniencia de la *desestimación* en algunos de los casos que se presentan al Ministerio Público, de un uso racional del *principio de oportunidad* o de encontrar *soluciones alternativas* a conflictos penales, o hacer efectivo el *procedimiento abreviado*, o la *suspensión del proceso a prueba*, *los acuerdos reparatorios*, etcétera, y en general evitar la formalización de la justicia penal.

Sin una adecuada defensoría pública nacional, no se puede consolidar un procedimiento verdaderamente adversarial y acusatorio, pues el hecho cierto es que de los internos en las cárceles ecuatorianas, el 90% requiere asistencia profesional gratuita. La suma de defensores públicos que dependen de la Función Judicial es de apenas 31 para todo el país, en tanto que a nivel nacional existen más de 400 fiscales, 157 juzgados penales, 51 juzgados de tránsito y 43 tribunales penales. En un extenso documento final reciente de la CLD, en 100 páginas, se recogen una serie de sugerencias para mejorar el sistema acusatorio, que debe ser adversarial. Con esto se pretende dar una mejor respuesta por parte del sistema de justicia penal a la población, que hoy llega apenas a un 7% de las causas que ingresan. Para esto se sugiere la *depuración de las prácticas del juicio oral*, la *introducción de audiencias orales en las etapas previas al juicio*, y el *diseño de nuevos modelos de actuación para los fiscales y la Policía Judicial*[18].

[18] Se puede revisar el *Plan maestro de ajuste del sistema de justicia penal del Ecuador*, documento final, CLD, abril de 2004, en www.alfonsozambrano.com, en el link Derecho Procesal Penal.

Un documento del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) afirma demoledoramente que uno de los problemas no superados, para hacer efectiva la aplicación de este nuevo modelo, es la *falta de liderazgo institucional* lo que incluye una sostenida *dependencia de la fiscalía frente al poder de incriminación que sigue teniendo la policía.* Afirmamos por nuestra parte que el nuestro sigue siendo "un modelo por armar", en cuyas propuestas de avance y consolidación deben estar comprometidas tanto la sociedad política como la sociedad civil, cuya inercia y ausencia de un discurso crítico y participativo permite en la práctica el mantenimiento y la reproducción del *statu quo*, aunque la propuesta normativa y teórica de cambio ya existe.

La expresión de que el nuestro es un "modelo por armar" responde a una apreciación objetiva de la realidad de nuestro sistema, con una carga de crecimiento sostenido de audiencias de juzgamiento fallidas, en la etapa del juicio; por la inasistencia de policías, testigos y peritos, y en ocasiones del propio fiscal y del abogado defensor. Seguramente la consolidación de este nuevo modelo debería dirigirse a la audiencia social, para que sepa –inclusive la víctima– que tiene garantías que son protegidas no obstante el conflicto de intereses que genera un litigio penal, y que el ciudadano testigo y el ciudadano perito aprecien que su presencia en el juicio es imprescindible. Con su presencia en el momento de la prueba, se está reconstruyendo en el proceso lo que ha sido hasta ese momento la verdad histórica de un hecho, que debe convertirse en verdad procesal, para que el juicio oral, público y contradictorio consiga su objetivo de ser un medio idóneo para la realización de la justicia y para la consolidación del derecho.

## 8. La duración del proceso penal en el modelo actual

Creemos que ha mejorado con la nueva Constitución Política de la República de 1998 y el nuevo Código de Procedimiento Penal de 2001, pues el plazo de duración de la instrucción es de 90 días, prorrogables por 30 días más si aparece un nuevo imputado, y carecen de eficacia o valor

alguno las actuaciones que se cumplieran una vez fenecidos los plazos. El imputado puede solicitar la sustitución de la prisión preventiva por otras medidas de aseguramiento[19], puede pedir la revocatoria de un auto de prisión preventiva, y en caso de negativa, aquélla es susceptible del recurso de apelación[20] e igualmente procede la acción (o recurso) de amparo de libertad aunque no esté privado de la libertad el recurrente, e incluso procede la acción de amparo preventivo para tratar de frenar casos de abuso policial[21].

