

ESTUDOS DE  
DIREITO PENAL,  
PROCESSUAL  
E CRIMINOLOGIA  
EM HOMENAGEM  
AO PROF. DR. KURT

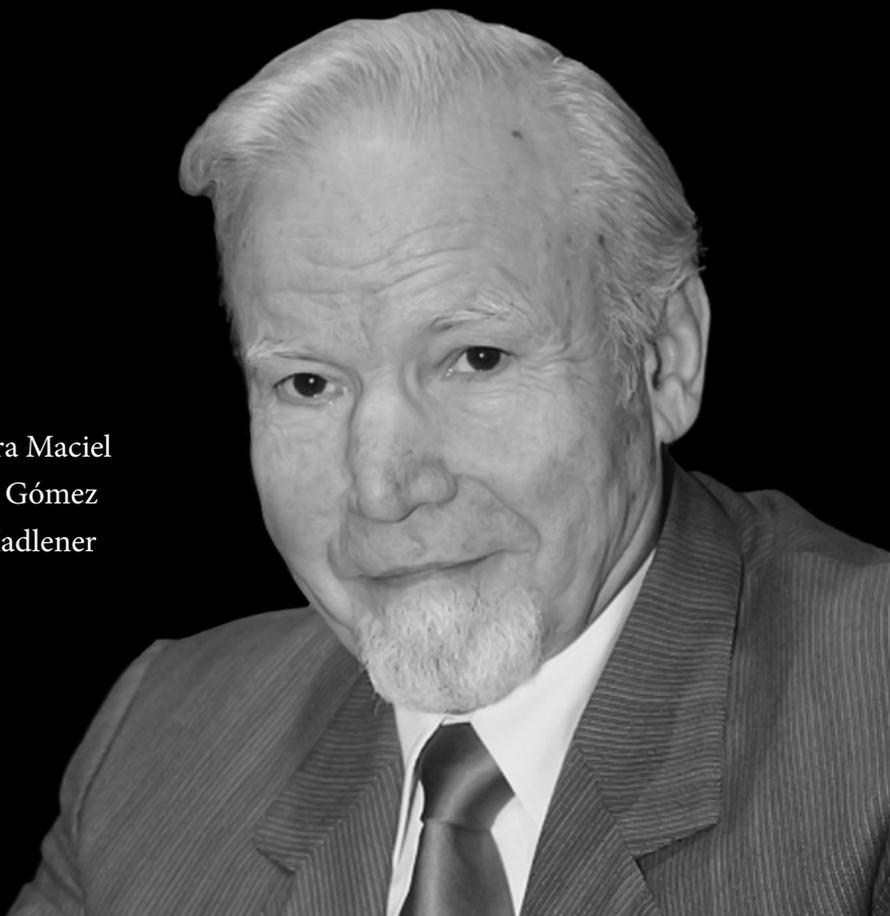
MADLENER

Coordenadores

Adhemar Ferreira Maciel  
Alfonso Serrano Gómez  
Silma Marlice Madlener



JUSTIÇA FEDERAL  
Conselho da Justiça Federal  
Centro de Estudos Judiciários



## CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro FELIX FISCHER

### **Presidente**

Ministro GILSON DIPP

### **Vice-Presidente**

Ministro Arnaldo Esteves Lima

### **Corregedor-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários**

Ministro Humberto Martins

Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Desembargador Federal Sergio Schwaitzer

Desembargador Federal Fábio Prieto de Souza

Desembargador Federal Tadaaqui Hirose

Desembargador Federal Francisco Wildo

### **Membros Efetivos**

Ministro Herman Benjamin

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Ministro Sidnei Agostinho Beneti

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

Desembargadora Federal Cecília Marcondes

Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó

Desembargador Federal Edilson Nobre

### **Membros Suplentes**

Eva Maria Ferreira Barros

### **Secretária-Geral**

ESTUDOS DE  
DIREITO PENAL,  
PROCESSUAL  
E CRIMINOLOGIA  
EM HOMENAGEM  
AO PROF. DR. KURT

# MADLENER

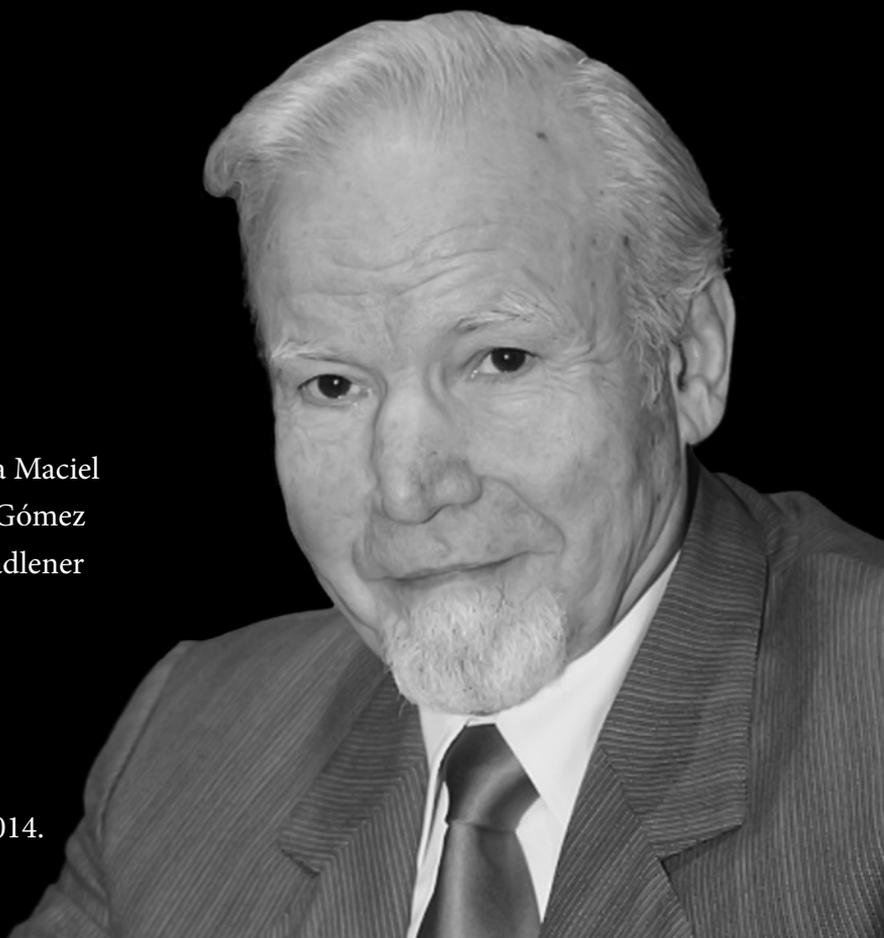
Coordenadores

Adhemar Ferreira Maciel  
Alfonso Serrano Gómez  
Silma Marlice Madlener



JUSTIÇA FEDERAL  
Conselho da Justiça Federal  
Centro de Estudos Judiciários

Brasília, maio/2014.



Copyright © Conselho da Justiça Federal

## **EDITORAÇÃO**

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Mariana Pinheiro Galvão Pereira – Secretária

SUBSECRETARIA DE INFORMAÇÃO DOCUMENTAL E EDITORAÇÃO

Cyva Regattieri de Abreu – Subsecretária

COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO

### **Revisão**

Milra de Lucena Machado Amorim – Coordenadora

Ariane Emílio Kloth – Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues – Servidora da Coordenadoria de Editoração

### **Diagramação e arte-final**

Rita de Cassia Andriole de Souza - Grau Design Gráfico

### **Capa**

Fernando Rabello Costa - Grau Design Gráfico

## **IMPRESSÃO**

Coordenadoria de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração do CJF

---

343

E82 Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener / coordenadores Adhemar Ferreira Maciel, Alfonso Serrano Gómez, Silma Marlice Madlener. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014.  
504 p.

Textos em espanhol e português.

1. Direito penal internacional. 2. Direito processual 3. Política criminal. I. Madlener, Kurt. II. Maciel, Adhemar Ferreira. III. Gómez, Alfonso Serrano. IV. Madlener, Silma Marlice.

---

Ficha catalográfica elaborada pela Coordenadoria de Biblioteca do CEJ

Em 13 de maio de 2014

## Sobre os Coordenadores

**Adhemar Ferreira Maciel**

Ministro aposentado do STJ e Presidente da Academia  
Mineira de Letras Jurídicas.

**Alfonso Serrano Gómez**

Professor Titular Emérito de Direito Penal e Criminologia da UNED;  
ex-Diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia;  
e Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri.

**Silma Marlice Madlener**

Advogada; pós-graduada "stricto sensu" em Filosofia e Teoria Geral do  
Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;  
pesquisadora periódica no Instituto Max Planck de Direito Penal  
Estrangeiro e Internacional, Freiburg - Alemanha; e Pesquisadora no  
Instituto de Criminologia e Direito Penal Econômico da Faculdade de  
Direito - Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg - Alemanha.

# Prefácio

Há mais de cem anos, no Natal de 1912, Eugen Ehrlich, um dos fundadores da Sociologia Jurídica, ao prefaciá-la sua festejada obra *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, lembrou-se de técnica então recomendada: *o prefácio, para ser considerado bom, não deve passar de uma frase*. No presente caso, do livro em homenagem ao Professor Doutor Kurt Madlener, a dificuldade aumenta muito pela diversificação de temas, ainda que gravitem, em sua quase totalidade, em torno do núcleo *Direito Penal e Criminologia*. São 22 artigos doutrinários, subscritos por 23 autores ibero-americanos: professores-catedráticos, juizes, membros do Ministério Público, em resumo, *legal scholars* da Espanha, Brasil, Uruguai e México. Os temas versados variam da “privatização de segurança” à “harmonização do direito penal na Europa”. São temas da maior atualidade e importância para o Direito Penal, e, em especial, para a Política Criminal. Todos nós, admiradores, amigos e discípulos do grande educador e infatigável pesquisador do Instituto Max Planck para o Direito Penal Estrangeiro e Internacional de Freiburg, Alemanha, sentimo-nos sumamente honrados com a oportuna e com a justa homenagem ao Professor Madlener.

Em boa hora, pois, graças ao *Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal* e à visão do Corregedor-Geral da Justiça Federal, Ministro Arnaldo Esteves Lima, os estudiosos do Direito terão a oportunidade de tomar conhecimento de temas atuais comuns a povos de língua portuguesa e espanhola.

Belo Horizonte, 12 de março de 2014.

Adhemar Ferreira Maciel

# Sumário

Semblanza de Kurt Madlener, M.C.L.....	11
Publicaciones del Dr. Kurt Madlener: .....	17
ARTIGOS .....	25
Direito de Privacidade e Direito de Intimidade .....	27
<i>Adhemar Ferreira Maciel</i> (Brasil)	
La “Prisión Permanente Revisable” en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal Español .....	36
<i>Alfonso Serrano Gómez</i> (Espanha)	
El Nuevo Sistema de Justicia Juvenil en México.....	58
<i>Ana Gamboa de Trejo</i> (México)	
Presente y Futuro de la Armonización del Derecho Penal Material en Europa .....	84
<i>Ángel José Sanz Morán</i> (Espanha)	
¿Evolucionamos Hacia las Antípodas del Derecho Penal y la Criminología? ¿Evolucionamos Hacia la Justicia Victimal? .....	112
<i>Antonio Beristain Ipiña</i> (Espanha)	
El proceso de privatización de la seguridad.....	141
<i>Antonio García-Pablos de Molina</i> (Espanha)	
La indeterminación típica del delito de abuso de funciones (art. 162 del código penal uruguayo) y su Inconstitucionalidad.....	162
<i>Gastón Chaves-Hontou</i> (Uruguai)	
A Modernidade, a Pós-Modernidade e o Processo de Globalização à Luz do Pensamento Criminológico .....	174
<i>Gérson Pereira dos Santos</i> (Brasil)	
El Principio de Congruencia en el Ámbito Civil y Algunas Variaciones de la Congruencia Penal .....	193
<i>Jaime Greif</i> (Uruguai)	
Anencefalia.....	215
<i>José Henrique Pierangeli</i> (Brasil)	

Principio Acusatorio y Derecho de Defensa Ante el Cambio Sustancial de la Pretensión Penal por el Ministerio Fiscal en el Curso del Juicio Oral .....	228
<i>José María Asencio Mellado (Espanha)</i>	
El Derecho Fundamental a un Proceso Acusatorio .....	266
<i>José Vicente Gimeno Sendra (Espanha)</i>	
Paradigmas Criminológicos de la Antropología Criminal a La Sociología de la (In)Seguridad Pública .....	284
<i>Julio César Kala (México)</i>	
<i>Aída Leticia García Juárez (México)</i>	
O Ministério Público e a Investigação Preliminar Criminal.....	300
<i>Marcelo Batlouni Mendroni (Brasil)</i>	
Delimitación de ámbitos de responsabilidad e imputación objetiva .....	322
<i>Mercedes Alonso Álamo (Espanha)</i>	
Primeros contactos y Navidad blanca en Friburgo .....	351
Derecho penal del enemigo en Uruguay: un no-derecho .....	354
<i>Prof. Dr. Miguel Langon Cuñarro (Uruguai)</i>	
Un recuerdo para el Dr. Kurt Madlener .....	366
El delito de tortura en el derecho uruguayo .....	370
<i>Milton Cairolí Martínez (Uruguai)</i>	
De Montevideo a Friburgo, a través de los libros .....	396
Compensación de culpas y concurso culposo en el derecho penal uruguayo .....	401
<i>Pedro Montano Gómez (Uruguai)</i>	
Política Criminal Contemporânea.....	417
<i>Roque de Brito Alves (Brasil)</i>	
Concepto de Bien Jurídico-Penal como Límite del <i>Ius Puniendi</i> .....	424
<i>Santiago Mir Puig (Espanha)</i>	
Reforma da Lei de Execução Penal Brasileira.....	433
<i>Sidnei Agostinho Beneti (Brasil)</i>	
El Recurso de Apelación y la Doble Instancia Penal .....	445
<i>Víctor Moreno Catena (Espanha)</i>	

## Semblanza de Kurt Madlener, M.C.L

Kurt Madlener nació en Mannheim (República Federal de Alemania), el 20 febrero de 1933. Estudió en las Facultades de Derecho de Frankfurt (1952/1953), Freiburg im Breisgau (1953/1954 y 1956/1957), la Sorbona (1955/1956), Columbia Law School (1958/1959) y Complutense de Madrid (1968/1972).

Le conocí en el año 1968, cuando vino a la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, participando en temas monográficos que se discutían en el Departamento de Derecho penal, donde yo era Ayudante. A partir de entonces seguí teniendo relación con él, en las reiteradas visitas que hacía a España para continuar con sus investigaciones. Nos unió un estrecha amistad, que continúa. Me facilitó la estancia, durante varios periodos, para investigar en el Max Planck Institut de Friburgo. Con relación al Derecho penal y procesal penal español e iberoamericano, la biblioteca del Instituto siempre la tuvo actualizada. Dentro de las muchas conferencias pronunciadas en España, en distintas universidades, también tuvimos el privilegio de que participara en diversos cursos y congresos que organizamos en el Departamento de Derecho penal y Criminología de la Universidad a Distancia.

Fue un viajero incansable, no sólo en España, sino en la mayoría de los países de habla española y portuguesa –y otros –, donde se le reclamaba para que expusiera sus amplios conocimientos en Derecho comparado o para dirigir trabajos de investigación. Es un políglota, lo que le facilitó difundir su experiencia científica en otros países, incluso africanos. Sus publicaciones son en alemán, español, farsi, francés, inglés y portugués

Se casó con la abogada brasileña Silma Marlice Madlener (Silma Marlice Zorub de Souza), quien investiga en el campo de la reparación en derecho penal y procesal, materia sobre la que ha pronunciado diversas conferencias.

Está en posesión del Collar y Medalla del Mérito Judicial del Tribunal de Justicia del Estado de Bahía (Brasil) (1997).

En la actualidad sigue trabajando como Abogado en ejercicio y científico investigador en Derecho Comparado.

**Formación académica.**- Es muy extensa. Sus conocimientos en Derecho penal y procesal, Derecho comparado y Criminología, se confirman en los múltiples títulos y diplomas conseguidos: Estudios en París (becado por la República Francesa y el Servicio de Intercambio Académico Alemán, DAAD). Diplomado del Institut de Droit Comparé e Graduado del Institut de Criminologie de la Facultad de Derecho de Panthéon-Sorbona (1955/56). “Referendar” (equivalente a Licenciado en Derecho) por el Ministerio de Justicia de Baden-Württemberg (1957). Estudios en la Columbia Law School, Nueva York (becado por la Ford Foundation e la Fulbright Commission), Master of Comparative Law, M.C.L. (1958/59). Formación práctica y judicial por el Ministerio de Justicia y la Justicia del Estado de Baden-Württemberg (Referendariat) (1958/63). Doctor utriusque iuris (Universidad de Freiburg im Breisgau) (1965). Assesor (título exigido para ser nombrado juez o ejercer la abogacía), por el Ministerio de Justicia de Baden-Württemberg (1966). Estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (becado por la Comunidad Alemana de Investigación DFG y del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España) (1968/72). Licenciado en Derecho por el Estado Español (1968/72). Diploma de Introducción al Derecho Comparado por la Universidad Complutense de Madrid (1968/72).

**Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional.**-Durante muchos años fue responsable de cooperación internacional del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, con instituciones y profesores extranjeros - incluyendo Ministerios de Justicia y del Interior, Poderes Judiciales, Escuelas de la Magistratura, institutos de investigación, universidades, colegios, asociaciones de abogados, etc.; también para la selección y orientación de jóvenes investigadores. En esta época se establecieron contactos con muchos países en desarrollo , incluyendo casi todos los países latinoamericanos y algunos africanos. En España se fortalecieron los lazos con los penalistas y se ampliaron las relaciones con los procesalistas. Participó en la organización de coloquios y congresos internacionales de Derecho Comparado tanto en Alemania como en

diversos países de América Latina y África: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Guatemala, México, República del Camerún, etc.

Madlener era un referencia imprescindible para los jóvenes, e incluso profesores de Derecho penal y procesal penal, que deseaban investigar en el Max Planck. Fueron muchos españoles, hispanoamericanos, portugueses, brasileños -y de otros países-, los que recurrieron a él. Buena parte de los que pasaron por el Instituto más tarde ocuparían puestos importantes en universidades y en la Administración de diversos países. Algunos volverían a Friburgo siendo ya Catedráticos o Profesores de distintas categorías. Hoy todavía Madlener sigue siendo recordado en muchos departamentos de Derecho penal y procesal, pues algunos de sus profesores le están agradecidos y mandan a sus alumnos al Instituto Max Planck. Los que contribuyen a este libro homenaje son amigos de Madlener, y casi todos conocieron el Instituto Max Planck de Derecho Penal e Internacional gracias a sus esfuerzos por la información y ayuda que les prestó en todos los sentidos. Para él ha sido una satisfacción conocer que aprovecharon su estancia en Friburgo y que todavía sigan enviando a sus discípulos al Instituto.

**Profesor.**- Fue profesor ayudante en la cátedra del Profesor Hans-Heinrich Jescheck; encargado de curso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, y científico investigador del Instituto de Derecho Penal Extranjero e Internacional de la Universidad de Freiburg im Breisgau, a partir de 1966 Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (1960/98). Hay que recordar que su maestro Jescheck ha sido la figura más importante en el campo del Derecho penal de los últimos tiempos.

Su actividad docente es muy dilatada, no sólo en Alemania, sino también en otros países: Fue profesor invitado por la Universidades de São Paulo, Autónoma de Madrid y Universidad de Castilla – La Mancha; también en la Escuela de Derecho de Puerto Rico. Impartió cursos en Berlin sobre Derechos Humanos, por encargo de la Fundación Alemana para el Desarrollo (Deutsche Stiftung für Entwicklung, DSE).

**Proyectos de investigación.**- Participó en varios, siendo investigador principal en algunos. De estos cabe destacar dos, relacionados con África y América Latina.

***La Justicia Penal en la República del Camerún.*** Se inició con un seminario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, bajo la dirección del profesor Hans-Heinrich Jescheck, en el semestre de invierno 1977/78. Continuó con una investigación *in situ* durante varios meses por un grupo de estudiantes, doctorandos y una etnóloga, bajo su dirección. Terminó con un seminario de evaluación en el semestre de invierno de 1978/79. Los resultados fueron publicados en tres tesis doctorales y varios artículos.

***La Justicia como Garante de los Derechos Humanos en América Latina.*** Constaba de tres partes. La primera: “La Independencia de la Justicia y del Juez”. La segunda: “Derechos Humanos y Proceso Penal”. La tercera: “Derechos Humanos y Sistema Penitenciario”. La investigación se inició en 1993 en México y América Central. Las dos primeras partes dieron lugar a tres publicaciones. Después, las tres partes, se dieron a conocer en algunos países de Sudamérica, incluido Brasil, en seminarios y congresos.

***Organización de congresos.***- Preparó directamente –o participó-, muchos congresos nacionales e internacionales de Derecho en diversas áreas, colaborando frecuentemente con trabajos de investigación. Cabe citar, por ejemplo, los de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Asociación de Derecho Comparado, Asociación de Derecho Africano, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, del Deutscher Juristentag, de la Gesellschaft für Rechtsvergleichung, del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente (ILANUD), de la World Peace Through Law Conference; otros en diversas Facultades de Derecho en África, Europa, América Latina, y de varios tribunales brasileños.

***Fundador y miembro de asociaciones.***- Fundó la Asociación de Derecho Africano, de la que fue presidente entre los años 1973 a 1985 (estaba compuesta de unos 150 miembros de juristas africanos y europeos). También fundó y fue editor del *Anuario de Derecho Africano*, en el que se publicaron artículos en alemán, francés, inglés y portugués; colaboraron más de un centenar de juristas africanos y europeos. Miembro de la Asociación alemán-brasileira de Juristas, de la Asociación alemana de Brazilianistas, de la Asociación de Derecho Comparado, de la Asociación de Dere-

cho Africano, de la Asociación Internacional de Derecho Penal, de la Sección ale-  
mán de la Comisión Internacional de Juristas, del Instituto de Estudios Avanzados  
de Proceso Penal, de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, etc.

**Misiones internacionales.**-Participó en diversas misiones por encargo de la Comi-  
sión Internacional de Juristas de Ginebra y de Amnistía Internacional de Londres,  
en América Central, Chile, España y Filipinas; en Paraguay a petición de la So-  
ciedad para Cooperación Técnica (Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit,  
GTZ) del Gobierno alemán, para mejorar la Justicia.

**Campo de investigación.**- A lo largo de cincuenta años su línea de investigación ha  
sido muy extensa y variada, como se desprende de sus publicaciones. Dedicó espe-  
cial atención al Derecho penal y procesal alemán, francés, español, de diversos paí-  
ses latinoamericanos e incluso del continente africano. Se preocupó de las víctimas  
del delito, por cuyo motivo dedica varios trabajos a la reparación del daño. También  
tiene bastantes estudios sobre Derechos Humanos en en distintos países. Trata de  
los problemas de la Administración de Justicia, de cuestiones sobre Criminología,  
la institución del Ombudsman, etc.

Alfonso Serrano Gómez

Prof. Emérito de Derecho Penal

Madrid



## Publicaciones del Dr. Kurt Madlener:

Literaturbericht Frankreich. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, tomo 79 (1967), págs. 624 – 701.

Das französische Unehelichenrecht. Bielefeld: Giesecking 1969 (Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht. tomo 58).

Die Verteidigung im Strafverfahren nach dem spanischen Militärjustizgesetzbuch. Bemerkungen zum Baskenprozeß in Burgos. Anwaltsblatt 1972, págs. 33 - 38.

Das französische Familienrecht nach dem Gesetz vom 3.1.1972. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1972, págs. 336 - 343.

Strafrecht und Strafrechtsreform. Referate und Diskussionen eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung. Co-organizadores: Kurt Madlener/Dietrich Papenfuß/Wolfgang Schöne. Köln: Carl Heymanns Verlag 1974. IX, 366 págs.

Le droit de l'accusé à la réparation du dommage causé par une détention suivie d'acquiescement. In: Rapports Généraux au IXe Congrès International de Droit Comparé (Téhéran 1974). Brüssel: Bruylant 1977. - Publicado também em língua farsi sob o título Haqq-i muttahaam-i bigunah bih gubrani hasarati nasi az bazdasti mu'aaqqat. Guzarisi kulli marbut bih nuhumun kungriyi baina-l-milali-yi huquq-i tatbiqi, in: Nasriya-yi mu'assasa-yi huquq-i tatbiqi (Revista do Instituto para Direito Comparado da Universidade de Teheran) 1977, Nr. 3, págs. 5 e segts.

Informes bibliográficos sobre Guinéa Equatorial, Bénin, Costa do Marfim, Gabon, Guinéa, República de Cameroun, Congo, Madagascar, Mali, Mauritânia, Niger, Haute Volta, Senegal, Togo, Tschad, Zaire e Império Centralafricano. In: Hans-Heinrich Jescheck / Klaus H.A. Löffler (co-organizadores), Quellen und Schrifttum des Strafrechts, tomo II, parte - África, München Beck 1978. Co-autores: Peter Bringer, Axel Dörken, Kurt Madlener, Gisela Seiter, Gotthilf Walz.

Deutsche öffentlich-rechtliche Landesberichte zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung en Budapest (23.-28. August 1978). Tübingen 1978 (organizador).

Informes bibliográficos sobre Bolívia, Chile, Haiti, Honduras, Panamá e Peru. In: Hans-Heinrich Jescheck / H.A. Löffler (co-organizadores), *Quellen und Schrifttum des Strafrechts*, Band II, parte América Latina. München 1980. Co-autores: Stefan Baedeker, Kurt Madlener, Markus Maurer, Gisela Seiter, René Suazo Lagos e Thomas Volkmann-Schluck.

Die Institution des Verteidigers in rechtsvergleichender Sicht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 93 (1981), págs. 275 - 318.

*Jahrbuch für Afrikanisches Recht / Annuaire de Droit Africain / Yearbook of African Law*, Tomo 1 (1980), Heidelberg 1981, XI, 212 págs; Tomo 2 (1981), Heidelberg 1983, XII, 270 págs.; Tomo 3 (1982), Heidelberg 1983, XII, 273 págs.; Tomo 4 (1983), Heidelberg 1985, XII, 246 págs.; Tomo 5 (1984), Heidelberg 1985, XII, 270 págs.; Tomo 6 (1985/86), Heidelberg 1989, XXII, 399 págs; Tomo 7 (1986), Köln 1989, XXII, págs.; Tomo 8 (1994), Köln 1996, XVIII, 221 págs.; Tomo 9 (1995), Köln 1997, XVIII, 250 págs.

*Strafrechtspflege in Kamerun*. Parte 1 (Peter Bringer: *Strafrechtspflege in Kamerun*), Parte 2 (Dörken: *Stellung und Funktion des Rechtsanwalts in Kamerun*). Baden-Baden 1981 e 1982. Hans-Heinrich Jescheck/Kurt Madlener (co-organizadores).

The Protection of Human Rights in the Criminal Procedure of the Federal Republic of Germany. In: Andrews (organizador), *Human Rights in Criminal Procedure*. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1982, págs. 238 - 258.

Justiz, Staat und Bevölkerung in Afrika. In: Albert Bleckmann / Kurt Madlener / Hans-H. Münkner / Heinrich Scholler: *Demokratie in Afrika*. Hannover 1982, págs. 53 - 65.

*The Philippines: Human Rights after Martial Law* (Co-autores: Virginia Leary, A.A. Ellis, Kurt Madlener). Genève: *International Commission of Jurists (ICJ)* 1984, 123 págs. Traducción alemana: *Philippinen. Die Menschenrechte nach der Aufhebung des Kriegsrechts*. Frankfurt: *Evangelischer Pressedienst* No. 22 e 23/1985.

Strafrechtsentwicklung in Spanien. Landesbericht 1983 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur. In: Albin Eser / Barbara Huber, *Strafrechtsentwicklung in Europa*. Freiburg i.Br.: *Max Planck-Institut für ausländisches und internationales*

Strafrecht 1985, págs. 779 - 832 (Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, tomo S 2).

Strafjustiz in der Krise: Strafrecht und Strafvollzug in Brasilien. En Revista Der Überblick 3/1987, págs. 27 e seguintes.

Introducción a la traducción alemana del Código penal de la República de Chile, in: Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Berlin: Walter de Gruyter 1988 (Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, tomo 104), págs. 1 - 17.

Übersichtsbericht Hispano-Amerikanische Staaten in: Albin Eser / Hans-Georg Koch, Der Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, tomo 2: Außer- europa, Baden-Baden 1989, págs. 1187 - 1296 (Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, tomo 21/2).

El redescubrimiento de la víctima por las ciencias penales, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Científicas (México), No. 10 (1989), págs. 47 - 66.

La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal, en Universidad Nacional de Educación a Distancia (ed.), Estudios de Derecho Penal y Criminología (Libro homenaje a Rodríguez Devesa), Madrid 1989, tomo 2, págs. 9 - 32.

Übersichtsbericht Hispano-Amerika (Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, Mexico, Peru), in Albin Eser / Hans-Georg Koch (co-organizadores), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Baden-Baden: Nomos 1989, tomo 2, págs. 1187 - 1296.

Strafrechtsentwicklung in Spanien 1986 - 1988, in: Albin Eser / Barbara Huber, Strafrechtsentwicklung in Europa, Freiburg i.Br. 1990, págs. 1083 - 1196 (Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, tomo S 20/2).

Droit pénal. Rapport de synthèse, in: Gérard Conac (organizador), Les cours supérieurs en Afrique. Paris: Economica 1990, tomo IV, págs. 175 - 179.

Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Co-organizador com Albin Eser e Günther Kaiser. Freiburg i.Br. 1990 (Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, tomo S 18), IX, 458 págs.

Die Wiedergutmachung im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: Albin Eser / Günther Kaiser / Kurt Madlener (co-organizadores), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i.Br.: Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1990 (Beiträge und Materialien aus dem Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, tomo S 18), págs. 9 – 42. Segunda edición: Freiburg i.Br.: Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1992.

Landesbericht Spanien, in: Albin Eser / Hans-Georg Koch (co-organizadores), *Materialien zur Sterbehilfe*. Freiburg i.Br.: Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1991 (Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, tomo S 25), págs. 651 - 668.

Compensation, Restitution, Sanción Pecuniaria and Other Ways and Means of Awarding Damages to the Victims of Crime Through the Courts, in: G. Kaiser / H. Kury / H.-J. Albrecht (co-organizadores), *Victims and Criminal Justice: Legal Protection, Restitution and Support*. Freiburg i. Br.: Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1991 (Kriminologische Forschungsberichte, tomo 51), págs. 269 - 303.

The Past and Present State of Victim's Compensation in Brazilian Law and the Need for Reform (Co-autora Silma Marlice Madlener), in: G. Kaiser / H. Kury / H.-J. Albrecht (co-organizadores), *Victims and Criminal Justice: Legal Protection, Restitution and Support*. Freiburg i. Br.: Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1991 (Kriminologische Forschungsberichte, tomo 51), págs. 305 - 355.

Menschenrechtsprobleme in Brasilien nach der Rückkehr zur Demokratie, in: Deutsche Sektion der Internationalen Juristenkommission (ed.), *Menschenrechtsprobleme in Lateinamerika*, Heidelberg: C.F.Müller 1991, págs. 85 - 116 (Rechtsstaat in der Bewährung, tomo 25).

Landesbericht Spanien in: Albin Eser / Hans-Georg Koch (co-organizadores), *Materialien zur Sterbehilfe*, Freiburg i.Br. 1991 (Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, tomo S 20/2), págs. 651 - 668.

A Reparação do Dano como Medida de Política Criminal e a Reforma do Código Penal Brasileiro. Observações de Direito Comparado. In: Grupo Brasileiro da

Associação Internacional de Direito Penal (ed.), *Ciência e Política Criminal*, em Honra a Heleno Fragoso, Rio de Janeiro 1992, págs. 377 - 396.

El ejercicio legítimo del deber de información del periodista como causa de justificación en el proceso penal por injurias y difamación. In: Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) (ed.), *Justicia Penal y Libertad de Prensa*, tomo I, San José de Costa Rica 1992, págs. 192 - 208.

Spanien: Verfassung, Verwaltung, Recht. In: Görres-Gesellschaft (ed.), *Staatslexikon*, Freiburg i.Br. 1992, págs. 336 - 338.

Landesbericht Spanien. In: Peter Hünerfeld (organizador), *Zeugenschutz durch Verkürzung oder Vorenthaltung von Angaben zur Person des Zeugen*, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, tomo S 35. Freiburg i.Br. 1992, págs. 205 - 222.

Die Entwicklung des kubanischen Strafrechts nach der Revolution. In: Rafael Sevilla /Clemens Rode (co-organizadores), *Kuba - die isolierte Revolution?* Bad Honnef: Horlemann 1993, págs. 278 - 303.

Landesbericht Spanien. In: Gropp (organizador), *Organisierte Kriminalität*, Freiburg i.Br. 1993 (Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, tomo S 36), págs. 695 - 720.

Stellung und Aufgabe der Nationalen Menschenrechtskommission Mexikos. In: Rafael Sevilla/Artura Azuela (co-organizadores), *Mexiko - die institutionalisierte Revolution?* Bad Honnef: Horlemann 1993, págs. 275 -295.

Apuntes sobre la Justicia Penal y la Libertad de Prensa en Alemania. In: *Justicia Penal y Libertad de Prensa*, tomo II. San José de Costa Rica: Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD),1993, págs. 401 - 440.

Landesbericht Spanien. In: Albin Eser/Barbara Huber (co-organizadores), *Strafrechtsentwicklung in Europa 4.2*. Freiburg i.Br. 1994 (Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, tomo S 40/2), págs. 1361 - 1490.

La cooperación judicial internacional de España. Evolución de los acuerdos internacionales de España en la materia en los años 1989 - 1992. Actualidad Penal No. 46 (1994), Doctrina XLIX, págs. 879 - 889.

Die Institution des Ombudsmannes in Guatemala: Der Procurador de Derechos Humanos, in: Rafael Sevilla / Edelberto Torres Rivas (co-organizadores), Mittelamerika - Abschied von der Revolution? Bad Honnef: Horlemann 1994, págs. 1 - 20.

Zur Lage der Menschenrechte in Brasilien, in: Brasilien. Land der Zukunft?, Rafael Sevilla und Darcy Ribeiro (co-organizadores). Bad Honnef: Edition Länderseminare Horlemann 1995, págs. 275 - 310. (Introdução do Presidente Fernando Henrique Cardoso).

Friedensstiftung durch einverständliche Verfahrenserledigung in der Zivil- und Strafjustiz Brasiliens (Co-autora: Silma Marlice Madlener), in: Brasilien. Land der Zukunft?, Rafael Sevilla und Darcy Ribeiro (co-organizadores), Bad Honnef: Horlemann 1995, págs. 311 - 328. (Introdução do Presidente Fernando Henrique Cardoso).

Compensação, restituição, sanção pecuniária e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais (1ª parte). Revista Brasileira de Ciências criminais, N° 10 (1995), págs. 52 - 57. (2ª parte). Revista Brasileira de Ciências criminais, N° 14 (1996), págs. 83 - 101.

La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España). San José de Costa Rica: ILANUD 1996, 832 S (co-organizadores: Kurt Madlener/Raúl Zaffaroni).

Instrumento base para la elaboración de los informes nacionales sobre „La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez“. In: Kurt Madlener / Raúl Zaffaroni (co-organizadores), La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España). San José de Costa Rica: ILANUD 1996, págs. 825 - 832.

Zum Problem der Justizreform in Lateinamerika, in: Institut für Iberoamerika-Kunde, Lateinamerika Jahrbuch 1996, Frankfurt a.M.: Vervuert Verlag 1996, págs. 9 - 38.

La Justicia como Garante de Derechos Humanos en Latino-América: I. La independencia de la Justicia y del Juez. Análisis comparativo de diez informes centro-americanos y mexicanos, Revista de Derecho Penal et de Criminología, UNED/Madrid, Nº 6/1996, págs. 689-781.

Celeridad y eficacia en el proceso penal alemán, en Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez, Madrid: Dikynsón 1996, págs. 837-857.

Derecho procesal penal y derechos humanos, en: "*La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI (Coloquio internacional)*", México: Inacipe 1998, págs. 203-208.

Die Institution des Ombudsmannes in Kolumbien: der Defensor del Pueblo. In: Kolumbien. Land der Einsamkeit?, Rafael Sevilla/Christian von Haldenwang/Eduardo Pizarro (co-organizadores), Bad Honnef: Horlemann 1999, págs. 290 -306.

Die Justiz als Garant der Menschenrechte in Lateinamerika: Die Unabhängigkeit der Justiz und der Richter, in: Helen Ahrens / Detlef Nolte (co-organizadores), Rechtsreformen und Demokratieentwicklung in Lateinamerika (Schriftenreihe des Instituts für Iberoamerika-Kunde, tomo 48). Frankfurt am Main: Vervuert Verlag 1999, págs. 152 – 174.

Landesbericht Spanien in: Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven / Reparation in Criminal Law. International Perspectives, Albin Eser / Susanne Walther (co-organizadores), (Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, tomo S 57/32), Freiburg i. Br.: edition iuscrim 2001, págs. 273 - 339.

Conflict Resolution in Sub-Saharan Africa. An Overview. Recht in Afrika / Law in Africa / Droit en Afrique, Köln: Rüdiger Köppe Verlag 2008, 14 págs.

Meios e Métodos para alcançar-se no processo penal as metas de "Prazo Razoável" e de "Celeridade", in: Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em

homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora 2009, págs. 645 – 670.

Alte und neue Wege der Wiedergutmachung des Deliktschadens: (Adem Sözüer, organizador). Istanbul: On İki Levha Yayincilik, 2013, págs. 1817-1849.

Resenhas de livros e informes sobre congressos em *Anwaltsblatt*, *Jahrbuch für Afrikanisches Recht*, *Mitteilungsblatt der Gesellschaft für Rechtsvergleichung*, *Neue Juristische Wochenschrift*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* e outros.

# ARTIGOS



# Direito de Privacidade e Direito de Intimidade

*Adhemar Ferreira Maciel<sup>1</sup>*

A Constituição Federal brasileira, no Capítulo I (*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*), do Título II (*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*), dispõe no art. 5º: *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

O constituinte de 1987/1988 inovou em relação aos textos constitucionais anteriores. Tomou de empréstimo doutrina, legislação e jurisprudência de tribunais brasileiros e estrangeiros. Pelo próprio texto, vê-se que a Constituição tem os dois termos – *privacidade e intimidade* – como distintos.

O Webster's New World Dictionary (1961) apreende bem o uso corrente de *privacidade* e *intimidade* nos Estados Unidos. **Privacy.** 1. *the quality or condition of being private; withdraw from public view; seclusion.* 2. *secrecy.* **Intimacy:** 1. *a being intimate; familiarity.* 2. *an intimate act; esp. illicit sexual intercourse; an euphemism.*

O presente artigo doutrinário propõe-se tão-somente a lançar no palco das discussões uma pitada para futuras e abalizadas especulações sobre o tema. Na prática, vamos nos cingir à jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Não há tribunal no mundo em que as liberdades fundamentais sejam tão discutidas e reivindicadas quanto na *U. S. Supreme Court*. *Os norte-americanos – resume com felicidade Ronald Dworkin – são fascinados pela ideia dos direitos individuais, que é o signo zodiacal sob o qual seu país nasceu.*<sup>2</sup>

---

1 Ministro aposentado do STJ. Presidente da Academia Mineira de Letras Jurídicas.

2 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 37.