La caducidad de la prisión preventiva prevista por mandato constitucional como una de las garantías del debido proceso, al cumplir seis meses en caso de delitos reprimidos con prisión correccional (de hasta cinco años), o de un año en caso de delitos penados con reclusión, como prevé el art. 24, num. 8, se cumplió celosamente. Al producirse un abuso recurrente con la demora deliberada para llegar a la audiencia de juzgamiento, propiciadas por el interno que se declaraba enfermo, sustituía a su abogado defensor o recusaba al tribunal del juicio, llevó al legislador ecuatoriano a crear, mediante cuestionada reforma al Código de Procedimiento Penal, del 13 de enero de 2003, la denominada *detención en firme* para la etapa del juicio, que reconocemos como una expresión del *Derecho penal del enemigo* en el proceso penal[22]. Personalmente creemos que debe implementarse una reforma que impida que los plazos para la caducidad de la prisión preventiva se computen cuando la paralización del proceso es de exclusiva responsabilidad del propio interno, pues es de general aceptación el principio de que "nadie debe beneficiarse de su propio dolo o de su propia culpa".

La tasa de presos sin condena ha mejorado y aunque no se exhiben cifras oficiales, con el modelo y Código de Procedi-

[19] Cfr. art. 171, CPP.

[20] Cfr. art. 172, CPP.

[21] Cfr. arts. 442 y 428, CPP.

[22] Cfr. art. 173 A (173.1), CPP.

miento Penal de 1983, la tasa de presos sin condena llegó a estar en el orden del 82%. Hoy, con el modelo acusatorio de 2001, se afirma que está por debajo del 70%.

### 9. CONSECUENCIAS DE VIOLACIONES A GARANTÍAS PROCESALES

Las violaciones a garantías constitucionales y procesales, ya sea por actos de tortura en sede policial y penitenciaria, secuestro y no devolución de bienes, la detención sin orden escrita previa sin ser un caso de excepción como el de flagrancia, la falta de atención a los recursos judiciales como el de amparo de libertad –que debe constituir un mecanismo idóneo para reparar el abuso con la prisión preventiva–, la omisión de los tribunales de alzada en el rango de Cortes Superiores y Corte Suprema, de despachar en forma pronta y oportuna los recursos y reclamos, la duración excesiva de la prisión preventiva y del proceso penal ecuatoriano, y en general la falta de respeto a *garantías del debido proceso*, viene siendo conocida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es el organismo operativo de investigación con sede en Washington, y posteriormente resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene su sede en San José de Costa Rica y ha ordenado reparaciones o indemnizaciones por concepto de daños materiales, de daños inmateriales o daño moral, a la propia víctima, a su cónyugue o compañera, a sus hijastros y a sus hijos.

La Convención Interamericana de DD.HH., o Pacto de San José de Costa Rica, se suscribió en 1969, el Estado ecuatoriano la ratificó el 28 de diciembre de 1977 y aceptó la competencia obligatoria y sin reservas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de julio de 1984, para conocer y resolver reclamos en contra del Estado ecuatoriano por violación a garantías previstas en el Pacto y que están recogidas en la normativa interna del país, y en convenciones vinculantes como la Convención Interamericana contra la Tortura, ratificada por Ecuador el 9 de noviembre de 1999.

Citemos como ejemplo el *caso del ciudadano Suárez Rosero*, detenido el 23 de junio de 1992, con ocasión de un operativo antinarcóticos, llamado "Ciclón". Presentó su denuncia a

la Comisión Interamericana el 24 de febrero de 1994. Luego de las investigaciones la Comisión presentó el caso ante la Corte, una vez que el Estado no quiso reparar de manera directa, y la Corte dictó sentencia en contra del Ecuador el 12 de noviembre de 1997. Luego se fijaron las reparaciones y, para 1999, el Estado fue condenado a pagar una suma total de 86.621,77 dólares. Se tomó en consideración, incluso, el tiempo en que permaneció incomunicado, que fue de casi treinta días. En el fallo se le recuerda al Ecuador que, de acuerdo con el art. 7, num. 5, de la Convención, toda persona tiene derecho a ser juzgada en un tiempo razonable y prudencial o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que el proceso continúe. El art. 7.5 de la Convención Americana dispone: "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio".