Poucos são os textos constitucionais estrangeiros que garantem, de modo expresse, a *intimidade* ou *privacidade da pessoa humana*. Por exemplo, a Constituição Espanhola (1978), tal como a brasileira (1988), constitui uma das raras exceções. Diz o Estatuto castelhano em seu art. 18: *1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*<sup>3</sup>

Outras constituições, como a do Japão (1946), fornecem apenas o substrato para a ampliação legal ou jurisprudencial: *Art. 13 - Todos serão respeitados como indivíduos.*<sup>4</sup> A Lei Fundamental de Bonn, notável por sua precisão técnico-científica, menciona “personalidade” e não pessoalidade, intimidade ou privacidade. No art. 2, a *Bonnergrundgesetz* fala em “Liberdade da Pessoa” (*Freiheit der Person*):

(1) *Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade [...].*

(2) *[...] A liberdade da pessoa é inviolável.*<sup>5</sup>

Não podemos deixar de assinalar que algumas constituições estaduais norte-americanas garantem, de modo expresse, o direito de intimidade ou/e o direito de privacidade. É o caso do Alaska (1972), Arizona (1912), Carolina do Sul (1970), dentre outras.<sup>6</sup>

O *Bill of Rights* da Constituição dos Estados Unidos (1791), que institucionalizou o *Common Law* inglês e toda a filosofia política de John Locke e dos pensadores europeus do século XVIII, não textualiza a *privacidade* e a *intimidade* das pessoas. Coube à jurisprudência da Suprema Corte a magna tarefa de captar as “emanações” que saem das diversas cláusulas do *Bill of Rights*, formando verdadeiras “penum-

3 *Constituição do Brasil e constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987, v. I.

4 *Constituição do Brasil e constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987, v. II.

5 Original em alemão: (1) *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (...)* (2) *Die Freiheit der Person ist unverletzlich* (JARASS, Hans, PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992).

6 Disponível em < <http://www.pogowasright.org/blogs/dissent/?p=183>. Acesso em 24/05/2014.

bras” protetoras de direitos fundamentais não escritos.<sup>7</sup> Essa tarefa, como se falou, foi sendo cristalizada ao longo dos anos.

Um dos primeiros casos de expansão construtiva do conceito de “liberdade” foi julgado em 1923. *Trata-se de Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390. Lei do Estado de Nebraska, promulgada logo após a Primeira Grande Guerra (1919), tipificava como *misdeemeanor* (infração penal menos grave) ensinar qualquer matéria em “língua que não o inglês” (*in any language other than the English language*) a criança do ensino fundamental (até o oitavo grau).<sup>8</sup> A vedação legal alcançava não só o ensino público, mas também o ensino privado. Robert Meyer foi acusado e condenado por ministrar lições individuais de alemão a uma criança de 10 anos de idade. A suprema corte estadual manteve a sentença condenatória recorrida.

Na Suprema Corte, todavia, a maioria do Colegiado entendeu que houve violação da cláusula do *substantive due process of law* da Emenda n. 14 (Hoje, por certo, o enquadramento se daria na Emenda n. 1). O *Justice* James McReynolds (1862-1946), condutor do voto vencedor (dois juízes dissentiram), invocou ainda “o direito de busca da felicidade” (*the right to the pursuit of Happiness*), pórtico da Declaração de Independência americana.

McReynolds, em seu erudito voto, relembra a república uniforme ideada por Platão, onde os filhos não sabiam quem eram seus pais, e os pais, quem eram seus filhos (regime matrifocal). O poder legislativo de Nebraska, imbuído de sentimentos xenófobos, aprovou a lei que se teve como inconstitucional. Ainda que o estado tenha o dever de melhorar a qualidade da educação de seus cidadãos, ficava claro “que o indivíduo tinha certos direitos fundamentais, os quais devem

---

7 A alegoria *emanations and penumbras* foi criada pelo *Justice* Douglas no célebre caso *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965), abordado mais abaixo.

8 A pena abstrata cominada era de multa (máximo de 100 dólares) ou/e prisão simples (não mais de até 30 dias). BRASIL. Com o advento de Estados nazi-fascistas na Europa, no Brasil, sobretudo em alguns Estados-membros do Sul, a língua alemã era ensinada e falada por alguns brasileiros natos. Veio a Constituição democrática de 1946 e, em seu art. 132, II, vedou ao brasileiro que não se exprimisse em português o direito de alistar-se eleitor (*jus suffragii*).

ser respeitados”. Por outro lado, “os meios adotados (pela lei de Nebraska), (assim) nós pensamos, excediam a limitação imposta ao poder do estado e conflitam com direitos assegurados ao autor da ação”. Como se percebe, a questão decidida gira em torno do “direito de privacidade”.

Pouco tempo depois, em 1925, veio a lume *Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*, 268 U.S. 510. O motivo foi o mesmo: proteção de direitos individuais contra a intrusão injustificada do poder público. Sob a capa de reforçar os valores nacionais e morais americanos, o Estado de Oregon fez aprovar lei que criava o ensino público obrigatório. No fundo, o objetivo era afastar a influência de escolas paroquiais. McReynolds, que também falou pela Corte, ampliou ainda mais o alcance da cláusula do devido processo legal da Emenda n. 14. Os pais tinham, sim, direito de matricular seus filhos em estabelecimentos particulares de ensino. Essa decisão, como muitas outras da Suprema Corte, reflete bem de perto o pensamento liberal de John Stuart Mill (*On Liberty*): a tolerância do “livre mercado de ideias” para que a sociedade descubra a verdade.<sup>9</sup>

Alguns anos depois, a Suprema Corte proferiu decisão mais importante ainda: *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965). Dessa vez em jogo estava a “intimidade pessoal familiar” e não propriamente a “privacidade”, como nos casos anteriores. A votação foi de 7 a 2. Até que ponto o governo pode intrometer-se na vida íntima de um casal para impedir que ele use contraceptivos em suas relações sexuais? Famoso ficou o voto do *Justice* William Douglas (1898-1980), quando ele falou que muitos dos direitos e garantias não previstos expressamente no *Bill of Rights* podiam ser extraídos hermeneuticamente das “penumbras” formadas por “emanações” que jorravam de outras proteções da própria Constituição. O *Justice* Hugo Black (1886-1971) discordou. Em interpretação nitidamente restritiva, ressaltou que o “direito à privacidade” (*right to privacy*) não se achava expresso em nenhum lugar da Constituição. O *Justice* Arthur Goldberg (1908-1990) contra-argumentou, dizendo que a Emenda n. 9 permitia

---

9 DWORKIN, op. cit., p. 500.

a expansão de outros direitos que não aqueles assegurados expressamente no texto constitucional.<sup>10</sup>

Os fatos que desencadearam a decisão de *Griswold* podem ser assim resumidos: Estelle Griswold, diretora de uma liga de planejamento familiar, e seu sócio Lee Buxton, médico e professor da Escola de Medicina da Universidade de Yale, montaram uma clínica de orientação de controle de natalidade em New Haven (Connecticut). Ambos foram presos, processados e condenados. Griswold recorreu à Suprema Corte, alegando violação da Emenda n. 14, pois a lei contrariava seu direito de privacidade. Suas razões recursais foram endossadas pela Corte. Esse precedente, que se circunscreveu ao âmbito familiar, foi ampliado em 1972 (*Eisenstadt v. Baird*): também os casais fora do matrimônio tinham direito à mesma proteção firmada em *Griswold*, sob pena de violação da cláusula da *Equal Protection of Law* (Emenda n. 14).<sup>11</sup> O Justice Brennan (1906-1997), que falou pela Corte, lembrou que não seria lógico proteger marido e mulher (*Griswold*) e deixar sem proteção casais fortuitos.

O Caso *Stanley v. Georgia*, 394 U. S. 557 veio em 1969. Ampliou ainda mais o “direito de intimidade”. A polícia, munida de um mandado judicial, entrou na casa de Robert Stanley em busca de provas de que ele era “bicheiro”. Nada relativo à atividade de *bookmaker* foi encontrado. Todavia, a polícia se deparou com três rolos de filmes pornográficos. Stanley foi condenado por *possession of obscene materials*. O Justice Thurgood Marshall (1908-1993), que conduziu a votação prevalente, subsumiu o caso na Emenda n. 1 e na Emenda n. 14.

---

10 BRASIL. A Emenda n. 9 (*The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*) é a base do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

11 BRASIL. No início de fevereiro de 2010, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relatora do REsp 1026981a ministra Nancy Andrighi, reconheceu, à unanimidade, que parceiro do mesmo sexo, que viveu “união estável”, tem direito à pensão da previdência privada deixada pelo companheiro. Trata-se de expansão de direitos.

Em seu voto, Marshall também alude ao ideal americano da “busca pela felicidade” e invoca voto famoso de Louis Brandeis (1856-1941) em *Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438, 478 (1928), quando o grande juiz sintetiza o *direito de privacidade* (*right of privacy*) como o *direito de ficar sozinho* (*the right be let alone*), o *mais compreensivo dos direitos e o direito mais valorizado pelos homens civilizados* (*the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men*). Ora, Stanley tinha o direito de ler ou ver na privacidade de seu lar aquilo que lhe comprazia. Não se negava ao Estado o poder de regulamentar a obscenidade. Mas, sem dúvida, esse poder não alcançava o indivíduo em seu próprio lar. Violado restou o direito de intimidade.

Outros casos, cada um com nuance própria, foram aparecendo no firmamento jurisprudencial da Suprema Corte. Em 2000, foi julgado pedido de *certiorari* relativo a direito de avós visitarem suas netas, mesmo com oposição da mãe das crianças. Lei do Estado de Washington permitia que, desde que fosse do comprovado interesse das crianças, o juiz poderia conceder visita a qualquer tempo e hora. A mãe das crianças (duas meninas) se insurgiu não contra a visita em si, mas contra a frequência delas. Trata-se de *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000). Coadjuvada pelos *Justices* Renhquist (1924-2005), Ginsburg (1933- ) e Breyer (1938- ), a *Justice* Sandra Day O'Connor (1930- ) invocou os precedentes *Stanley v. Illinois* e *Washington v. Glucksberg*, dizendo que a cláusula *Due Process* da Emenda n. 14 possuía um “componente substantivo” que ampliava a proteção contra a interferência injustificada do governo em determinados direitos individuais, inclusive o direito fundamental de os pais decidirem quanto à saúde, guarda e controle de seus filhos. Os *Justices* Souter (1939- ) e Thomas (1948- ) acompanharam o voto vencedor em seus fundamentos (*Concurring Opinion*). Ficaram vencidos os juízes Stevens (1920- ), Scalia (1936- ) e Kennedy (1936- ).

Por último, abordaremos, ainda que rapidamente, caso mais recente, julgado em 2003: *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558. Trata-se de verdadeiro “marco histórico”, onde se sublinha ainda mais o direito de intimidade.

Desde os tempos antigos as “perversões sexuais” são alvo de punição. Os colonos ingleses trouxeram para a América o *Common Law*, que previa sanções penais para as

relações extraconjugais e homossexuais (*crimes against the nature*). Na Grã-Bretanha, as leis tipificadoras de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo foram caindo gradualmente. Alguns casos foram mesmo parar na Corte Internacional de Direitos Humanos. Em 1998, na cidade de Houston (Texas), um policial flagrou John Lawrence, em seu apartamento, praticando relações homossexuais com Tyron Garner. Ambos adultos. Foram apenados com multa por um *justice of the peace*.<sup>12</sup> Os condenados conseguiram levar, por meio de petição de *certiorari*, seu caso à apreciação da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A maioria dos juízes, com voto capitaneado por Anthony Kennedy, teve o dispositivo do Código Penal do Texas (*homosexual conduct*) como contraveniente ao *substantive due process* da Emenda n. 14. Kennedy, em reforço de sua tese, trouxe precedente da Corte Internacional de Direitos Humanos, julgado na década de 1980 (*Dudgen v. United Kingdom*). Com a nova decisão, precedente da própria Suprema Corte, de 1986 (*Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186), ficou expressamente revogado. O Justice Kennedy frisou em seu voto que *a conduta íntima, consensual, entre adultos, ora em julgamento, fazia parte da liberdade protegida pelo componente substantivo das proteções do devido processo da Emenda n. 14*.<sup>13</sup>

Tema que tem frequentemente agitado os tribunais norte-americanos é o direito de a imprensa divulgar fatos da vida particular das pessoas. Muitas vezes fica difícil conciliar a liberdade de imprensa com o direito de privacidade do indivíduo. De um modo geral, a Suprema Corte tem entendido que se o fato noticiado foi obtido de fonte pública e nar-

---

12 BRASIL. Na *Carta aos Senhores Eleitores da Província de Minas Gerais*, datada de 30.12.1827, o deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos faz alusão otimista (capítulo XIII) a lei de outubro daquele ano de 1827 que, imitando a instituição inglesa do *justice of the peace*, havia criado um “juiz de paz em cada freguesia e em cada capela filial” (Ver a *Carta* em CARVALHO, José Murilo de (Org.). *Bernardo Pereira de Vasconcelos*. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 112 e seg.). O Código Criminal (1830) e o Código de Processo Criminal (1832) encamparam a instituição, que, lamentavelmente, não funcionou a contento no Brasil.

13 Tradução livre. No original: *the intimate, adult consensual conduct at issue here was part of the liberty protected by the substantive component of the Fourteenth Amendment's due process protections*.

rado com veracidade está amparado constitucionalmente pela Emenda n. 1 (liberdade de imprensa). Existe um precedente que tem servido de luzeiro jurisprudencial: *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U. S. 469 (1975).<sup>14</sup> Em 1971, em uma cidade da Geórgia, uma mocinha de 17 anos foi estuprada e assassinada. Lei estadual impedia a divulgação de foto e nome da vítima de estupro pela mídia. Um repórter da WSB-TV obteve cópia do processo com um funcionário do juízo e divulgou dados. O pai da vítima, com base na lei estadual, ajuizou ação exigindo punição e indenização. A Suprema Corte, por maioria esmagadora (vencido ficou o *Justice* Renhquist), teve a lei do Estado da Geórgia como inconstitucional. O direito à liberdade de imprensa prevalecia em relação ao direito de privacidade da vítima. Em seu voto, o *Justice* Byron White (1917-2002), que falou pela Corte, ressaltou: *O noticiário pela mídia é uma fonte importante para que os cidadãos possam fiscalizar a atividade governamental*. Por outro lado, no caso concreto as informações já se achavam publicamente registradas.

Vê-se, pelos poucos casos acima noticiados, que a Suprema Corte dos Estados Unidos tem revelado, ao longo dos anos, a face viva de uma *Invisible Constitution*<sup>15</sup> que viceja ao lado de uma Constituição escrita há mais de 200 anos.

---

14 Cf. *Smith v. Daily Mail Publishing Co.* 430 U. S. 308 (1977) e *Oklahoma Publishing Co. v. District Court*, 443 U. S. 97 (1979).

15 *The invisible constitution* é o título de livro escrito por Laurence H. Tribe, professor de Direito Constitucional da Universidade de Harvard (Oxford University Press, 2008).

## Referências

BRASIL. *Constituição do Brasil e constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, 1987, v. I.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Brasília: Senado Federal, 1987, v. II.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GURALNIK, David B. (Gen. Edi.). *Webster's New World Dictionary of American Language*. Cleveland: The World Publishing Company, 1961.

JARASS, Hans, PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992.

TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. Oxford: University Press, 2008.

VASCONCELLOS, Bernardo Pereira de. *Carta aos senhores eleitores da província de Minas Gerais* in CARVALHO, José Murilo de (Org.). São Paulo: Editora 34, 1999.

## Casos Citados

*Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986)

*Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U. S. 469 (1975)

*Dudgen v. United Kingdom*

*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972)

*Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965)

*Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003)

*Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390 (1923)

*Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438, 478 (1928)

*Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*, 268 U.S. 510 (1925)

REsp 1026981, STJ (Nancy Andrighi)

*Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972)

*Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000)

*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997)

# La “Prisión Permanente Revisable” en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal Español

*Alfonso Serrano Gómez<sup>1</sup>*

Al Doctor Kurt Madlener, en agradecimiento al apoyo prestado a varias generaciones de profesores de Derecho penal y procesal españoles, portugueses e hispanoamericanos, durante todo el tiempo que fue encargado del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional para España e Hispanoamérica.

## I Consideraciones previas

La prisión permanente revisable se incorpora al Código penal español de 1995 en un reciente Anteproyecto para su reforma de octubre de 2012. En caso de pasar a Proyecto y terminar siendo Ley, sería la modificación número 26 del Código vigente. La reforma afecta a 151 artículos.

Nos encontramos ante una nueva posibilidad de elevar las penas, que ha sido la política criminal de los últimos gobiernos<sup>2</sup>. Esta política ha tenido fines electoralistas en todo caso; normalmente los gobiernos antes de presentar un plan de agravación de las

---

1 Professor Titular Emérito de Direito Penal e Criminologia da UNED. Ex-Diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia. Licenciado em Direito pela Universidade de Salamanca. Graduado em Criminologia pelo Instituto da Universidade Complutense de Madri. Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri.

2 Serrano Maíllo, A., «Punitivität und Gesetzgebung: Die Situation in Spanien». En *Kriminalität und Kriminalprävention in Ländern des Umbruchs* (H. Kury y E. Karimov eds.). Bochum: Univesitäts Dr. N. Brochmeyer, 2006. Serrano Gómez A. y Serrano Maíllo, A., «El aumento de la firmeza en la respuesta al delito a nivel legislativo en España (1995-2007)», en Kury, H., y Serrano Maíllo, Punitividad y victimización en la experiencia contemporánea. Estudios. Madrid: Dykinson, 2009, págs. 293 y ss.

penas suelen crear un ambiente de temor e inseguridad en los ciudadanos para que apoyen, o al menos no se opongan, a la elevación de las penas; buscan conseguir votos en aquella parte de la población que es más punitiva o simplemente por la influencia de hechos delictivos puntuales que tienen un notable impacto social, generalmente alimentado por los medios de comunicación. El Código penal de 1995 ha sido modificado en 25 ocasiones, en la de 2003 afectó a 182 artículos, elevándose la pena en muchos supuestos. En la última, que entró en vigor en diciembre de 2010, afectó a 153 artículos, elevando la pena en 33 tipos penales. Todo ello pone de manifiesto que el legislador español en materia penal, y sin duda en otras muchas, es muy inseguro no llegando a una estabilidad más o menos aceptable que perdure durante cierto tiempo<sup>3</sup>. En el Anteproyecto de reforma del Código penal se vuelve a elevar la pena privativa de libertad en varios delitos.<sup>4</sup>

Como se verá más adelante la cadena perpetua revisable se encuentra en la legislación penal de varios países europeos como Italia, Reino Unido, Grecia, Francia, Alemania, Austria, Suiza, Dinamarca e Irlanda<sup>5</sup>.

Esta iniciativa la incluía el Partido Popular en su programa a las elecciones generales de noviembre de 2011<sup>6</sup>. El Ministro de Justicia el 1 de febrero de 2012 en las

---

3 Serrano Gómez, A. «Legislación líquida», en Revista Electrónica de Ciencias penales y Criminología <http://criminnet.ugr.es./recpc>, 4 mayo 2010, en pág. 7 se recoge: Nuestra Política criminal, nuestra legislación y nuestro proceso legislativo son inseguros, cambiantes, irreflexivos, vertiginosos. Nuestra legislación penal, en suma, es líquida.

4 Además de los supuestos en los que se establece la pena de prisión permanente revisable se agrava en los delitos de asesinato (art. 140 del Anteproyecto); abusos sexuales, mediante engaño, con persona mayor de trece años y menor de dieciséis (art.182.1); prostitución (art.188); propiedad industrial (art.174); robo con violencia o intimidación en casa habitada o sus dependencias (art. 242); provocación al odio, la violencia, la discriminación contra grupos por motivos racistas [...]

5 Vid infra notas 21y ss.

6 En el resumen del programa electoral del PP en el punto 83 se recogía: Reformaremos el sistema de penas del Código Penal, introduciendo la pena de prisión permanente revisable, la posibilidad de aplicación de medidas de seguridad postpenales, el cómputo de beneficios penitenciarios sobre cada una de las penas impuestas, y una nueva regulación de la multirreincidencia.

Cortes manifestó que se iba a reformar el Código penal incluyéndose la “prisión permanente revisable”. No obstante, ya lo había intentado sin éxito, en el Proyecto de reforma del Código penal de 1995, que daría lugar a la reforma de 2010, bajo la fórmula de “prisión perpetua revisable”

## II Antecedentes en los códigos penales españoles

No se emplea la fórmula de cadena perpetua que hemos visto en la nomenclatura en otros países. En el nuestro, como se verá más adelante, en el Código de 1822 se utilizaba “trabajos perpetuos”, mientras que se usaba “cadena perpetua” a partir del Código de 1848 y reformas posteriores<sup>7</sup> de 1850 y 1870; no figura a partir del Código de 1928. “Perpetua” es un concepto que parece suponer una mayor permanencia en el tiempo que “permanente”<sup>8</sup>. En el art. 47 del primero de los Códigos es donde únicamente se hace referencia a que los condenados llevarían una cadena<sup>9</sup>.

---

7 En *El Quijote*, parte primera, capítulo XXII, se recoge: ... don Quijote alzó los ojos y vio que por el camino que llevaba venían hasta doce hombre a pie, ensartados como cuentas en una gran cadena de hierro por los cuellos y todos con esposas a las manos... venía un hombre de muy buen parecer, de edad de treinta años, sino que al mirar metía él un ojo en el otro un poco. Venía diferentemente atado que los demás porque traía una cadena al pie, tan grande, que se la liaba por todo el cuerpo y dos argollas a la garganta, la una en la cadena, y la otra de las que llaman guarda amigo o pie de amigo, de la cual descendían dos hierros que llegaban a la cintura, en los cuales se asían dos esposas, donde llevaba las manos, cerradas con un grueso candado, de manera que ni con las manos podía llegar a la boca, ni podía bajar la cabeza a llegar a las manos. Preguntó don Quijote que cómo iba aquel hombre con tantas prisiones más que los otros. Respondióle la guarda porque tenía aquel solo más delitos que todos los otros juntos...

8 Según del Diccionario de la Lengua Española el vocablo “perpetuo” significa “que dura y permanece para siempre”, mientras que “permanente” “que permanece”. Dentro de las acepciones de “cadena” el Diccionario recoge “pena aflictiva que duraba como la vida del condenado”

9 Vid infra nota 9.

El primero de los Códigos penales, el de 1822, en su artículo 47<sup>10</sup> se ocupaba de los reos condenados a trabajos perpetuos. En el 66 decía que los mayores de 70 años condenados a trabajos forzados pasarían a acabar sus días o el resto de su condena en una casa de reclusión<sup>11</sup>. Según el artículo 144 si el condenado a trabajos perpetuos se arrepentía y enmendaba transcurridos diez años pasaba a la deportación pudiendo recuperar algunos derechos transcurridos otros diez. De lo anterior se desprende que había una primera revisión trascurridos diez años y otra diez años después. Los trabajos perpetuos se aplicaban en 21 casos<sup>12</sup>.

Los Códigos de 1848 y sus reformas de 1850 y 1870 mantienen la prisión perpetua. La recogen como “cadena perpetua”. Hay beneficios para los mayores de 60 años<sup>13</sup>. La situación mejora notablemente en 1870, pues en su artículo 29 se establecía el indulto a los 30 años<sup>14</sup>. Un Real Decreto de 1906 dispuso que fueran indultados sin

---

10 Disponía el art. 47 del Código penal de 1822: Los reos condenados á trabajos perpetuos serán conducidos al establecimiento más inmediato de esta clase, y en él estarán siempre y absolutamente separados de cualesquiera otros. Constantemente llevaran una cadena que no les impida trabajar, bien unidos de dos en dos, bien arrastrando cada uno la suya. Los trabajos en que se ocupen estos delincuentes serán los más duros y penosos; y nadie podrá dispensárselos sino en el caso de enfermedad, ni se les permitirá más descanso que el preciso.

11 Según el art. 66 del Código de 1822: El mayor de setenta años será destinado á reclusión por el resto de su vida si la pena de su delito fuere de trabajos perpetuos ó deportación, ó por el tiempo respectivo si fuere de presidio ú obras públicas. El que en estas ó en trabajos perpetuos cumpla la edad de setenta años, pasara á acabar sus dias ó el resto de su condena en una casa de reclusión, ocupándose en lo que permitan sus fuerzas.

12 Salillas, R., *Evolución penitenciaria en España*, II. Madrid: Imprenta clásica española, 1918, pág. 382.

13 Disponía el art. 98 del Código penal de 1948: El condenado á cadena temporal ó perpetua que tuviere antes de la sentencia 60 años de edad, sufrirá la condena en una casa de presidio mayor. Si los cumpliera estando ya sentenciado, se le trasladará á dicha casa presidio en la que permanecerá durante el tiempo prefijado en la sentencia. El mismo texto en el Código reformado de 1850. El art. 108 del texto de 1870 tiene el mismo contenido sustituyendo la palabra “sufrirá” por la de “cumplirá”.

14 Disponía el párrafo primero del art. 29 del texto de 1870: Los condenados á las penas de cadena, reclusión y relegación perpétuas y á la de extrañamiento perpétuo serán indul-

demora<sup>15</sup>. Desaparece en el Código de 1928. Algún penalista aun justificando las penas perpetuas mantenía que el castigo debía de cesar cuando se había conseguido la corrección del delincuente<sup>16</sup>.

### III Antecedentes: Proyecto de reforma del Código penal de 1995

La cuestión para introducir en el Código penal esta prisión viene siendo una apuesta del Partido Popular, que ya planteó en el Proyecto de 2009, de reforma del Código penal de 1995, que daría lugar a la reforma de 2010, a través de diversas enmiendas, que no prosperarían<sup>17</sup>, bajo la forma de “prisión perpetua revisable. Se pretendía incorporar al art. 33 del Código de 1995 incluyendo en su apartado 2, la modificación de su letra a) con el siguiente texto: La prisión perpetua revisable<sup>18</sup>.

---

tados a los treinta años de cumplimiento de la condena, á no ser que por su conducta ó por otras circunstancias graves, no fuesen dignos del indulto, á juicio del Gobierno.

- 15 Cuello Calón, E., *La moderna penología*, I. Barcelona: Bosch, 1958, en pág. 271 escribe: Las penas perpetuas, la cadena y la reclusión, dejaron de serlo de hecho en los primeros años de este siglo, pues por R.D. de 22 de octubre de 1906, se dispuso que los condenados a ellos fueren indultados sin demora a los treinta años del cumplimiento de condena.
- 16 Silvela, L., *El derecho penal*, 2. ed. parte segunda. Madrid: Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, 1903, en pág. 255 escribe: La existencia de las perpetuas es también consecuencia del sistema de la expiación, opuesto al de la enmienda, pero enteramente compatible con los de la defensa social y de la prevención. En efecto; para un delito que produce un mal irreparable, debe señalarse también, como castigo, un mal de iguales condiciones, al paso que, si se busca la corrección del delincuente, el castigo debe cesar cuando este fin se haya alcanzado. Hay que tener en cuenta que Silvela era correccionalista.
- 17 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura, núm. 52-9, de 18 de marzo de 2010.
- 18 La enmienda núm. 384 que firma el Grupo Parlamentario Popular del Congreso propone la siguiente modificación: Se modifica el apartado Cuarto del artículo único del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el artículo 33 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, añadiendo una nueva letra a) al apartado 2 de dicha norma, pasando las actuales letras a) a i) a reordenarse a continuación desde la b) a la k), con el siguiente tenor literal: ‘a) La prisión perpetua revisable (BOCG cit. pág. 173)

En la justificación de la enmienda se dice que el carácter singular que se pretende dar ha hecho que se configure como una pena distinta y no como una prolongación de la pena privativa de libertad... se pretende mantener el carácter de mínima intervención, su carácter de revisable orientada a la rehabilitación del reo y a la reinserción social. Este planteamiento hace que la misma se adecue... a lo previsto en sus artículos 15 a 25 (de la Constitución)<sup>19</sup>.

En otra de las enmiendas proponía la siguiente adición: ... se añade un artículo 35 bis al Código penal, con la siguiente redacción: «La pena de prisión perpetua revisable se cumplirá por un período inicial de veinte años, sin que quepa aplicar ningún beneficio de condena, salvo los que se consideraran de necesidad grave de carácter humanitario apreciada expresamente por el Tribunal sentenciador. Cumplidos veinte años de internamiento, el Tribunal sentenciador decidirá si procede la revisión de la condena, conforme a lo previsto en el artículo 90 bis de este Código»<sup>20</sup>.

En la justificación de la enmienda se recogen íntegramente los dos párrafos primeros de la enmienda anterior<sup>21</sup>. En ambas se hace referencia a que el carácter revisable se encuentra en la línea de la legislación vigente en la mayoría de los países de la Unión Europea; en todos se contempla la revisión de la condena y la posibilidad de la concesión de la libertad vigilada pasado un plazo de tiempo, tal y como ahora

---

19 La «prisión perpetua revisable» que se propone introducir se configura como una pena excepcional a aplicar en supuestos muy restringidos, pero que han alcanzado el máximo grado de reprochabilidad social. El carácter singular que se le pretende dar ha hecho que se configure como una pena distinta y no como una prolongación de la pena privativa de libertad. Por ello, tampoco se altera el artículo 70.3 del Código Penal pues se pretende mantener el carácter de mínima intervención y que no se pueda pasar a esta pena más que en los casos en que así lo señale el Código expresamente y no por extensión por aplicación de un grado superior de la pena privativa de libertad. Sin embargo, el punto determinante de la nueva pena y lo que la diferencia de otros precedentes históricos es su carácter de revisable, orientada a la rehabilitación del reo y a su reinserción social. Este planteamiento hace que la misma se adecue a la perfección con los postulados de nuestra Constitución a la hora de caracterizar las penas y especialmente a lo previsto en sus artículos 15 y 25 (BOCG págs. 173-174).

20 BOCG, págs. 174 y s.

21 BOCG, pág. 174.

se propone. Se detalla la situación de Italia prisión perpetua que se revisa a los 26 años<sup>22</sup>, el Reino Unido con prisión revisable a los 20 y 25 años<sup>23</sup>, la revisión en Grecia es a los 20 años<sup>24</sup>, en Francia a los 15 años<sup>25</sup>, lo mismo que en Alemania, Austria y Suiza<sup>26</sup>, en Dinamarca son 12<sup>27</sup> y en Irlanda siete<sup>28</sup>.

De otra parte se propone incorporar un párrafo segundo al artículo 62 con respecto a las penas inferiores en grado<sup>29</sup>, con la siguiente redacción: Como penas de referencia para las inferiores en grado se tomarán las prisiones temporales previstas como alternativas con la prisión perpetua. Si esta fuera la única pena, se considera como pena de referencia a dichos efectos la prisión de 25 a 30 años<sup>30</sup>.

---

22 En Italia, la prisión perpetua («ergastolo») se revisa a los 26 años. En la revisión uno de los factores que se evalúa especialmente es el grado de colaboración con la Justicia (criterio que también está presente en la aplicación del art. 41 bis del Reglamento Penitenciario que permite al Ministerio de Justicia suspender la aplicación del régimen ordinario en los supuestos de crimen organizado, terrorismo o revueltas carcelarias).

23 En el Reino Unido la encontramos en términos similares pues la primera revisión de la prisión perpetua se realiza a los 20 años y posteriormente otra a los 25.

24 En Grecia también existe esta pena pero con un plazo de revisión algo mayor, a los 20 años.

25 En Francia el proceso de revisión se inicia tras 15 años de cumplimiento y la eventual puesta en libertad de los condenados a prisión perpetua sigue 3 fases....

26 En Alemania la prisión perpetua es revisable a los 15 años de condena, pudiéndose en ese momento obtener la libertad condicional [parágrafo 57.a) del Código Penal alemán] continuando cumpliendo la prisión. En este país el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente a favor de la constitucionalidad de esta pena. El mismo plazo se aplica en Austria y Suiza.

27 El siguiente escalón lo encontramos en Dinamarca en donde la revisabilidad se establece a los 12 años.

28 Por último, el país de la Unión en donde existe esta pena con un plazo más corto de revisión es Irlanda en donde se comienza a evaluar a los 7 años.

29 Enmienda 388, BOCG, cit. págs. 175 y s.

30 El texto de la enmienda 388 se justificaba como sigue: Para determinar las penas de referencia para los supuestos de tentativa en los delitos castigados con prisión perpetua revisable. En este caso es posible su establecimiento en la parte general del Código, lo cual resulta técnicamente más adecuado.

Delitos para los que se pedía la prisión perpetua revisable en las enmiendas al Proyecto que daría lugar a la reforma del Código penal de 2010 y en el Anteproyecto de reforma de 2012, ahora con prisión permanente revisable.

El mismo grupo político – el Partido Popular – que pretendió incluir esta pena en la reforma del Código penal de 2010, dos años más tarde, al ganar las elecciones generares de noviembre de 2011, por mayoría absoluta, pretende llevar a cabo el propósito que no pudo conseguir. Además de sustituir “prisión perpetua revisable”, por “prisión permanente revisable”, hay algunos cambios en los delitos para los que se prevé la misma.

a) **Homicidio con agresión sexual.** En las enmiendas a la reforma de 2010 se pide la adición de un nuevo artículo 140 bis del Código penal con el siguiente contenido: *El que matare a otro concurriendo alguna agresión sexual de las descritas en el artículo 179 de este Código, será castigado con la pena de veinticinco a treinta años o prisión perpetua revisable*<sup>31</sup>.

**Anteproyecto de 2012.** También se recoge en el artículo 140, que se modifica. Se amplían los supuestos. Dispone su apartado que:

*1 El asesinato será castigado con la pena de prisión permanente revisable, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*1ª. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental.*

*2ª. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.*

*3ª. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización criminal.*

*2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable...*

---

31 Enmienda núm. 390, en BOCG cit. pág. 177.

b) **Homicidio del Rey o la Reina.** El Grupo Popular pedía una nueva redacción del artículo 485 del Código penal, que quedaría como sigue:

*1. El que matare al Rey o a la Reina será castigado con la pena de prisión perpetua revisable<sup>32</sup>.*

**Anteproyecto.** Se mantiene el mismo contenido.

c) **Homicidio en atentados terroristas.** Se pedía la modificación del apartado 2 del artículo 572 del Código penal que quedaba redactado como sigue:

*2. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas, atentaren contra las personas, incurrirán:*

*1. En la pena de prisión perpetua revisable si causaran la muerte de una persona...<sup>33</sup>*

**Anteproyecto.** Se mantiene el mismo contenido.

d) **Homicidio de un Jefe de Estado extranjero.** Se pide la modificación del apartado 1 del artículo 605 del Código penal, que quedaría redactado como sigue:

*1. El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años o prisión perpetua revisable<sup>34</sup>. Aquí la pena de prisión perpetua revisable es alternativa con la de prisión.*

---

32 Enmienda núm. 392, en BOCG cit. págs. 177 y s.

33 Enmienda núm. 394, en BOCG cit. pág. 179

34 Enmienda núm. 396, en BOCG cit. pág. 179.

**Anteproyecto.** El nuevo texto que figura para el artículo 605.1 es:

*El que matare al Jefe de un Estado Extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión permanente revisable.*

e) **Genocidio.** Se propone en la reforma de 2010 la modificación del número 1º del apartado 1 del artículo 607 del Código penal que quedaría redactado como sigue:

*1º. Con la pena de prisión de quince a veinte años, si matare a algunos de sus miembros.*

*Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión perpetua revisable<sup>35</sup>.*

Hay algunos supuestos en los que la pena de prisión perpetua revisable no es única sino alternativa con la de veinticinco a treinta años de prisión. Se trata de los apartados b) y e). Según se expuso anteriormente se proponía añadir un párrafo segundo al artículo 62, siendo la pena inferior en grado a la de prisión perpetua revisable, prisión de 25 a 30 años<sup>36</sup>.

**Anteproyecto.** La redacción que figura en el artículo 607. 1 es la siguiente:

*1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religiosos o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:*

*1. Con pena de prisión permanente revisable, si mataren a alguno de sus miembros.*

*2. Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.*

f) **Delitos de lesa humanidad.** En una de las enmiendas el Grupo Parlamentario Popular pretendía la modificación del número 1º del apartado 2 del artículo 607 bis del Código penal, proponiendo la siguiente redacción:

---

35 Enmienda núm. 397, en BOCG cit. pág. 179.

36 Vid. enmienda 388 en supra notas 28 y 29.

*1º. Con la pena de prisión de quince a veinte años, si causaran la muerte de alguna persona.*

*Si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139, se impondrá la pena de prisión perpetua revisable<sup>37</sup>.*

**Anteproyecto.** El número 1 del apartado 2 del artículo 607 bis, queda redactado como sigue:

*1. Con la pena de prisión permanente revisable si causare la muerte de alguna persona.*

Cumplimiento de 20 años de prisión para conseguir la libertad condicional

Los requisitos para que se pudiera conceder la libertad condicional se proponían en la adición 90 bis al Código penal con la siguiente redacción:

*1. En la pena de prisión perpetua revisable el Tribunal sentenciador podrá conceder la libertad condicional, una vez cumplidos veinte años de internamiento, siempre que concurran los requisitos siguientes:*

*1º. Contar con un pronóstico favorable de reinserción social...*

**Anteproyecto.** En sus enmiendas al Proyecto, que llevaría a la reforma del Código penal en 2010, el tiempo que el condenado debía de estar en prisión ininterrumpida era de 20 años; en el Anteproyecto de 2012 oscila entre 25, 28, 30 o 32 años, dependiendo del delito o delitos por los que había sido condenado.

## IV Sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable

Publicado el Anteproyecto y remitido al Consejo Fiscal y Consejo General del Poder Judicial, para el informe preceptivo, el primero considera que dicha pena no indica inconstitucionalidad. Por el contrario, el Consejo General lo pone en duda, al

---

<sup>37</sup> Enmienda núm. 385. BOCG, cit. pág. 173.

considerar que la prisión permanente revisable no es conciliable con la reinserción que contempla el artículo 25. 2 de la Constitución.

## 1 Postura de la doctrina

Cuerda Riezu se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de la cadena perpetua y las penas muy largas de prisión, y escribe al respecto:

¿Por qué son inconstitucionales la cadena perpetua, incluso la revisable, y las penas muy largas de prisión?

Pues porque vulneran el mandato constitucional de que las penas y medidas privativas de libertad estén orientadas a la reinserción social (artículo 25.2 CE); porque están indeterminadas respecto a la fecha de término de cumplimiento (artículo 25.1 CE), originando así una desigualdad injustificada (artículo 14 CE), derivada de la diferente duración de la vida del recluso; y porque representan penas o tratos inhumanos o degradantes, aunque sean revisables (artículo 15 CE)<sup>38</sup>.