El argumento de que Suárez Rosero era culpable de narcotráfico y que fue condenado como encubridor a una pena de 24 meses resultó a la postre irrelevante, pues estuvo privado de la libertad durante 46 meses, y ese tiempo rompe cualquier criterio de racionalidad.

Otro caso importante es el del ciudadano francés *Daniel Tibi vs. el Estado ecuatoriano*, resuelto el 7 de septiembre de 2004 en contra del Ecuador, en él se condena a pagar por concepto de reparaciones por daño material la cantidad de 148.715 euros; por daño inmaterial (daño moral) el valor de 207.123 euros, en el que se incluye a la ex compañera, a sus dos hijastros y a sus dos hijos. Se ordena el pago de 82.850 euros por bienes incautados y no devueltos, y por costas y gastos internos y procesales, la restitución de 37.282 euros. Se incluye un pago para atención psicológica futura, diciendo la Corte: "A ese respecto, se considera pertinente fijar, en equidad, como indemnización por el referido concepto,

la cantidad de 16.570,00 (dieciséis mil quinientos setenta euros) a favor del señor Daniel Tibi"[23]. Los cargos eran de detención arbitraria e ilegal, pues no se trataba de un caso de delito flagrante y la policía actuó sin orden previa de autoridad competente, ejerció tortura física y psicológica en sede policial y en la penitenciaría de Guayaquil, existió falta de oportuna asistencia legal, condiciones infrahumanas de la detención, no atención oportuna de los recursos y reclamos, duración excesiva del proceso penal, secuestro de sus bienes y efectos personales, daños hasta ahora irreversibles en su salud física y mental, pues se encuentra afectado de tuberculosis y cáncer, padeciendo trastornos de personalidad atribuibles al encierro. Todo esto conlleva *violación de garantías del debido proceso.*

El caso "Tibi" fue denunciado a la Comisión Interamericana el 16 de julio de 1998. Tibi fue apresado por la policía ecuatoriana antinarcóticos en Quito, el 27 de septiembre de 1995, y conducido a Guayaquil. Su libertad se produjo el 21 de enero de 1998 y fue sobreseído provisionalmente.

El 5 de octubre de 2000, durante el 108° Período Ordinario de Sesiones, la Comisión aprobó el Informe N° 90/00, en el que declaró la admisibilidad del caso bajo el N° 12.124, y decidió proceder a su consideración de fondo. En particular, dicho Informe de la Comisión señaló: "[el] reclamo por parte del Estado de la existencia de instancias por agotar se refiere al caso por narcotráfico del cual el proceso contra el peticionario fue sobreseído provisionalmente el 3 de septiembre de 1997. Sin embargo, este caso ha estado bajo consideración desde 1995, por lo que la Comisión concluye que hubo retardo injustificado aplicándose la excepción prevista en el art. 46.2.c [de la Convención]. La Comisión observa que el Estado no especifica qué instancias han sido ya agotadas ni tampoco en qué instancia se encuentra el proceso".

La comisión presentó su demanda ante la Corte el 25 de junio de 2003, y la sentencia de la Corte es del 7 de septiembre de 2004.

[23] Cfr. p. 99 del fallo.

Por ser interesante e ilustrativo, transcribimos lo que dice la Corte en el tema de la capacitación y formación para evitar violaciones a derechos humanos en procedimientos de investigación y de duración del proceso penal:

*"Adopción de medidas de formación y capacitación*

"262. Tanto la Comisión Interamericana como los representantes de la víctima y sus familiares solicitaron a la Corte que ordenara al Estado que capacite al personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, así como a los médicos y psicólogos correspondientes, sobre el tratamiento de reclusos, la prevención de la tortura y la documentación de las denuncias, de acuerdo con los estándares internacionales generalmente aceptados. En ese sentido, el Estado debe tomar en cuenta que los detenidos tienen derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél[24]. La Corte ha establecido que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos, lo cual implica, entre otras cosas, que le corresponde explicar lo que suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia.