El Ministro de Justicia del Gobierno socialista, Francisco Caamaño, en una entrevista sobre cuestiones que plantea la reforma del nuevo Código penal de 1995, a la pregunta ¿cree que no cabía la «cadena perpetua revisable», propuesta por el Partido Popular, en los casos en los que precisamente esa finalidad claramente no se haya cumplido, al no haber arrepentimiento ninguno ni resocialización del delincuente especialmente peligroso?. Contesta: Lo que no se puede hacer es privar al condenado de medidas dirigidas a su resocialización ¡durante un período mínimo de veinte años! y luego hacerle un pronóstico de peligrosidad. Tras un período de encarcelamiento tan largo y sin medidas de resocialización será peligroso, no lo dude. Por este motivo, la pro-

---

38 Cuerda Riezu, A., La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España. Barcelona: Atelier, 2011, pág. 109. Continua diciendo: A lo anterior hay que añadir que los tratados ratificados por España relativos a extradición, orden europea de detención y entrega o a tribunales penales internacionales presuponen como principio de orden público que la prisión perpetua es inadmisibile para el ordenamiento jurídico español. Por último, la reclusión perpetua y las penas de prisión de muy larga duración no reducen necesariamente la criminalidad ni la reincidencia, esto, no siempre tienen eficacia preventivo-general ni preventivo-especial.

puesta del PP es un fraude a la Constitución. Además, si se defiende el cumplimiento íntegro de las penas no se pueden pretender condenas revisables<sup>39</sup>.

Nistal Burón, escribe: El art. 25.2 de la Constitución otorga un amplio abanico de posibilidades al legislador para regular la ejecución de la pena, pudiendo elegir entre diferentes opciones, y éstas son muy amplias y todas ellas caben en la Constitución, incluida la pena de «cadena perpetua», que sería perfectamente constitucional si hay un juicio de revisión sobre la misma, es decir, si cada cierto tiempo se puede revisar la situación del recluso y, en caso de que esté en condiciones de ser reinserido, concretar la pena a una duración determinada. De esta forma, el horizonte penal que todo ser humano privado de libertad debe tener, que un día puede salir en libertad, en caso de pronóstico favorable de inserción, aunque sea después de mucho tiempo, no quedaría cerrado<sup>40</sup>.

Urías Martínez, escribe: A estas alturas de razonamiento, el problema de fondo sigue sin resolver: ¿puede considerarse que es ajena a la Constitución cualquier finalidad de las penas no ya distinta, sino antagónica a la inserción? Con la literalidad de la jurisprudencia constitucional resultaría admisible. Para entender hasta qué punto es esto así, puede examinarse el ejemplo más destacado de penas de este tipo, la cadena perpetua. Desde la perspectiva de la libertad de configuración penal del legislador no parece que pudiera considerarse constitucionalmente ilegítima. En la medida en que el artículo 17 CE establece la reserva de ley como principal garantía del derecho a la libertad, parece que la sociedad puede determinar la gravedad de las sanciones que se imponen a las conductas consideradas delictivas. Ahora bien, el legislador también tiene límites a la hora de la privación de libertad, entre los que destaca el mandato de proporcionalidad de las penas. Podría entonces pensarse que la cadena perpetua resulta desproporcionada para cualquier delito y a través de ese razonamiento considerarla inconstitucional<sup>41</sup>.

---

39 La Ley núm. 7534 de 23 diciembre 2010, «Entrevista al Ministro de Justicia, Francisco Caamaño», pág. 2.

40 Nistal Burón, J., « ¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de “cadena perpetua” como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinseribles? », en La Ley penal, núm. 68, febrero 2010, pág. 36.

41 Urías Martínez, J., «El valor constitucional del mandato de resocialización», en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 63, 2001, págs. 70 y s.

Manzanares Samaniego, escribe: No importa que, según las encuestas, los españoles se pronuncien abrumadoramente a favor de la prisión perpetua revisable. Una modalidad del viejo despotismo ilustrado a través de las urnas<sup>42</sup>. En todo caso las personas encuestadas en nuestro país sobre cuestiones de criminalidad no suelen ser bien informadas o no tienen muy claro lo que deben responder<sup>43</sup>. En otro lugar como consecuencia del contenido que se le dio al art. 78 en el Código penal de 1995, posteriormente reformado en 2010 decía: El artículo comentado reúne deméritos suficientes para recibir críticas desde todos los ángulos. Con él se alza el fantasma de una prisión perpetua que, sin necesidad de debate, se tilda de inconstitucional... Ábrase el debate sobre la prisión perpetua para determinados delitos, entendiendo aquélla, como se ha dicho, con posible disfrute de la libertad condicional y mejor control que el representado por el Juez de Vigilancia como órgano unipersonal. Y en todo caso, se rechace o no esa opción, o su mero estudio, por las razones que fueran, suprimábase este deplorable artículo del pretencioso Código Penal de la Democracia<sup>44</sup>.

## 2 La prisión permanente revisable no es inconstitucional

La constitucionalidad se desprende de lo que sigue:

a) **Ratificación por España del Estatuto de Roma donde figura la reclusión a perpetuidad.** El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 ratificado por España el 27 de mayo de 2002, en el apartado 7º que se ocupa de las penas, en su apartado 1.b) establece como una de las penas: la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. En su artículo 110, que trata del examen de una

---

42 Manzanares Samaniego, J.L., «La libertad vigilada», en *La Ley*, núm. 7386 de 22 abril 2010, pág. 2.

43 Vid. Serrano Maíllo, «Actitudes sobre derechos fundamentales procesal-penales: Una dimensión inexplorada de la punitividad», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, 17 agosto 2011.

44 Manzanares Samaniego, «El artículo 78 del nuevo Código penal», en *Actualidad Penal*, núm. 30, 1997.

reducción de pena, en el apartado 3 recoge: Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos<sup>45</sup>.

De lo anterior se desprende que España reconoce la reclusión perpetua como lo mismo que en otros países europeos. En el art. 110 del Estatuto se establece el plazo de 25 años para la revisión de la cadena perpetua. Este límite es superior a los 20 que propone el Partido Popular, lo mismo que el Reino Unido y Grecia, y superior a los 15 de Francia, Alemania, Austria y Suiza, los 12 de Dinamarca y los siete de Irlanda. La revisión en Italia es a los 26 años. En el Anteproyecto español se supera a todos los países, pues oscila entre los 25, 28, 30 y 35 años. Además de que se trata de pena que no tiene objeto implantarla en España, debe rebajarse el plazo para su revisión, que en ningún caso debe superar los 25 años del Estatuto de Roma.

**b) En la Constitución no hay ningún precepto que impida el establecimiento de penas privativas de libertad por el legislador, ni que limiten su extensión.**

c) **Penas indeterminadas.** La prisión permanente, como sucede con la cadena perpetua en otros países<sup>46</sup>, al ser revisables eliminan la perpetuidad, el término de la pena depende del comportamiento del condenado, pues en la primera revisión de la misma puede quedar en libertad.

d) **Igualdad de todos ante la Ley.** Este principio se plasma en el art. 14 de la Constitución. La prisión permanente revisable no vulnera este principio, ya que sería

---

45 Espinar Ramos, J.A., «La prisión perpetua en la España actual», en Actualidad penal, 2002/1, pág. 226 escribe: ¿Habría que concluir por tanto que el texto del Estatuto contienen disposiciones contrarias a la Constitución y que éste ha sido indebidamente ratificado sin proceder a la perceptiva reforma constitucional a que se refiere el art. 95.1 de nuestra Constitución? Pese a todo, creemos que no, y que la regulación del Estatuto puede considerarse conforme con las exigencias constitucionales... Lo que verdaderamente hace compatible las regulaciones del Estatuto con el sentido el art. 25.2 de la Constitución, es el hecho de que se prevea la revisión obligatoria de la reclusión perpetua a los 25 años de su inicio, para determinar si resulta precedente una reducción de la misma (art. 110.3 del Estatuto de Roma).

46 Vid supra notas 21 y ss.

de aplicación a todos los que cometieran alguno de los delitos para los que se estableciera esta pena.

e) **No se vulnera el mandato constitucional del art. 25.2 de la Constitución:** las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...

El Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones dice que el mandato del art. 25.2 ni supone un derecho subjetivo ni es un derecho fundamental susceptible de protección en vía de amparo<sup>47</sup>. La pena no tiene como fin único la reeducación y reinserción social. También cumple un fin de prevención general<sup>48</sup>. Incluso en alguna sentencia dice que los fines de la pena son la prevención general, la especial, retribución y reinserción<sup>49</sup>. El art. 25.2 contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la administración por él creada para orientar la ejecución de penas privativas de libertad<sup>50</sup>.

La prisión permanente revisable no ofrece ningún trato discriminatorio en materia penitenciaria, con respecto a la reeducación y reinserción social, por lo que no sería inconstitucional para el caso que aquí se debate.

f) **No se vulnera el art. 15 de la Constitución,** donde se establece que nadie puede ser sometido “a penas o tratos inhumanos o degradantes”. El cumplimiento de las penas privativas de libertad, por supuesto que llevan consigo una serie de restricciones, que en algunos sistemas penitenciarios muy duros pueda llegar a cometerse

---

47 STC 352/2008, FJ 2.

48 STC 320/2006, FJ 4.

49 La sent. 150/1991, FJ 4,b, recoge: Tampoco la C.E. erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general constituye, asimismo una finalidad legítima de la pena ... el art. 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la C.E. ni, desde luego, de entre los posibles –prevención general; prevención especial; retribución; reinserción, etc.– ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal.

50 STC 236/2007, FJ 14.

tratos inhumanos o degradantes. Por fortuna, ello no es posible en el nuestro pues, además disponemos de unos establecimientos que reúnen muy buenas condiciones para los internos, encontrándonos a este respecto entre los países más avanzados.

El trato inhumano degradante no depende de la pena, sino de su forma de ejecución. A este respecto la STC 91/2000, de 30 de marzo, recoge en su FJ 9: Hemos reiterado que la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues «depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4). Tales consideraciones han sido también claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 25 de abril de 1978 (caso *Tyrer c. Reino Unido*) y de 16 de diciembre de 1999 (casos *T. y V.c. Reino Unido*), al interpretar el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 de la Constitución española<sup>51</sup>.

**g) Privación de libertad prolongada.** Cabe plantearse si una pena privativa de libertad muy dilatada podría ser inconstitucional, porque puede tener graves efectos especialmente en la personalidad de los que la sufren. En esta línea se pronuncia parte de la doctrina<sup>52</sup>.

Alguna sentencia del Tribunal Supremo considera que las penas de larga duración pueden ser inhumanas. La sent. de 24 de octubre de 1994 recoge en el inciso último del sexto de sus fundamentos de derecho lo que sigue:

---

51 En la sent. 65/86 de 22 de mayo, FJ 4, continuaba diciendo: Que coincide literalmente con aquél, de acuerdo con lo establecido en el art. 10.2 de la Constitución, según el cual, «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución recoge se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», entre los que se cuenta el mencionado Convenio Europeo.

52 Cuerda Riezu, en ob. cit., págs. 95 y s. hace una breve referencia a la postura mantenida por la doctrina en esta línea.

*No puede conseguirse o resulta muy difícil la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en supuestos como el que nos ocupa. El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un «trato inhumano» a quien, sustraído a la mecánica normal del artículo 70.2º del Código Penal, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinser-tadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 65/1986 de 22 mayo <sup>53</sup>.*

Hay otra sentencia que propone para las penas excesivas una solución a través del indulto parcial, indulto particular a través del art. 206 del Reglamento Penitenciario o la libertad condicional si fuera posible<sup>54</sup>.

La sentencia anterior de 1994 fundamenta su contenido en base a que lo que dispone la STC 65/1986. De esta sentencia me he ocupado anteriormente en el apartado f). En su párrafo segundo se hace referencia a la STC 91/2000. Este párrafo coincide con el FJ 4 de la sent. 65/1986. Leyendo el mismo se comprueba que los argumentos del Tribunal Supremo no son suficientes para argumentar sus conclusiones. Como se apuntó el trato inhumano o degradante de las penas no depende de su duración sino de la forma de ejecutarlas.

---

53 La STS se basa en los razonamientos que expuso la Sala en la sentencia de 7 de julio de 1993, recogiendo íntegramente el fundamento de derecho cuarto de la misma. Hay que tener en cuenta que la referencia que se hace al art. 70.2º del C.p. se refieren al Código penal, texto refundido de 1973.

54 Sent. TS 5 de julio de 2000, en su fundamento de derecho 5 dice que nos encontramos ante una pena total de 48 años que evidentemente resulta excesiva... lo que nos lleva a apuntar una serie de soluciones que pudieran ajustar la duración de la pena a límites compatibles con el humanitarismo penal y la prohibición de las penas inhumanas o degradantes.

## V Consideraciones sobre la Imprudencia de Incorporar al Código Penal la Pena de Prisión Permanente Revisable

a) **Efecto preventivo de las penas.** La elevación de las penas no tiene efecto de prevención general o es limitado<sup>55</sup>. El delincuente cuando comete una infracción penal salvo en algunos delitos especiales como los de tipo pasional piensan que no van a ser descubiertos, son muchos los factores que juegan en el delincuente antes de pasar al acto de ejecución de los hechos<sup>56</sup>, entre ellos la oportunidad<sup>57</sup>. En nuestro país el incremento de las penas en delitos contra la propiedad no ha frenado su escalada<sup>58</sup>.

Cuerda Riezu entre sus argumentos para considerar que la cadena perpetua y las penas muy largas de prisión son inconstitucionales se ocupa de la prevención general. Trata del efecto preventivo de la abolición de la pena de muerte en España, que no

---

55 Kury, H., «Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Facultad de Derecho, 2001, en págs. 304 y s.: Como muestran los ejemplos de Alemania, Estados Unidos y Finlandia, no resulta probado un efecto de la pena privativa de libertad, la sanción más grave en la mayoría de los países, de forma que disminuya la tasa de criminalidad con la imposición de sanciones cada vez más duras.

56 Los factores de riesgo que pueden incidir, y en su caso influir en la conducta criminal son infinitos. Junto con Fernández Dopico, en *el Delincuente español (factores concurrentes (influyentes)*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, 1978 (hay una reimpresión facsímil, por la ed. Dykinson en 2009), hacemos un estudio sobre 2049 delinquentes que estaban internos en alguna prisión, destacamos los 30 factores que con mayor frecuencia concurrían en los internos.

57 Vid., Serrano Maíllo, *Oportunidad y delito*, Madrid: Dykinson, 2009.

58 En los delitos contra la propiedad en los que el Código penal de 1995 endureció las penas, el incremento ha sido constante; los datos son los siguientes: hurtos, en 2000 (749.614), 2009 (896.408); robo en sus distintas modalidades, 2000 (758.575), 2009 (804.684); estafas 2000 (31.340), 2009 (117.563); apropiación indebida, 2000 (20.884), y 2009 (30.424). En conjunto, el total de presuntos delitos contra el patrimonio fue en el año 2000 (1.936.279) y en 2009 (2.336.747). Estos datos ponen de manifiesto que la delincuencia se ha incrementado en España pese al endurecimiento de las penas.

tuvo ningún efecto disuasorio en los grupos terroristas. Tampoco ofrece interés su efecto en los delitos para los que existía esta pena en el Código. Por tanto entiende que en el ámbito de la prevención general “las penas más graves no siempre implican menos delitos cometidos”<sup>59</sup>.

De la cuestión de los efectos preventivos de la abolición de la pena de muerte en España me ocupé unos años después de promulgada la Constitución<sup>60</sup>. La pena de muerte no figuraba en el Código penal como pena única sino que era alternativa con la de reclusión mayor para tres supuestos específicos: parricidio, asesinato y robo con homicidio<sup>61</sup>. La abolición tuvo lugar el 29 de diciembre de 1978 fecha en que entró en vigor la Constitución<sup>62</sup>. No hay pruebas que puedan determinar que la abolición de la pena de muerte en España haya tenido efecto criminógeno. Kury y Brandenstein dicen: Resulta llamativo que en los últimos años cada vez sean menos los estadounidenses que creen en el efecto intimidatorio de la pena de muerte, aunque ello apenas influye sobre la actitud frente a la misma<sup>63</sup>. Entiendo que tampoco tendrá efecto de prevención general la incorporación al Código penal de la prisión permanente revisable.

**b) Cumplimiento efectivo de las penas.** La LO 15/2003 de modificación del Código penal establece el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; algún autor

---

59 Cuerda Riezu, ob. cit., págs. 48 y ss.

60 Serrano Gómez, A., «Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España», en Anuario de Derecho penal, 1982, págs. 609 y ss.

61 La pena para estos tres delitos era de reclusión mayor a muerte. La reclusión mayor comprendía de 20 años y un día a 30 años de prisión. Los delitos de parricidio y robo con homicidio han desaparecido del Código penal.

62 En el inciso último del art. 15 de la CE se recogía: Queda abolida la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las penas penales militares para tiempos de guerra. La LO 11/1995, de 27 de noviembre abolió definitivamente la pena de muerte para tiempos de guerra prevista en el Código de Justicia Militar.

63 Kury, H., y Brandenstein, M., «Sobre la cuestión de una nueva punitividad. Actitudes sancionadoras y política sancionadora», en Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Libro homenaje a Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Dykinson, 2006, pág. 375.

indicó que estábamos ante una prisión perpetua revisable al modo europeo pero con menos garantías<sup>64</sup>.

En el art. 76.1 del Código penal, que se ocupa de las reglas especiales para la aplicación de las penas, se establece el límite máximo de veinte años de cumplimiento efectivo. No obstante, dispone que excepcionalmente ese límite máximo será: a) de veinticinco años... b) de treinta años.... c) y d) de cuarenta. Estas limitaciones no son para penas individuales, sino cuando se trata de varias penas acumuladas.

El condenado por la comisión de cualquiera de los delitos que proponía incluir el Partido Popular en el Proyecto de reforma del Código penal podía quedar en libertad condicional a los veinte años de cumplimiento, siempre que concurrieran los requisitos que se establecían en el artículo 90 bis cuya adición proponía. En el Código penal vigente la pena para los delitos más graves tiene un límite máximo de treinta años. Se castiga con la pena de veinticinco a treinta años algunos supuestos de delito de rebelión (art. 473.2); homicidio del Rey, Reina... (art. 485.3); homicidio del jefe de estado extranjero o persona internacionalmente protegida por Tratado que se encuentre en España (art. 605.2); con pena de veinte a treinta años el homicidio en delitos de terrorismo (art. 572.2,1º).

El algún supuesto de los que se proponía la prisión perpetua revisable en la reforma de 1995, como es el caso de homicidio con agresión sexual, la pena podía resultar más grave, si los delitos daban lugar a un concurso real de muerte y agresión sexual. Según las circunstancias podría calificarse la muerte, como asesinato, cuya pena máxima podría ser de veinte a veinticinco años (art. 140); de otra parte la agresión sexual del art. 179 se castiga con pena de seis a doce años de prisión. Si a ambos de-

---

64 Manzanares Samaniego, «La libertad vigilada», cit., en pág. 2 escribe: Para acallar el clamor público contra el lamentable estado de la justicia penal y respetar simultáneamente el tabú progresista, la LO 15/2003 se decantó por el llamado cumplimiento efectivo de las penas –una verdad sólo a medias– con una prisión perpetua de tapadillo. Ahora se puede llegar a los cuarenta años de prisión en determinados supuestos de reincidencia pero, paradójicamente, con menos garantías para el condenado de las que ofrece la prisión perpetua revisable al modo europeo... Tampoco la Exposición de Motivos del Proyecto de 2009 tiene reparo en afirmar que en algunos casos ese cumplimiento íntegro «comporta resultados prácticos no muy distantes de la cadena perpetua».

litos se aplicara la pena máxima, llegaría a los treinta y siete años, el cumplimiento de la pena sería superior a veinte años, que es el límite de la primera revisión para los condenados a cadena perpetua.

c) **Consideraciones criminológicas.** Un sujeto que se encuentre interno en prisión durante veinte años tiene pocas posibilidades de poder resocializarse, es decir reintegrarse a la sociedad y hacer vida normal sin necesidad de tener que volver a caer en el delito. La prisión cerrada, en términos generales, deteriora la posibilidad de resocialización. La recuperación social del delincuente es posible, pero es tan complicado el tratamiento, la falta de medios y personal, y la carencia de ayuda al quedar en libertad que las posibilidades de éxito son muy bajas; así lo viene a reconocer el legislador<sup>65</sup>. Los efectos de la prisión son más negativos que positivos.

## Consideración final

Es muy probable que los condenados a prisión permanente revisable no superen los requisitos exigidos para conseguir la libertad condicional, entre ellos la resocialización<sup>66</sup>, ni en la primera ni en las sucesivas revisiones, por lo que la prisión para ellos terminará convirtiéndose en perpetua. Por tanto, no considero recomendable que la pena de prisión permanente revisable se incorpore al Código penal español.

---

65 En la exposición de motivos del Código penal de 1995, en el párrafo primero de su apartado IV recoge: Es notorio, sin embargo, que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia.

66 Sobre las dificultades del tratamiento penitenciario y su escaso éxito en la resocialización, Vid. SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, M. I., El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social, Madrid, 2012.

# El Nuevo Sistema de Justicia Juvenil en México

*Ana Gamboa de Trejo<sup>1</sup>*

## Introducción

Debido a la reforma al artículo 18 constitucional llevada a cabo en México y relacionada con la creación de un sistema integral de justicia para adolescentes, se ordenó a las entidades federativas la creación de instituciones que deberán ser atendidas por personal especializado, para entender las grandes diferencias en la aplicación de un derecho penal dirigido a niños, que de acuerdo con los lineamientos establecidos por la Convención sus edades fluctúan entre los 14 y 18 años para ser considerados como sujetos con responsabilidad penal.

En este sentido, interesa no sólo conocer el contenido de la ley, sino asimilar plenamente que no se trata de un derecho y una prisión para adultos en donde se ubicarán preadolescentes y adolescentes, porque el fin principal de esta reforma es sin duda garantizar el trato humano que se les deba dar sin menoscabo de su dignidad. A esto se debe nuestro interés por anotar las disposiciones jurídicas y recalcar la importancia que tiene conocer la esencia de una política integral, en donde la intervención de la familia y la escuela se hacen apremiantes para garantizar el desarrollo de los adolescentes dentro y fuera de una institución de internamiento.

La reforma penal dirigida a los adolescentes deja en el pasado el derecho en el que el menor de edad fue considerado como sujeto pasivo de intervención jurídica, lo que dio paso a la creación de un sistema penal garantista dirigido a los

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito e em Educação. Pesquisadora e docente da Universidade Veracruzana, no México.

adolescentes, el cual obliga a la aplicación y medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y al interés del adolescente.

## 1 La reforma a la ley

Tras arduo debate tanto en el Congreso como en el Senado de la República mexicana, el 12 de diciembre de 2005 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma al artículo 18 constitucional. Esta disposición jurídica ordena a las entidades federativas la creación de un sistema integral de justicia para adolescentes. El texto constitucional así lo señala: *La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuyan la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetas a rehabilitación y asistencia social. La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y al interés del adolescente. Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Estas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves...<sup>2</sup>.*

---

2 Párrafos 4, 5 y 6 del artículo 18 constitucional.

Es en estos párrafos se encuentra la esencia de la nueva política criminal para jóvenes en México. Con esta reforma surge un movimiento al interior de cada una de las entidades federativas que propicia la creación de establecimientos adecuados para albergar a jóvenes que incurrieran en algún delito tipificado en las respectivas leyes penales, así como la urgencia de personal especializado. De igual forma dio paso a la producción de leyes en cada una de las entidades de la federación, salas especiales para atender en segunda instancia los casos que hubiere lugar, así como dar celeridad al adiestramiento de personal, el cual debiera conocer esta reforma y el significado de la política criminal integral dirigida a los jóvenes que incurrieran en conductas antisociales.

Indiscutiblemente, con la reforma, se deja de lado el antiguo sistema tutelar que regía en el país, para dar paso a un sistema de justicia independiente para adolescentes, lo cual obliga a los estados de la Federación al adiestramiento de jueces, ministerios públicos y defensores que conocieran sobre todo cómo actúa un niño y cómo actúa un adolescente.

### 1.1 Los niños y los jóvenes de acuerdo con la ley

*Se entiende por niño todo ser humano...*, reza la Convención sobre los Derechos del Niño. Así bajo estos criterios debemos comprender que los niños al tener como cualquier ciudadano esa categoría habrá que pensar detenidamente lo que significa el término. Como ya se ha dicho hasta el cansancio, por el solo hecho de ser humano a cualquiera se le debe respetar su dignidad. Todos debemos ser tratados de manera digna, lejos de humillaciones y maltrato. A los niños permanentemente se les viola ese derecho, al ser objeto de ofensas y desprecio. Por ello es irrenunciable la defensa que hagamos de estos derechos,<sup>3</sup> y al mismo tiempo

---

3 *Este derecho va más allá de los que están reconocidos por los gobiernos, esto es, positivados. Pero no es éste transpositivo, sino absoluto. Hay un derecho absoluto que trasciende el derecho positivo, el cúmulo de los derechos relativos; casi diríamos que es un derecho natural que está por encima de los derechos positivados por los estados. Es la única forma en que los individuos pueden organizarse y protestar por actitudes y aún leyes de ciertos países en contra de ciertos grupos, como los trabajadores que están en otro país que no es el suyo, o los refugiados.* Mauricio Beuchot, *Derechos Humanos*, 2ª. Edición, Editorial Fontamara, México, 2001, p. 34.

enderezar un reproche a cada uno de los adultos causantes de esos agravios, sin dejar de lado los derechos de provisión consagrados por la propia Convención. *Entre los derechos de provisión se encuentran estos: el derecho intrínseco a la vida, según el cual los niños y las niñas, por el solo hecho de existir tienen derecho a la vida, y nadie posee poderes o facultades para privarlos de ella; el de ser inscritos en el Registro Civil desde el momento de su nacimiento, de poseer un nombre y una nacionalidad, y en la medida de lo posible de conocer a los padres y recibir cuidados de ellos; el de vivir con los padres y de no separarse de ellos, excepto cuando éstos no brinden las atenciones adecuadas o incurran en maltrato; el de visitar con frecuencia a los padres si no se vive con ellos, han sido detenidos o viven en otro lugar; el de recibir alimentación, agua potable y vacunas; el de contar con servicios médicos, y los de educarse, descansar, jugar y realizar actividades artísticas.*<sup>4</sup>

Al niño, en desventaja con los adultos, muchas veces se le coarta la libertad de construir su propia vida, cuando se le vulnera el principal derecho que es la dignidad y que engloba a todos los demás; se le impide decidir cada uno de los pasos que va a dar en el futuro restringiéndole su libertad. La construcción de esa vida, dada su incapacidad, le corresponde conducirla a los adultos que lo rodean, propiciándole cuidados y protección. Al ser la “dignidad intrínseca a todos y cada uno de los hombres engendra inexcusablemente el hecho de que existen una serie de derechos que son propios de cada persona, de tal forma que no podrían ser desconocidos sin que al mismo tiempo su naturaleza fuese alterada y, por tanto, el ser humano degradado en su calidad de hombre. Estos derechos básicos e inalienables son los derechos humanos”<sup>5</sup> Las aspiraciones de la “primera Declaración sobre los Derechos del Niño promulgada el 24 de septiembre de 1924 en la 5ª Asamblea de la Sociedad de Naciones. Tras la hecatombe producida por la II Guerra Mundial en 1946 se funda la UNICEF para acudir en ayuda de millones de niños desplazados. La Declaración sobre los Derechos del Niño fue proclamada

---

4 Luis de la Barreda Solórzano, *Los derechos humanos*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 1999, p. 42.

5 Clara Barreiro Barreiro, *Derechos Humanos*, Salvat Editores, 2ª. reimpresión, Madrid 1984, p. 6.

por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959. 1979, vigésimo aniversario de aquella fecha, fue designado por la Naciones Unidas como el ‘Año Internacional del Niño’.<sup>6</sup>

La preocupación permanente de los organismos internacionales para prever cualquier ataque que pudieran sufrir los niños advierte a los adultos, quienes absurdamente son los que vulneran su dignidad y libertad, sobre la necesidad de salvaguardar estos importantísimos derechos para evitar la muerte de ellos, la desnutrición a causa del hambre, además de formar conciencia en los gobiernos sobre cómo los niños empeñan su poca fuerza de trabajo y cómo cada día se apartan de la escuela y de sus hogares en busca de su sobrevivencia. En este sentido, las aspiraciones de la Declaración que son recogidas por la CSDN, cada día se hacen más distantes de la realidad en la que viven muchos niños y jóvenes.

En el primer artículo de la CSDN, se hace una notoria diferencia sobre la edad en la que se puede considerar como niño a un ser humano. Sobre la cuestión de la edad, el derecho que se ha detenido en una discusión inagotada ha sido el derecho penal, pero no con la finalidad de brindarle protección sino por el contrario, argumentar sobre los alcances de madurez de un menor para castigarlo como adulto.

Es precisamente en este punto en donde encuentra eco la discusión para considerar a los niños con responsabilidad penal, es la propia reforma al artículo 18 constitucional la que lo señala: un sistema de responsabilidad penal para adolescentes entre los 12 y 18 años que antes no existía en México, y que se encargaría de suplir la antigua “doctrina de la situación irregular”.

Tal vez habrá que preguntarse por qué es llamada la “doctrina de la situación irregular”, las razones las anotaremos enseguida:

- a) El menor de edad es considerado como sujeto pasivo de intervención jurídica, objeto y no sujeto de derecho, por lo que las garantías propias del derecho penal y las que le corresponden por su especial condición de menor de edad, no son ni siquiera pensadas en este derecho. A este respecto, garantías

---

6 *Ibidem*, p. 54.

de orden penal, procesal y de ejecución previstas en el derecho penal común no existen en este régimen especial; ejemplo de esta situación es la falta de asistencia jurídica obligatoria propia del derecho penal. Se trata de sistemas básicamente *inquisitivos* donde el juez tiene un doble carácter, como órgano acusador y como órgano de decisión.

b) La figura del juez dentro de este sistema es inexistente. Quienes deciden la permanencia o no, dentro de un centro de internamiento son quienes conforman el llamado Consejo Tutelar que está compuesto por un Presidente, un Secretario de Acuerdos, un Pedagogo, un Médico un Psicólogo y el Jefe de Vigilancia; ellos son los encargados de decidir el internamiento o la liberación del menor. Las decisiones tomadas cuando se lleva a cabo el estudio del expediente del menor da lugar a que se inicie las llamadas “penas indeterminadas”; es decir, al no existir un procedimiento penal, en donde sabemos se aportan pruebas y hay una defensa jurídica, el menor queda a expensas de la decisión subjetiva del Consejo Tutelar, quienes adoptan una figura "paternalista" y que deben buscar una solución para ese menor de edad objeto de protección, que se encuentra en situación irregular. Tal propósito es logrado por medio de la aplicación de las medidas tutelares, que tienen como único fin la *resocialización* y la adaptación o readaptación del menor de edad a la sociedad. Con ello, lo que se afirma es que ese menor de edad es un ser incompleto, inadaptado y que requiere de ayuda para su reincorporación en la sociedad.

c) La “situación irregular” puede ser cualquier situación que el juez o la administración consideren como tal, bajo esta perspectiva “se equiparan en su naturaleza y en las medidas adoptadas, en consecuencia, situaciones totalmente disímiles, tales como: que un menor de edad se encuentre en situación de abandono o de peligro, que carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, que su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren, que haya sido autor o partícipe de una infracción penal, que carezca de representante legal, que presente deficiencia física, sensorial o

mental, que sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en adicción, que sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley, que se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad".<sup>7</sup>

d) Existe, como se desprende del punto anterior, confusión entre la función jurisdiccional del Estado y su función administrativa asistencialista. Una confusión entre los casos de infracción a la ley penal y los casos llamados de riesgo social, otorgándole a los consejeros el estudio y resolución de situaciones que no tienen relación con su obligación de dirimir conflictos de carácter jurisdiccional, y que tienen más relación con cuestiones de orden económico o social que giran en torno al menor de edad.

e) En las legislaciones actuales o en las que ya han adoptado el nuevo sistema garantista, pero que aún tienen internados a niños y jóvenes que han sido privados de su libertad bajo el régimen tutelar el internamiento, continúa siendo una medida indeterminada que se aplica indiscriminadamente en los centros de reclusión.

f) Se trata de un derecho de medidas, al menor de edad se le considera como un "no imputable", con lo cual se elimina por completo la posibilidad de atribuirle una responsabilidad penal atenuada por la comisión de un hecho antijurídico. En este sentido, las medidas aplicadas al menor de edad son consideradas como beneficiosas y, en ningún momento, se analiza la grave restricción de derechos que ellas conllevan.

g) Por último, es característica importante de estas legislaciones el hecho de que, inspiradas en la Doctrina de la Situación Irregular, han tratado de ocultar con eufemismos situaciones que en la práctica atentan contra la dignidad y los

---

7 Art. 30, Código del Menor de Colombia, citado por Elías Carranza y Rita Maxera, "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina", en *La Niñez y la Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal*, págs. 64-65, citados por Carlos Tiffer Sotomayor en *Ley de Justicia Penal Juvenil*, Editorial Juritexto, San José de Costa Rica, 1996.

derechos humanos de los menores de edad, y que condiciona el sistema a la no verificación empírica de esas consecuencias.

*Se trata de una doctrina en la que la situación de abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes, y la transgresión de las normas penales se sobreponían, creando una confusa situación protectivo-punitiva, en realidad muy discriminante para el menor de edad, al considerarlo objeto de compasión y de represión al mismo tiempo. En esta doctrina la protección social y la protección legal son de competencia de la jurisdicción de menores de edad, de tal forma que la definición de la situación del menor de edad era potestad de los jueces de menores de edad facultados para definir tanto los programas de asistencia social como el tratamiento "reeducativo" del menor de edad que comete una infracción a la ley penal.<sup>8</sup>*

Lo anterior explica y al mismo tiempo justifica la razón de esta reforma, pero además el país cumple y acata lo dispuesto por las disposiciones marcadas por la Convención sobre los Derechos de los Niños (CDN) y da cauce a la recomendación emitida por el Comité sobre los Derechos del Niño en 1999 de establecer un sistema de justicia penal juvenil en armonía con la CDN.<sup>9</sup>

A nivel positivo, esta concepción ha quedado asentada en diversos instrumentos internacionales. Es así como en 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó "Las Reglas de Beijing", las cuales son reflejo de la denominada "Doctrina de la Protección Integral". Esta concepción tiene como objetivo dar protección a los niños, jóvenes y adolescentes en todos los ámbitos de su desarrollo y, en este sentido, "Las Reglas de Beijing" pretenden cubrir uno de esos aspectos, el de la administración de justicia.

Continuando con esta nueva concepción, en 1990 la misma Asamblea General aprueba importantes documentos relativos a los derechos de los niños privados de

---

8 Palomba y Salinas, citados por Alessandro Baratta, "Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia", en *La niñez y la Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal*, pág. 48., citado por Carlos Tiffer Sotomayor. Ob. Cit.

9 [WWW.unicef.org/mexico/spanish/mx/resources\\_textocdn.pdf](http://WWW.unicef.org/mexico/spanish/mx/resources_textocdn.pdf). Marzo 29/2010, 14:30 horas.

libertad, a la importancia de la prevención de la delincuencia de los menores de edad en las estrategias de política criminal y el uso instrumental de menores de edad en acciones criminales.<sup>10</sup>

Sin embargo, es la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño el instrumento que define por primera vez el tema, con fuerza vinculante para los Estados, desde el punto de vista de los niños como sujetos de derechos. Es por ello que, a pesar de no ser el primero en términos cronológicos, la Convención constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de la normativa internacional. Además, ha sido éste el instrumento que ha tenido el mérito de llamar la atención, tanto de los movimientos sociales, como del sector político, acerca de la importancia y la dimensión jurídica de este proceso de lucha por el mejoramiento de las condiciones de vida de la infancia.

De esta manera, podemos decir que la Convención constituye, sin lugar a dudas, un cambio fundamental, al determinar una percepción radicalmente nueva de la condición de la infancia. Se supera, de esta forma, la "Doctrina de la Situación Irregular" y surge plenamente la "Doctrina de la Protección Integral".

En este sentido, esta nueva concepción considera que el joven o adolescente está sujeto a una regulación especial en todos los ámbitos de su desarrollo, sea social, psíquico o jurídico. Sin embargo, se pretende que esta regulación esté claramente delimitada para que, de esta forma, no se presenten las confusiones que surgían en torno a la concepción tutelar del Derecho de Menores.<sup>11</sup>

Es así como el derecho de los niños y jóvenes en la República Mexicana requirió de la adopción de una concepción diferente del derecho de menores, inspirada principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño como ya se dijo, que de según la tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1999 está

---

10 Algunos de estos documentos son las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).

11 Véase a Carlos Tiffer Sotomayor, Ob. Cit.

considerada como Ley Suprema, por lo que se obliga a todos los Estados que conforman la República Mexicana a adoptar este mandato.<sup>12</sup>

Una vez emitida la disposición de la Suprema Corte de Justicia, el Congreso de la Unión reformó el artículo 4º de la Constitución, con la finalidad de considerar a los niños y las niñas como sujetos de pleno derecho. [...] *los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.*<sup>13</sup>

Es así como se da cumplimiento y acatamiento al respeto de los Derechos Humanos sustentados en la Convención.

## 2 Otra visión de los niños y los jóvenes

Tal vez sea necesario resaltar la otra visión que tendría que ser tomada en cuenta al momento de aplicar la ley de muchos niños y jóvenes que incurrir en delitos, y que son juzgados sin reparar en los aspectos que los hace diferentes a los adultos, aun cuando se esté consciente de que no lo son, porque la adopción de una nueva cultura a entender por qué incurre en la comisión de delito un joven no es otra cosa más que entenderlos como lo que son: niños, adolescentes o preadolescentes:

### 2.1 Las tres fases más importantes en la vida de un niño

En el primer año, el niño logra alcanzar una madurez anatómicofisiológica. Se vuelve autónomo. Se inicia en los últimos meses del primer año de vida y se prolonga

---

12 Véase a Paula Ramírez España Beguerisse, “Reforma del Artículo 18 Constitucional en Materia de Justicia para Adolescentes” en *Criminalia*, Año LXXI, No. 3, México, D.F., sep.-dic., 2005, pp. 167-213

13 Párrafos 7, 8 y 9 del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

hasta el sexto. Es la edad del juego. A través del mismo aprende a conocer el mundo externo que lo rodea. Lo conoce a través de los sentidos. Reconoce objetos, personas, comienza a balbucear palabras y reconoce a las personas con quienes tiene mayor contacto.

En la segunda fase, se puede explicar como el tránsito del juego al trabajo. Puede distinguir perfectamente cuál es la finalidad del juego y cuál la del trabajo. Entendido este último como la actividad que desarrolla en la escuela. Durante este periodo, las actividades sensoriales se van afinando y la actividad motriz está mejor regulada. Esta etapa es muy importante para el niño puesto que es cuando se inicia su desarrollo intelectual: la capacidad de conocer por otro medio que el sensorial, se desarrolla la capacidad de saberse guiar en la acción con la voluntad. De hecho, experimenta la posibilidad de escoger entre diversos fines que tienen cada uno un valor propio. Durante esta fase juegan un papel importante la familia y la escuela, ambos como referentes culturales de primera mano. Se desarrollan en el niño la afectividad, los impulsos, las inclinaciones.