"263. En razón de lo expuesto y en las circunstancias del presente caso, esta Corte considera que el Estado debe establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, relacionados con la detención de personas, sus derechos y garantías judiciales, el trato que deben recibir,

[24] *Cfr. Caso Bulacio, supra,* nota 129, párr. 126.

sus condiciones de detención, tratamiento y control médico, el derecho a contar con un abogado, a recibir visitas, a que los procesados y condenados se alojen en instalaciones diferentes. En fin, el Estado debe garantizar que se apliquen los estándares internacionales.

"264. El diseño e implementación del programa de capacitación deberá incluir la asignación de recursos específicos para conseguir sus fines y se realizará con participación de la sociedad civil. Para estos efectos, el Estado deberá crear un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos. El Estado deberá informar a esta Corte sobre la constitución y funcionamiento de este comité, en el plazo de seis meses..."[25].

## 10. EL AMPARO DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 2001

En el Libro VI del vigente CPP (que es el último Libro), denominado "Disposiciones Finales" encontramos el Título IV, que tiene como epígrafe "Amparo de Libertad", que es un verdadero medio de impugnación procesal o acción de amparo de libertad, para reclamar por una privación de la libertad o por la amenaza contra ella proveniente de un acto de abuso de poder o violación de la ley por parte de un juez o autoridad pública como dice el art. 422, CPP.

En el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, del jurista Julio B. J. Maier[26], está previsto como hábeas corpus en el proceso penal, que permite denunciar acto u omisión que implique: "1. Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria, ilegítimas o que provengan de un abuso de poder. 2. Agravación ilegítima de las formas y condiciones en

[25] Este caso puede ser revisado en nuestra página web, en www.alfonsozambrano.com, en el link casos.

[26] MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino*, t. I, Apéndice, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 290-453.

que se cumple la privación de la libertad". En nuestro país ha mejorado en el ámbito normativo la protección o tutela mediante la acción de amparo de libertad, pues en el CPP de 1983 uno de los presupuestos de procedibilidad era la efectiva privación de la libertad, de manera que quien no se encontrara preso o detenido no podía recurrir con la acción de amparo o de queja. Hoy tiene derecho al amparo aunque estuviese en calidad de prófugo, y éste es un importante avance en la consolidación del Estado de Derecho, pues de lo que se trata es de preservar y proteger el derecho a la libertad aunque no esté efectiva o materialmente privado de ella en una cárcel.

Personalmente, nos hemos venido pronunciando por la necesidad de limitar el abuso con la prisión preventiva, que debe ser controlada con la intervención de funcionarios judiciales de mayor jerarquía y del ministerio público, permitiendo en el marco normativo la sustanciación de oficio del hábeas corpus y del amparo de libertad, como garantía jurisdiccional de ese derecho, sin esperar la instancia del marginado, que no cuenta con recursos para proveerse de un defensor particular[27]. En el Ecuador actual, conviven el hábeas corpus como garantía constitucional del derecho a la libertad[28] con un juez de control de la constitucionalidad, que es el alcal-

[27] ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Temas de criminología*, Offset Graba, Guayaquil, 1986, p. 105.

[28] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, art. 93, "Toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad, podrá acogerse al hábeas corpus. Ejercerá este derecho por sí o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el alcalde bajo cuya jurisdicción se encuentre, o ante quien haga sus veces. La autoridad municipal en el plazo de veinticuatro horas contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia, y se exhiba la orden de privación de la libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa, por los encargados del centro de rehabilitación o del lugar de detención.

"El alcalde dictará su resolución dentro de las veinticuatro horas siguientes. Dispondrá la inmediata libertad del reclamante si el detenido no fuere presentado, si no se exhibiere la orden, si ésta no cumpliere los

de municipal, que puede disponer la libertad aunque mediare un proceso penal si encuentra *fundamentado* el recurso, como dice la Constitución, y la acción de amparo de libertad que es una garantía procesal frente al abuso con la privación de la libertad o la amenaza contra ésta por un acto de abuso de poder.