En la tercera fase, el niño comienza a afirmar su personalidad. Todo lo que percibe del exterior lo reelabora en su interior y le da a cada experiencia su toque propio. Es decir, comienza a despuntar un ser humano consciente de quién es. Es durante este periodo cuando la familia juega un rol especial e importante en la personalidad del niño, es el tiempo de introyectar valores, éstos que lo acompañarán para el resto de su vida.<sup>14</sup> Para la psicología estas fases son las más importantes en la vida de un ser humano, generalmente, los psicólogos profundizan en el estudio de las mismas utilizando métodos específicos para ello.

La Medicina por su parte, basa su estudio en lo físico. Define al niño como “un ser humano comprendido entre los dos y doce años”,<sup>15</sup> pero además fija su atención en las fases de crecimiento y de cómo va desarrollándose físicamente. Por ejemplo, se detiene desde que nace hasta que alcanza la edad de dieciocho años, como va sufriendo modificaciones en su cuerpo, señala que el recién

---

14 *Idem.*

15 *Diccionario de Medicina*, Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1999, p. 885.

nacido es capaz de chuparse y agarrar con fuerza un objeto, voltear la cabeza a medida que va creciendo hasta que comienza a caminar y se mantiene erigido; apunta sobre la sensibilidad hacia los sonidos localizando su origen; a los catorce meses logra caminar por sí solo; a los dos años coordina vocablos y controla los esfínteres; a los tres años imita todo lo que ve que en este caso serán los padres. A los cuatro años, estamos ante un tipo aventurero y para entonces mide cerca de un metro de estatura; de los siete a los nueve años despliega una energía inagotable, de los nueve a los doce es un coleccionista, le gusta andar en grupo, en el caso de los varones comienza a engrosar la voz; a los trece años se presenta la edad de la pubertad, entre quince y dieciséis años experimenta un cambio en la piel y sufre alteraciones sebáceas que le provocan en el rostro comedones; de los diecisiete a los dieciocho años podemos decir que estamos frente a un joven que se comienza a afeitar y alcanza una estatura de un metro con ochenta centímetros, tiene inclinación hacia las jóvenes de sexo femenino.

De esta manera podemos apreciar que la Medicina fija su atención en el proceso de crecimiento que experimenta el niño desde su nacimiento hasta la edad adulta: *Cuando se habla del crecimiento y desarrollo del niño es importante, en primer lugar, aclarar qué se entiende por ‘normal’: en la tabla de pesos y medidas, se indican los valores medios deducidos de las estadísticas proporcionadas por clínicas y hospitales pediátricos, así como instituciones pedagógicas.*<sup>16</sup> Los médicos pediatras fijan su atención en el peso, la estatura y la evolución que un niño normal presenta tal y como de manera general lo hemos anotado. Sobra decir que el principal objetivo en esta parte de la medicina es cuidar la salud del menor.

Sin lugar a duda, el derecho toma ciertos indicadores tanto de la medicina como de la psicología, para elaborar sus propuestas. En este primer artículo de la CSDN se advierte la importancia que tiene la figura del niño del cual hay que puntualizar ciertas características que lo hace diferente al adulto.

---

16 *Diccionario Médico Familiar*, Reader's Digest, México 1982, p. 421.

Artículo 2 de la CNDN:

1. *Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico, o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición de niño, de sus padres o de sus representantes legales.*
2. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.*

## 2.2 La adolescencia, la gran diferencia

Sin lugar a duda, la adolescencia es una etapa en la vida de cualquier ser humano de experimentar una serie de sensaciones que lo llevan a descubrir un mundo sorprendente. Experimentar por ejemplo que nos interesan las o los compañeros de diferente sexo, que los miramos y admiramos lo que antes pasaba desapercibido, que nos atrevemos a refutar a nuestros padres, que nos volvemos hoscos, introvertidos, ensimismados en nuestras propias razones acerca de la vida, la escuela, la familia, los amigos, etc. Descubrimos que no sabemos qué hacer con nuestro tiempo, que a veces todo nos incomoda o que nos queremos volver independientes, porque no soportamos el mandato o la orden paterna.

De repente sentimos un gran cansancio o una hiperactividad. Vamos de un extremo a otro. Observamos que nuestro cuerpo cambia, que la voz se hace más grave y que de momento crecimos y crecimos, ninguna ropa nos queda, pero tampoco aceptamos ya, que nuestra madre escoja la ropa que nos vamos a poner; basta con que nos prohíban algo para acentuarla en nuestro atuendo los pantalones rotos, el aspecto descuidado hombres y mujeres se perforan la oreja, la nariz o la boca para parecer diferentes o simplemente para demostrar que están en contra de lo establecido.

Cuánta molestia nos causa que alguno de nuestros padres se ofrezca a dejarnos en la puerta de la escuela como cuando éramos pequeños y nos sentíamos protegidos por la mano grande de papá o mamá a la hora de atravesar la calle. Todo eso preferiríamos no recordarlo de momento. Ahora nos sentimos grandes.

Es curioso todo lo que pasa por la mente de un adolescente. Cuántas ideas encontradas. Cuántos encuentros y desencuentros con la realidad. Nadie nos ha explicado todavía que nuestras hormonas están en plena efervescencia, para aprender a dominarlas en el tiempo en que pasamos esta etapa y somos adultos. La ciencia ha definido esta etapa del ser humano como un periodo crítico para cada quien que la experimenta.<sup>17</sup> Sin embargo, hay que tomar en cuenta, que no todos los adolescentes presentan las mismas dificultades de adaptación, algunos tienen la suerte de contar con padres que entienden este periodo y saben conducirlos. No estamos de acuerdo en que se entienda como una etapa de dominación paterna por definición; por el contrario, puede considerarse como un espacio en la vida de cada quien que toca en suerte pertenecer a un núcleo familiar en donde existe la comunicación y no la crítica, la tolerancia y no la imposición, el diálogo y no la dominación, el aprecio por la persona y no el abandono.

Cuando al adolescente se le estigmatiza como una persona “difícil”, estamos anticipando a un joven que irremediablemente estará a la defensiva de padres y maestros, y se significará ante sus compañeros como el intrépido que pone en riesgo su salud y su vida muchas veces con el propósito de llamar la atención porque de quienes esperó ser atendido ha sido rechazado.

El propósito de este análisis no es convertirlo en víctima<sup>18</sup> del sistema educativo o familiar para luego justificarlo como un inadaptado social y que sea el Estado quien

---

17 Véase a Miche Fize, *Adolescencia en crisis*, Siglo XXI, 2.ed. México, 2004.

18 Sobre el tema Véase a Elías Neuman, *Victimología*, Cárdenas Editor, México, 1992, en especial los capítulos: VI y X; así como el estudio hecho por Günter Kaiser y otros, *Victims and criminal justice*, Ed. Max Planck Institute for Foreign and International Penal law, Freiburg i. Br. Alemania, 1991, en especial: Vol. III, Particular groups of victims part 1. Contents 11 “Children and juveniles as victims”.

a través de sus leyes lo adopte para corregirlo o criminalizarlo,<sup>19</sup> es por ello que se afirma que: *Una palabra maestra: educar, una tarea asignada a los maestros, a los psicólogos, a los educadores, a la justicia misma, que pronto contará con tribunales especiales para niños. No podrá hacerse demasiado hincapié en el impresionante número de obras 'educativas' escrita por todos esos especialistas en educación. Para todos ellos se trata de 'domar' a los adolescentes recalcitrantes, a veces delincuentes.*<sup>20</sup>

Podemos observar en la nota anterior, cómo se va formando desde el punto de vista social una idea errónea de los adolescentes, cuando padres, maestros y amigos se declaran incompetentes para poder entenderlos. Los cambios de humor repentinos los hacen inestables e incompresibles para muchos, principalmente para sus padres y maestros. Se tornan indiferentes y muchas veces altaneros pero también con su autoestima deteriorada que los hace ver tristes y absortos en su propio mundo. *Lo que el mundo le ofrece no lo recibe ya sin crítica, como lo hacía anteriormente. Empieza a afirmarse la personalidad, aunque esto lo hace de un modo discontinuo, si bien eficaz. El joven reelabora todo cuanto le ofrece lo exterior en su intimidad e imprime un sello personal a todo cuanto aprende. En una palabra, comienza a ser él mismo y a darse cuenta de ello. En este periodo, en el cual la cotización intelectual de los valores sirve a la elección hecha por la ayuda de la voluntad, entran también en juego intereses personales, no inmediatos y de naturaleza sensorial, como en la fase precedente – niñez–, sino también de orden superior y de naturaleza espiritual. Esto sucede porque todo dato objetivo despierta una reacción afectiva.*<sup>21</sup>

Sería inadmisibile continuar tratando a un adolescente como un infante que fue (de ahí nuestro interés de asentar las diferencias). Es por ello que el estudio de los adolescentes requiere de métodos propios; es necesario adaptar estos métodos a las manifestaciones particulares de los sujetos. Pero regularmente, en el interior del hogar

---

19 En Veracruz se aprobó, en el año 2006, la Ley de Responsabilidad Juvenil cuyo propósito es implementar una serie de medidas pedagógicas para contrarrestar la peligrosidad de los jóvenes.

20 *Ibidem*, p. 20.

21 Agostino Gemelli, *Psicología de la edad evolutiva*, Ed. Razón y Fe, Madrid, 1972, p. 43.

o la escuela se dejan de lado estos menesteres al pensarse ¿para qué indagar sobre la adolescencia? sin embargo, al no ser una etapa en la que el ser humano se conduzca de manera predecible, muchas veces se opta por reprimir la conducta de los jóvenes sin comprender que es cuando se definen dentro de su hogar, en la escuela y con sus amigos. Habrá que entender que no todos los adolescentes reaccionan de manera semejante, es por ello que interesa recalcar cuán importante es prestarles atención, de lo contrario estas manifestaciones de inconformidad pueden prolongarse a la edad adulta y asegurar un comportamiento inmaduro e inestable.

¿Por qué es importante hacer un alto en el comportamiento de un adolescente y no dejarlo pasar como una molestia que probablemente algún día desaparecerá de nuestra vista? Porque es preciso pensar que si nos preocupamos por entender a un adolescente podemos garantizar el equilibrio emocional con el que fortalecerán más tarde su autoestima, la que le proveerá de recursos para significarse a sí mismo como una persona segura de avanzar en la carrera que a cada uno le depara la vida. Si lo dejamos desprotegido y débil, por cierto también habremos asegurado un sujeto con dificultades para interactuar con los demás; difícil de comunicarse, frustrado por no haber alcanzado la preparación deseada y que de manera oportuna le fue ofrecida pero no lo suficientemente respaldada por la información de primera mano que pudiesen haber ofrecido padres y maestros. Es cierto que *hoy en día los padres lo tenemos muy difícil, porque las nuevas generaciones absorben muchas influencias negativas del ambiente consumista y superficial de las sociedades mal llamadas del bienestar, olvidando el verdadero significado de la vida; pero es inevitable que la realidad destruya o construya una personalidad madura y abierta.*<sup>22</sup> Lo caótico del mundo globalizado ha hecho que los adultos distraigan gran parte de su tiempo en transitar grandes distancias que les impide convivir más tiempo con su familia, la cual se ve grandemente trastocada por el torbellino diario, los diferentes modelos de familia a los que el adolescente pertenece impiden muchas veces que encuentre el equilibrio que le es urgente encontrar. Dijimos que: *La época actual nos ofrece un modelo de familia que nosotros llamaríamos familia perturbada. Las razones son las siguientes: el concepto de familia se ha confundido en muchos hogares a tal grado, que se piensa que educar es sinónimo de abastecer.*

---

22 Mariano González Ramírez, *La adolescencia, edad crítica*, Edimat Libros, Madrid 2003, p. 15.

*Este tipo de familia la que podemos encontrar tanto en los estratos sociales de clase alta con en la baja pasando por la media; en ella sólo existe como preocupación esencial atender las necesidades materiales [...] el proveer de ropa, alimentos juguetes y dinero a los hijos salva una parte de estas necesidades, pero la otra, donde entra en juego una serie de valores como respetarse a sí mismos para aprender a respetar a los demás, por citar un ejemplo, se da como algo superfluo y pasado de moda.<sup>23</sup>*

Dejar que el joven ejerza su libertad a tal grado de confundirse con el libertinaje, sin duda que abonará para obtener como producto humano un ser desequilibrado, ocioso, inconforme y con el reproche interno o externo hacia quienes no lo proveyeron de los elementos substanciales para sobrevivir dignamente, si la *familia no ejerce ninguna acción preventiva de control ni una acción constructiva de educación*<sup>24</sup>, el adolescente se encuentra inmerso en un ambiente de desamor, inmoralidad, malos tratos y en muchas ocasiones el espectáculo denigrante de los vicios paternos que garantizan una influencia negativa en donde la figura paterna se ve deteriorada y carente de respeto. Pero lo más grave es asumir una actitud semejante o apartarse por largas horas del hogar para evadir el deprimente espectáculo de la embriaguez, los golpes y ofensas escenificadas por sus progenitores.

Los riesgos son inmensos: abandono del hogar y de la escuela, carencia de recursos para sobrevivir en la calle, invitación a cometer pequeños robos, socializar con jóvenes que en igualdad de circunstancias consumen drogas y cometen delitos. La familia idónea o normal tiende hoy en día a desaparecer. Roberto Tocavén nos ofrece una clasificación de las familias mexicanas que refieren las particularidades de cada una de ellas:

- *Familia inadvertida*: Donde la madre asume la autoridad total en el hogar anulando la figura paterna.
- *Familia sobretrabajada*: Es la que atiende principalmente los satisfactores materiales. Este tipo de familia se encuentra en la clase media, donde ambos pa-

---

23 Ana Gamboa de Trejo, *Criminología y menores infractores*, Ed. Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., México, 1995, p. 84

24 Jean Chazal, *L'enfance délinquante*, 7. ed. PUF, París, 1970, p. 24.

dres trabajan largas jornadas, doblan turno y horas extras, lo cual da lugar para que el hogar se convierta en un hogar dormitorio, carente de convivencia e interés familiar; este tipo de familia con frecuencia se encuentra en las grandes ciudades, donde la distancia y el tráfico vehicular hace que los padres sólo regresen a sus hogares a dormir y salen de él aun cuando los menores no han despertado y rara vez el niño o el joven pueden comunicar a sus padres sus inquietudes, alegrías o problemas. Es la clásica familia de fines de semana.

- *Familia hiperemotiva*: Es en la que los padres escenifican grandes reyertas, aderezadas de insultos mutuos y en donde los hijos también participan.
- *Familia intelectual*: Es la familia en la cual los padres atienden más a sus intereses personales que a sus hijos desde el punto de vista afectivo.
- *Familia ignorante*: Es la que carece de conocimientos y por consecuencia no encuentra la forma de educar a sus hijos; son grupos que se diferencian por la insistente reproducción de sus esquemas culturales dentro del medio en donde se desarrollan; por ejemplo, si provienen del campo y han emigrado a la ciudad sufren una gran desadaptación dentro del medio urbano y continúan con su modo de vida.<sup>25</sup>

Tenemos que asumir la realidad que nos ofrece la sociedad de hoy. En ella muchos adolescentes provenientes de cualquiera de estas familias que acabamos de anotar viven la etapa de su vida con mucho temor. Esto los hace ser reacios a cualquier intento de acercamiento amistoso en el ámbito educativo, es decir, la relación que se debe dar entre maestro y alumno. Tal actitud los hace ver todo desde un prisma negativo. *Observan todo lo que ocurre a su alrededor y en muchos casos cuando se encuentran con la diversidad física y tantas formas de ser, su atención se centra en todo aquello que la sociedad repudia.*<sup>26</sup> He aquí cuando su autoestima se tambalea y los hace sentir inseguros, muchos son los obstáculos que impiden que un adolescente crezca, cuando en su infancia ha transitado por alguno de estos factores:

---

25 Roberto Tocavén, *Elementos de criminología infante – juvenil*, Edicol, México 1979, p. 98.

26 Mariano González Ramírez, Ob., cit., p. 30.

- Transmitir que el niño no es “suficiente”.
- Le castigan por expresar sentimientos “inaceptables”.
- Le ridiculizan o humillan.
- Transmiten que sus pensamientos o sentimientos no tienen valor o importancia.
- Intentan controlarle mediante la vergüenza o la culpa.
- Le sobreprotegen y en consecuencia obstaculizan su normal aprendizaje y creciente confianza en sí mismo.
- Educan al niño sin ninguna norma, sin una estructura de apoyo, o con normas contradictorias, confusas, indiscutibles y opresivas. En ambos casos inhiben el crecimiento normal.
- Niegan la percepción de una realidad e implícitamente la alientan a dudar de su mente.
- Tratan hecho evidentes como irreales, alterando así el sentido de racionalidad del niño; por ejemplo, cuando un padre alcohólico se tambalea hasta la mesa, no acierta a sentarse en la silla y cae al suelo mientras la madre continúa comiendo o hablando como si nada hubiera sucedido.
- Aterrorizan al niño con violencia física o con amenazas, inculcando agudo temor como característica permanente en el alma del niño.
- Tratan al niño como objeto sexual.
- Le enseñan que es malvado, indigno o pecador por naturaleza.

Hoy millones de hombres y mujeres que han tenido experiencias similares en la infancia buscan como curar sus heridas. Reconocen que han ingresado a la vida adulta con una desventaja: un déficit de autoestima.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Nathaniel Branden, *El poder de la autoestima*, Ed. Paidós, México, 1992, p. 34.

Cuán importante es fortalecer y no aniquilar la autoestima de un ser humano, tal vez tendríamos que aceptar que su alimento no tiene un límite, es o debe ser, desde que se piensa en concebir a un ser humano. Porque su autovalía le acompañará desde que nace hasta que muere.

La autoestima es la experiencia de ser aptos para la vida y para sus requerimientos. Más concretamente consiste en:

1. Confianza en nuestra capacidad de pensar y de afrontar los desafíos de la vida
2. Confianza en nuestro derecho a ser felices, el sentimiento de ser dignos, de merecer, de tener derecho a afirmar nuestras necesidades y a gozar de los frutos de nuestros esfuerzos.<sup>28</sup>

La autoestima tal vez sea la mejor defensa que los padres y maestros pueden proveer al niño y al adolescente. No hay que olvidar que son muchas las horas que el joven en este caso pasa en la escuela, muchas veces es más el contacto que tiene con los profesores que con los padres, ya vimos que en la época actual y por la carga de trabajo de los progenitores el tiempo con los hijos es escaso. Pero esto, que pudiera ser una buena excusa, no debe ser pretexto para que las escasas horas de convivencia sean de calidad.

Pero ¿qué pasa cuando en un hogar encontramos panoramas adversos: alcohol, drogas o relaciones destructivas? Se produce en el ser humano (en este caso en el adolescente) una intención inconsciente de escapar de la escena, de aliviar el dolor que nos produce la violencia, la humillación y el deterioro de lo que somos y significamos.

Sin duda es y será la familia el núcleo principal para que un joven encuentre la estabilidad emocional que más tarde lo conducirá a la madurez. Cuando este entorno es contradictorio, se ven urgidos en encontrar respuesta a lo que está pasando en su hogar. Pero muchas veces los contactos encontrados no son los adecuados y desvían su desarrollo. *Todos estos desafíos normales de la adolescencia se pueden complicar*

---

28 *Ibidem*, p. 36.

*aún más cuando se enfrentan a situaciones difíciles en sus dinámicas familiares con una atención escolar deficiente.*<sup>29</sup>

Tanto en la familia como en la escuela existe una serie de factores coincidentes para alentar o aniquilar la autoestima de los adolescentes y de los niños, *la familia y la sociedad han formado un determinado autoconcepto en el niño (devaluándolo), se actúa en consecuencia con él: los niños han llegado a creer que ‘son tontos’ y actúan como tales, contando con la importante ‘colaboración’ de los maestros quienes confirman su creencia negativa sobre sí mismos.*<sup>30</sup> No es de dudarse que la manera de comunicarse de este adolescente calificado como “tonto”, “estúpido”, “inepto” sea consecuencia de lo que le han hecho creer y, de esta forma, irá conduciéndose por los espacio que de acuerdo con su edad le corresponde interactuar.

Dos casos:

1. Un niño que desde chico aprendió que ‘es un tonto’, que ‘jamás va a aprender’, ‘que siempre va a ser el mismo’, a menos que le sucedan experiencias de otro tipo, normalmente tenderá a comunicarse en consecuencia (de manera sumisa o agresiva) y sus relaciones humanas serán inapropiadas.
2. En cambio, el niño que desde chico se le señalan sus logros y se le reconocen (‘eres un niño muy inteligente’ le dice el papá muy afectuosamente ‘estoy muy orgulloso de ti, qué bien haces las cosas’), se comunicará como tal, como un niño inteligente, y sus relaciones humanas serán normalmente apropiadas.<sup>31</sup>

Sabemos, como ya lo hemos afirmado, que los adolescentes a nivel de secundaria pasan la mayor parte de su tiempo en la escuela. Ahí es en donde entablan nuevas amistades y conocen a sus maestros. Ahí es en donde necesariamente se comunican con los demás. Pero también es cierto que con ellos traen una serie de

---

<sup>29</sup> Ivett Carballal Cano, “Adolescente en casa”, en *Diario de Xalapa*, julio de 2007, Xalapa, Ver., p. 3 E.

<sup>30</sup> Roberto De Gasperín, *Manual de autoestima y relaciones humanas*, Ed. Universidad Veracruzana, 2. ed., Xalapa, Ver., México, p. 19.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 20

influencias familiares positivas o negativas y que van a reproducir en el lugar en donde tengan que estar con otras personas, aflora en la comunicación el estado de ánimo, la autoestima labrada en el hogar y fortalecida o aniquilada en la escuela, las frustraciones o el gusto por avanzar en sus objetivos, la intolerancia repetida y multiplicada en el salón de clases, la agresividad reprimida en el hogar por la diferencias entre padres e hijos pero liberada y ejercida con mayor fuerza en contra de sus compañeros y maestros (agresividad pasiva y activa), para al final del día hacer un recuento en donde sale como saldo un resentimiento generalizado, por el cual no ha sido posible que se genere la comunicación.

Varios autores consultados para la elaboración de este punto coinciden que la adolescencia está en crisis. La etapa entre los 11 y los 18 años de edad de cualquier ser humano se ha visto convulsionada y conflictuada por los cambios que se producen en el organismo y en su comportamiento. Las preguntas sobre este comportamiento que de la noche a la mañana hace imposible entender por qué un chico que ha sido dirigido por sus padres durante su infancia de manera normal, a la hora de enfrentar la adolescencia se siente “grande” y no permite los correctivos a los que tradicionalmente era sometido – tal vez sus padres – quienes ingresaban a este ciclo escolar y reclaman se le someta. Sabemos que las sanciones corporales han sido erradicadas pero subyacen los castigos que a simple vista no se ven porque no dejan huella, pero sí lo experimenta el adolescente rebelde por ejemplo: el maestro ignora al alumno en todo y lo somete a una presión indefinida a tal grado que por una u otra razón abandona los estudios, la única razón es por culpa del maestro. *La actual generación es la que preocupa. En general, en las aulas se tolera el bullicio estudiantil, cuando antes eran bastante silenciosas. Los alumnos se manifiestan ante el docente sin reprimir aquellos pensamientos que lo contradicen y aun, con frecuencia, que directamente lo critican. Asimismo, se acepta que el alumno tutee al docente e incluso que lo trate como un igual. Fuera del colegio, y a veces en la misma puerta, los alumnos fuman y beben alcohol sin que nadie los reprenda y sin que haya sanciones previstas para esas conductas. La moral sexual cambió totalmente y con frecuencia las relaciones seculares entre alumnas y alumnos. En las fiestas que se hacen fuera del colegio suele haber destrozos y exceso en el*

*consumo de alcohol. El docente tiene temor a sus alumnos. No sólo queda erradicado el castigo físico hacia el alumno, sino que la mera insinuación de ello suele traerle al docente sanciones muy rigurosas. Las reprimendas hacia los alumnos están cuestionadas y se intenta remplazarlas por un sistema democrático de valuación de conductas. Suelen ser desautorizados los funcionarios escolares que intentan imponer sanciones que hace una generación hubieran sido consideradas perfectamente justificadas. El docente no sólo no es visto como un apóstol, sino que se considera a sí mismo como una víctima explotada condenado a un salario de hambre. Los padres aparecen en casi todas las situaciones de conflicto, enfrentados a los docentes y apoyando a sus hijos. Es habitual también que los padres oculten las altas de sus hijos ante los docentes y autoridades de la escuela, así como las ausencias injustificadas y sin su consentimiento, o el bajo rendimiento en los estudios.*<sup>32</sup>

Lo que Ortemberg nos ofrece nos ubica en el presente de cualquier escuela secundaria. Las exigencias del sistema político educativo impiden que fluya realmente lo que debe ser la educación en México, los cambios drásticos en los planes y programas cada sexenio impiden la continuidad en las políticas internas y en la organización que debe tener cada maestro.

Pero hay que aceptar que la educación, no sólo en el nivel de secundaria sino en todos los niveles, exige la colaboración de los padres para estar en correspondencia con lo que desea lograr el maestro respecto a los estudiantes. La escuela no termina a la hora de salida y la familia debe reflejarse en la hora de entrada.

Anotar algunas diferencias entre un niño y un adolescente implica conocer a fondo una serie de factores que afectan de manera sustancial a este sector de la sociedad, y que muchas veces se ve ampliamente afectado por la serie de contradicciones que encuentra en los adultos, dentro de los diferentes ámbitos en los que tienen que interactuar, llámese familia, escuela o institución de internamiento.

---

32 Osvaldo Daniel Ortemberg, *Mediación en la violencia familiar y en la crisis de la adolescencia*, Editorial Universitaria, Buenos Aires 2002, p. 180

## Conclusión

Al análisis de la reforma sin duda nos da la oportunidad de sopesar la importancia de la misma, no sólo para dar cumplimiento en lo dispuesto por la Convención y en lo señalado por las Reglas de Beijing y de Riad, así como la argumentación hecha por el legislador y por los doctrinarios<sup>33</sup> a quienes nos hemos unidos para sopesar no sólo la importancia de la propia reforma, sino para destacar el necesario conocimiento del niño y del adolescente como persona para determinar su culpabilidad en caso de la comisión de un ilícito o para valorar la medida que ameritará en caso de la comisión de delitos leves; pero tomando en cuenta que se trata de un niño o un adolescente, cuyas características hemos anotado, porque ello marca la diferencia con los adultos. Por eso la especialización del personal que los atenderá en caso de incurrir en un delito se hace irremplazable, por tanto valdría la pena modificar los currículos y planes y programas de estudio de las diversas facultades que tienen que ver con una “atención integral” que no sólo compete a la rigidez con la que muchas veces se aplica el derecho y se juzga, interesa abundar en la importancia de entender el significado de la “política integral” que apunta hacia la prevención más que al castigo y a la represión,<sup>34</sup> y en ello, la participación decidida del Estado debe de estar dirigida a través del fortalecimiento de las familias y de la escuela en donde el rescate de muchos niños y adolescentes que se encuentran en situación de riesgo se hace apremiante en nuestro país. Esto lamentablemente hay que aceptarlo.

---

33 Véase por ejemplo a Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (coords.) *Foro sobre justicia penal y justicia para adolescentes*, UNAM, México, 2009; y José Jesús Borjón Nieto (coord.), *La reforma penal constitucional 2007 -2008*, Ed. Colegio de Veracruz, Xalapa, Ver., México, 2009.

34 Véase Ana Gamboa de Trejo, *La pena de prisión (Teoría y prevención)*, Ed. Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., México, 2005.

## Bibliografía

BARREIRO, Clara Barreiro. *Derechos humanos*. Salvat Editores, 2. reimp., Madrid 1984.

BEGUERISSE, Paula Ramírez España. “Reforma del Artículo 18 Constitucional en Materia de Justicia para Adolescentes”. En *Criminalia*, a. LXXI, n. 3, México, D.F., sep-dic., 2005.

BEUCHOT, Mauricio. *Derechos Humanos*. 2. ed. Editorial Fontamara, México, 2001.

BRANDEN, Nathaniel. *El poder de la autoestima*. Ed. Paidós, México, 1992.

CANO, Ivett Carballal. “Adolescente en casa”. En *Diario de Xalapa*. Julio de 2007, Xalapa, Ver, México.

CHAZAL, Jean. *L'enfance délinquante*. 7. ed., PUF, París 1970.

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CONVENCIÓN sobre los Derechos del Niño.

DE GASPERÍN, Roberto. *Manual de autoestima y relaciones humanas*. Ed. Universidad Veracruzana, 2. ed. Xalapa, Ver., México.

DICCIONARIO de Medicina. Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1999.

FIZE, Miche. *Adolescencia en crisis*. Ed. Siglo XXI, 2. ed, México 2004.

GEMELLI, Agostino. *Psicología de la edad evolutiva*. Ed. Razón y Fe, Madrid 1972.

KAISER, Günter y otros. *Victims and criminal justice*. Ed. Max Planck Institute for Foreign and Internacional Penal law, Freiburg i. Br. Alemania, 1991.

LEY DE RESPONSABILIDAD Juvenil del Estado de Veracruz, México. Documentos Internacionales.

NEUMAN, Elías. *Victimología*. Cárdenas Editor, México, 1992.

ORTEMBERG, Osvaldo Daniel. *Mediación en la violencia familiar y en la crisis de la adolescencia*. Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2002.

RAMÍREZ, Mariano González. *La adolescencia, edad crítica*. Edimat Libros, Madrid, 2003.

REGLAS DE NACIONES UNIDAS para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).

SOLÓRZANO, Luis de la Barreda. *Los derechos humanos*. Editado por el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México 1999.

SOTOMAYOR, Carlos Tiffer. *Ley de Justicia Penal Juvenil*. Editorial Juritexto, San José de Costa Rica, 1996.

TOCAVÉN, Roberto. *Elementos de criminología infanto-juvenil*. Edicol, México 1979.

TREJO, Ana Gamboa de. *Criminología y menores infractores*. Ed. Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., México, 1995.

\_\_\_\_\_ *La pena de prisión (Teoría y prevención)*. Ed. Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., México, 2005.

# Presente y Futuro de la Armonización del Derecho Penal Material en Europa<sup>1</sup>

*Ángel José Sanz Morán<sup>2</sup>*

1 Ante la amplitud de la materia sugerida en el título de esta ponencia, son necesarias algunas aclaraciones previas. En primer lugar – y como dicho título expresamente indica –, ceñiremos nuestra reflexión, pese a presentarse ésta en un Congreso de Derecho Procesal, a cuestiones de Derecho penal sustantivo, donde la “armonización” jurídica europea sigue un curso parcialmente diverso – y, sin duda, menos intenso – que en el ámbito estrictamente procesal.

Conviene insistir, por otra parte, en la escasa claridad del término “armonización”, como han señalado distintos autores<sup>3</sup>. De ahí que deba distinguirse, en palabras de

---

1 Conferencia pronunciada en la Universidad de Valladolid, el día 25 de octubre de 2007, en el marco del Congreso Internacional: “El Proceso Penal en la Unión Europea. Garantías esenciales”, a la que se han añadido un mínimo imprescindible de referencias bibliográficas. Convenientemente actualizada, me ha parecido, dada la materia abordada, que podía constituir una contribución idónea para este merecido Libro-Homenaje al doctor Madlener, de cuya hospitalidad con motivo de mis diversas estancias en el Max Planck Institut für Strafrecht, en Friburgo de Brisgovia, guardo imborrable recuerdo.

2 Catedrático de Direito Penal, Universidad de Valladolid (España).

3 Así, por ejemplo, VOGEL, J. “Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union”, en GA, (2003), pp. 314-334, tras indicar que “Sobre lo que signifique armonización del Derecho penal no existe, en absoluto, claridad”, añade que, en cualquier caso, no se trata de “un concepto técnico-jurídico de Derecho comunitario o de la Unión”, sino que procede más bien de la ciencia jurídica (p. 315). Más recientemente (“La internacionalización del Derecho penal y el proceso penal” -trad. española A. GALÁN MUÑOZ-, en RP 22, julio 2008, pp. 160-167), insiste VOGEL en la controversia en torno al concepto de ‘armonización’ (p. 163). Ulteriores referencias en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Armonización penal en la Unión Europea”, en ARANGÜENA FANEGO/SANZ MORÁN (Coords.), La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales, Valladolid, (2008), pp. 135-169 (p. 137, y allí, la nota 9).

Ambos, entre un “Derecho penal europeo”, en el sentido de normas jurídico-comunitarias supranacionales, y la “europeización del Derecho penal”, como proceso de aproximación entre los ordenamientos penales nacionales de acuerdo con las pautas trazadas desde las instancias comunitarias, que es a lo que se alude fundamentalmente con la expresión “armonización del Derecho penal”<sup>4</sup>. De manera muy clara lo expresa (refiriéndose al Proyecto de Constitución Europea, del que nos ocuparemos más adelante) Silva Sánchez: [...] la Constitución europea – como ya antes la praxis institucional europea – no patrocina, o al menos no en primera instancia, la existencia de leyes penales (sectoriales, más o menos amplias) europeas. Por el contrario, lo patrocinado en primera instancia ha sido un proceso de “europeización” (aproximación, armonización) de las leyes penales nacionales<sup>5</sup>.

Apenas es necesario recordar, finalmente, la rigurosa actualidad del tema aquí abordado. En su contribución para el libro-homenaje a Roxin, en 2001, señalaba Tiedemann que hasta hace unos diez años la cuestión que nos ocupa cobraba, con algo de razón, un interés sólo relativo en la ciencia del Derecho penal, pues el Derecho comunitario en lo esencial sólo era relevante negativamente para el Derecho penal. Lo expresa de manera muy clara una resolución, recogida por este autor, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de enero de 1999: En efecto, para el Derecho penal son competentes, básicamente, los Estados miembros; sin embargo, según jurisprudencia constante, el Derecho comunitario impone límites a esta competencia. A saber, el Derecho penal no puede limitar las libertades fundamentales garantizadas por el

---

4 Véase AMBOS, K. “La internacionalización del Derecho Penal y América Latina” (trad. F. MUÑOZ CONDE), en *Temas de derecho Penal Internacional y Europeo*, Madrid, (2006), pp. 40-41. En sentido análogo, entre otros autores, VOGEL, J. “Harmonisierung...”, op. cit. (nota 2), p. 315 y, en la doctrina española más reciente, MIRÓ LLINARES, F. “Cooperación judicial en materia penal en la Constitución Europea”, en ÁLVAREZ CONDE/GARRIDO MAYOL (Dir.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro III, Valencia, (2004), pp. 1183-1217 (pp. 1198 y ss.)

5 Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, Madrid, (2006), pp. 253-269 (p. 258).

Derecho comunitario<sup>6</sup>. Asistimos, sin embargo, en el momento presente, a una verdadera “aceleración” – señala Miranda Rodrigues<sup>7</sup> – del (impropiamente) denominado “Derecho penal europeo”, especialmente a partir del “principio-turbo” – en celebrada expresión de Schünemann<sup>8</sup> – que supone el “reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales”. Cuestión diversa es – como señala también la mencionada autora portuguesa – si esta aceleración responde a una verdadera política criminal europea<sup>9</sup>.

En las páginas que siguen, observaremos el siguiente esquema. En primer lugar, se recordarán algunos precedentes remotos en orden a relativizar el alcance del debate actual (apartado 2). Seguirá la exposición, fundamentalmente de carácter metódico, de las diversas vías de “europeización” del Derecho penal (apartado 3), considerando además la cuestión –también de carácter previo – relativa al carácter penal o administrativo del modo de respuesta, lo cual obliga, a su vez, a un breve apunte sobre el debatido problema de la “expansión” del Derecho penal (apartado 4). Destinaremos el siguiente apartado (número 5) a reflexionar brevemente sobre el problema de las fuentes del Derecho penal europeo o, en otras palabras, el alcance

---

6 Véase TIEDEMANN, K. “EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts”, en ROXIN-Fs., Berlin, (2001), pp. 1401-1413 (pp. 1402-1413). En sentido análogo, se manifestaba ya, algunos años antes, en nuestra doctrina penal, CUERDA RIEZU, A. “¿Ostentan <ius puniendi> las Comunidades Europeas?”, en la obra colectiva: *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, (1995), pp. 621-635 (p. 621). Véase también, entre otros autores, PICOTTI, L. “Las relaciones entre Derecho penal y Derecho comunitario: estado actual y perspectivas”, en RDPCCrim.13, (2004), pp. 151-197 (pp. 152-153). Nos recuerda, sin embargo, PRITTWITZ, C. “Nachgeholt Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminales für Europa”, en ZStW 113, (2001), pp. 774-799, que ya en 1953 se discutió acerca de un Derecho penal común para Europa (p. 778).

7 Véase MIRANDA RODRIGUES, A. “O mandato de detenção europeu na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?”, en *Revista portuguesa de Ciência Criminal*, año 13, n° 1 (enero/marzo 2003), pp. 27-63 (p. 27: “La construcción de un espacio penal europeo está hoy marcada por la aceleración”).

8 Véase SCHÜNEMANN, B. “Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtsplege der EU”, en GA, (2004), pp. 193-209 (p. 202).

9 Véase MIRANDA RODRIGUES, A. “O mandato...”, op. cit. (nota 6), p. 29.

que cobra el principio de legalidad en este contexto. Describiremos a continuación, en términos sucintos, el iter más reciente de la “europeización” del Derecho penal (apartado 6), centrando después nuestra atención en algunos intentos de “unificación penal” de carácter sectorial: el “corpus iuris” y los “eurodelitos” (apartado 7). Y, como es convencional, cerraremos esta contribución con algunas consideraciones de carácter conclusivo (apartado 8).

2 Aunque para muchos resulte sorprendente, lo cierto es que ha existido siglos atrás algo así como un Derecho penal común en buena parte de Europa. Como nos recordara hace ya algunos años Perron, Hasta bien entrada la Edad Moderna, tanto el Derecho y la Ciencia del Derecho en general, como el Derecho penal en particular se mantenían en la Europa continental en la tradición difundida del Derecho común. Téngase en cuenta que las Universidades “partían de las mismas fuentes jurídico-romanas recibidas” y las obras científicas aparecían “redactadas en la lengua común latina”, configurándose así una base formativa común en los juristas, cuyos dictámenes determinaban, de manera decisiva, las resoluciones de los distintos órganos jurisdiccionales<sup>10</sup>. Cabe hablar así, en un determinado momento histórico, de una especie de “ius comune” europeo y, sin duda, de una doctrina penal común. Baste mencionar la reconstrucción, que ofreciera Schaffstein, de una teoría general del delito, a partir de las aportaciones de Julio Claro, Farinacio y el español Covarrubias, autores fundamentales en la ciencia jurídica humanista del siglo XVI<sup>11</sup>.

Sin embargo, cuando en los siglos XVIII y XIX – sigue el profesor Perron – los Estados nacionales modernos contribuyeron a la plasmación de la idea iusracionalista de codificaciones legislativas completas y articuladas sistemáticamente, surgieron

---

10 Véase PERRON, W. “¿Son superables las fronteras nacionales del Derecho penal? Reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de Derecho penal” (trad. M.A. IGLESIAS RÍO), en RDPCrim. 2, (1998), pp. 209-230 (p.212).

11 Véase SCHAFFSTEIN, F. Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, Aalen, (1973), (reimpresión de la edición de 1930-1931).

ordenamientos jurídicos nacionales autónomos, en cuya conformación y ulterior desarrollo vieron en adelante los juristas su tarea principal<sup>12</sup>. Pero ello no conllevó, en modo alguno, el aislamiento de la ciencia y el derecho nacionales respecto de lo que sucedía en otros ordenamientos jurídicos. Baste recordar, en lo que al Derecho penal se refiere, la influencia decisiva de unos pocos textos legales (Código Penal francés de 1810, bávaro, de 1813, etc.) en la mayor parte de los códigos europeos posteriores, o la recurrente mención de concordancias comparadas en cualquiera de los comentarios nacionales del respectivo Código Penal. Debido, en parte, a ello fue todavía posible que, a principios del siglo XX, emprendiera Liszt su impresionante “Exposición comparada del Derecho penal alemán y extranjero”<sup>13</sup>, intento iuscomparatista mucho más ambicioso que cualquiera de los posteriores.

Baste este breve apunte histórico como recordatorio de que el actual interés por la aproximación de los sistemas penales de los Estados que componen la Unión Europea no supone algo radicalmente novedoso, sino que encuentra sus raíces últimas en una tradición jurídica común. Por lo demás, las consideraciones que siguen, relativas a esta actual “europeización” del Derecho penal, se centrarán, sobre todo, en los aspectos metódicos, dejando en un segundo plano los correspondientes contenidos regulativos.

3 La mencionada “europeización” del Derecho penal se lleva a cabo a través de distintos procedimientos que, de acuerdo con la terminología más extendida, cabe conducir a alguna de estas cuatro vías<sup>14</sup>:

12 Véase PERRON, W. “¿Son superables...?”, op. cit. (nota 9), pp. 212-213.

13 *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Berlin, (1905-1909). Comprende seis volúmenes de parte general y nueve de parte especial.

14 Véase, entre otros muchos autores, AMBOS, K. “La internacionalización...”, op. cit. (nota 3), pp. 43 ss.; GRASSO, G. *Comunidades Europeas y Derecho penal* (trad. N. GARCÍA RIVAS), Albacete 1993, p. 80; PRADEL, J. “Vías para la creación de un espacio judicial europeo único” (trad. A. RICHART), en RP 3, (enero 1999), pp. 42-50 (pp. 43-44); TIEDEMANN, K. “EG und EU...”, op. cit. (nota 5), pp. 1045-1046; del mismo autor, “ *Gegenwart und Zukunft des Europäischen Strafrechts*”, en ZStW 116, (2004), pp. 945-958

a) *Asimilación*. La Unión Europea remite, en sus actos jurídicos, a los tipos penales nacionales, ampliándolos así en su ámbito de aplicación; es decir, obliga a tratar del mismo modo los intereses nacionales y los comunitarios en el respectivo Derecho penal nacional. Desarrollado, como veremos, por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, este criterio encuentra reconocimiento expreso en algunos textos fundamentales de la Unión<sup>15</sup>. A favor del mismo se aduce su flexibilidad y simplicidad, además de garantizar el carácter nacional del *ius puniendi*; pero esto mismo comporta la renuncia a crear un Derecho penal de ámbito comunitario, aunque el inconveniente fundamental del criterio que estamos considerando reside en que no garantiza la igualdad de respuesta jurídica ante hechos idénticos; en efecto, como nos recuerda García Arán: No todos los países miembros proporcionan el mismo grado de protección a los distintos intereses” y “ni siquiera son uniformes respecto a la opción por la protección penal<sup>16</sup>.

b) *Armonización*. Se instrumenta fundamentalmente a través de Directivas, las cuales instan a la creación de normas de Derecho interno con criterios compartidos, prefijados en aquellas, limitando así la autonomía de los Estados miembros. Esta técnica, apoyada en lo dispuesto en el artículo 10 del Tratado

---

(pp. 949 y ss.) De manera muy clara, en la doctrina penal española, GARCÍA ARÁN, M. “Hacia un Derecho Penal Europeo: la propuesta del <Corpus Iuris>”, en RDPP 1, (1999), pp. 167-180 (pp. 169-170) y TERRADILLOS BASOCO, J. “La Constitución para Europa. ¿Las bases del Derecho Penal Europeo?”, en VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (Coord.), Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro Homenaje al doctor Hernando Londoño Jiménez, Bogotá, (2005), pp. 539-565 (pp. 544 ss.). Cfr. además, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea, Granada, (2001), pp. 270 y ss.

15 Así, el artículo 209-A del Tratado de la Comunidad Europea (art. 280.2 T.C.E. Ámsterdam) establece que “Los Estados adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adoptan para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros”. En tal sentido se orienta, por ejemplo, lo dispuesto en los artículos 305.3, 306 y 309 del Código Penal español.

16 Véase GARCÍA ARÁN, M. “Hacia un Derecho Penal Europeo...”, op. cit. (nota 13), p. 169.

de Ámsterdam, tendría como metas últimas la justicia, seguridad jurídica y efectividad<sup>17</sup>. Pero tampoco se ha avanzado demasiado por esta vía pues, como nos recuerda la doctrina mayoritaria, resulta desigual El grado de seguimiento de las Directivas por parte de los Estados miembros y la forma en que éstos las incorporan a sus ordenamientos<sup>18</sup>. Más aún, en algún caso – como sucedió con la Directiva 89/592, de 13 de noviembre, relativa a la utilización de información privilegiada en el mercado de valores –, la propia Directiva deja abierta la decisión sobre el carácter penal o administrativo de las sanciones a imponer, lo que sin duda dificulta la consecución de los objetivos perseguidos con la armonización<sup>19</sup>.

c) *Cooperación*. Esta forma de aproximación legislativa – limitada, esencialmente, al procedimiento – se lleva a cabo en el marco del denominado “tercer pilar” del Tratado de la Unión Europea (“Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal”), por lo que no comporta integración, ni plantea problemas de soberanía. Se instrumenta a través de Tratados entre los Estados miembros o de decisiones-marco, técnica esta última a la que se viene recurriendo con alguna intensidad en los últimos años. Con todo, tampoco esta vía está exenta de críticas, sobre todo debido a su carácter sectorial y a la falta de homogeneidad en la transposición al Derecho interno nacional de las decisiones –marco. Pero sobre esta cuestión volveremos más adelante.

d) *Unificación*. Se plantea, precisamente, ante las carencias de las vías anteriores. Como dice la Exposición de Motivos del Corpus Iuris – el primero

---

17 Véase, por todos, VOGEL, J. “Harmonisierung...”, op. cit. (nota 2), p. 317.

18 Así, por todos, GARCÍA ARÁN, M. “Hacia un Derecho Penal Europeo...”, op. cit. (nota 13), p. 170.

19 Según VERVAELE, J.A.E. “La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea” (trad. I. BLANCO CORDERO), en RP 15 (enero de 2005), pp. 169-183, sucede que mientras la Comisión Europea intenta, a través de Directivas, obligar a los Estados miembros a aplicar medidas directas de armonización del Derecho penal, el Consejo deja intacto, en la práctica, el poder discrecional de los Estados miembros para elegir sus instrumentos de aplicación (p. 172).

de los intentos de unificación sectorial, del que nos ocuparemos brevemente más adelante (apartado 7) –, si la asimilación *No garantiza ni la eficacia, ni la justicia que supondría una represión igual para todos los operadores económicos*; la cooperación, *Concebida para incrementar la eficacia, aumenta inevitablemente la complejidad*; y la armonización, *Destinada a reforzar la justicia y la eficacia, contribuye a la complejidad del conjunto*, habrá que concluir Que la única vía que puede contemplar conjuntamente las tres ideas – de justicia, de simplicidad y de eficacia – es la vía de la unificación<sup>20</sup>; esto es, la elaboración de unas reglas comunes aplicables para todo el espacio judicial europeo. Ahora bien, lo primero que debe destacarse es que incluso quienes defienden este objetivo, lo hacen con un alcance muy limitado (aquellos delitos contra intereses que la Unión Europea asume como propios) y existe incluso un sector doctrinal que duda de si la unificación penal a nivel europeo sea siquiera un objetivo deseable<sup>21</sup>. Quintero Olivares llega incluso a afirmar que *La pretensión de alcanzar un Código Penal único...no ha sido defendida por nadie*; y a ella se opondrían decisivamente dos datos: en primer lugar, que Código penal debe aparecer incorporado al ordenamiento jurídico en su conjunto, de acuerdo con los principios de coherencia, ultima ratio, etc., lo que comporta la previa unificación del resto de las ramas del Derecho y, por otra parte, que la política criminal de cada país puede requerir actuaciones legislativas concretas<sup>22</sup>.

A los problemas que presenta cualquiera de estas vías de “europeización” del Derecho penal se añade el dato decisivo de que cualquiera de ellas supone la previa realización

---

20 Véase Corpus Juris, Madrid (ed. Colex), (1998), (traducción del original francés por C. EXPÓSITO, con un estudio preliminar de E. BACIGALUPO).

21 Cfr. las referencias recogidas en PERRON, W. ¿Son superables...?”, op. cit. (nota 9), p. 225 (y allí, la nota 43), quien se adhiere a este punto de vista “en lo que se refiere a la perspectiva a corto plazo” (ibidem).

22 Véase QUINTERO OLIVARES, G. “La unificación de la Justicia Penal en Europa”, en RP 3, (enero 1999), pp. 51-60 (pp. 56-57, cursivas allí).

de los necesarios trabajos iuscomparativos, lo que dista de suceder. Como nos recuerda Ambos: Dadas las diferencias entre los sistemas de Derecho penal dentro de la Unión Europea, los estudios comparativos deberían ser el primer paso para establecer un campo común e indicar dónde son necesarios y posibles los compromisos y añade, con razón, que dichos estudios no son, en modo alguno, una tarea fácil <sup>23</sup>. Naturalmente, no es éste el lugar para entrar en detalle sobre el alcance y la trascendencia del método comparado en el Derecho penal. De sus dificultades, comenzando ya por las idiomáticas<sup>24</sup>, sirva sólo de muestra la necesidad de distinguir, siguiendo a Eser – uno de los más importantes cultivadores de este método –, entre comparación legislativa, teórico-científica y judicial, cada una con sus problemas específicos<sup>25</sup>. Pues bien, resulta elocuente que, en opinión de este especialista, Para una verdadera igualación del Derecho penal a nivel europeo serían necesarias modificaciones muy amplias, cuyo verdadero alcance ni siquiera los expertos han ponderado en sus justos términos<sup>26</sup>.

4 Una vez expuestas sucintamente las distintas vías por las que transita el proceso de “europeización” del Derecho penal, debemos abordar, con idéntica concisión, una cuestión metódica de enorme trascendencia: la invocada protección de intereses jurídicos que afectan a la Unión Europea puede llevarse a cabo recurriendo al Derecho penal o, alternativamente, al Derecho administrativo sancionador, cuestión ésta que se sitúa en el centro del actual debate político criminal general. Baste recordar

---

23 Véase AMBOS, K. “¿Es posible el desarrollo de un Derecho penal sustantivo para Europa? Algunas reflexiones preliminares” (trad. S. ESCOBAR VÉLEZ), en *Temas...*, op. cit. (nota 3), pp. 101-120 (p. 103). Cfr. también, entre otros autores, BACIGALUPO, E. “El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo”, en CPC 83, (2004), pp. 5-22.

24 Se hace eco de ellas BACIGALUPO, E. “El método comparativo...”, op. cit. (nota 22), pp. 21-22.

25 Véase la esclarecedora aportación de ESER, A. “Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung”, en *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für G. Kaiser zum 70. Geburtstag*, Bd. II, Berlin, (1998), pp. 1499-1529 (1506 y ss.)

26 Véase ESER, A. “Funktionen, Methoden und Grenzen...”, op. cit. (nota 24), p. 1527.

que la ampliamente cuestionada “expansión del Derecho penal” – en afortunada expresión de Silva Sánchez<sup>27</sup> – se manifiesta, entre otros rasgos, en la “administrativización” de aquél. En palabras de este autor: El Derecho penal, que reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha <administrativizado><sup>28</sup>.

Pues bien, este mismo fenómeno sería claramente perceptible en el contexto de la “europeización” del Derecho penal; y ello – siempre según Silva – en un triple sentido: por un lado, desde el punto de vista del sujeto competente, Es una instancia burocrática – el Consejo – la que asume el proceso de creación de un Derecho penal europeo (volveremos inmediatamente sobre este problema); además, dicho impulso responde a motivaciones tecnocráticas vinculadas a los déficits constatados en la gestión de los ingresos y egresos de las Comunidades. Finalmente – y aquí reside un aspecto decisivo del problema –, las propuestas de Derecho penal criminal europeo toman como punto fundamental de referencia el, ya existente, Derecho administrativo sancionador europeo, de manera que, al final, lo concebido es básicamente, un Derecho penal de autoprotección administrativa<sup>29</sup>.

Se soslayan de este modo las diferencias fundamentales existentes entre los mencionados órdenes sancionadores. Ciertamente, entre injusto penal e injusto administrativo no cabe hablar – señala Torío López- de diferencias de carácter óntico, cualitativo; pero tampoco son meramente cuantitativas; se trata de “diferencias histórico-culturales, es decir, valorativas”<sup>30</sup>. Esta valoración última que permite dis-

---

27 Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed., Madrid, (2001).

28 Véase, SILVA SÁNCHEZ, J.M. La expansión..., op. cit. (nota 26), p. 123.

29 Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica”, en RP 13, (enero 2004), pp. 138-150 (p. 144, cursiva allí).

30 Véase TORÍO LÓPEZ, A. “Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)”, en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Madrid, (1991), pp. 2529-2546 (p. 2536); semejante, SILVA SÁNCHEZ, J.M. La expansión..., op. cit. (nota 26), pp. 124 ss.

tinguir entre lo merecedor de pena o solamente de sanción administrativa se traducirá en que entren en juego criterios de imputación de la responsabilidad que no son exactamente coincidentes (aunque se aproximen de manera creciente) en uno y otro sector. Baste pensar en lo que sucede en materia de responsabilidad de la persona jurídica, o en la separación entre conductas de autoría y de participación, o en el respectivo alcance del dolo y la imprudencia, o en lo que se refiere al error de prohibición, etc.<sup>31</sup> De ahí la trascendencia de la opción por una u otra alternativa, como lo manifiesta, por ejemplo, el encendido debate en torno al modo adecuado de protección del medio ambiente<sup>32</sup>.

En definitiva, y de conformidad con el pronóstico de Silva Sánchez, el Derecho penal que surja de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales<sup>33</sup>. Y añade algo más adelante: es muy posible que el Derecho penal global resulte en conjunto más represivo que cualquiera de los sistemas que hayan contribuido a su génesis<sup>34</sup>. Opinión que viene a coincidir, como veremos después, con la de quienes se oponen al denominado “reconocimiento recíproco de resoluciones judiciales” en el ámbito de la Unión Europea. Así pues, un Derecho penal “europeizado” corre el riesgo de ser más expansivo, adoptando rasgos característicos del Derecho administrativo sancionador, con la correspondiente merma de las garantías del imputado, como se advierte ya – lo veremos más adelante – en los sucesivos intentos de “unificación” sectorial.

5 En el apartado precedente aludíamos a una cuestión que requiere atención específica: la del alcance del principio de legalidad en el contexto de la “europei-

---

31 Véase TORÍO LÓPEZ, A. “Injusto penal...”, op. cit. (nota 29), pp. 2543 y ss.

32 Véase, por todos, el esclarecedor trabajo de MÜLLER-TUCKFELD, J.C., “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal* (ed. española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, (1999), pp. 507-530.

33 Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión...*, op. cit. (nota 26), p. 81.

34 Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión...*, op. cit. (nota 26), p. 85.

zación” del Derecho penal. Es sobradamente conocido que una de las manifestaciones de aquél (junto a la irretroactividad, prohibición de analogía – al menos, in malam partem – y certeza o taxatividad en la formulación tanto del supuesto de hecho, como de la consecuencia jurídica) es la denominada “reserva de ley”, que sólo se colma otorgando el carácter exclusivo de fuente del Derecho penal a la ley en sentido formal; esto es, aprobada por el Parlamento. Sucede, sin embargo, en el ámbito comunitario, que la absoluta primacía en la elaboración de las normas la ostenta la Administración, jugando el Parlamento Europeo un papel claramente subordinado. Es a ello a lo que se alude con la frecuente crítica de “déficit democrático” del Derecho comunitario pues, en palabras de Schünemann: Que el tipo penal y la pena sólo pueden establecerse mediante leyes adoptadas en sede parlamentaria se deduce de una proyección de los principios de democracia y división de poderes sobre las exigencias específicas de legitimación del Derecho penal<sup>35</sup>.

Con notable claridad ha expresado, entre nosotros, Silva Sánchez, las dudas que suscita La legitimidad de la incidencia de un órgano – el comunitario –, sólo mediata y limitadamente democrático, sobre otro que sí lo es – el nacional –, al que se obliga a legislar en marco preestablecido de modo vinculante. Nos encontramos así – sigue el mencionado autor – con una especie de ley en blanco inversa, en la que la instancia administrativa comunitaria, que ha determinado el núcleo de la prohibición (y la razón justificante de ésta), remite a los parlamentos nacionales (en virtud de la técnica de la transposición) la concreción de los detalles de la descripción típica y de la clase de sanción, con lo cual se estaría *institucionalizando un modelo burocrático de <conducción> de la legislación (penal)*<sup>36</sup>. Y de manera aún más tajante se pronuncia

---

35 Véase SCHÜNEMANN, B. “Fortschritte und Fehlritte...”, op. cit. (nota 7), p. 201. En relación a este “déficit democrático” del Derecho comunitario, véase, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, “El modelo penal de la Constitución Europea”, en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (Coords.), Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Madrid, (2005), pp. 273-299 (especialmente, pp.285 y ss., y 292 y ss.).

36 Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Los principios inspiradores...”, op. cit. (nota 28), p. 139 (cursivas allí).

Schünemann, cuando afirma que, mediante el método de transposición indicado, el Parlamento nacional se convierte en un “lacayo de Bruselas”<sup>37</sup>.

6 Una vez reseñados algunos de los problemas metódicos subyacentes al proceso, veamos ahora, siempre con la concisión exigida a una contribución de estas características, cuál ha sido el iter de la “europeización” del Derecho penal en sus pasos fundamentales<sup>38</sup>.

El punto de partida lo constituye el dato incontestable de la ausencia originaria de competencias penales a nivel comunitario. Todavía en 1974, el Octavo Informe General de la Comisión de las Comunidades Europeas, afirmaba rotundamente que el Derecho penal Es un asunto que no entra en cuanto tal en la esfera de competencia de la Comunidad, sino que queda bajo la jurisdicción de cada Estado miembro<sup>39</sup>.

---

37 Véase SCHÜNEMANN, B. “Fortschritte...”, cit. (nota 7), p. 198. Para el problema mencionado en el texto, véase, en la literatura penal española más reciente, GARCÍA SÁNCHEZ, B. “¿Crisis del principio de legalidad por la adopción de la normativa comunitaria?”, en GARCÍA VALDÉS/CUERDA RIEZU/ MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCÁCER GUIRAO/VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, tomo I, Madrid, (2008), pp. 309-332, quien entiende que el principio de legalidad no se encuentra en entredicho por el Derecho comunitario, sino que simplemente debe ser objeto de reformulación (especialmente, pp. 329 y ss).

38 Obviamos aquí una referencia explícita al proceso de armonización de las sanciones por ser objeto de otra ponencia en el marco de este Congreso. Cfr. al respecto, por todos, DEMETRIO CRESPO, E. “Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea”, en RP 16, (julio 2005), pp. 43-53 y, más recientemente, TAMARIT SUMALLA, J.M. “¿Hacia un sistema europeo de sanciones penales?”, en Estudios penales..., op. cit. (nota 36), tomo II, pp. 1647-1669.

39 Tomamos la referencia de CUERDA RIEZU, A. “¿Ostentan <ius puniendi>...?”, op. cit. (nota 5), p. 622. De ahí que, como señala este mismo autor (ibídem, pp. 623-4), carezcan de naturaleza penal las sanciones previstas en Tratados como el de la CECA o el de EURATOM. Amplia información en CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. Derecho penal..., op. cit. (nota 13), pp. 157 ss.; GRASSO, G. Comunidades Europeas..., op. cit. (nota 13), pp. 41 ss. y NIETO MARTÍN, A. Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo, Barcelona, (1996), pp. 86 y ss. Para la carencia de competencias penales de la Comunidad Europea véase, más recientemente, BLANCO CORDERO, I. “El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea”, en Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología 06-05, (2004).

Ello no ha obstado, sin embargo, la existencia, desde siempre, de formas incipientes de aproximación de las legislaciones nacionales, por la vía de la admisión de una “eficacia directa” del Derecho comunitario y su supremacía. Nos recuerda, al respecto, Cuerda Riezu, como algunas disposiciones comunitarias (los Tratados fundamentales) se aplican directa y uniformemente, sin necesidad de que sean desarrollados por los Estados miembros y, por otra parte, el Derecho comunitario, tanto originado como derivado, ostenta el nivel superior en el rango jerárquico de las normas estatales<sup>40</sup>. Por otra parte, suelen destacar los autores el papel uniformador que cobran la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>41</sup>. Más aún, en opinión de algunos autores, este papel de la jurisprudencia comunitaria permitiría soslayar las dificultades que plantea la ausencia de una legalidad stricto sensu, a la que nos referimos en el apartado precedente. En este sentido se expresa Palazzo, cuando observa que La situación que se observa en el Derecho comunitario se corresponde con la que está presente en la mayor parte de los Estados, donde la garantía de legalidad democrática no se apoya tanto en el origen parlamentario de la norma como en el control jurisdiccional de su legitimidad<sup>42</sup>. Finalmente, otro factor armonizador – a falta de competencias

---

40 Véase CUERDA RIEZU, A. “La conflictiva relación entre el Derecho comunitario y el Derecho penal”, en CDJ, Política común de Justicia e Interior en Europa, Madrid, (1996), pp. 259-320 (pp. 269-270). Cfr. asimismo, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. Derecho penal..., op. cit. (nota 13), pp. 41 y ss.

41 Así, por ejemplo, CUERDA RIEZU, A. “La conflictiva...”, op. cit. (nota 39), mostrando la influencia de las decisiones de estos órganos judiciales sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (pp. 308 y ss.) y del Tribunal Constitucional (pp. 312 y ss.) españoles. Cfr. asimismo, por todos, NIETO MARTÍN, A. Fraudes comunitarios..., op. cit. (nota 38), pp. 243 y ss.

42 Véase PALAZZO, F. “La legalidad penal en la Europa de Ámsterdam”, en RP 3, (enero 1999), pp. 36-41 (p. 40); semejante, PICOTTI, L. “Las relaciones...”, op. cit. (nota 5), pp. 166-167. En contra, con buenos argumentos, SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Los principios inspiradores...”, op. cit. (nota 28), pp. 141-142, mostrando que tales “equivalentes funcionales” del principio de legalidad parlamentaria, en la línea de lo que sucede con el precedente en los países del common law, no existen en el Derecho comunitario.

penales específicas – cabría verlo, según algún autor, en la exigencia De interpretar las normas nacionales, incluidas las penales [...] de forma acorde con el Derecho comunitario<sup>43</sup>.

Un punto de inflexión en las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho penal vino dado por el denominado “caso del maíz griego”<sup>44</sup>. Se trata de la sentencia del TJUE del 21 de septiembre de 1989, por la cual el Tribunal condenó a Grecia a extender la protección penal nacional (griega) a los intereses financieros de la comunidad en los mismos términos que a los griegos y a entablar un procedimiento penal por lesión de los intereses comunitarios con la misma intensidad que en el caso de conductas lesivas de los intereses financieros nacionales. Frente a la jurisprudencia anterior, que consideraba que los Estados miembros tenían la facultad de elegir las medidas que consideren más idóneas, entre ellas las sanciones penales, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los actos de las instituciones comunitarias, entiende ahora el Tribunal que no estamos ante una facultad, sino ante un deber, que debe cumplir en los mismos términos que cuando se trata de la protección de intereses nacionales análogos, de donde surge la idea de “asimilación”, a la que antes nos referíamos (apartado 3), pero no se llega a reconocer en la sentencia un “mandato de criminalización”, en sentido estricto.

Se producirá un nuevo impulso a la europeización del Derecho penal, tras los Tratados de Maastricht y Ámsterdam. De una parte, se intensifican notablemente las vías de la “armonización” y “cooperación” (apartado 3), surgiendo variadas iniciativas

---

43 Véase PICOTTI, L. “Las relaciones...”, op. cit. (nota 5), p. 166. En sentido próximo, apela BACIGALUPO, E. “El método comparativo...”, op. cit. (nota 22), p. 13 al Derecho comparado como “quinto método interpretativo, junto a los otros cuatro cánones elaborados por Savigny”.

44 Amplia información en GRASSO, G. *Comunidades Europeas...*, op. cit. (nota 13, pp. 20 y ss.) y, en nuestra doctrina penal, NIETO MARTÍN, A. *Fraudes comunitarios...*, op. cit. (nota 38), pp. 273 ss. Una clara síntesis en TIEDEMANN, K. “EG und EU...”, op. cit. (nota 5), p. 1405. Destaca también la importancia de esta resolución, entre otros muchos autores, JUNG, H. “Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts”, en *JuS*, (2000), pp. 417-424, (420).

normativas de alcance jurídico-penal sustantivo y – sobre todo – procesal, en cuya consideración no podemos detenernos ahora<sup>45</sup>.

Además de ello, el impulso dado por los mencionados Tratados se manifiesta fundamentalmente en dos datos. En primer lugar, renace la discusión en torno a la existencia o no de competencias directas de la Unión Europea en materia penal. Caballo de batalla va a serlo, por un lado, el apartado IV del artículo 280 del TUE<sup>46</sup>, en la redacción ofrecida por el Tratado de Ámsterdam, cuyo verdadero alcance resulta objeto de controversia. Lo cierto es que, pese al considerable esfuerzo interpretativo, desplegado por algunos autores<sup>47</sup>, para fundamentar sobre esta regla la asunción de competencias penales directas por la Unión Europea, la cuestión dista de estar resuelta. Como prudentemente observa Ambos, La creación de una competencia en el ámbito jurídico penal – en la medida que significa un cambio fundamental en la distribución de competencias entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros – tendría que haberse expresado de una forma más clara de lo que ha ocurrido

---

45 Cfr. la información ofrecida, entre otros autores, por BLASCO LOZANO, I. “Armonización del Derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea”, en CDJ Derecho penal supranacional y cooperación penal internacional, Madrid, (2003), pp. 257-280 (p. 275); DEMETRIO CRESPO, E. “Sobre la armonización...”, op. cit. (nota 37), pp. 45-46; DE HOYOS SANCHO, M. “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?”, en Revista de Derecho Comunitario 22, (2005), pp. 807-842 (811-812); VERVAELE, J.A.E. “La europeización del Derecho penal...”, op. cit. (nota 18), pp. 175 ss. y VOGEL, J. “Harmonisierung des Strafrechts...”, op. cit. (nota 2), pp. 322 ss. Un repaso muy claro y completo del avance que en materia de armonización penal han supuesto los Tratados de Maastricht y Ámsterdam, nos ofrecen DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, “El modelo penal...”, op. cit. (nota 34), pp. 275 y ss.

46 “El Consejo [...] adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. La aplicación del Derecho penal de los Estados miembros y su Administración de justicia penal no se verán afectados por tales medidas”.

47 Véase, entre otros, PICOTTI, L. “Las relaciones...”, op. cit. (nota 5), pp. 179 y ss. y TIEDEMANN, K. “EG und EU...”, op. cit. (nota 5), pp. 1406 y ss.

con la concurrencia dudosa y aparentemente contradictoria de los dos incisos de este art. 280.IV TUE. De donde concluye este autor que, de lege lata, No se deduce inequívocamente la voluntad de los Estados que firmaron el Tratado de traspasar a la Comunidad Europea una competencia originaria para establecer sanciones de carácter estrictamente penal, por más que el mismo Ambos se declare, de lege ferenda, favorable a esta posibilidad<sup>48</sup>. Y un nuevo dato que se suma a esta controversia en materia de competencias es la sentencia del TJUE del 13 de septiembre de 2005 que viene a reconocer – de acuerdo con la tesis de la Comisión y en contra del criterio mantenido por el Consejo – la existencia de una especie de “mandato de criminalización” imponible a los Estados miembros: las instituciones comunitarias podrían obligar a éstos a servirse de su Derecho penal para garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario. En cualquier caso, el alcance real de esta reciente resolución – cuya importancia está fuera de toda duda – es objeto todavía de controversia cuando se redactan estas líneas<sup>49</sup>.

En segundo lugar, el Consejo Europeo de Jefes de Estado y de Gobierno celebrado, con carácter especial, en Tampere, en el año 1999, aprobó el principio de reconoci-

---

48 Véase AMBOS, K. “La internacionalización...”, op. cit. (nota 3), p. 43. Contrario también a la interpretación que del art. 280.IV TUE realizan autores como TIEDEMANN, SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Los principios inspiradores...”, op. cit. (nota 28), pp. 140 y ss.

49 Véanse, por todos, los respectivos comentarios de NIETO MARTÍN, A. “Posibilidades y límites de la armonización del Derecho Penal tras Comisión v. Consejo (comentario a la STJCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005)”, en *Revista Española de Derecho Europeo* 17, (2006), pp. 105-122 y SÁNCHEZ PATRÓN, J.M. “¿Las Comunidades Europeas tienen competencia en materia penal? La sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005”, en *Revista de Derecho Penal* 19, (septiembre 2006), pp. 43-55. Cfr. además, las atinadas consideraciones de DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Unión Europea, Derecho Penal (ambiental) y Derecho Comunitario”, en *Estudios de Derecho Judicial 75: Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*, pp. 79-124 (pp. 108 ss.), trabajo publicado también en QUINTERO OLIVARES MORALES PRATS (Coords.), *Estudios de derecho ambiental. Libro Homenaje al Profesor Joseph Miquel Prats Canut*, Valencia, (2008), pp. 75-111. Véase además, del mismo autor, “Armonización penal...”, op. cit. (nota 2), pp. 159 y ss. La mencionada sentencia, así como la recaída el mismo año en el denominado “caso Pupino”, son objeto también de amplio análisis por MORILLAS CUEVA/VALLS PRIETO, “Hacia la nueva realidad de un derecho penal europeo”, en *RFDUG 3ª época*, n° 9, (2006), pp. 159-184 (especialmente, pp. 165 y ss.)

miento mutuo de resoluciones judiciales, cuya primera concreción ha sido la Decisión Marco relativa a la denominada Orden Europea de Detención y Entrega (convencionalmente conocida como “euro-orden”). Del mencionado principio y de esta concreción ya nos hemos ocupado críticamente en otra ocasión<sup>50</sup>, por lo que nos limitamos ahora a una breve consideración. El principio de reconocimiento mutuo – por el cual las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tienen, en principio, consecuencias jurídicas en cualquier otro Estado – se concibe, desde las conclusiones del mencionado Consejo de Tampere, como “piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal” y, como tal, aparece explicitado en el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Ello no obsta a que un amplio sector doctrinal haya mostrado sus reservas frente al mismo<sup>51</sup>. Desde la perspectiva de la presente contribución nos interesa, sobre todo, la que ve en el reconocimiento mutuo un atajo ante las dificultades de la armonización legislativa; resulta, en efecto, muy llamativo que se proceda a aquel reconocimiento sin que previamente se haya producido esta armonización. En palabras de FUCHS: El reconocimiento de decisiones presupone la armonización del derecho subyacente y sólo puede tener éxito en aquellos ámbitos en los que el Derecho material está unificado<sup>52</sup>. Pues bien, existe fundado recelo en que a medida que progrese el reiterado reconocimiento dejará de sentirse la necesidad de una armonización extensa y detallada<sup>53</sup>. Y no otra cosa invita a pensar el propio texto del Tratado por

---

50 Véase SANZ MORÁN, A.J. “La Orden Europea de Detención y Entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material”, en ARANGÜENA FANEGO, C. (Coord.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden Europea de Detención y Entrega*, Valladolid, (2005), pp. 75-125, con ulteriores referencias. De la literatura posterior en relación al principio que nos ocupa, véase sólo: DE HOYOS SANCHO, M. “El principio...”, op. cit. (nota 44), passim.

51 Permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A.J. “La Orden Europea...”, op. cit. (nota 49), pp. 85 ss., con ulteriores referencias.

52 Véase FUCHS, H. “Bemerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen”, en *ZStW*, (2004), pp. 368-371 (p. 369).

53 En tal sentido, entre otros muchos autores, VERVAELE, J. “La europeización...”, op. cit. (nota 18), p. 177: “El pensamiento que subyace es que este reconocimiento mutuo va a eliminar la necesidad de una armonización extensa y detallada del Derecho penal (y procesal penal)”.

el que se establece una Constitución para Europa, del que nos ocupamos inmediatamente, pues su artículo III-257, núm. 3, tras referirse al *reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal* como una de las medidas dirigidas a *garantizar un nivel elevado de seguridad* –lo cual, por cierto, resulta sintomático –, apela, sólo *si es necesario*, a la *aproximación de las legislaciones penales*. Es decir, una vez adoptadas *medidas de prevención de la delincuencia*, así como *de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes*, la tarea de armonizar el Derecho penal sustantivo se presenta como claramente subsidiaria (se afrontará sólo “si es necesario”).

El último impulso, hasta la fecha<sup>54</sup>, en este proceso de “europeización” del Derecho penal lo constituye, como acabamos de apuntar, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa<sup>55</sup>. Las referencias, de las que acabamos de

---

54 El denominado Tratado de Lisboa, por el que se trata de salir de la complicada situación creada por la falta de ratificación general del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa está todavía pendiente de ratificación por los Estados miembros cuando se redactan estas líneas. Sus disposiciones relativas a la armonización en materia penal, deudoras de las establecidas en el fallido Proyecto Constitucional, son analizadas, muy recientemente, por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Armonización penal...”, op. cit. (nota 2), pp. 163 y ss.

55 Para la relevancia de este Tratado en el ámbito del Derecho penal, véase, entre otros, BACIGALUPO, S. “Perspectivas del Derecho penal en el marco de la Constitución Europea”, en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (Coords.), *Estudios penales...*, op. cit. (nota 34), pp. 57-76 (especialmente, pp. 64 y ss.); DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, “El modelo penal...”, op. cit. (nota 34), pp. 290 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Derecho penal europeo y Derecho penal económico europeo: convencimientos y dudas”, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, Madrid, (2006), pp. 221-226 (especialmente, pp. 224-5); MIRO LLINARES, F. “Cooperación judicial...”, op. cit. (nota 3), pp. 1207 y ss.; MORILLAS CUEVA/VALLS PRIETO, “Hacia la nueva realidad...”, op. cit. (nota 48), pp. 174 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Constitución Europea...”, op. cit. (nota 4), passim; TERRADILLOS BASOCO, J. “La Constitución para Europa...”, op. cit. (nota 13), pp. 552 y ss.; el mismo, “El Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: ¿Hacia un sistema penal europeo?”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Rupero Núñez Barbero*, Salamanca, (2007), pp. 811-831; TIEDEMANN, K. “Gegenwart und Zukunft...”, op. cit. (nota 13), pp. 954 y ss. y VALS PRIETO, J. “La doctrina Walt Wilhelm y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en CPC 92, (2007), pp. 213-231 (especialmente, pp. 225 y ss.)

ocuparnos, al *reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales* y a la *aproximación de las legislaciones penales*, contenidas en su artículo III-257.3, se ven confirmadas en el artículo III-270.1, de conformidad con el cual La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros..., añadiendo este mismo precepto, en su número 2, que en la medida en que sea necesario para facilitar aquel reconocimiento mutuo *y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, la ley marco europea podrá establecer normas mínimas* (subrayado nuestro), aun cuando tenga en cuenta *las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros*. Aunque la enumeración, contenida en este mismo precepto, de las materias a que se refieren dichas normas mínimas sólo recoge referencias de carácter procesal<sup>56</sup>, sin embargo, en el artículo siguiente (III-271), parece reconocerse una asunción directa de competencias penales por parte de los órganos de la Unión. Así, leemos en su número 1: La ley marco europea podrá establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión europea que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

---

56 ...a) la admisibilidad mutua de prueba entre los Estados miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c) los derechos de las víctimas de los delitos; d) otros elementos específicos del procedimiento penal...

Ante una declaración de esta naturaleza, resulta explicable que se reabra una vez más el debate competencial, que para algunos autores queda ya ahora completamente claro en el sentido de la asunción de competencias penales por parte de los órganos de la Unión Europea<sup>57</sup>. Para otros autores, sin embargo, la nueva situación no comporta cambios decisivos<sup>58</sup>. De nuevo ha sido Silva Sánchez quien – a nuestro modo de ver – ha esclarecido de manera más precisa los problemas metódicos que subyacen al modelo adoptado y que aquí nos interesan de manera fundamental. Por un lado, destaca este autor como la mencionada posibilidad de que el Consejo y el Parlamento amplíen el ámbito de materias penales susceptibles de armonización (artículo III-271.1, párrafo final), supone *desconstitucionalizar la división exacta de competencias en materia penal entre la Unión Europea y los Estados miembros*; ya no cabe atribuir a estos últimos competencias blindadas (exclusivas y excluyentes) en materia de Derecho penal. Ahora bien – concluye Silva –, la cuestión competencial Debería establecerse de modo preciso en la Constitución. Aunque sólo fuese por proporcionar la máxima seguridad al respecto, y porque el Derecho penal nacional en sentido estricto y el Derecho penal europeizado (o el Derecho penal europeo) están sujetos, por disposición de la propia Constitución, a garantías diversas<sup>59</sup>. Y nos muestra, por otra parte, este autor, cómo el sistema adoptado carece de Cualquier similitud con los sistemas federales<sup>60</sup>; se separaría de éstos, Por un lado, por exceso, puesto que la normativa europeizada puede alcanzar todos los ámbitos

---

57 En este sentido, por ejemplo, BACIGALUPO, S. “Perspectivas...”, op. cit. (nota 54), p. 69: “Por primera vez, se hace referencia expresa a la materia penal competencia de la Unión Europea” (p. 66); “... parece que la doctrina penal no podrá seguir ya discutiendo sobre la existencia o no de una competencia legislativa en materia penal...” (p. 69); sin embargo, en p. 67, señala esta autora que “lo expuesto no debe conducirnos a la apresurada apreciación de que la UE tendrá atribuidas competencias directas en materia penal”.

58 Véase, por ejemplo, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, “El modelo penal...”, op. cit. (nota 34), quienes, reconociendo el avance que comporta el texto proyectado En cuanto a intervención de la Unión en materia penal, añaden, sin embargo, que se trata de un avance Muy tímido, que no supera muchos de los inconvenientes que plantea esta intervención. Y ello es consecuencia de la falta de una visión clara del modelo penal que realmente se quiere para Europa (p. 296).

59 Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Constitución Europea...”, op. cit. (nota 4), p. 262.