El ámbito de competencia protectiva del amparo de libertad es mayor que el mismo recurso constitucional del hábeas corpus, pues éste exige como presupuesto de procedencia estar privado de la libertad, en tanto que para la acción de amparo es suficiente la amenaza al derecho a la libertad. Este remedio procesal es imprescindible porque es sumamente grave *per se* la privación de la libertad bajo la forma de la prisión preventiva. Como dice Alberto Binder, "siempre debe quedar claro que toda prisión preventiva es una resignación de los principios del Estado de Derecho. No hay una prisión preventiva 'buena': siempre se trata de una resignación que se hace por razones prácticas y debido a que se carece de otros medios capaces de asegurar las finalidades del proceso (...) si bien es posible aplicar dentro del proceso la fuerza propia del poder penal, como una resignación clara por razones prácticas de los principios del Estado de Derecho, se debe tomar en cuenta que tal aplicación de la fuerza, en particular de la prisión preventiva, solo será legítima desde el punto de vista de la Constitución si es una medida excepcional, si su aplicación es restrictiva, si es proporcionada a la violencia propia de la condena, si respeta los requisitos sustanciales –es decir, si hay una mínima sospecha racionalmente fundada–, si se demuestra su necesidad para evitar la fuga del imputado, si está limitada temporalmente de un modo absoluto y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial respecto de una pena"[29].

---

requisitos legales, si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención o si se hubiere justificado el fundamento del recurso..."

[29] BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2ª ed., 2ª reimpr., 2002, pp. 203-205.

En la versada opinión del profesor Claus Roxin, que es también un eminente procesalista, existe un no desmentido abuso con la prisión preventiva en la RFA, expresando que "es grave el hecho de que el 18% de las órdenes de prisión pertenezca a causas de bagatela (...) Además es notable que más del 80% de todas las órdenes de prisión invoca el peligro de fuga, si bien pocos imputados intentan fugarse. Desde 1989 el número de detenidos en prisión preventiva, ha aumentado otra vez de forma drástica"[30]. Para atemperar el rigor de la prisión preventiva el profesor Roxin recuerda que la *Ordenanza Procesal Penal* alemana pone a disposición dos remedios jurídicos diferentes: la queja contra la detención y el requerimiento de examen de la prisión. La primera es puesta ante otro juez que resuelve en una audiencia oral *facultativa*, viene a ser una suerte de memorial de revocatoria del auto de prisión preventiva; en tanto que el *requerimiento de examen* se formula ante el propio juez. Procede el examen de oficio de la prisión preventiva si han transcurrido tres meses desde que fue dictada: "el examen de oficio de la prisión preventiva presupone una doble necesidad de protección del imputado, que por un lado debe estar detenido desde hace por lo menos tres meses y, por otro, no puede tener defensor, a través de cuyo asesoramiento razonable se lo pondría en condiciones de salvaguardar por sí mismo sus derechos"[31]. El sentido común y una lógica de protección de los derechos humanos y de las garantías en el proceso penal nos permitió sugerir la implementación de oficio del hábeas corpus y de la acción de amparo de libertad, en la publicación mencionada supra.

### 11. REGLAS DE COMPETENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Si la orden de prisión preventiva ha sido dispuesta en un

[30] ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto *S.R.L.*, Buenos Aires, 2ª reimpr., 2003, p. 258.

[31] ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 277.

proceso penal, el reclamo se interpondrá ante el juez o tribunal superior (art. 424) –cabe destacar que nuestro CPP llama indistintamente acción o recurso al amparo–, de manera que contra el auto de prisión preventiva que dicta el juez penal es competente para conocer la queja o amparo el presidente de la correspondiente Corte Superior. Si el auto de prisión preventiva ha sido dispuesto por el presidente de una Corte Superior, como acontece en los casos de fuero de Corte Superior, conoce del recurso una de las salas, y si ha sido dispuesto por el presidente de la Corte Suprema, la competencia recae en una de las salas penales.

Hay formalidades no esenciales (art. 424) y puede ser deducida la acción de amparo incluso de manera oral, debiendo mencionarse el nombre y domicilio del solicitante, es decir que se requiere su plena identificación, así como la identificación del pretenso beneficiado con el amparo, la designación de la autoridad contra quien se propone el amparo, la descripción del acto lesivo, y la causa de su ilegitimidad; y, si estuviese privado de la libertad, se debe indicar el lugar de la detención. Ya hace mucho tiempo que venimos sosteniendo que una poderosa herramienta en contra del abuso institucionalizado con la prisión preventiva es la utilización racional y ponderada del amparo de libertad, que es generalmente desatendido por las autoridades superiores de control (presidentes de Cortes Superiores y salas), que limitan su gestión de jueces de garantías a examinar los requisitos de mera formalidad referidos a una orden escrita de juez competente, aunque aquélla no estuviese fundamentada como ocurre generalmente con los autos de prisión preventiva que provienen de jueces penales del primer nivel o de niveles superiores.

Los jueces del amparo –por regla general– no examinan los requisitos esenciales del auto de prisión preventiva que están previstos en los arts. 167 y 168 del CPP, satisfaciendo el control con la mera formalidad de que la orden conste por escrito aunque carezca de la motivación, que es una garantía

constitucional necesaria para la supervivencia del Estado de Derecho y para frenar el abuso con la prisión preventiva, muy propio de un *Derecho penal del enemigo.*

La falta de motivación de una medida de aseguramiento personal como es la prisión preventiva *debería ser* suficiente para que se conceda con lugar el amparo, porque violenta una de las garantías del debido proceso prevista en el art. 24, num. 13, que exige la debida motivación o fundamentación de una resolución que afecte a las personas, como es la orden de privación del derecho a la libertad, una de las más importantes garantías constitucionales, igualmente reconocida en el num. 6 del mismo art. 24, que establece el carácter excepcional y limitado de la privación de la libertad. La libertad está reconocida como uno de los derechos civiles en el art. 23, num. 4, de la misma Constitución, y por ello se consigna como una de las garantías del debido proceso la caducidad de la prisión preventiva en el art. 24, num. 8, que establece como plazos máximos para la constitucionalidad de la prisión preventiva el de seis meses en los delitos sancionados con prisión correccional y el de un año en los delitos sancionados con reclusión, cualquiera que fuese el tipo de delito.

## 12. PROCEDIMIENTO DE AMPARO

Si la persona se encuentra privada de la libertad (art. 425), se debe disponer su comparecencia ante el juez o tribunal del amparo, aunque el juez o tribunal se puede constituir en el lugar de la detención. Debe convocarse a una audiencia, dentro de las inmediatas doce horas, para que la autoridad denunciada informe o lo haga el funcionario responsable de la dependencia indicada por el solicitante, y, en su falta, se debe convocar al jefe de la dependencia donde guarda prisión, que puede ser un jefe policial o el director de un centro carcelario.

Si el imputado se encuentra en calidad de prófugo, se debe realizar la audiencia y sustanciarse el procedimiento con la presencia de un defensor (art. 426), lo cual marca la diferencia con el amparo del CPP de 1983, que era procedente a

favor del imputado privado de la libertad pero no del imputado prófugo, limitando así el reclamo por la violación de la garantía o derecho a la libertad, que hoy se encuentra mejor protegido. La resolución debe producirse de inmediato (art. 427), y, de constarse la ilegitimidad, se ordena la libertad del detenido o se dispone la revocatoria de la orden de prisión cuando se encuentra en calidad de prófugo.

### 13. EL AMPARO PREVENTIVO

Es uno de los más significativos aportes del CPP de 2001 –no previsto en el CPP de 1983–, que permite denunciar amenazas actuales o inminentes de privación de la libertad (art. 428) provenientes de agentes policiales o agentes de la autoridad muy dados a amenazas con privación de la libertad, como medio de apremio para obtener otros fines. Éste es otro de los avances en materia de garantías procesales en pro del respeto al derecho a la libertad, que se va a consolidar cuando se cita al jefe de un destacamento o comando policial para que responda por las amenazas proferidas por sus subalternos o investigadores en contra de la libertad de un ciudadano. Normalmente la respuesta de los jefes policiales es que tal amenaza no es cierta, *pero* se consigue el efecto deseado, que es la terminación del acoso policial y de la amenaza de la privación de la libertad, sin que exista una orden previa emitida por escrito y por autoridad competente, que es un juez penal[32], y sin que se trate de un caso de excepción como es el del *delito flagrante*. Se puede efectuar una investigación sumaria para comprobar la existencia de la amenaza.