60 Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Constitución Europea...”, op. cit. (nota 4), p. 259.

y, Por otro lado, por defecto: pues en ningún ámbito se puede llegar a producir una legalidad penal (en sentido institucional) estrictamente europea<sup>61</sup>. En efecto, las “leyes europeas” no constituirán en modo alguno un sistema europeo del Derecho penal. De una parte, porque los tribunales que habrán de aplicarlas son nacionales; además, porque no se prevé que las normas procesales devengan <europeas>, sino sólo que se armonicen mediante leyes marco; finalmente, porque no está prevista en parte alguna una armonización siquiera de las normas de ejecución<sup>62</sup>.

7 La sucinta referencia al proceso de “europeización” del Derecho penal, que aquí pretendemos ofrecer, debe tomar en consideración, también de manera muy breve, dos importantes proyectos de “unificación”<sup>63</sup> del Derecho penal. Debemos recordar, a este respecto, que en modo alguno se trata de propuestas unificadoras del Derecho penal en su conjunto, objetivo que – lo veíamos entonces (apartado 3) – parece poco realista; estamos, por el contrario, ante tentativas con un marcado carácter sectorial (protección de los intereses financieros de la Unión Europea), lo que en sí mismo suscita ya fundadas dudas<sup>64</sup>. Por otra parte, aunque la iniciativa de las mismas haya correspondido a instancias comunitarias, el resultado tiene un carácter marcadamente “doctrinal”, sin que sea pronosticable, al menos en el corto plazo, su toma en consideración por los poderes beligerantes de la Unión. Obviamos, por otra parte, en aras a la brevedad exigida a esta contribución, el importante debate metódico relativo a las concretas técnicas de articulación utilizables en empresas como las que pasamos a considerar<sup>65</sup>.

---

61 Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Constitución Europea...”, op. cit. (nota 4), p. 265.

62 Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Constitución Europea...”, op. cit. (nota 4), p. 259.

63 En el sentido que dábamos más arriba (apartado 3) a este término.

64 Véase, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Los principios inspiradores...”, op. cit. (nota 28), pp. 143-144, quien critica no sólo el carácter sectorial de estas propuestas, sino también su “transversalidad”: “comprende el Derecho administrativo sancionador, así como tipos del Derecho penal criminal, con una Parte General y disposiciones procesales concebidas ad hoc”, (p. 143).

65 Véase, por todos, SIEBER, U. “Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch”, en JZ, (1997), pp. 369-381, quien, como indica el título de su contribución, defiende

El primero de estos intentos unificadores es el denominado *Corpus Iuris* sobre disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, elaborado por un grupo de expertos a instancias de la Comisión Europea y publicado por primera vez en sus versiones inglesa y francesa, en 1997<sup>66</sup>; el texto, que suscitó vivo debate<sup>67</sup>, originó una serie de tareas de seguimiento, publicadas en cuatro volúmenes<sup>68</sup>, que a su vez dieron lugar a una nueva versión del mismo – conocida como la de Florencia –, en el año 2000<sup>69</sup>. Algunos de los tipos penales previstos en esta última propuesta tienen naturaleza común (fraude a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, fraude en procedimiento de concurso comunitario de adjudicación de contrato, blanqueo de dinero y receptación y conspiración), mientras que otros son específicos de funcionarios (corrupción, malversación, ejercicio abusivo del cargo y revelación de secretos oficiales). Junto a ellos, encontramos una referencia a principios tradicionales del Derecho penal, como los de legalidad (donde se incluye una referencia a los cambios interpretativos), culpabilidad y proporcionalidad, junto a otros como el de territorialidad europea y el de contradicción. Incluye, además, la propuesta

---

la técnica del “Código Penal Modelo”, mostrando (pp. 376 y ss.) sus distintas variantes. Del mismo autor, más recientemente, “Einheitliches europäisches Strafgesetzbuch als Ziel der Strafrechtsvergleichung?”, en *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, Köln, (2002), pp. 107-116 (en pp. 115-116, resume las ventajas de la opción por un Código Penal Modelo).

66 Cfr. las referencias de la nota 19.

67 Cfr. sólo los trabajos de ARROYO ZAPATERO, DANNECKER, MORALES PRATS, PALAZZO, PRADEL, QUINTERO OLIVARES, TERRADILLOS BASOCO y TIEDEMANN, recogidos en el nº 3 de la *Revista Penal* (enero de 1999). Véase también, del mismo año, la clara exposición ofrecida por GARCÍA ARÁN, M. “Hacia un Derecho Penal Europeo...”, op. cit. (nota 13), especialmente, pp. 170 y ss.

68 Véase DELMAS MARTY/VERVAELE (eds.), *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, vols. I-IV, Antwerp, (2000-2001).

69 Véase DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.), *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Iuris 2000: Un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios* (edición española a cargo de E. BACIGALUPO y M.L. SILVA CASTAÑO), Madrid, (2004). Un esclarecedor estudio de su origen, metas, etc., nos ofrece VERVAELE, J.A.E. “La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo *Corpus Iuris* 2000 y de la Fiscalía Europea” (trad. L. ZÚNIGA RODRÍGUEZ), en *RP* 9, (enero 2002), pp. 134-148.

una serie de reglas relativas a la imputación de responsabilidad criminal: así, se exige dolo, salvo en el fraude al Presupuesto Comunitario, donde basta con la imprudencia grave; se regulan expresamente los efectos del error y de la tentativa; y, junto a la determinación de las formas individuales de autoría y participación criminal, se añaden reglas relativas a la responsabilidad penal de los directores de la empresa (o de quienes de hecho posean capacidad de decisión y control dentro de aquella), así como la que corresponde a la misma agrupación, en un intento de superar el *societas delinquere non potest*, que sigue vigente en muchos de los Estados miembros. Sigue una serie de preceptos relativos a la respuesta jurídica a la infracción, que pueden revestir carácter de pena o de medida (sin que resulte en absoluto claro determinar cuándo estamos ante una u otra), su medición, así como a la eventual concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cerrando este apartado una regla relativa a la pluralidad de infracciones. Cierran la regulación proyectada un amplio grupo de reglas de carácter procedimental. Carece, obviamente, de sentido entrar aquí en una consideración más detallada de estos textos, pero de su lectura se desprenden nítidamente al menos dos datos que queremos dejar apuntados. En primer lugar, su acusado carácter “didáctico”, o, si se prefiere, “profesoral”, que se manifiesta, por ejemplo, en el amplio número de definiciones dogmáticas, o en el hecho (insólito en las leyes nacionales) de determinar incluso el carácter preventivo general o especial que debe perseguir la correspondiente respuesta punitiva. Y, por otra parte – y en ello ha insistido algún autor<sup>70</sup> –, la marcada tendencia “expansiva” de la responsabilidad penal que manifiesta la caracterización de las distintas conductas típicas incluidas.

Y los mismos problemas, incluso de una manera más acusada, presenta la segunda de las propuestas unificadoras: la denominada “eurodelitos”, obra colectiva coordinada por el Profesor Tiedemann y que, a diferencia del *Corpus Iuris*, no arranca de

---

70 Véase, por todos, PRITTWITZ, C. “Nachgeholt Prolegomena...”, op. cit. (nota 5), p. 798, destacando cómo el hecho mismo de poner el acento en la protección precisamente de los intereses financieros de la Unión Europea lesiona la idea de un Derecho penal respetuoso del principio de *ultima ratio*, del mismo modo que la responsabilidad penal de la persona jurídica supone un cuerpo extraño en un Derecho penal observante del principio de culpabilidad; ello por no hablar de la punición de fraudes “imprudentes”, altamente significativa del objetivo pretendido.

un encargo oficial, sino que se debe a una iniciativa científica privada<sup>71</sup>. La regulación comienza ahora por la parte general, donde se recogen los principios de legalidad, territorialidad, competencia judicial y non bis in idem, para pasar después al elemento subjetivo del hecho: dolo o imprudencia grave y conocimiento – al menos potencial – de la antijuricidad, con los correspondientes casos de error, minuciosamente previstos; a continuación, las causas de justificación (calificadas como “exclusión de la imputación objetiva”, pero entre las que se incluye el estado de necesidad exculpante); sigue la autoría y participación criminal (donde se prevé una responsabilidad por comportamientos ajenos que se aproxima a la culpa in eligendo o in vigilando del Derecho privado y se extiende la punibilidad a la conspiración); y cierra con las reglas relativas la tentativa y el desistimiento, así como a los concursos. Por lo que se refiere a la parte especial, ésta comprende delitos contra los derechos de los trabajadores (explotación de trabajadores, discriminación laboral, delitos contra la seguridad en el trabajo, ataques a la libertad sindical y delitos contra la Seguridad Social), inmigración ilegal y tráfico de personas, protección del consumidor y de la competencia (donde se incluye un Derecho penal alimentario – que comprende la protección de la salud alimentaria, fraudes alimentarios, publicidad engañosa en materia de alimentos, comercialización de “nuevos alimentos”, identificación de alimentos transgénicos y conductas relativas a denominaciones de origen e indicaciones geográficas – y la protección penal de la competencia en sentido estricto – publicidad engañosa, cohecho, prácticas restrictivas de la competencia–), protección del medio ambiente (contaminación de suelo, aguas, ruido, residuos, instalaciones peligrosas, flora y fauna), insolvencias punibles y delitos societarios (administración fraudulenta, lesión del capital social, información falsa, quiebra), protección del crédito, la bolsa y el ahorro (con numerosas conductas típicas), protección de la marca comunitaria y protección de las medidas sancionadoras adoptadas por la Comunidad Europea o por otros organismos internacionales. Este mínimo repaso

---

71 Véase TIEDEMANN, K. (Dir.), Eurodelitos. El Derecho Penal económico en la Unión Europea (ed. española coordinada por A. NIETO MARTÍN), Cuenca, (2004). En las páginas 11 a 27 de esta edición, da cumplida cuenta el Profesor Tiedemann del alcance de la propuesta, explicando después, cada uno de quienes la han elaborado, el sentido de la regulación proyectada.

permite confirmar lo que indicábamos más arriba en el sentido de que se ven aquí intensificados los problemas que mencionábamos al hablar del Corpus Iuris: la tendencia didáctica (por ejemplo, el artículo 5 contiene una prolija definición de lo que se entiende por dolo, que resulta más propia de un manual que de un texto legal), la expansión de los mecanismos jurídico-penales y la utilización, en definitiva, del Derecho penal como un instrumento de tutela de la actividad administrativa, en el sentido denunciado por Silva y del que nos hacíamos eco más arriba<sup>72</sup>.

8 Hasta aquí, de manera necesariamente resumida, la situación en la que se encuentra el proceso de aproximación penal en la Unión Europea. Apenas es necesario insistir en su importancia pues, como acertadamente observa Jung: La interacción entre Derecho comunitario europeo y Derecho penal nacional conmueve cuestiones fundamentales del Derecho penal y de la metodología jurídica<sup>73</sup>. Se produce, además, el actual proceso de “europeización” del Derecho penal en un contexto de viva discrepancia, en el seno de la ciencia penal, en torno al fundamento y perfil que debe cobrar el Derecho penal mismo; Prittwitz nos recuerda algunas de las rúbricas de estos debates (en parte, entrelazados): expansión del Derecho penal o reducción de éste a lo nuclear; Derecho penal como “forma jurídica de la política criminal” o como limitador de ésta; como Derecho penal del ciudadano o del enemigo; Derecho penal del riesgo –y, por ende, preventivo – o de clásicos principios limitadores (subsidiariedad, fragmentariedad, ultima ratio), etc. De manera que –sigue el mencionado autor, apelando a Naucke –, No se trata tanto de la armonización de diferentes Derechos penales nacionales, cuanto de la armonización de diferentes ideas sobre el Derecho penal, defendidas en toda Europa (y más allá)<sup>74</sup>. Y desde esta consideración apenas puede dudarse el perfil expansivo que, como apuntábamos más arriba (apartado 4), caracteriza al mencionado proceso de “europeización” y que se manifiesta de manera particularmente clara – también lo hemos visto (apartado 7) – en

---

72 Véase supra, apartado 4, y allí, la referencia de la nota 28.

73 Véase JUNG H. « Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts », en JuS, (2000), pp. 417-424 (p. 424).

74 Véase PRITTWITZ, C. “Nachgeholte Prolegomena...”, op. cit. (nota 5), pp. 792-794.

los proyectos unificadores conocidos como *Corpus Iuris* y “eurodelitos”. Expansión que tiene lugar, por otra parte, al margen de los mecanismos convencionales de legitimidad democrática exigibles, con carácter general, para el Derecho penal de los Estados miembros, cuestión de la que también nos hemos hecho eco más arriba (apartado 5). En este sentido, además de insistir en la menguada participación del Parlamento europeo en las tareas estrictamente legislativas, cuestiona Silva Sánchez, que pueda hablarse de legalidad europea sin apenas leyes europeas, sin una red judicial europea y sin un auténtico Tribunal Constitucional europeo y concluye su más reciente contribución al respecto declarando tajantemente que al no existir un diseño institucional de la legalidad, no puede hablarse de ‘legalidad europea’ más que en términos metafóricos<sup>75</sup>.

Además de estas consideraciones, de carácter fundamentalmente político criminal, no dejan de presentarse también otras de alcance estrictamente dogmático. Aducen, en este sentido, algunos autores la escasa atención prestada a la parte general del Derecho penal en el proceso de “europeización” del mismo<sup>76</sup>. Y ello pese al dato central de la coexistencia, en el ámbito de la Unión Europea, de distintos modelos explicativos del concepto de delito, con agudas discrepancias en lo que atañe a cuestiones centrales, como la separación justificación/exculpación o el concepto mismo de autor. De ahí que muchos autores apelen, en el proceso de “europeización” del Derecho penal, a la necesaria “primacía de la ciencia”<sup>77</sup>.

A la vista de estas dificultades, de carácter tanto dogmático como político criminal, no es de extrañar que un sector significativo de la doctrina manifieste una posición

---

75 Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Constitución Europea...”, op. cit. (nota 4), pp. 268-269.

76 Cfr., por ejemplo, AMBOS, K. “¿Es posible...?”, op. cit. (nota 22), pp. 104 y ss. o BACI-GALUPO ZAPATER, E. “El método comparativo...”, op. cit. (nota 22), pp. 15 y ss.

77 Cfr., por ejemplo, JUNG, H. “Konturen und Perspektiven...”, op. cit. (nota 72), p. 424 (“El Derecho penal europeo exige, por lo demás, una ciencia europea del Derecho penal”), o SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Los principios inspiradores...”, op. cit. (nota 28), pp. 149-150. Discrepa, sin embargo, VOGEL, “Europäische Kriminalpolitik-europäische Strafrechtsdogmatik”, en GA, (2002), pp. 517-534, entendiéndolo que “La praxis del Derecho penal europeo sobrepasa a la teoría” (p. 517).

abiertamente escéptica<sup>78</sup>, cuando no crítica, frente al actual (y previsible a corto plazo) estado de cosas en el proceso de “europeización” del Derecho penal. Posición que, como se desprende de lo expuesto en el texto, nos parece claramente justificada. Quizás sea exagerado entender, como lo expresa un autor, que la armonización del Derecho penal y procesal penal a nivel europeo sea una pretensión que se encuentra “entre la tentativa inapropiada y la irreal”<sup>79</sup>; pero apenas cabe discutir la caracterización que de la situación actual (y tendencial) del “espacio de libertad, seguridad y justicia”, al que se refiere el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, nos ofrece Weigend: Mucho Derecho (europeo), poca seguridad (jurídica) y aún menos libertad<sup>80</sup>.

---

78 Algún autor recurre a la contraposición entre “europeos” y nacionalistas” (en este sentido, SIEBER, U. “Einheitliches europäisches Strafgesetzbuch...?”, op. cit. -nota 64-, p. 110), o entre “europeistas” y “euroescépticos” (así, VOGEL, J. “Harmonisierung des Strafrechts”, op. cit. -nota 2-, p. 314).

79 En este sentido, SCHOMBURG. Tomamos la referencia de AMBOS, K. “La internacionalización...”, op. cit. (nota 3), p. 40 (y allí, la nota 6).

80 Véase WEIGEND, Th. “Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht”, en ZStW 116, (2004), pp. 275-303 (p. 293).

# ¿Evolucionamos Hacia las Antípodas del Derecho Penal y la Criminología? ¿Evolucionamos Hacia la Justicia Victimal?

*Antonio Beristain Ipiña<sup>1</sup>*

## **Dedicatoria**

Al Profesor Kurt Madlener<sup>2</sup>, con profundo respeto y sentida gratitud; por su magisterio académico y humano, por su aprecio teórico y práctico de la lengua española; por lo mucho que él, sus investigaciones y publicaciones<sup>3</sup>, han ayudado y ayudan a los juristas, especialmente en España y en Latinoamérica. Le agradezco, en particular, por su inteligente y generosa ayuda a los jóvenes juristas extranjeros en el Max-

- 
- 1 Catedrático de Direito Penal, Fundador do Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián (Espanha)
  - 2 Le dedico estas páginas que reproducen, con algunas abreviaciones, mi “Lectio Doctoralis”, el 26 de abril de 2005, como Doctor Honoris Causa en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina.
  - 3 Kurt Madlener (2006), “Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal”, en F. Bueno Arús, J.L. Guzmán Dalbora, A. Serrano Maíllo (coords.), Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez, UNED, Madrid, pp. 837-856; Idem (1996), “La justicia como garante de los Derechos Humanos en Latinoamérica: I. La independencia de la justicia y del juez. Análisis comparativo de diez informes centroamericanos y mexicanos”, Revista de derecho penal y criminología, núm. 6, UNED, pp. 689-781; Idem (1992), “Menschenrechtsprobleme in Brasilien nach der Rückkehr zur Demokratie”, en Henkel, Madlener, Mols, Novak, Thun (comps.), Menschenrechtsprobleme in Lateinamerika, Editorial C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, pp. 85-116; Idem (1989), “La reparación del daño sufrido por la víctima y el derecho penal”, en Estudios de Derecho penal y criminología. Homenaje a José M<sup>a</sup> Rodríguez Devesa, Tomo II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, pp. 9-32; Idem (1972): “Die Verteidigung im Strafverfahren nach dem spanischen Militärjustizgesetzbuch. Bemerkungen zum Basken-Prozess in Burgos”, Anwaltsblatt. Nachrichten für die Mitglieder des deutschen Anwaltvereins E.V., 22, Februar; pp. 33-38; etc.

-Planck Institut friburgués. Difícilmente podré manifestar todo mi agradecimiento por su docencia y amistad que tanto me iluminó y animó durante mis estudios victimológicos en Friburgo de Brisgovia...

Con un cordial abrazo académico.

## 1 De la evolución universal a la evolución de la ciencia penal criminológica

*Panta rei* (“Todo fluye”) Heráclito

Al iniciar este apartado, viene a la memoria el axioma del amigo y Prof. Dr. D. Cherif Bassiouni, catedrático de la De Paul University (Chicago) y ex Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal: El mundo evoluciona constantemente en muchos aspectos y bajo muchos puntos de vista<sup>4</sup>.

Gracias a la Universidad, con su autonomía investigadora y docente, hemos superado algunas tradiciones pseudoreligiosas que negaban<sup>5</sup> la evolución universal. Hemos logrado la evolución objetiva y subjetiva que canta Rilke<sup>6</sup>. Hoy, prominentes especialistas, secundados por teólogos, admiten como científicamente “probadas”

---

4 Cherif. Bassiouni (1987): “Procesos y perspectivas de la justicia penal en un mundo en evolución”, en A. Beristain, J.L. de la Cuesta (comps.), *El delito desde la antropología cultural: cuestiones fundamentales*, V Cursos de Verano en San Sebastián, Universidad del País Vasco, Bilbao, p. 45.

5 “La teología se ha erizado apologeticamente contra esta evolución y se ha lanzado al ataque -inútil- contra el darwinismo, etc.”, Dietrich Bonhoeffer (1969), *Resistencia y sumisión*, traducción de Michael Faber-Kaiser, Libros del Nopal, Ariel, Barcelona, p. 200.

6 Rainer Maria Rilke, *Elegía IV*, vers. 9:

*Uns aber, Wo Wir Eines meinen, ganz,  
ist schon des andern Aufwand fühlbar.*

Pero nosotros, cuando pensamos una cosa, enteramente, estamos sintiendo ya el despliegue de la otra.

diversas etapas del devenir cósmico y espiritual<sup>7</sup>. Por ejemplo, las ocho propuestas por Clare W. Graves<sup>8</sup>.

Si desde la cosmovisión universal de la evolución pasamos a nuestro campo de la evolución jurídico-penal, recuerdo el testimonio del Superior General de los Jesuitas, Peter-Hans Kolvenbach, en Roma, el 14 de mayo 2004, a los Coordinadores de Asistencia del Apostolado Social: habló de una nueva idea de justicia que es sacramento del amor; éste sólo es tal si se expresa concretamente en la justicia <sup>9</sup>, y me

---

7 De la evolución habló también el Romano Pontífice, refiriéndose a América Latina. *Como 'insólita y estupenda' calificó el Papa a la actual hora del mundo, caracterizada por un tremendo progreso (subrayo) técnico que se encuentra en total desproporción con el desarrollo ético, lo que da por resultado que 'el mundo de las conquistas científicas y técnicas' sea el mismo que 'gime y sufre' [...]* La Iglesia de nuestra América acaba de formular un llamado a la responsabilidad de todos los cristianos de la región. Cfr. E. Raúl Zaffaroni (1982): Política criminal latinoamericana. Perspectivas-disyuntivas, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 71 s.

8 Podemos apoyarnos en las investigaciones de la dinámica espiral, de las etapas, olas o niveles, de coordenadas socio-culturales de la evolución, de sistemas de valores que avanzan. Cfr. Clare W. Graves (1981), "Summary Statement: The Emergent, Cyclical, Double-helix Model of the Adult Human Biopsychosocial Systems"; Boston; Don Beck, Christopher C. Cowan (1996), *Spiral Dynamics: Mastering, Values, Leadership & Change*, Blackwell Publishers, Malden, EE.UU.; [www.concienciasinfronteras.com/PAGINAS/CONCIENCIA/boomeritis.html](http://www.concienciasinfronteras.com/PAGINAS/CONCIENCIA/boomeritis.html). También en el ámbito teológico: Karl Rahner (1964), "La cristología dentro de una concepción evolutiva del mundo", en *Idem, Escritos de Teología*, Tomo V, Madrid, pp. 181-219 (183 s., 188 s., 192, 195, 198 s., 211); *Idem* (1963 a), "Sobre el problema de la evolución del dogma", en *Escritos de Teología*, Tomo I, Madrid, pp. 51-92; *Idem* (1964 a), "Reflexiones en torno a la evolución del dogma", en *Escritos de Teología*, Tomo IV, Madrid, pp. 13-52 (en la primera página, en nota a pie de página, se reconoce que este tema lo ha tratado Rahner con otros enfoques en el Tomo I de *Escritos* y en otros lugares); *Idem* (1963), "Dignidad y libertad del hombre", en *Escritos de Teología*, Tomo II, Madrid, pp. 245-274; Pierre Teilhard de Chardin (1976): *Le Coeur de la Matière*, Éditions du Seuil, Paris, pp. 33-36; Dietrich Bonhoeffer (2001), *Escritos Esenciales*, introducción y edición de Ursula King, Sal Terrae, Santander, pp. 45 ss.; M.García Doncel (2003), *El diálogo. Teología-ciencias hoy, II: Perspectivas científica y teológica*, Cuadernos Instituto de Teología Fonamental, núm. 40, pp. 21 ss.

9 Peter-Hans Kolvenbach (2004), "Reflexiones sobre algunos temas sociales" (Conferencia en Roma, 14 mayo 2004), *Información S.J.*, noviembre-diciembre, año XXXVI, p. 199.

detengo para transcribir el esquema del Prof. Ezzat Fattah<sup>10</sup> que señala las cinco etapas dignas de consideración de esa “nueva idea de justicia”.

### Evolución de paradigmas criminológicos

TIPOS DE CRIMINOLOGÍA	PARADIGMA	ENFATIZAR UN HECHO	CONCEPTOS CLAVE	POLÍTICA CRIMINAL	PAPEL DEL CRIMINÓLOGO
Explicaciones demonológicas, sobrenaturales	Espiritualismo	Fuerzas sobrenaturales, diabólicas y satánicas: el diablo	Poseción diabólica, magia	Sacrificio, Exorcismo	No existe
Criminología volitiva	Deseo libre, hedonismo, racionalidad	Mens rea, intención, premeditación, malicia, maldad	Responsabilidad moral, culpabilidad moral (el criminal es malicioso, malvado)	Castigo, retribución, castigo disuasorio, justicia retributiva	Reforma legal y reforma de instituciones
Criminología positiva	Patología, determinismo duro, determinismo blando	Predisposiciones e inclinaciones	Causa de peligrosidad natural (el criminal es un anormal, enfermo mental, trastornado)	Defensa social, incapacitación, tratamiento, rehabilitación	Tratamiento clínico y rehabilitación
Criminología estructural, crítica, radical, feminista	Estructuras sociales	Causas estructurales de criminalidad	Injusticia social y desigualdades de clase, lucha, sistema patriarcal	Justicia social, igualdad equitativa, distribución de la riqueza y oportunidades sociales, desarrollo	Crítica social, agente de cambio social
Victimología, pacificación	Resolución de conflictos, de disputas, prevención	Daño físico y moral, victimización, reparación	El crimen es conflicto humano, riesgo social, victimización	Reconciliación, mediación, compensación, restitución, prevención	Agente de mediación, prevención, reconciliación dignificación

Resumo, en pocas palabras, lo más nuclear de este esquema: desde la más primitiva violencia y magia<sup>11</sup>, emergió paulatinamente el derecho penal vindicativo, la crimino-

10 Con más y nuevos matices, Robert Cario (2005), *Justice restaurative. Principes et promesses*, L'Harmattan, Paris, pp. 143 s.

11 Sergio López Ayllón (1998), “El juez en la sociología de Max Weber”, en AA.VV., *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, T. I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 453 ss., 462.

logía reconciliadora y la victimología reparadora. Estas históricas etapas por las que ha ido progresando el derecho penal y la criminología pueden aglutinarse en tres:

Primera: el derecho penal tradicional vindicativo, que racionaliza lo nigromántico, teoriza el delito, neutraliza la víctima, y “bendice” la venganza, la pena.

Segunda: la criminología positiva que, con método inductivo, toma en consideración un tercer tema: el castigo y la resocialización del delincuente.

Tercera: la proyectada y propugnada justicia victimal, que gira alrededor de las víctimas, su reparación, su dignificación y su protagonismo (sin olvidar los nuevos derechos y deberes del victimario).

### 1.1 Definición de justicia victimal

Ahora, a la luz de la cada día más abundante doctrina nacional e internacional, se puede definir la Justicia victimal como una nueva e innovadora teoría y praxis que introduce radicales innovaciones en el derecho penal tradicional, que elabora una justicia reparadora que implica a las personas relacionadas con la comisión de una infracción de la ley penal (victimización), con el fin de conocer y responder colectivamente a las víctimas y a los autores de la infracción, sin recurrir a la sanción vindicativa y creando en su lugar la reparación de los daños causados y la dignificación de todas las víctimas<sup>12</sup>.

De ella comentamos a continuación sus nuevas principales coordenadas evolucionadas y transformadoras:

*A) Las víctimas, epicentro e hipocentro de la justicia victimal.*

*A.1. ¿Quiénes son las víctimas?*

*A.2. Clases de víctimas: desde las culpables hacia las pacientes no violentas.*

---

<sup>12</sup> Robert Cario (2005), *Justice restaurative...*, op. cit., pp. 52 ss.; Antonio Beristain (2001), “University, Justice and the Churches Before the Victims of Terrorism. Commentary on Restorative Justice”, en E. Fattah, S. Parmentier (Eds.), *Victim Policies and Criminal Justice on the Road to Restorative Justice. A Collection of Essays in Honour of Tony Peters*, Leuven University Press, Lovaina (Bélgica), pp. 393 ss.

A.3. *¿Qué hacen-sufren las víctimas no violentas? ¿Cómo reaccionan?*

A.4. *¿Qué logran las víctimas no violentas?*

B) *El victimario: sus nuevos derechos y deberes.*

C) *La victimización a personas concretas: más que el bien jurídico protegido.*

D) *La mediación – sinergia – y la reconciliación (“in dubio pro victima”).*

E) *La reparación y la dignificación de las víctimas no violentas: obligación y virtud del juez.*

F) *La cultura victimal. Transformación axiológica de personas e instituciones.*

De este avanzar universal y penal-criminológico derivan innovaciones “revolucionarias” en la metodología<sup>13</sup>, investigación, publicaciones, normas legales<sup>14</sup>, jurisprudenciales, culturales, etc.

Afortunadamente, cada día abundan más las investigaciones empíricas nacionales e internacionales desde perspectivas victimológicas hacia la justicia victimal. Baste un ejemplo: la UNICRI (Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia, con sede en Turín) ha publicado el

---

13 Por ejemplo, las estadísticas tradicionales sólo se ocupaban de los delincuentes; en cambio, la justicia victimal estudia estadísticas que se ocupan de las víctimas (antes sólo conocíamos las estadísticas del número de violadores, ahora nos interesa conocer preferencialmente el número y las circunstancias de las mujeres violadas).

14 Cfr. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 18 de enero de 2000, sobre “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la Administración de Justicia, la impunidad; (El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales)”; Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal; Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo; Constitución Europea: Preámbulo (“sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos”), y arts. III-270.2.c (“los derechos de las víctimas de los delitos”) y III-321.1 (“poblaciones de los terceros países víctimas de catástrofes naturales o de origen humano”).

año 2004 un estudio<sup>15</sup> sobre temas actuales de victimización en Europa. Concretamente, sobre las víctimas de once tipos de delitos, en ocho países (Dinamarca, Escocia, Finlandia, Holanda, Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte, Suecia y Suiza) y en diecisiete ciudades importantes: Baku (Azerbaián), Barcelona (España), Bucarest (Rumania), Budapest (Hungría), Kiev (Ucrania), Liubliana (Eslovenia), Minsk (Bielorrusia), Moscú (Rusia), Praga (República checa), Riga (Letonia), Sofía (Bulgaria), Tallin (Estonia), Tbilisi (Georgia), Tirana (Albania), Vilnius (Lituania), Varsovia (Polonia), Zagreb (Croacia).

## 2 Las víctimas, epicentro e hipocentro de la justicia victimal

La víctima (la persona lesionada, perjudicada) ha desaparecido de modo prácticamente completo detrás del bien jurídico.

Klaus Sessar (1980), “Rolle und Behandlung des Opfers im Strafverfahren”, *Bewährungshilfe* 27, pp. 328-339 (329).

Llegamos al punto más importante, difícil y gratificante, de nuestro tema: conseguir que reaparezcan las personas desaparecidas de modo prácticamente completo del derecho penal: las víctimas. Para lograrlo, nos formulamos y analizamos las preguntas generales, abstractas, de E. Kant: quiénes son las víctimas, qué hacen, qué sufren, cómo lo hacen, cómo lo sufren, qué esperan y qué logran<sup>16</sup>.

Todos sabemos que el derecho penal tradicional se levanta como un arco sobre dos columnas – el delito y la pena –; por eso Beccaria titula su libro *De los delitos y de las penas*. En cambio, la nueva justicia victimal se construye con arquitectura asimétrica, básicamente sobre las víctimas (las ignoradas en el derecho penal tradicional,

---

15 Anna Aalvazzi del Frate, John van Kesteren (2004): *Criminal victimisation in urban Europe*. Key Findings of the 2000 International Crime Victim Surveys, UNICRI, Turín.

16 Cfr. Antonio Beristain (2004), “Las macrovíctimas del terrorismo crean un nuevo sentido del vivir y del morir”, *Protagonismo...*, op. cit., pp. 33 ss.: discurso de agradecimiento al recibir el II Premio Internacional Covite a la actuación en favor del recuerdo y apoyo a las víctimas del terrorismo, que me fue otorgado por el Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco, en San Sebastián, el 10 de mayo de 2003.

por el nacimiento del bien jurídico, en el siglo XIX, con sus tendencias desindividualizadoras<sup>17</sup>) y sobre su debida reparación, en sentido completo, que supera lo médico, económico, etc. (como lo piden las NN.UU., en su Resolución de 18 de enero de 2000, que después comentaremos), e incluso pide la dignificación, los homenajes.

## 2.1 ¿Quiénes son las víctimas?

Según las Naciones Unidas, artículo primero de su Declaración de 29 de noviembre de 1985<sup>18</sup>, se entenderá por ‘víctimas’ a las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Esta Declaración se refiere únicamente a las víctimas de los delitos y del abuso de poder. En cambio, la doctrina victimológica formula un concepto mucho más amplio. Ya desde el Simposio de Jerusalén, de 1973, y más claramente, desde el Tercer Simposio Internacional de Victimología de 1979, en Münster (cuando y donde nació formalmente la Sociedad Mundial de Victimología), se proclama un concepto de víctimas que incluye a todas las personas que sufren, por cualquier motivo, sin limitarse a las producidas por los delitos y los abusos de poder. El Prof. J. DUSSICH y otros tratadistas lo repiten en múltiples ocasiones<sup>19</sup>.

---

17 Albin Eser (1996), “Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen”, en Libro- homenaje a Ernst-Joachim Mestmacker, Nomos-Verlag, Baden-Baden. Hay traducción al español (“Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”, trad. Manuel Cancio Meliá, Cuadernos de Conferencias y Artículos, núm. 18, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 20 s.) y a ésta me refiero en mis Notas aquí, a pie de página; E. Raúl Zaffaroni (2005): op. cit., pp. 367 ss.

18 Naciones Unidas: Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, 29 noviembre 1985.

19 John P.J. Dussich (1997), “Enfrentamiento social: un modelo teórico para la comprensión de la victimización y la mejoría”, Cuadernos de Criminología, Instituto de Criminología, núm. 7, Santiago (Chile), p. 122. En sentido parecido, Elías Neuman, Luis Rodríguez Manzanera, etc.

Otras definiciones específicas de las víctimas se encuentran en las normas legales que concretan y delimitan las personas que tienen derecho a recibir atenciones médicas, psiquiátricas, económicas, etc., por haber sufrido distintas victimizaciones en accidentes laborales, de tráfico, de terremotos, de delincuencia terrorista, etc.

Merecen consideración particular quienes sufren graves victimizaciones por su comportamiento en defensa y desarrollo de los derechos humanos. Por ejemplo, las víctimas de la violencia terrorista, de la violencia por regímenes políticos dictatoriales, etc. Nos referimos especialmente, claro está, a las víctimas en Argentina, en Latinoamérica y en España que se comprometen y resisten frente a las dictaduras, que siguen el camino impar, trágico y señero, de tantas macrovíctimas en Argentina; de Monseñor Romero, de Ellacuría y sus compañeros en El Salvador; del mexicano Miguel Agustín Pro Juárez; del polaco Maximilian Kolbe; de los alemanes Dietrich Bonhoeffer y los jesuitas Friedrich von Spee, Alfred Delp, Franz Jalics, y su compañero Orlando Yorio, etc.

Bajo el concepto genérico de víctimas caben múltiples clases, como se resume en el esquema siguiente. Nosotros, ahora, hablamos de todas las víctimas; incluso de las culpables de delitos, en cuanto su sanción privativa de libertad añade sufrimientos inhumanos<sup>20</sup> (si ellas – en prisión – no infringen el artículo 455 del Código Penal español, “de la realización arbitraria del propio derecho”).

Como penalista, como filósofo y teólogo, en este tema aceptamos la terminología cristiana, y consideramos víctimas a todos los que sufren, los pobres (no el rico Epu-lón, del Evangelio de Lucas, 16:19-31), los marginados, los oprimidos, los torturados, los extorsionados por la actual corrupción<sup>21</sup>, los inmigrantes, etc. En el cuadro siguiente distinguimos las distintas clases de víctimas

---

20 Sufrimientos inhumanos, como prueba y comenta Friedrich Von Spee en su original y magistral libro *Cautio criminalis. Seu de processibus contra sagas* (1ª ed., en latín, Rinteln, 1631; 2ª ed., en alemán, Frankfurt, 1632), pionero de un derecho penal humano [Cfr. E. Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar (2005): *Manual...*, op. cit., pp. 204 ss.].

21 Cfr. Código penal español de 1995, Título XIX: Delitos contra la administración pública, cap. V. “Del cohecho”: arts. 419-427. Las víctimas de “nuestra” corrupción merecen más atención teórica y práctica de la que actualmente les prestamos.

## 2.2 Algunas clases de víctimas: desde las culpables hacia las pacientes no violentas

VÍCTIMAS	TIPO	PARTICIPACIÓN	EJEMPLO
Víctima completamente culpable	Víctima provocadora	Contribución exclusiva de la víctima al hecho victimizante no punible	Agresor que muere "víctima" del agredido que se defiende legítimamente
	Víctima propiciadora del delito	Contribución predominante de la víctima al hecho punible	- Estafador estafado - Borracho que fanfarronea en el bar con dinero y le hurtan la cartera
	Falsa víctima (delito simulado)	Denuncia falsa	Una mujer quiere vengarse de un hombre y lo acusa de violación
Víctima parcialmente culpable	Víctima por ignorancia o por imprudencia	Mayor o menor contribución al hecho	Mujer que fallece al provocarse el aborto
	Víctima con escasa culpabilidad	Mayor o menor contribución al hecho	Mujer que entrega al falso contrayente matrimonial su libreta de ahorro
	Víctima voluntaria	Mayor o menor contribución al hecho	Causación de la muerte de/a enfermo incurable, por su propio deseo (homicidio-suicidio)
Víctima completamente inculpable	Víctima "ideal"	Ninguna participación activa	- Bomba en establecimiento público - Persona privada de conocimiento que es robada en calle céntrica no peligrosa - Persona dormida que es robada en coche-cama, en tren no peligroso - Pobres
Víctima vindicativa	Reacciona con violencia.	Comete el delito "de la realización arbitraria del propio derecho" (artículo 455 del Código Penal español).	Gran número de víctimas Terroristas
Víctima no vindicativa, aceptadora, protagonista axiológica, altruista	Lleva con paz y con esperanza el sufrimiento y/o la muerte <sup>22</sup>	No comete el delito "de la realización arbitraria del propio derecho" (artículo 455 del Código Penal español).	Siervo Sufriente, Maximilian Kolbe, D. Bonhoeffer, macrovíctimas de ETA...

22 Lorenzo Tous (1984), "La 'kenosis' de Jesús en el pobre de hoy", Biblia y Fe, Revista de Teología bíblica, núm. 29, vol. X, mayo-agosto, Madrid, pp. 103-113; Jacques Guillet, S.J. (1981), "Gethsémani", Christus, París, nº 111, T. 28 (monográfico 'Souffrance vaincue'), junio, pp. 307 ss.

Desde otra perspectiva, fuera de este cuadro, merecen destacarse otras clases de víctimas: víctimas de la violencia de género, víctimas de la pederastia, víctimas del SIDA, grupos vulnerables, etc.

A continuación, nos centramos particularmente en las víctimas no violentas (ni masoquistas). Especialmente estudiamos cómo reaccionan y aceptan su victimización en paz y esperanza. Todo lo contrario de cómo se comportan otras víctimas violentas, por ejemplo, ciertos terroristas juzgados y sancionados por los Tribunales, los internos en prisiones en las que se infringen las normas elementales del Derecho y la Ética<sup>23</sup>.