[32] Constitución Política de la República. art. 24, num. 6, "Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenérsele detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública. Nadie podrá ser incomunicado".

14. EFECTOS

No procede recurso alguno contra la resolución por la acción o recurso de amparo de libertad, pudiendo presentarse una nueva solicitud invocando otra causa para legitimar su procedencia (art. 429). Creemos que si se trata de algunos imputados con auto de prisión preventiva, privados de la libertad o en calidad de prófugos, o amenazados con la privación de la libertad, en el evento de que uno solo de ellos presente el recurso de amparo de libertad, si éste es declarado procedente, sus efectos deben irradiarse a todos por el denominado *principio de la comunicabilidad de las circunstancias de favorecimiento*, que está reconocido en el CPP de 2001 en su art. 327, y que determina que *cuando en un proceso existan varios coacusados, el recurso interpuesto por uno de ellos beneficiará a los demás, siempre que la decisión no se funde en motivos exclusivamente personales.* Invocamos también como argumento el principio constitucional de la igualdad ante la ley, previsto en el art. 23, num. 3, de la Constitución Política de la República, vigente desde el 11 de agosto de 1998.

Como ilustración, mencionamos que en la *Ordenanza Procesal Penal* alemana referida por el profesor Claus Roxin está prevista la *queja*, que es el equivalente a nuestra acción o recurso de amparo, como un medio de impugnación que se dirige contra los autos de los tribunales y contra las providencias del presidente o del juez en el procedimiento preliminar. Ella conduce a un reexamen de la decisión impugnada tanto en relación a los *hechos* como al *derecho*[33]. Es sumamente amplia la *queja*, pudiendo recurrir a ella no solo el imputado y la fiscalía, sino todo *afectado*, como sería el caso de un testigo en el procedimiento para obligarlo a declarar, o la víctima en la devolución de una cosa secuestrada. En cuanto a sus efectos *no tiene efecto suspensivo*, pero puede ser utilizada para denunciar un abuso con la prisión preventiva o contra la internación de un imputado en un hospital psiquiátrico.

[33] ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 487 .

15. AMPARO POR DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

Aunque no es práctica frecuente en Ecuador la desaparición forzada de personas, como ocurre en otros países por acción de las fuerzas de seguridad, sobre la detención-desaparición en América Latina, debemos recordar el formidable trabajo de la profesora (+) Rosa Del Olmo en el encuentro de Criminología Crítica que se cumpliera en la Universidad de Medellín en 1984, con ocasión del *I seminario de Criminología Crítica*, en que recoge la información de 90.000 casos referidos a los últimos 20 años[34], que forma parte de la estrategia reconocida como "sucia guerra contra la subversión", en palabras del general Videla, de ingrata recordación para la República Argentina, en donde el crimen de desaparición se estimó en 30.000 víctimas de la guerra sucia, que era una suerte de *Derecho penal del enemigo* con ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada de personas.

En palabras de la profesora Del Olmo, "la detención-desaparición se basa en un secuestro hecho por los organismos de seguridad del Estado, generalmente actuando en forma de grupos paramilitares, donde la víctima 'desaparece', las autoridades no aceptan ninguna responsabilidad del hecho ni dan cuenta de la víctima, donde los hábeas corpus o recursos de amparo son inoperantes, y donde en todo momento los victimarios procuran mantener el anonimato". Los informes anuales de *Amnistía Internacional* reseñan algunos casos de personas desaparecidas en Ecuador, que no son muchas, tal vez el más significativo es el de los hermanos Restrepo Arismendi, menores de edad, de nacionalidad colombiana, que fueron secuestrados por efectivos policiales y desaparecidos hace más de 15 años, por cuya desaparición, calificada como crimen de Estado, resultaron condenados algunos de los presuntos culpables, incluyendo a un alto jefe policial.