### 2.3 ¿Qué hacen-ayudan-liberan-redimen-sufren las víctimas no violentas? ¿cómo reaccionan?



El P. Maximiliano Kolbe se presenta al comandante y le pide sustituya, en el bunker del hambre, al padre de familia Francisco Gajowniczek. (Pintura conservada hoy en Niepokalanów).

¿Qué hacen y protagonizan las víctimas no violentas? ¿Qué sufren estas víctimas? ¿Y cómo reaccionan? Actúan y se sacrifican para liberar a los otros, por amor a los otros, no por masoquismo; se meten en la boca del lobo asesino (como lo hicieron Franz Jalic y

Orlando Yorio cuando se metieron en el barrio pobre en las afueras de Buenos Aires; como se metió el místico y activista Dietrich Bonhoeffer<sup>24</sup>, cuando

23 La inmensa mayoría de las instituciones penitenciarias incumplen estas normas, y con insospechada gravedad algunas como la de Guantánamo. En este sentido, Antonio Beristain (1998), *De los delitos y de las penas desde el País Vasco*, Dykinson, Madrid, pp. 58 s.

24 Juan José Tamayo-Acosta (2003), "Dignidad y liberación: perspectiva teológica y política", *Concilium. Revista internacional de Teología*, monográfico sobre 'El debate sobre la dignidad humana', núm. 300, Madrid, pp. 260 s.

abandonó su vida tranquila en Estados Unidos para meterse en Alemania el año 1939, en plena dictadura hitleriana; cargan con la Cruz de los pobres, se encargan de los pobres, se hacen cargo de ellos<sup>25</sup>, dan la vida por otros, como lo hizo Maximilian Kolbe<sup>26</sup>.

Entre las tantas macrovíctimas que podemos recordar, me limito ahora a dos ya mencionadas anteriormente, que considero muy de ustedes y muy mías: los jesuitas Franz Jalics y su compañero Orlando Yorio, que fueron secuestrados en Buenos Aires, el domingo 23 de mayo de 1976. Permanecieron secuestrados cinco meses.

Estos dos jesuitas – profesores de Teología en dos universidades distintas – vivían entre los pobres, en un barrio a un lado de las villas de emergencia del Bajo Flores, de Buenos Aires. Mucha gente que sostenía convicciones políticas de extrema derecha - escribe Jalics<sup>27</sup> - veía con malos ojos nuestra presencia en las villas miseria (chabolas). Interpretaban el hecho de que viviéramos allí como un apoyo a la guerrilla y se propusieron denunciarnos como terroristas (p. 140). Todo empezó el domingo 23 de mayo de 1976: trescientos soldados fuertemente armados y patrulleros policiales rodearon nuestra casucha, penetraron brutalmente en nuestra vivienda, nos sujetaron las manos a la espalda, nos encapucharon, casi asfixiándonos, y nos secuestraron. Durante los cinco primeros días estuve tendido en el suelo. En todo momento permanecimos con los ojos vendados, con una pierna sujeta a una pesada bala de cañón. Hasta el final de nuestro cautiverio estuvimos esposados. Durante todo el tiempo de su secuestro, sufrieron en paz y esperan-

---

25 Jon Sobrino (1999), *La fe en Jesucristo. Ensayo desde las víctimas*, Trotta, Madrid, pp. 98 ss., 180 ss., 318 ss., 379 ss. También hemos de recordar la vida, prisión y ejecución de Santo Tomás Moro. Cfr. Tomás Moro (1989), *Un hombre solo, Cartas desde la torre*, 2ª ed., Rialp, Madrid.

26 Giulio Masiero (1975), P. Maximiliano M<sup>a</sup> Kolbe, misionero y “víctima de la caridad” en el sótano del hambre en Auschwitz, 2ª ed., versión española de los PP. Franciscanos Menores Conventuales, Verbo Divino, Estella (Navarra).

27 Franz Jalics (1998), *Ejercicios de contemplación. Introducción a la vida contemplativa y a la invocación de Jesús*, trad. del alemán de B. Romero y H. Heineken, ed. Sígueme, Salamanca, pp. 140 ss. (La edición argentina omite esas páginas, 140 y ss.).

za<sup>28</sup>, como el Siervo de Yahvé<sup>29</sup>. Después de liberados, ellos perdonaron todo. Se dedicaron (y los dos se dedican todavía hoy)<sup>30</sup> a enriquecer espiritualmente a los

---

28 Lo mismo, desde otra perspectiva, proclaman Esther Giménez-Salinas, Begoña Román, Marc García (2003), “Sociedad abierta y delitos de odio en la era de la globalización”, Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 17, p. 125; E.F. Schumacher (1982), *Lo pequeño es hermoso*, trad. de O. Margenet, H. Blume, Madrid, pp. 82 s.; Antonio Beristain (2003), “Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad”, *Justicia Social y Derechos Humanos en la era de la globalización y la multiculturalidad*, LXVI Curso Internacional de Criminología, Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 17, p. 96.

29 Lorenzo Tous (1984), “La ‘kenosis’ de Jesús en el pobre de hoy”, op. cit, pp. 103-113.

30 Franz Jalics y Orlando Yorio, después de ser liberados, encontraron serias dificultades para permanecer en la Compañía de Jesús. Yorio no logró superarlas, y trabaja actualmente como sacerdote secular, en Argentina. Franz Jalics, S.J. continúa como jesuita, en Wilhelmsthal (Alemania). Ambos trabajan sacerdotalmente con talento paradigmático. Ante esas serias dificultades conviene saber que “quienes, en 1975, redactaron y aprobaron el Decreto 4º de la CG 32 no pudieron prever las consecuencias que iba a tener en el futuro el documento que redefinía la misión de la Compañía de Jesús. Esto es perfectamente comprensible. Lo que ya no es tan fácil de comprender es que, al redactar y aprobar aquel Decreto, no se tuviera debidamente en cuenta que, si se le daba una nueva orientación a la misión de la Compañía, era igualmente necesario darle una nueva orientación también a la espiritualidad de la Compañía. En esto seguramente radica el defecto más importante de la CG 32. La misión se nos presentó orientada a “promover la justicia”. Pero sabemos que, en nuestra espiritualidad tradicional, basada en la espiritualidad de los Ejercicios, no se hace mención alguna de la “promoción de la justicia”. Es verdad que un hombre que ordena sus “afecciones desordenadas”, hasta llegar a vivir el tercer grado de humildad, está perfectamente capacitado para llegar a la generosidad más heroica en la “promoción de la justicia”. Pero tan cierto como eso es que la experiencia nos está enseñando que se puede vivir con toda generosidad el “tercer grado de humildad” y la “contemplación para alcanzar amor” sin ver en todo eso la ineludible necesidad de defender la justicia en el mundo, de manera que, si eso se hace en serio, se entra en el inevitable conflicto con el sistema establecido. La historia de la Compañía, en los últimos cuarenta años, es elocuente en este sentido. De hecho, los jesuitas que, por defender causas justas, han ocasionado serios problemas a la Compañía ante los poderes políticos y económicos o han dañado su imagen pública, con frecuencia se han encontrado solos, han sido vistos como hombres sospechosos o han vivido graves dificultades ante sus superiores (subrayo). Nada de eso ha ocurrido por casualidad. Como tampoco puede ser casual que la rica renovación de los estudios sobre la espiritualidad de la Compañía apenas se hayan preocupado

demás, sacando agua viva del pozo de su experiencia mística, de medio año crucificados con Cristo.

Algunos defensores de terroristas<sup>31</sup> desconocen y olvidan la importancia transcendental de las víctimas pacientes no violentas, que no infringen el artículo 455 del Código Penal español, “de la realización arbitraria del propio derecho”.

## 2.4 ¿Qué logran las víctimas no violentas, ni masoquistas, para los demás?

Las innúmeras víctimas no violentas directas e indirectas, cruentas e incruentas, a las que nos estamos refiriendo (Jalics, Yorio, etc., etc.) buscan, esperan y logran algo diametralmente opuesto a lo que pretenden las víctimas violentas. Dicho brevemente, consiguen importantes progresos en defensa y desarrollo de los Derechos Humanos, principalmente en favor de las personas más desfavorecidas.

Alcanzan altas metas sociales altruistas, recreadoras<sup>32</sup>. Ahora me limito a comentar sólo un punto concreto, el aspecto que menos suele tratarse: el espiritual-teológico.

---

por los problemas relacionados con la justicia y la causa de los pobres en el mundo”. Mientras la espiritualidad de los jesuitas no se plantee de forma que seamos más sensibles al sufrimiento de la gente (subrayo) que a nuestra buena imagen y al buen funcionamiento de nuestras instituciones, es seguro que nuestra fe en Jesucristo no estará capacitada para asumir en serio la misión de promover la justicia en el mundo”. (José M. Castillo (2004), “La Fe que hace Justicia”, Comunicación al debate: Una Fe que hace Justicia, *Promotio Iustitiae*, Revista S.J. del Apostolado Social, Roma, núm. 82, p. 18). También yo, por aquellas fechas, en Buenos Aires (el año 1976) encontré dificultades dentro y fuera de la Compañía de Jesús. Por ejemplo, las autoridades académicas de la Universidad del Rosario no pudieron otorgarme la condecoración académica que me habían prometido cuando me invitaron a dictar diversas conferencias en favor de la justicia y la democracia.

31 Y ciertos sacerdotes simpatizantes de algunos terroristas, como el que celebró el funeral de José Miguel Beñaran “Argala”, uno de los máximos dirigentes de ETA militar y uno de los autores del atentado mortal contra Luis Carrero Blanco. Cfr. Antonio Beristain (2004), *Protagonismo*, op. cit., pp. 26 s.

32 Antonio Beristain (2000), *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 467 s.

Nuestras macrovíctimas llegan a la cumbre más alta para la cultura y religión cristiana: la cima del Siervo Sufriente y Enaltecido que proclama el Profeta Isaías, cuando encomia paradigmáticamente, hasta lo insuperable, a Jesucristo y a las personas que soportan el sufrimiento como Él lo soportó<sup>33</sup>:

*Mirad mi siervo...  
muchos se espantaron de él  
desfigurado, no parecía hombre,  
ni tenía aspecto humano...  
Él soportó nuestros sufrimientos y aguantó nuestros dolores;  
nosotros lo estimamos leproso, herido de Dios y humillado,  
traspasado por nuestras rebeliones, triturado por nuestros crímenes.  
Pero mirad, mi siervo tendrá éxito,  
subirá y crecerá mucho.*<sup>34</sup>

Este poema del Siervo Sufriente y Enaltecido del Profeta Isaías encuentra su eco en el Nuevo Testamento, en las Bienaventuranzas del Evangelio de San Mateo, cap. V<sup>35</sup>.

Este Siervo Sufriente y Enaltecido es lo más misterioso y exquisito (aunque poco comentado por los sacerdotes pastoralistas) del mensaje bíblico consolador. Encarna todo el sufrimiento humano, incluido el de la muerte afrentosa. Pero, en esa figura, el dolor se redime y transforma, es por otros, inocente, aceptado, no masoquista, ni maniqueo. El núcleo de esta figura, más que el sufrimiento, es la manera como Jesús lo vive; y “termina”, desde su inicio, en victoria. Reúne y hermana dos suertes, al parecer irreconciliables: la humillación y la elevación, el sufrimiento y el triunfo,

---

33 Jacques GUILLET (1981), “Gethsémani”, *Christus*, op. cit., pp. 307 ss.; André Wenin (2003), “Au delà de la violence, quelle justice?”, *Revue théologique de Louvain*, 34, pp.433-456; Bernard Van Meenen (2003), «Bible et violence», *Études*, 3995, pp.495-506 ; Hechos de los Apóstoles VIII, 26-35.

34 Isaías, Caps. LII:13-LIII:12.

35 Antonio Beristain (1989 a), “Crimen y castigo. Cristianos ante la Justicia penal actual (Diez nuevas-viejas Bienaventuranzas)”, *Eguzkilore*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 3, San Sebastián, pp. 171-185.

la muerte y la vida. Dios y los hombres testifican con el Siervo que el dolor altruista incluye paradójicamente el gozo ilimitado, real.

Estas víctimas – quizás sin saberlo – experimentan, en grado mayor o menor, la gracia mística, su comunicación con y en Dios<sup>36</sup>. A ellas se pueden aplicar los dieciocho axiomas que seleccionaron Gonzalo González Ramella y Daniel Varela<sup>37</sup>.

A ellas se puede y debe aplicar la máxima dignidad que eminentes filósofos, biblistas y teólogos asignan al Siervo de Yahvé, pues con Él se identifican. Como aclaración y prueba resumimos, a continuación, algunos testimonios y comentarios en este sentido, de especialistas nacionales e internacionales. Por ejemplo, San Juan de la Cruz, en su Cántico Espiritual<sup>38</sup>, nos adoctrina que en la victimización encuentra “el alma su consolación y deseo”. También el alemán Dietrich Bonhoeffer<sup>39</sup> y el francés Pierre

---

36 Francisco de Olea (1991), “Ignacio de Loyola, místico”, en J. Caro Baroja (Dir.), A. Beristain (Comp.), Ignacio de Loyola., op. cit., pp. 517-523; Michael Sievernich, Günther Switek (Hrsg.) (1990): Ignatianisch. Eigenart und Methode der Gessellschaft Jesu, Herder, Freiburg im Breisgau, pp. 54 ss., 106 ss., 222 ss., 601 ss.

37 Creencia en un orden superior inexplicable. Conexión emocional y espiritual con los otros. Propósito en la vida a artir de experiencia mística. Ser parte de una fuerza vital superior. Unidad con todo lo existente. Empatía y sentimiento con los otros. Maravilla y unión con la naturaleza. Sensibilidad ante la poesía y el arte. Creencia y fe en milagros. Fascinación por lo inexplicable y misterioso. Sentimientos compasivos: comprensión y perdón. Creencia en principios inviolables. Aceptación del otro diferente. Intuición y comprensión en la relajación. Percepción extrasensorial. Compromiso por un mundo mejor. Ser parte de un todo sin tiempo ni espacio. Sentido de la propia vida.

38 S. Juan de la Cruz, Cántico Espiritual, Canciones 37, 4 y 36, 13, Declaración.

39 Dietrich Bonhoeffer (2001), Escritos esenciales, op. cit., p. 31; Idem (1969), Resistencia y sumisión, op. cit., pp. 13- 22, 29, 51, 70, 121, 215, 230, 263; En una carta desde la prisión, Bonhoeffer escribe: en la prisión he aprendido a ver los grandes acontecimientos de la historia del mundo desde la perspectiva del excluido, del enfermo, del impotente, del preso y del marginado, de modo que el sufrimiento personal se ha convertido en una llave más útil que la felicidad personal para entender el mundo: cfr. [www.dbonhoeffer.org](http://www.dbonhoeffer.org); Antes de que Bonhoeffer escribiera esta frase, la “iluminó” Wittgenstein en su Diccionario, cuando escribió “Die Welt des Glücklichen ist eine andere als die des Unglücklichen” (El mundo del feliz es otro que el del infeliz). Ludwig Wittgenstein (1993), Tractatus Logico-Philosophicus, op. cit., pp. 178 s.

Teilhard de Chardin, cuando éste escribe sobre la fuerza que se esconde en la Cruz<sup>40</sup>, en la victimización soportada como Jesús: Tenemos quizá el peligro de no ver en la Cruz más que un sufrimiento individual y una simple expiación. La potencia creadora de esta muerte se nos escapa. Miremos más ampliamente, y nos daremos cuenta de que la Cruz es el símbolo y el lugar de una acción cuya intensidad es inexpressable. Incluso desde el punto de vista terrestre, plenamente comprendido, Jesús crucificado no es un rechazado o un vencido. Es, por el contrario, el que soporta el peso y arrastra siempre más alto, hacia Dios, los progresos de la marcha universal<sup>41</sup>.

El italiano Bruno Forte afirma algo similar, con valentía: El Dios cristiano en la Cruz demuestra haber privilegiado y hecho suyas las humildes historias de los vencidos, de los sin futuro, de los humillados y oprimidos<sup>42</sup> [...] La evolución (subrayo) positiva, el proceso histórico beneficioso, no proviene de las clases dominantes, sino de abajo<sup>43</sup>.

El español José Ramón Busto, S.J., Rector de la Universidad Pontificia Comillas, comenta con amplitud y profundidad que el sufrimiento no es la roca del ateísmo, sino el ámbito de la revelación divina<sup>44</sup>. También, Emilio Martínez Díaz, desde otro punto de vista, nos enseña que el paradigma del descenso de Cristo a los infiernos antes de resucitar puede servir de guía para explicar la presencia gozosa y la salvación de Dios, los Siervos de Yahvé, en las situaciones infernales, sin sentido, de la Historia<sup>45</sup>.

---

40 Por eso, Tomás Moro afirma de sí mismo: había decidido firmemente que todo mi estudio sería sobre la Pasión de Cristo. Cfr. Tomás Moro (1989), *Un hombre solo*, op. cit., p. 88.

41 Teilhard de Chardin, Pierre, S.J. (1963), “La significación y el valor constructivo del sufrimiento”, en *La Energía humana*, Taurus, Madrid, p. 57.

42 Bruno Forte (1988), “¿Qué sentido tiene hablar de Dios hoy? (La palabra cristiana entre post-modernidad y reverso de la historia)”, en AA.VV., *Los Grandes Avances del Conocimiento*, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 156 s.

43 Bruno Forte (1988), op. cit., p. 153; Antonio BERISTAIN (1989): “Los Derechos Humanos desde y hacia las instituciones religiosas”, en A. Beristain y J.L. de la Cuesta (Comps.), op. cit., pp. 34 s.

44 José Ramón Busto (1998), “El sufrimiento ¿roca del ateísmo o ámbito de la revelación divina?”, Lección inaugural del Curso académico 1998-1999, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

45 Emilio Martínez Díaz (2004), *De la cárcel hizo camino*, Cristianisme i Justicia, núm. 128.

J.B. Metz rememora inteligentemente la reflexión de Elie Wiesel cuando ve en las víctimas no violentas al Dios en persona: Los mandos del campamento se negaron a hacer de verdugos. Tres hombres de las SS aceptaron ese papel. Tres cuellos fueron en un momento introducidos en tres lazos. ‘Viva la libertad’, gritaron los adultos. Pero el niño no dijo nada. ‘¿Dónde está Dios? ¿Dónde está?’, preguntó uno detrás de mí. Las tres sillas cayeron al suelo. Nosotros desfilamos por delante, los dos hombres ya no vivían, pero la tercera cuerda aún se movía, el niño era más leve y todavía vivía. Detrás de mí oí que el mismo hombre preguntaba: ‘¿Dónde está Dios ahora?’. Y dentro de mí oí una voz que me respondía: ‘¿Que dónde está? Ahí está: colgado de la horca’<sup>46</sup>.

En pocas palabras: las víctimas no violentas logran la defensa y desarrollo de los derechos humanos pero, sobre todo, logran mucho más y mejor, colman lo que falta en la pasión de Cristo, como testifican San Pablo, San Ignacio en sus Ejercicios Espirituales, y documentados tratadistas.

### 3 El victimario: sus nuevos derechos y deberes

*No es utópica (subrayo) la exigencia de generar un cambio de actitud pública hacia el problema de la criminalidad, mediante una adecuada información masiva.*

E. Raúl Zaffaroni (1987), “Perspectivas de los Derechos Humanos en los sistemas penales latinoamericanos”, en *El delito desde la Antropología cultural: cuestiones fundamentales*, Bilbao, p. 157.

Los tratadistas de los pueblos primitivos (más o menos primitivos) constatan que éstos calificaban a los delincuentes como demonios, como “malos”<sup>47</sup>, como incapaces, indignos de convivir en comunidad.

---

46 J.B. Metz (1984), “Teología cristiana después de Auschwitz”, *Concilium*. Revista internacional de Teología, monográfico sobre ‘El holocausto judío, reto para la Teología cristiana’, núm. 195, Madrid, p. 215.

47 E. Raúl Zaffaroni (1988), *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, pp. 157, 160.

Con la evolución de la historia, esa condena del autor de los crímenes ha ido perdiendo su carácter radical, mágico, sus rasgos sacros y morales, virulentos, irracionales. Ha ido perdiendo protagonismo en la teoría y en la praxis de la respuesta a los delitos y de la configuración de la pena.

Hoy, el policía, el juez y los profesionales de las instituciones carcelarias van considerando a los autores de los crímenes como personas menos “malas”, menos abyectas, ni exiliables, ni desterrables. La victimología no gira alrededor del alfa y omega del derecho penal tradicional: el delincuente. Éste ha evolucionado totalmente, a lo largo de los siglos. Éste, en los orígenes –recordemos el esquema de Fattah – era la persona poseída por el demonio; después, ha sido la persona culpable de haber cometido un crimen, conscientemente, con maldad moral, mayor o menor; merecedor, por esto, de un castigo, e indigno de dialogar con su víctima.

Ahora, con el progreso de la ciencia y de la cultura emerge, cada día con más distinción, una nueva figura, una nueva construcción social, el victimario, en el lugar que antes ocupaba el delincuente. Ese progreso enseña al legislador que no cabe atribuirle al delincuente tanta maldad moral. Ese progreso enseña al juez que él no es Dios, y no puede juzgar y condenar al hombre, que sólo puede juzgar sus actos buenos o malos. Que sólo puede conocer la imputación objetiva y subjetiva del acto delictivo (pero no del autor).

Hoy, al victimario no lo vemos como ayer veíamos al delincuente; hoy lo vemos en cuanto autor de un daño a otra u otras personas. Daño que, a veces, pertenece en cierto sentido (aunque no siempre, ni en sentido total, ni exclusivo) a la pareja víctima-victimario, como propugnan, con inteligentes matices, Nils Christie, Esther Giménez-Salinas<sup>48</sup>, etc.

En la actualidad, al victimario nadie le estigmatiza como un demonio, ni como una persona poseída por el mal, a la que se puede torturar, exiliar o matar<sup>49</sup>. Durante el proceso, y después de él, se le reconocen todas las garantías del derecho penal tradi-

---

48 Esther Giménez-Salinas, Begoña Román, Marc García (2003): op. cit., pp. 121-132 (132).

49 Antonio Beristain (1998): De los delitos, op. cit., pp. 154 s.

cional, y -lo que merece gran atención- se le reconoce cierto derecho a dialogar con sus víctimas y de llegar a un acuerdo – más o menos aceptable- por el juez o tribunal.

Si consideramos a las víctimas algo así como la objetivación externa de nuestra “mitad” buena interior, manantial de generosidad, fraternidad, solidaridad, etc., en tal supuesto, podemos considerar a los victimarios algo así como el reverso de las víctimas; la objetivación externa de nuestra “mitad” mala, polemógena, interior, fuente de egoísmo, conflictos, violencias, guerras, etc.

La victimología reconoce al victimario todas las garantías y los derechos tradicionales y, además, el deber de reparar los daños que ha infligido a las víctimas. Por eso, la ciencia victimológica introduce importantes modificaciones en los Códigos Penales que reestructuran las sanciones penales, como por ejemplo, en el actual Código Penal español los artículos 21.5ª; 22.4ª y 5ª; 48; 57; 114; 143.4; 148.3º; 165; 177; 180.3ª y 4ª; 181.3; 182.1º y 2º; 184; 191.1; 195.3; 197.5; 235.4; 242.2; 250.1.6º y 7º. Además, sería deseable que el actual “servicio a favor de la comunidad” se recrease como “servicio a favor de las víctimas”<sup>50</sup>.

Estos rasgos definitorios del victimario pueden verse reflejados en el dibujo del ilustre antropólogo y académico de la historia y de la lengua española, Julio Caro Baroja<sup>51</sup>. Nos pinta a todas las personas como medio “ángel y bestia”, como persona honorable y como medio animal; como



50 Antonio Beristain (2004), *Protagonismo*, op. cit., pp. 50 ss.; Idem (2002); “El juez prohíbe al victimario su aproximación a las víctimas y ¿le obliga a atenderlas? (artículos 57 y 49 del Código penal)”, en J.L. Díez Ripollés, C.M. Romeo, L. Gracia y J.F. Higuera (Comps.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, pp. 1029-1047.

51 Dibujo de Julio Caro Baroja, portada del libro *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Prof. Antonio Beristain* (J.L. de la Cuesta, I. Dendaluz, E. Echeburúa (Comps.) (1989), Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián).

mitad – o más – víctima, y también mitad – o menos – victimario. A éste, con menos valores positivos que las víctimas, pero no tan radicalmente distintos.

Todos – víctimas y victimarios – tenemos más de ángel que de bestia. A todos – sin equipararnos totalmente – se nos puede atribuir lo que concluye Camus en *La peste*<sup>52</sup>: que hay en los hombres más cosas dignas de admiración que de desprecio. Pero, las víctimas, en todas las culturas, metalógicamente reciben más homenajes y adquieren mayor dignidad.

#### 4 La victimización a personas concretas: más que la lesión del bien jurídico protegido

*Los hombres buenos pueden proseguir confiada y esperanzadamente su tarea de realizar la bondad, porque existe un Dios bueno que reparará (subrayo) el sufrimiento del justo.*

Adela Cortina (2004), *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, 9ª ed., Tecnos, p. 222.

El Derecho penal tradicional se construye – decíamos – sobre el delito. Y el poder configura el delito como la lesión del bien jurídico estatal. Delito es la vulneración, la infracción del bien jurídico protegido por el Estado<sup>53</sup>. En cambio, la justicia victimal configura el delito desde un punto de vista muy distinto, más evolucionado, más humano, más democrático. Considera el delito, inicial y principalmente, como la victimización primaria, secundaria, terciaria, etc., causada a las personas en cuanto lesión de los intereses individuales de las víctimas<sup>54</sup>, aunque sin olvidar la vulneración general del Derecho.

Los juristas tradicionales, como su diosa con los ojos vendados, casi no veían a las personas. Ante todo, y sobre todo, veían al Estado y a sus leyes (algo así como algunos teólogos y confesores tradicionales, que casi sólo veían los mandamientos del

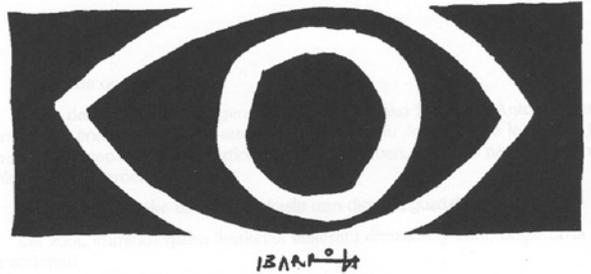
---

52 Albert Camus (1990), *La peste*, traducción de Rosa Chacel, 1ª reimpression, Edhasa, Barcelona, p. 285.

53 E. Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar (2005), op. cit., pp. 307 ss., 335 ss.

54 Albin Eser (1998): op. cit., p. 41.

decálogo pero no la casuística situacional<sup>55</sup> de las personas concretas). En cambio, los operadores de la justicia victimal se quitan la venda de los ojos para, antes de mirar a las leyes y los dogmas, ver a las víctimas directas e indirectas,



y su victimización primaria, secundaria y terciaria. Por eso, Agustín Ibarrolla pinta un ojo<sup>56</sup> con una gran pupila, como emblema de la criminología y la justicia victimal.

Esta Justicia, desde la ética de máximos<sup>57</sup>, supera el peligro de la victimodogmática, cuando exagera la participación y la complicidad de las víctimas. Con acierto escribe Eva Giberti: ¿Qué mecanismos se activan para que el primer movimiento hacia la víctima sea la burla, la exclusión, la crítica o la sospecha, jamás la empatía?; se crea un movimiento entre los que no son víctimas y la víctima como si se pensara que ‘algo puede inducir a la víctima’ para que el otro se decida a golpearla [...] Cuando nos angustiamos es porque no sólo pensamos que nos podría ocurrir lo mismo que a la víctima sino también nos encontramos con algo propio en un punto en el cual podemos flaquear, en el punto en el cual podemos admirar al nazi. Es un mecanismo de admiración inconsciente hacia el bárbaro porque es un triunfador que se impone con su potencia muscular<sup>58</sup>.

55 *No queda como norma del obrar más que la llamada de la situación en cada caso, en la que el hombre debe responder, sea ante el dictado inapelable de su decisión libre como persona, sea ante Dios.* [Cfr. Karl Rahner (1967), “Sobre el problema de una ética existencial formal”, en Idem, *Escritos de Teología*, 3ª ed., vol. II, Taurus, Madrid, p. 234]; Diego Gracia (1989): *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, pp. 476 ss.

56 Dibujo de Agustín Ibarrolla como emblema para el Master Universitario en Criminología, del Instituto Vasco de Criminología. Esta imagen se reproduce en la Orla de final de curso y en Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.

57 Adela Cortina (2004), *Ética mínima*, op. cit., 9ª ed., Tecnos, Madrid.

58 Eva Giberti (1999), “La víctima: generalidades introductorias”, *Victimología*, núm. 19, Centro de Asistencia a la víctima del delito, Córdoba (Argentina), pp. 205-216 (215 s.).

#### 4.1 Mediación – sinergia – y reconciliación (“in dubio pro victima”)

*Hoy, ciertamente, se reconoce internacionalmente que la magistratura es también una tarea ética [...] ¿es la codificación de estándares de comportamiento ético un medio idóneo para ayudar a la justicia de los países latinoamericanos a salir de la crisis descrita?*

S.R. Roos, J. Woischnik (2005), Códigos de ética judicial, pp. 12 y ss.

Si tuviéramos tiempo, merecería la pena comentar ampliamente la incidencia de la victimología en el proceso penal, que está encontrando amplio eco en la literatura especializada<sup>59</sup>. Ahora, me limito a destacar que la justicia victimal<sup>60</sup> supera la estructura tradicional del proceso como una relación entre el Estado y una persona a la que se imputa una transgresión a los bienes jurídicos protegidos por el Estado. En la nueva estructura de las víctimas y el victimario, parece lógico que el juzgador y el juez primen la situación del más débil en ese binomio, puesto que ya actualmente estructuramos el proceso entre la víctima y el presunto (o cierto) autor del delito, y convenimos que no se trata de actuar el “ius puniendi” del Estado, sino de arbitrar un proceso en el que ambos, autor

---

59 I. Subijana, El principio de protección de las víctimas en el marco jurídico penal, material y procesal, Comares, Granada (en prensa); J.A. Sampedro (2003). La humanización del proceso penal. Una propuesta desde la Victimología, Legis, Bogotá; C. Conde-Pumpido Ferreiro (1999), “El impacto de la Victimología en el proceso penal: Derechos de la víctima y principio de oportunidad”, en AA.VV., Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo, Unespa-Colex, Madrid, pp. 107-146; E. Giménez-Salinas (1999), “La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho penal reparador”, en AA.VV., La Mediación Penal, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia-Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Instituto Vasco de Criminología, Barcelona, pp. 69-85; B. San Martín (1997): La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (Del presente francés al futuro español), Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz.

60 El terrorismo de ETA en el País Vasco y en España se superan con la justicia victimal. No con el diálogo antes del proceso, pues ni los terroristas de ETA ni sus cómplices y encubridores saben, ni quieren, dialogar. Se parece al Hitler de la película El hundimiento, dirigida por Oliver Hirschbiegel.

(victimario) y víctima, en situación de ciudadanos, actúen sus respectivos derechos en el proceso penal<sup>61</sup>.

Ambas partes podrán dialogar e intervenir en la reparación del daño causado por “su”<sup>62</sup> infracción, “encuentro”, conflicto, delito; podrán llegar a “su” resolución, reconciliación. Esta afirmación no excluye la participación del juez y/o tribunal que resulta tanto más indispensable cuanto los delitos son más graves. Siempre sobre la base de que, en caso de duda, se dé preferencia a la víctima, no al victimario.

## 5 Reparación y dignificación de las víctimas no violentas: obligación y virtud del juez

*...si algo habría que deificar es al hombre de nuestro tiempo, sobre todo al de abajo, al desposeído y degradado, que es, casi siempre, objeto de sentencia y cárcel y a sus víctimas, sabiendo que él también lo es.*

Elías Neuman (1991): “Palabras previas”, en Antonio Beristain, Eutanasia: Dignidad y muerte (y otros trabajos), Depalma, Buenos Aires, p. VII.

La evolución que comentamos y fomentamos avanza hacia la desaparición de la tradicional pena retributiva del Estado, que se transforma en reparación creativa y catarsis. Y aboca a la nueva sanción reparadora<sup>63</sup> del victimario a través del pro-

61 A. Martínez-Arrieta (1993), “La entrada en el proceso penal de la víctima”, en La Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, pp. 59 s.

62 Nils Christie (1984), “Conflicts as Property”, British Journal of Criminology, núm. 17, pp. 1-15; Esther Giménez-Sañinas (1999 a), “La mediación: Una visión desde el derecho comparado”, en AA.VV., La Mediación Penal, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia-Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Instituto Vasco de Criminología, Barcelona, pp. 94 ss.

63 La sanción es una construcción social, una creación, no de la nada, sino desde la ‘cosa dañada’, desde y con las ruinas. Desde la herida emerge una cicatriz de nueva y mayor robustez. Cfr. Antonio Beristain (1994): La construcción criminológica de la realidad jurídico-penal, Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 8, San Sebastián, p. 111.

ceso, de la mediación, de la reconciliación. La sanción llega a la dignificación de las víctimas<sup>64</sup>.

Los teólogos y escolásticos del Siglo de Oro español, especialmente la Escuela de Salamanca, afirmaban que el juez tiene obligación de castigar, de imponer la pena (*malum passionis propter malum actionis*). Imponer ese castigo, ese daño, ese sufrimiento, ese *malum passionis*, no puede calificarse como virtud del juez. En cambio, hoy, podemos y debemos afirmar que el juez, cuando exige al victimario no un *malum passionis* sino la sanción reparadora y dignificante de las víctimas, está cumpliendo una obligación y también ejerciendo una virtud. La virtud de lograr la reparación de los daños a las víctimas.

Dentro de esta cosmovisión, la pena de multa<sup>65</sup> adquiere una importancia mucho mayor y una nueva principal finalidad. El dinero recaudado (que actualmente engrosa

---

64 En el ámbito religioso decimos *sub luce aeternitatis*. Es lamentable que intelectuales que se dicen cristianos o, al menos, ensalzan la cultura cristiana, desconozcan y nieguen esta energía axiológica, esta dignidad que la victimización confiere, *ex post*, a las víctimas no violentas. Cfr. Javier Elzo, cuando escribe: tampoco hagamos de la condición de víctima un estatus social y de su ejercicio un rol social ( “Condición y estatus de víctima”, *Bake Hitzak*. Palabras de paz, núm. 49, enero 2003, p. 51).

En España y más en el País Vasco, por desgracia, algunos profesores universitarios ignoran y vuelven a ignorar que las víctimas de ETA, por el “simple hecho de su victimización, posean una dignidad personal mayor que los demás ciudadanos (especialmente las que no infringen el artículo 455 del Código Penal, que tipifica el delito de “realización arbitraria del propio derecho”).

Así mismo, algunos penalistas, conocedores de la mejor dogmática, niegan que la victimización enriquece y dignifica a quien la sufre. Según estos profesores, quien el 11-M viajaba en los vagones de cercanías, si antes de montar en el tren era “uno de tantos”, también lo era después del estallido de las bombas que le quitaron la vida. (Cfr. José Antonio MARTÍN PALLÍN (2005): *El País*, 24 mayo 2005, p. 14).

En el sentido que nosotros indicamos, cfr. Karl Rahner (1963), “Dignidad y libertad del hombre”, en *IDEM*, op. cit., pp. 245-274; Antonio Beristain, Elías Neuman (2004), *Criminología y Dignidad Humana* (Diálogos), op. cit.; Antonio Beristain (1991): *Eutanasia: Dignidad y muerte* (y otros trabajos), Ed. Depalma, Buenos Aires; *Concilium*.

*Revista internacional de Teología*, monográfico sobre ‘El debate sobre la dignidad humana’, núm. 300, abril 2003; cfr. también la nota 33, antes citada.

65 Antonio Beristain (1976), “La multa en el Derecho penal español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, t. LXXII, abril, p. 329.

el erario del Estado) en un futuro inmediato ingresará preferencialmente en el fondo general destinado a cubrir con generosidad las necesidades de todas las víctimas.

Ahora, al considerar la multa pena principal (y más principal, en muchos casos, que la pena de prisión), será imposible que sucedan casos tan injustos como los que conocemos con frecuencia. Por ejemplo, que algunos condenados por dirigir la macrodelincuencia del narcotráfico, internos en la prisión, sigan poseyendo y administrando cantidades fabulosas de dinero<sup>66</sup>.

La reparación en la justicia victimal cubre dos etapas. La primera, la básica, pretende y logra la atención, la asistencia psicológica, médica, económica, etc., a las víctimas<sup>67</sup>. Se refleja artísticamente en el dibujo de las Manos compasivas<sup>68</sup> – dedicado por Eduardo Chillida al Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales (creado en el seno del Instituto Vasco de Criminología, y en relación con la Sociedad Internacional de Criminología)- que simboliza la atención reparadora a las víctimas.

Pero, no basta con esta reparación generosa y completa. No basta con tener atenciones con ellas. No basta con crear Oficinas de Atención a las Víctimas<sup>69</sup>, no basta

---

66 Merece que transcriba una noticia escandalosa aparecida en la prensa española (El Mundo) el día domingo 12 de marzo de este año. Informa que el narcotraficante Miguel Rodríguez Orejuela, de 61 años, el número dos del tenebroso Cartel de Cali, fiel a su pasión por la ropa cara, ha sido extraditado a los Estados Unidos y para su traslado ha comprado *la ropa interior a Calvin Klein, zapatos Ferragamo y pantalones vaqueros Hugo Boss*. El día sábado 20 de junio de 1987 hablé personalmente con Rodríguez Orejuela y su esposa, en su celda (de dos habitaciones) en la prisión de Cali. Al terminar nuestra conversación fui a concelebrar la Eucaristía en el patio, con todos los internos.

67 Cfr. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 24 mayo 1990.

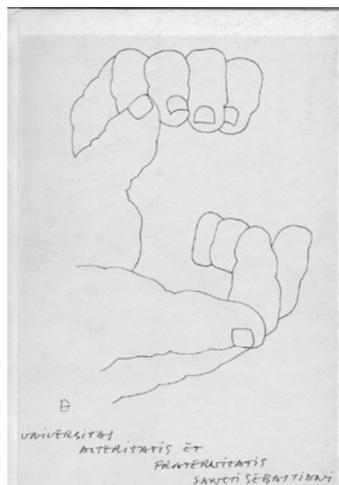
68 Eduardo Chillida dibujó estas Manos compasivas como emblema del Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones sociales. Se reproduce en las portadas de los números extraordinarios de la revista Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología editados por el Centro Internacional.

69 Como existe en Córdoba (Argentina), el Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, con una veintena de personas integrantes y colaboradoras. Asimismo, en Valencia (Es-

con cumplir la parábola del Buen Samaritano. Se necesita un segundo estadio: urge reconocerlas como protagonistas de la nueva justicia victimal, y dar un salto hacia delante para dignificarlas. Lo piden mil argumentos e instituciones. Por ejemplo, las Naciones Unidas, en su Resolución de 18 de enero de 2000 (cfr. la nota antes citada).

Con acierto escribe John Dussich<sup>70</sup> que en la reparación la víctima ha de ser integrada, aceptada y dignificada.

Ellas tienen derechos, y nosotros tenemos obligación, por justicia (no sólo por caridad), de que se reconozcan sus méritos, de que se erijan monumentos<sup>71</sup> en su memoria, como lo han hecho en muchas ciudades (Berlín, Ermua – Vizcaya –, Madrid, Valencia, Vitoria, Westminster, etc). En Lovaina, los cristianos han consagrado como altar mayor de la catedral una gran piedra marmórea cincelada de tal manera que simboliza y recuerda a las víctimas de los campos de concentración nazis.




---

paña) se abrió la primera Oficina de Ayuda a las Víctimas de los Delitos, el 16 de abril de 1985, (Cfr. F. González (1989), “Derechos Humanos y la Víctima”, Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 3, pp. 107-114).

70 John Dussich (2001), Recuperación de las víctimas, Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, núm. 88, Editorial de Córdoba, Córdoba (Argentina), p. 83.

71 Entre los cientos de homenajes a las víctimas, podemos citar que en julio de 1998 se descubrió una estatua de Monseñor Oscar Romero, de El Salvador, sobre un portal de la abadía de Westminster (Londres), donde aparece junto a otras macrovíctimas del siglo XX, como Dietrich Bonhoeffer, Martin Luther King y Maximilian Kolbe.

En Utopía no se contentan desterrando el crimen con las penas, sino que incitan a la virtud con promesas de honores. Colocan en las plazas públicas estatuas de los varones insignes y de grata memoria para la república, infundiendo de esta manera, no sólo el temor al crimen con castigos, sino alentándoles a las buenas acciones mediante el recuerdo del noble comportamiento de los antepasados, quienes son un ejemplo para la posteridad. Tomás Moro (1984): Utopía, op. cit., p. 138.

En la reparación<sup>72</sup>, la administración carcelaria debe facilitar al preso el cumplimiento de su obligación-derecho primordial, ya desde el inicio de su condena. Debe crear y formar nuevos funcionarios capacitados, como mediadores, para tratar con el victimario y con sus víctimas, a fin de facilitar el “encuentro” reparador (lo antes posible) entre ellos, ya dentro de la prisión. La administración carcelaria puede facilitar al preso el cumplimiento de sus obligaciones reparadoras con sus víctimas, como lo prueba, por ejemplo, la experiencia positiva desde hace varios años, en Bélgica (donde funcionarios especializados – mediadores – de instituciones carcelarias contactan fuera de la prisión para conseguir que éstas vayan a la prisión para dialogar con el victimario acerca de las posibles respuestas más oportunas y justas a su victimización concreta).

La víctima, en su victimización, sufre (como el Siervo de Yahvé), pero en su misma victimización es enaltecida en alto y dignificada por encima de toda la creación.

Los utópicos, escribe Santo Tomás Moro, sólo quieren, al hacer la guerra, que se les restituya (subrayo) aquello que, de no haberseles arrebatado, no se habrían visto obligados a luchar<sup>73</sup>.

## 6 La cultura victimal. Transformación axiológica de personas, instituciones y método

De la nueva cosmovisión y praxis victimológica puede y debe derivar una evolución y transformación radical de los sistemas y cosmovisiones espirituales, jurídi-

---

72 Maryse Vaillant (Dir.) (1994), *De la dette au don. La réparation pénale à l'égard des mineurs*, ESF, Paris; Philip Milburn (2002), “La réparation pénale à l'égard des mineurs: éléments d'analyse sociologique d'une mesure de justice restaurative”, *Archives de Politique criminelle*, núm. 24, pp. 147-160 ; Reynald Ottenhof (2004), “La responsabilidad penal de los menores en el orden interno e internacional”, *Revue internationale de Droit Pénal*, vol. 75, 1º-2º trimestres, p. 90.

73 Tomás Moro (1984), *op. cit.*, p. 146.

cos, morales<sup>74</sup>, pedagógicos, policiales<sup>75</sup>, políticos, carcelarios, etc. En concreto, la justicia victimal fomenta una cultura *hospitalaria*<sup>76</sup> que:

- 1º. reduzca notablemente el número de las víctimas.
- 2º. repare a través de los victimarios el daño causado por éstos a sus víctimas, y las dignifique.
- 3º. facilite a las víctimas su sentido positivo – agápico, espiritual – de su victimación.
- 4º. se aplique – en la Universidad y los Tribunales – un método epistemológico victimal transcendente<sup>77</sup>.

---

74 “El derecho no se exime del juicio moral”. Adela Cortina (2004), *Ética mínima*, op. cit., p. 191.

75 La mayor parte de los subsistemas de policía se miden, en lo que concierne a su eficacia, no en función de su calidad o de sus objetivos, sino en razón de sus resultados, que consisten habitualmente en una comparación simplista entre las infracciones registradas y los arrestos operados o las infracciones que el subsistema de policía mismo estima haber solucionado. Bassiouni (1987), op. cit., pp. 56 s.

76 Tanto el Antiguo como el Nuevo Testamento ubican repetidas veces, como base de la religión, la acogida a los extranjeros, a los inmigrantes, a los peregrinos, etc. Como dice Gustav Radnuch y confirma la historia, “Nunca ha existido Cultura sin Religión” (Niemals noch gab es Kultur ohne Religion): Gustav Radbrich (1922), “Religion ist Privatsache”, en Idem, *Der Frauen Hausschatz*, Hamburg, p. 68.

77 Víctor M. Pérez Valera (2005), “Teoría del Derecho y Método: un esbozo del método empírico generalizado”, *Revista ICADE*, núm. 65, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, p. 22.

# El proceso de privatización de la seguridad<sup>1</sup>

*Antonio García-Pablos de Molina<sup>2</sup>*

## I La naturaleza pública del Derecho Penal y el actual giro privatizador de determinados segmentos del sistema de la Justicia criminal

La incuestionable<sup>3</sup> naturaleza pública del Derecho Penal – aunque la frontera entre lo público y lo privado acuse inevitablemente el relativismo y la circunstancialidad inherentes al transcurso del tiempo y el cambio social<sup>4</sup>– es compatible con determinadas y muy heterogéneas manifestaciones de un llamativo giro privatizador que experimenta el sistema penal en diversos segmentos del mismo, por fortuna no

---

1 Contribuyo con este trabajo al Libro homenaje al DR. KURT MADLENER cuya labor discreta, eficaz y leal en el Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg se hace merecedora de mi más sincera gratitud. Y de la de muchos investigadores de la entonces Raum 23 de aquel viejo e inolvidable edificio de la Günterstalstrasse.

2 Catedrático de Direito Penal e Diretor do Instituto de Criminologia da Universidade Complutense de Madri.

3 Desde un enfoque estrictamente procesal, en España, cuestiona la naturaleza pública del Derecho Penal JAIME GUASP (El individuo y la persona. En: Revista de Derecho Privado, 1950, págs. 3 a 20). Lo hace, también, tradicionalmente la doctrina francesa, por distintas razones. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Introducción al Derecho Penal, 4. ed., Ramón Areces (2006), págs. 54 y ss.

4 Como afirma BULLINGER, M. (Derecho Público y Derecho Privado. Madrid, 1976, págs. 111 y ss.) «autonomía de la voluntad» y «ius cogens», por su antagonismo, pugnan por redefinir y negociar sus respectivos territorios, lo que da lugar a un continuo y fluctuante tránsito de normas e instituciones de una a otra orilla, a un permanente intercambio que hace provisional cualquier adscripción de aquellas.

siempre próximos al núcleo duro del *ius puniendi*. El proceso de privatización de la seguridad, del que me ocuparé a continuación, aunque paradigmático, no deja de ser un elemento o dato más de la citada inexorable tendencia, signo de los tiempos<sup>5</sup>, si bien debe analizarse pormenorizadamente, y con cautela, respetando el contexto histórico y coordenadas específicas de cada país.

Procede, pues, examinar:

- a) Cómo se insertan seguridad pública y seguridad privada en la problemática general de la prevención y control de la delincuencia, destacando los rasgos singulares, diferenciales, de una y otra en atención a sus respectivas funciones, objetivos y fuentes de financiación (II).
- b) Cual es la evolución de la seguridad privada en España durante los últimos lustros y qué factores explican el acelerado incremento del sector (III).
- c) Si la seguridad privada, a pesar de su obvia naturaleza clientelar, cumple, o no, una función preventivo-general (IV).
- d) Cómo se concilian, en su caso, la conocida «expansión» del Derecho Penal y el fenómeno de la «privatización» de la seguridad aparentemente antagónico (V).
- e) El modelo español de seguridad «privada» en el marco del Derecho Comparado: relaciones entre seguridad «pública» y seguridad «privada» (VI).
- f) El problema criminológico del «miedo al delito» y su conexión con el incremento de la seguridad privada (VII).

---

5 Sobre otras muchas manifestaciones privatizadoras que se observan en el sistema de la justicia criminal, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, cit., 4. ed. (2006), págs. 56 a 83 (delitos privados; conciliación en la justicia de jóvenes y menores; sentencia por conformidad; movimiento victimológico y vecinal para la prevención del delito; programas de la «diversion» y «restitution»; intervención de la iniciativa privada en el momento postpenitenciario; id. en el tratamiento de toxicómanos con pena suspendida o en libertad condicional; id. en la ejecución de medidas privativas de libertad a jóvenes y menores; id. en la organización de la ejecución de sanciones alternativas a la privación de libertad.

## II Seguridad pública, seguridad privada y gestión personal de la seguridad

El crimen es un doloroso problema social y comunitario cuya prevención interesa al Estado y a los particulares. Tanto las instancias del control social formal como las del control social informal deben colaborar eficazmente en esta tarea. Con arreglo a la legislación en vigor (L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, artículo 11) corresponde a la Policía el deber específico de prevenir la delincuencia. Sin embargo, y por las razones que se indicarán, el recurso a la seguridad privada – que ha sido una constante en la historia española de los dos últimos lustros<sup>6</sup>– se ha agudizado en la actualidad. El fenómeno, pues, no es reciente, si bien el proceso privatizador exhibe hoy tres notas muy características: que es objeto de regulación jurídica más completa y sistematizada (Ley de Seguridad Privada de 1992); que su conformación es prioritariamente empresarial; y que ha aumentado cuantitativamente la contratación de servicios de seguridad no solo a instancia de particulares y empresas e instituciones sino incluso de la propia Administración Pública<sup>7</sup>.

A estos modelos de prevención, que se rigen por criterios distintos (el público es generalista y no discriminatorio, el privado, particularista y selectivo, clientelar, en cuanto a sus respectivos objetos de protección), se añade la denominada «gestión personal de la seguridad» modalidad potenciada por la victimología y las modernas teorías situacionales que hace referencia a una actividad de autodefensa con adopción de medidas «desde dentro» y sin la intervención de ningún servicio externo para garantizar la propia seguridad, previa a la propia seguridad privada. Aún cuando no sea fácil en algún supuesto diferenciar seguridad privada y gestión personal de la seguridad (v.g. instalación de una alarma en la propia vivienda), conceptualmente la seguridad privada pertenece al control social formal, mientras la gestión personal de la

---

6 Vid. ROLDÁN, H., La seguridad privada en la prevención del delito. La Ley, 6 de febrero de 2001, pág. 3.

7 Vid. en este sentido, ROLDÁN, H., *ibidem*.

seguridad (que no provee de medios personales de defensa) se inserta en el control social informal<sup>8</sup>.

Aunque la legislación española proclama explícitamente la «complementariedad» de la seguridad privada respecto de la pública, y la necesaria coordinación entre ambas, no pueden desconocerse las relevantes diferencias que separan a una y otra, atendiendo a sus fuentes de financiación, funciones, objetivos, finalidades y respectivos sistemas de provisión de sus servicios<sup>9</sup>.

En efecto, la seguridad privada – a diferencia de la pública – se financia por el cliente que contrata el servicio, destinatario final de éste, en función de sus intereses y prioridades particulares. Las empresas de seguridad privada no se orientan a la prevención y represión del delito, sino a la prevención de riesgos. La seguridad privada protege intereses particulares, servicio que se oferta a cambio de un precio, y que sólo beneficia a quien financia aquel, no a la totalidad de la población. Se trata, pues, de una actividad empresarial, mercantil, restringida a sus clientes. El sector de la seguridad privada, por último, persigue como objetivo final la reducción de las pérdidas económicas de las empresas: el delito es un coste económico que éstas tratan de minimizar pagando seguridad, esto es, reduciendo riesgos; mientras la seguridad pública tiene como finalidad la represión del delito – y su prevención – mediante la aplicación de la ley.

### III Evolución de la seguridad privada en España durante los últimos lustros y factores que explican el acelerado incremento del sector

El reciente y progresivo incremento de los servicios de seguridad privada responde, probablemente a tres factores: la significativa multiplicación de los objetos suscepti-

---

8 Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., pág. 4. Un sector de la doctrina (v.g. FELSON, CLARKE, etc.) considera que la gestión personal de la seguridad – concepto muy relacionado con el de actividades rutinarias- representa una tercera modalidad sui generis del control social.

9 Vid. GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, ANDREA, La seguridad privada y su papel en la gestión de la seguridad ciudadana, en: Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y en la Unión Europea. 2007. Edisofer, págs. 266 y ss.

bles o necesitados de protección (tanto de carácter mobiliario como inmobiliario); el sentimiento de inseguridad y miedo al delito; y, desde luego, la crisis del sistema de seguridad pública<sup>10</sup> en parte debido al clima de desconfianza hacia la Policía que desencadenó la transición política española.

En el incremento arrollador de los servicios de la seguridad privada concurre una pluralidad de factores, según los especialistas<sup>11</sup>. De una parte, la crisis del Estado del bienestar social, que determina la privatización de la mayoría de los bienes y servicios tradicionalmente gestionados por el Estado, lo que permite a las empresas prestar unos servicios más personalizados y acordes a los intereses de los particulares y consumidores. De otra, la desconfianza y escepticismo de éstos respecto a la capacidad de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para controlar eficazmente el problema del delito, como se evidencia por la muy baja tasa de denuncia de todas las infracciones penales, especialmente las de menor gravedad. A ello se añaden los cambios urbanísticos y de ordenación de la actividad social, que han desplazado ésta de lugares públicos (parques, plazas, etc.) a lugares privados, aunque de uso público (v.g. centros comerciales, urbanizaciones, centros de ocio, etc.), a los que no ha accedido tradicionalmente la Policía y cuyo control se ejerce ahora por agentes de la seguridad privada de forma consensual, instrumental, y, desde luego, menos intrusista y coercitiva. Además, hoy la prevención de la delincuencia (en todo caso, cuando se asume por la seguridad privada) se entiende más como «gestión del riesgo» que como prevención de la «criminalidad», en el sentido tradicional, lo que significa una notable ampliación de su objeto y de la población sometida a control. Y el propio ciudadano no se preocupa

---

10 Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., pág. 3. Sobre las causas de este proceso de privatización de la seguridad pública, observado también en Alemania, vid. BESTE, H., VOSS, M., Las deformaciones del Derecho Penal por los servicios privados de seguridad, en: La insostenible situación del Derecho Penal. Estudios Penales dirigido por C.M<sup>a</sup> Romeo Casabona, Granada (Comares), 2000, págs. 341 y ss. Los autores se refieren a las demandas sociales de seguridad, los estereotipos (el peligro de los extranjeros, de la droga, del crimen organizado, etc.) y a la crisis de la propia Policía.

11 GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, ANDREA, La seguridad privada y su papel en la gestión de la seguridad ciudadana, en: Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y en la Unión Europea. 2007. Edisofer, págs. 261 y ss.

solo por el delito, sino por la inseguridad, concepto más amplio que incluye el desorden, el deterioro del barrio y la calidad de vida. Las propias empresas de seguridad, lógicamente, alimentan un clima que potencia la demanda de sus servicios.

Ello explica que la seguridad privada cubra cada vez más espacios sociales, a costa de la pública, y que este proceso parezca hoy irreversible.

Datos oficiales recientes evidencian un incremento notable de la actividad negocial, esto es, de los servicios de seguridad privada contratados en 1997 y 1998<sup>12</sup>. El incremento se consolida como tendencia en los años posteriores. Así, el número de «contratos» ascendió, en 2005, a 235.588; y en 2006, a 294.655. Y el número de «servicios», a 416.042, en 2005; y a 532.909, en 2006.

El personal que presta los servicios de seguridad privada asciende a 86.821 individuos en el año 1998, lo que representa un incremento del 30,82% respecto al año anterior. Y comparando estos datos con los del personal al servicio de las distintas policías, estatal, autonómica y local (186.348 efectivos), se observa una relación de 1 a 2 a favor de las plantillas de la seguridad pública<sup>13</sup>. En 2005, el personal al servicio de la seguridad privada totaliza 156.757 efectivos; y en 2006, 170.119 (vigilantes de seguridad, 121.730 y 130.438, respectivamente escoltas, 18.512 y 20.062; vigilantes de explosivos: 9.025 y 11.156; Jefes de seguridad: 1.823 y 2.042; Directores de seguridad: 3.724 y 4.332; detectives: 1.943 y 2.089. El personal al Servicio de la seguridad pública totaliza 214.195 efectivos, distribuidos así: 48.896 (Policía Nacional); 71.500 (Guardia Civil); 75.000 (Policías Locales); 7.500 (Ertzaintza); 10.590 (Mossos d'Esquadra); 709 (Policía Foral de Navarra).

---

12 Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., pág. 3. En el año 1997, según el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior se concertaron 69.165 contratos (50.230, en vigilancia y protección; 12.003, en instalación y mantenimiento; 5.008, en centralización de alarmas; 604, en transportes de objetos valiosos y 1.350, de varios); En 1998, 76.087 (55.230, 13.200, 5.508, 664 y 1.485, respectivamente).

13 Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., pág. 4. El desglose sería el siguiente: Seguridad privada: vigilantes de seguridad (68.486), vigilantes de explosivos (1.392), escoltas privados (1.847), detectives privados (608), Jefes de seguridad (770), directores de seguridad (844), Guardas de campo (12.874). Total: 86.821; Seguridad pública: guardia civil (75.751), policía nacional (50.781), policía autónoma (8.161) y policía local (51.665). Total: 186.348.

Pero no se trata solo de un incremento del personal o de los servicios contratados. La sociedad actual multiplica los espacios privados y las zonas reservadas a las que no tienen fácil acceso las policías públicas. Incluso en las zonas públicas son muchos los intereses (v.g. comerciantes) reacios a la presencia policial, lo que deteriora la capacidad disuasoria de ésta. Es un dato objetivo constatado que existe, también, en la opinión social prejuicios contra la intervención preventiva de la policía estimándose que solo su labor reactiva es compatible con las libertades públicas y con las relaciones deseables entre policía y comunidad. Todo ello conduce a un proceso de privatización, o, mejor, de delegación del sector público a favor del privado que crece sin pausa<sup>14</sup> impulsado por el principio del denominado riesgo específico. En virtud de dicho principio, ciertos ciudadanos, instituciones o instalaciones, por su volumen patrimonial (bancos, etc.) o riesgo acumulado (determinadas industrias, personalidades, etc.) necesitan unos medios de protección específicos que por sobrepasar la media normal, no puede ni debe asumir la seguridad pública porque ello supondría una carga injustificada para el erario público o menoscabo del servicio público de seguridad en perjuicio del resto de los ciudadanos<sup>15</sup>. O lo que es lo mismo: la seguridad privada ha de hacer frente a las necesidades específicas de protección que reclaman determinadas personas, entidades e instituciones. De hecho, el Reglamento de Seguridad Privada, de 1994, exige a bancos, cajas de ahorro y entidades de crédito la adopción de concretas medidas de autoprotección extensibles a otros establecimientos (joyerías, galerías de arte, estaciones de servicio, farmacias, etc.)<sup>16</sup>. Es clara, pues, la tendencia expansiva de la seguridad privada en la esfera de prevención y el correlativo retraimiento de la seguridad pública. Hasta el punto de que ya no extraña que la Administración Pública encomiende cada vez más la seguridad de emblemáticos edificios oficiales a vigilantes privados (aeropuertos, ministerios, etc.)<sup>17</sup>.

---

14 Cfr. ROLDÁN, H., op.cit., pág. 5.

15 Así, MUÑOZ USANO, F., Visión integral de la seguridad interior en los países de la Unión Europea, como necesidad derivada de sus procesos de liberación, en: *Seguritecna*, págs. 50 y ss. (1994), cit., por ROLDÁN, H., op. cit., pág. 6.

16 Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., págs. 5 y 6.

17 Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., pág. 6.

El sector de la seguridad privada, pues, crece de forma inexorable, a costa de la pública, e incluso supera a ésta si se contabilizan la totalidad de las actividades y servicios que prestan las empresas (a saber, a tenor del artículo 1 de su Ley reguladora: vigilancia y protección de bienes, establecimientos, espectáculos, certámenes y convenciones; protección de personas determinadas; el depósito y transporte de fondos; instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad; explotación de centrales de alarma y su comunicación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; y la planificación y asesoramiento en las actividades de seguridad)<sup>18</sup>.

En España se ha producido, desde 1992, un fenómeno de acusadísima concentración empresarial, quedando de hecho el mercado nacional en manos de cinco grandes empresas.

Los subsectores de la seguridad que más han crecido en los últimos años son el de instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad, el de transporte de fondos y las consultorías; si bien los de mayor peso específico en el mercado nacional son el de instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad, el de vigilancia y protección y, en tercer lugar, el de transporte de fondos<sup>19</sup>.

---

18 A juicio de GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, ANDREA, la seguridad privada «va acercándose poco a poco, a los niveles de la seguridad pública, aunque todavía siguen existiendo diferencias cuantitativas entre los distintos países» (La seguridad privada y su papel en la gestión de la seguridad ciudadana, cit., pág. 255). La autora reconoce, sin embargo, que contempla exclusivamente las cifras relativas a los «vigilantes de seguridad», prescindiendo de las que se refieren a «escortas privados», jefes de seguridad, directores de seguridad, etc. (op. cit., pág. 256). Con todo, la presencia de «vigilantes privados» superaría al personal de la seguridad pública en países como Gran Bretaña, Suecia, Luxemburgo, Finlandia, Eslovaquia, Estonia; duplicando en Hungría, Irlanda y Polonia a los efectivos de la seguridad pública. En países extracomunitarios, las cifras son aún más significativas: más del doble de agentes privados que de policías, en los EEUU; triplicándose aquellas en el caso de Sudáfrica (op. cit., págs. 255 y 256).

19 Cfr. GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, ANDREA, La seguridad privada..., cit., págs. 257 y 258.

## IV La eficacia preventivo general de la seguridad privada

Si la seguridad privada, a pesar de su obvia naturaleza clientelar, cumple – o no – una función preventivo-general es un dato ni constatado, ni desmentido empíricamente.

El avance arrollador de la seguridad privada como estrategia de prevención de la criminalidad – y de la denominada gestión personal de la seguridad – a costa de la seguridad pública suscita numerosas cuestiones ideológicas, político-criminales, criminológicas, etc. Una de ellas es, precisamente, la eficacia preventivo general de la seguridad privada.

La seguridad privada no persigue, desde luego, objetivos de justicia, ni la protección de intereses colectivos. Quien concierta servicios privados de seguridad es porque desconfía de la eficacia de los servicios públicos, de la lentitud y escaso rendimiento de éstos. Pretende, pues, la tutela pronta y efectiva de sus intereses con un coste proporcionado<sup>20</sup>, por más que desde un punto de vista normativo el ordenamiento jurídico configure la seguridad privada como medio de prevención del delito que ha de contribuir al mantenimiento de la seguridad pública<sup>21</sup>. Ahora bien, ¿contribuye, de hecho, la seguridad privada a la protección de la seguridad pública y los intereses generales? ¿Consta empíricamente su eficacia preventivo general? ¿Existe una positiva colaboración de la seguridad privada y la pública en aras de la prevención del crimen?

El problema debe abordarse con cautela porque no existen investigaciones empíricas concluyentes, y tan aventurado es afirmar, sin más, dicho impacto preventivo-general, como negarlo admitiendo que la eficacia de la seguridad privada discurre y se constriñe al plano clientelar o negocial.

Algunos autores<sup>22</sup> partidarios del análisis situacional y sobre la base de estudios sobre gestión de la seguridad personal mantienen que la adopción de ciertas medidas en de-

---

20 Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., pág. 7.

21 Así, Exposición de Motivos de la Ley de Seguridad Privada de 1992. Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., pág. 6.

22 Así, STANGELAND, citado por ROLDÁN, H., op.cit., pág. 6.

terminados espacios puede producir un impacto preventivo general de la delincuencia. Así, por ejemplo, muchos delincuentes que cometen actos de menudeo, si se les bloquean las posibilidades de realizarlos en su área habitual no buscarían otras zonas, sino que no delinquirían (no habría, pues, efecto de desplazamiento). Y quizás podría extrapolarse esta constatación a medidas como la contratación de seguridad privada, admitiendo su efecto disuasorio general<sup>23</sup> que, en todo caso, parece cierto en cuanto a la vigilancia privada en bancos, hipermercados o zonas recreativas<sup>24</sup>.

Otros autores, sin embargo, estiman que la seguridad privada genera un mero efecto de desplazamiento del riesgo delictivo. El supuesto impacto preventivo-general no se produciría, o – lo que es peor – se obtendría de forma perversa, al verse forzado el competidor a adoptar medidas de seguridad para, a su vez, trasladar el riesgo a un tercero no protegido (efecto dominó)<sup>25</sup>.

No hay datos fiables en España sobre la incidencia de la seguridad privada en la prevención de la criminalidad. Tampoco sobre la deseable colaboración de la seguridad privada con las instancias de la seguridad pública, colaboración requerida legalmente toda vez que la seguridad privada participa en las tareas y cometidos del control social formal. Lo cierto es que la seguridad privada se rige por unos principios propios y actúa con arreglo a los mismos<sup>26</sup>. Quizás solo cabe por tanto aspirar a que procure una prevención intensa en el orden clientelar y al menos difusa respecto a los demás ciudadanos<sup>27</sup>. O dicho de otro modo menos exigente: que la seguridad de los que pueden pagar no afecte negativamente a la seguridad de los que no pueden pagar<sup>28</sup>.

---

23 Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., pág. 6.

24 La vigilancia privada en estas superficies beneficia no solo a quien la contrata, sino a todos los que las habitan. Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., pág. 6.

25 Cfr. ROLDÁN, H.; op. cit., pág. 6, citando la opinión de VAN DIJK.

26 Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., págs. 6 y 7, en relación a los procedimientos de negociación de la seguridad privada.

27 Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., pág. 6.

28 Cfr. ROLDÁN, H., op. cit., pág. 6, citando la opinión de LARRAURI.

## V Expansión del Derecho Penal y privatización de la seguridad privada: ¿una paradoja?

¿Cómo se concilian, en su caso, la conocida «expansión» del Derecho Penal y el fenómeno de la «privatización» de la seguridad aparentemente antagónico?

El proceso de privatización de la seguridad puede explicarse funcionalmente como forma de armonizar el desfase actualmente existente entre demanda de control simbólico por medio del Derecho Penal y la capacidad muy limitada del control instrumental del sistema judicial penal<sup>29</sup>.

Cabría plantear si este proceso de privatización de la seguridad no es contradictorio con el proceso general de expansión del Derecho Penal<sup>30</sup>. Pero, en puridad, no lo es. El proceso de privatización da lugar a una «nueva clase» de instancias de control social organizado<sup>31</sup> que, contra lo que pudiera parecer – porque invade competencias del control público – potencia las posibilidades del control estatal, eso sí, dejando expedito el peligroso terreno a la lucha privada contra la criminalidad<sup>32</sup>.

La privatización de la seguridad rompe con el monopolio estatal de la violencia y con las rígidas fronteras que delimitan lo público y lo privado, lo estatal y lo civil, en aras del dinamismo y flexibilidad de ciertos espacios del sistema. Pero existe un apoyo recíproco de uno y otro sector del control social: el Estado utiliza los intereses privados de control para asegurar sus propias pretensiones de orden y seguridad; y los particulares utilizan al Estado para allanar el terreno a su propio – distinto –

---

29 Así, ALBRECHT, P.A., Erosionen des rechtstaatlichen Strafrechts, en *Krit V*, 2, 1993, págs. 179 y ss. Cfr. BESTE, H.-VOSS, M., Las deformaciones del Derecho Penal por los servicios privados de seguridad, en: *La insostenible situación del Derecho Penal. Estudios de Derecho Penal dirigidos por C.M<sup>a</sup>. Romeo Casabona*. Granada, 2000 (Comares), págs. 348.

30 Vid. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones...*, cit., págs. 343 y ss.

31 Así, BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones...*, cit., pág. 345.

32 Vid. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones...*, cit., pág. 349.

concepto del orden<sup>33</sup>, esto es, consiguen hacer valer unos intereses específicos en un ámbito espacial, temporal y personal limitado, buscando el amparo oficial del Derecho Penal pero actuando bajo el umbral de éste<sup>34</sup>.

Pero lo cierto es que el proceso de privatización de la seguridad pública ha impulsado un cambio radical de paradigma del control social<sup>35</sup>. La nítida distinción, propia del Estado de Derecho, entre los ámbitos de autonomía social de acción y la intervención estatal legítima, quiebra o se difumina por completo<sup>36</sup>. El nuevo modelo de control social se aleja de este modo, progresivamente, del binomio normativo «justo-injusto» para aproximarse a otro paradigma puramente situacional que contrapone los términos «seguridad»-«inseguridad»<sup>37</sup>.

El nuevo paradigma de control, regido por intereses privados, implica un híbrido de Derecho de Policía, de Derecho «del orden», de Derecho Penal y de Derecho privado sui generis. Representa, en cualquier caso, una doble quiebra de la seguridad jurídica que amenaza las libertades del ciudadano: de una parte, del control preventivo que lleva a cabo el Derecho Penal en el campo previo y, de otra, de este nuevo «Derecho del orden» que parece funcionar al margen de las garantías propias del Derecho Penal bajo cuyo umbral actúa<sup>38</sup>.

---

33 Así, JOHSTON, L., *The Rebirth of Private Policing*, 1992, pág. 214 y ss. Cfr. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones...*, cit., pág. 351.

34 Vid. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones...*, cit., pág. 344. Para los autores, el control social estatal, por su limitada capacidad para atender las demandas de seguridad, genera unas «zonas grises» y «espacios libres de control» por los que penetran, después, las «ofertas de seguridad». Pero se trata de unos intereses de control y de unas concepciones sobre la seguridad absolutamente distintas.

35 Así, BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones...*, cit., págs. 353 y ss.

36 En este sentido, KREIBL, R., *Was ist Kritisch an der Kritischen Kriminologie?*, 1994, pág. 5 (citado por BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones...*, cit., pág. 353, nota 31).

37 Así, BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones...*, cit., pág. 353.

38 Vid. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones...*, cit., pág. 354.

El proceso de privatización de la seguridad rompe, pues, con el monopolio del Derecho Penal como instrumento decisivo del control estatal<sup>39</sup> y es una manifestación más del proceso de diversificación y de diferenciación que experimenta el control social en el Estado del bienestar. Por decirlo con palabras de COHEN<sup>40</sup>: forma parte del proceso de «reestructuración» y de «dispersión» del control social, que encuentra nuevas formas de actuación. Ahora bien, sería ingenuo ignorar los riesgos que implica la cesión del control por parte del Estado a los particulares: que se propicie una actuación de éstos eludiendo las garantías del Derecho Penal y que se legitimen, sin más, los intereses particulares bajo el manto protector del Estado y el ropaje engañoso de las fórmulas generales del orden. Porque, en definitiva, la privatización del ius puniendi bajo patrocinio estatal equivale, guste o no guste, a una nueva forma de criminalización en el campo previo<sup>41</sup>.

## VI El modelo español de seguridad «privada» en el marco del Derecho Comparado: relaciones entre seguridad «pública» y seguridad «privada»

El crecimiento acelerado de la seguridad privada y la necesidad de delimitar las funciones de ésta respecto a la seguridad pública ha dado lugar a una pluralidad de modelos de «gestión» de la seguridad, según expresión de BUTTON y JOHN<sup>42</sup>: el modelo integrador, el de dirección o control a distancia, el modelo en red y el modelo económico o de mercado.

El primero integra a la seguridad privada en la «gran familia de la policía», ejerciendo labores de colaboración, pero la Policía sigue conservando la hegemonía y control del mantenimiento del orden. En el de dirección o control a distancia, aquella

---

39 Vid. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones...*, cit., pág. 354.

40 COHEN, St., *Visions of Social Control*, 1985. Cambridge, págs. 40 y ss. Cfr. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones...*, cit., pág. 351.

41 Así, BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones...*, cit., pág. 354.

42 BUTTON, M. y JOHN, T., *Plural policing in Action: A review of the Policing of Environmental Protest in England and Wales*, en: *Policing and Society*, 12.2 (2002), pág. 111 y ss. Cfr. GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, ANDREA, *La seguridad privada*, cit., págs.269 y ss. (a 272).

sigue conservando importantes prerrogativas sobre el sector y éste, por participar en el ejercicio de funciones públicas, debe acatar ciertos estándares de profesionalidad y respeto a los derechos fundamentales.

El modelo de red («nodal governance») parte de unas relaciones puntuales y locales de igualdad y horizontalidad entre ambos sectores y es válido para países donde la acelerada expansión de la seguridad privada y la dispersión de los poderes públicos hacen muy difícil una nítida diferenciación y diseño de límites entre uno y otro.

El modelo económico, de mercado, rige en países donde no se ha producido ninguna intervención estatal en el sector de la seguridad privada, considerándose este último como un sector empresarial más del mercado. Es el caso de Gran Bretaña hasta el 2001, donde tradicionalmente existe una autorregulación por el propio sector en lugar de una intervención pública en el mismo.

El modelo español se aproxima al modelo de dirección o control a distancia. A través de una «coordinación regulada» se trata con el mismo de frenar la tendencia peligrosa y no deseable hacia patrones neoliberales donde seguridad pública y privada compiten en plano de igualdad. El control estatal garantiza, además, ciertos estándares de calidad, profesionalidad y equidad. Existen, además, dos mecanismos para articular y canalizar la cooperación entre el sector público y el privado; uno, de naturaleza política (las Comisiones mixtas de coordinación, centrales y provinciales, creadas por Orden ministerial de 26 de junio de 1995); otro, de carácter operativo y de apoyo al servicio de vigilancia y protección que realiza el personal de la seguridad privada (la Sala de coordinación seguridad pública, seguridad privada, que funciona desde el año 2001)<sup>43</sup>.

## VII El problema criminológico del «miedo al delito» y su conexión con el incremento de la seguridad privada

El muy complejo problema criminológico del miedo al delito es, sin duda, uno de los factores que contribuye de forma relevante al incremento de la demanda social

---

43 Vid. GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, ANDREA, *La seguridad privada*, cit., págs. 271 y ss.

de seguridad. Y, en particular, de la seguridad «privada». Interesa, por ello, aportar alguna breve reflexión sobre el mismo y sus implicaciones políticocriminales.

En la actualidad, se ha generalizado el sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana, preocupando cada día más tanto el problema general del delito como el temor a convertirse en víctima del mismo. Es uno de los rasgos característicos de la «ideología de la seguridad» de la sociedad postindustrial, que se observa, también, en España<sup>44</sup>. Durante los últimos lustros, se palpa una sensación de escepticismo y desconfianza respecto a la capacidad de los poderes públicos de controlar y prevenir la criminalidad. Las actitudes sociales hacia el infractor son cada vez más rigurosas e intolerantes, incluso en sectores sociales tradicionalmente más comprensivos y liberales, hasta el punto de que el miedo al delito en sí mismo se ha convertido en un problema social<sup>45</sup>.

El miedo, el temor, es una respuesta individual típica psicológicamente condicionada, de quien ha sido victimizado. La experiencia victimaria explica una angustia que, por cierto, determinados procesos psicopatológicos pueden actualizar, revivir e incluso perpetuar. Pero el miedo que ahora y aquí interesa (enfoque político criminal) trasciende esa dimensión clínica e individual: me refiero al miedo a convertirse en víctima del delito como vivencia o estado de ánimo colectivo y no necesariamente asociado a una previa victimización. Este miedo o temor, es desde luego, un problema real con independencia de su etiología<sup>46</sup>: esto es, tanto si tiene una base cierta y objetiva, como si se trata de un miedo imaginario sin fundamento, producto

---

44 En los «barómetros mensuales» del CIS, a mediados del 2001, solo un 9% de los encuestados mencionaba la delincuencia y la seguridad ciudadana como uno de los tres problemas principales de la sociedad española, lo que les situaba en quinto o sexto lugar de la lista de preocupaciones de la comunidad. Sin embargo, a lo largo del 2003, se referían a ellas (delincuencia y seguridad ciudadana) porcentajes que rondaban el 20%, consolidándose como la tercera preocupación más importante. Semejante progresión se detecta en los valores que reflejan el miedo a convertirse en víctima del delito durante el citado período. Vid. DIEZ RIPOLLÉS, J.L., El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, en: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 06-03, 2004, pág. 8, nota 10.

45 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, cit., págs. 8 y 9.

46 Resaltando esa posible doble etiología, SCHNEIDER, H.J., Kriminologie, Berlín-New York, 1987. W. de Gruyter, págs. 767 y ss.

de una defectuosa percepción de la realidad o de la manipulación interesada de ésta por terceros. En ambos casos produce efectos nocivos<sup>47</sup>: altera los hábitos y estilos de vida de la población; fomenta comportamientos insolidarios hacia otras víctimas, genera inevitablemente una política criminal drástica de innecesario rigor (el miedo produce siempre más miedo), poco eficaz, y en momentos de crisis se vuelve contra ciertas minorías (las de siempre) a las que los forjadores de la opinión pública culpabilizan de todos los males sociales; de modo que el castigo ejemplar de estos chivos expiatorios concita la atención general – la distrae o desvía de los problemas sociales– actuando como instrumento de cohesión y solidaridad, es decir, como coartada legitimadora en perjuicio de los sectores sociales más deprimidos. Todo ello sin olvidar que el miedo al delito es expresión de desconfianza hacia el propio sistema y que induce a la autoprotección y a toda suerte de excesos defensivos al margen de la Ley y las instituciones.

Hasta la segunda mitad del siglo XX, la Criminología no prestó especial atención al problema del miedo al delito, estimando se trataría de una consecuencia trivial de la criminalidad, directamente proporcional al riesgo objetivo de modo que las estrategias del control del delito operarían ipso facto como estrategias para controlar dicho miedo. Hasta entonces se privó de autonomía al fenómeno del miedo al delito no asumiendo los criminólogos que en sí mismo pudiera ser muy perjudicial<sup>48</sup>. El panorama doctrinal cambió sustancialmente cuando a finales de los sesenta del pasado siglo la Comisión Presidencial sobre aplicación de la Ley y la Administración de Justicia de los EEUU advirtió que «el más dañino de los efectos de los delitos violentos es el miedo, y ese miedo no debe ser menospreciado»<sup>49</sup>. A partir de este

---

47 Vid., SCHNEIDER, H.J., *Kriminologie*, cit., págs. 771 y ss.; KAISER, G., *Criminología*. Una introducción a sus fundamentos científicos. Madrid, 1978 (Espasa Calpe). Traducción de E. Zimmerman, págs. 