[34] DEL OLMO, Rosa, "La detención-desaparición en América Latina: ¿crimen o castigo?", en *Criminología Crítica*, I Seminario, Medellín, 1985, pp. 37-62.

El CPP de 2001 no responde realmente a la necesidad de normar un procedimiento de investigación para el caso de la desaparición forzada de personas o del *crimen de desaparición*, sino que se refiere a la búsqueda de una persona en cuyo favor se ha propuesto una acción o recurso de amparo (art. 430) partiendo del supuesto de que ha sido privada de la libertad pero que se ignora el lugar en donde se encuentre privada de ella. Hay una intervención investigadora del defensor del Pueblo, y de auxiliar de la investigación por parte de la persona o asociación de personas que hubiese propuesto la solicitud de amparo, que es generalmente una ONG vinculada al tema de los derechos humanos. En buena hora, no conocemos en la actualidad casos en que se esté investigando procesalmente la desaparición forzada de personas, presuntamente en manos de fuerzas de seguridad policiales o militares, y que, para tal efecto, se hubiese interpuesto una acción o tutela de amparo. No mencionamos el *caso* Fybeca, que, siendo un caso de violación de derechos humanos con desaparición forzada de personas presuntamente en manos policiales, ha pretendido ser legitimado con el argumento de la *fuga* de los capturados, por lo que su reclamo apunta a ser ventilado en tribunales internacionales.

## BIBLIOGRAFÍA

BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2ª ed., 2ª reimpr., mayo 2002.

Del Olmo, Rosa, "La detención-desaparición en América Latina: ¿crimen o castigo?", en *Criminología Crítica*, I Seminario, Medellín, 1985.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1998.

MAIER, Julio Bernardo José, *Derecho procesal penal argentino*, t. I, Apéndice, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003. MUÑOZ CONDE, Francisco, "¿Hacia un derecho penal del enemigo?", publicado en *El País*, el 15-1-2003.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña y otros, t. I., Civitas, Madrid, 1997, reim-pr. 2003.

– *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto *S.R.L.*, Buenos Aires, 2ª reimpr., 2003.

ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Cárcel y drogas. De la represión a la legalización*, Edino, Guayaquil, 1994.

– *Temas de Ciencias Penales*, Offset Graba, Guayaquil, 1996.

– *Temas de criminología*, Offset Graba, Guayaquil, 1986.

# OBRAS DE NUESTRO SELLO

Cervini, Raúl – Adriasola, Gabriel: *Relaciones peligrosas: Secreto bancario. Fisco y Cooperación Internacional.* ¿Existe un proceso de deslegitimación del secreto bancario y consecuentemente del derecho a la intimidad?. Sobre la búsqueda del fundamento secreto bancario. Límites del secreto bancario. La aplicación del secreto bancario a los fondos de inversión. Las operaciones bancarias activas no son de libre acceso, secreto y reserva en el derecho comparado. El levantamiento del secreto bancario como medida de cooperación internacional. La cooperación judicial internacional frente al fraude y la evasión fiscal internacional. El problema de la cooperación en supuestos de rentas de fuente ilícitas. El problema de los "delitos tributarios encubiertos" en el ámbito de la cooperación judicial internacional. La cooperación internacional administrativa en materia tributaria. 2007. 392 ps. ISBN 978-9974-578-85-2.

Frisch, Wolfgang - Robles Planas, Ricardo: *Desvalorar e imputar.* Sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Con la recensión de Bernardo Feijoo Sánchez y la contestación a la misma de Ricardo Robles Planas. Colección: Estudios y debates en Derecho penal N° 2. 2006. 200 ps. ISBN 9974-578-73-6.

Mayer, Max Ernst: *Derecho penal. Parte general.* Traducción y notas por Sergio Politoff. Colección: Maestros del Derecho penal, N° 25. 2007. 696 ps. ISBN 978-9974-578-89-0.

editorial
BdeF
Montevideo - Buenos Aires

PENALISTICA
WWW.PENALISTICA.ORG

INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA
INEJ

978-9974-676-04-6

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires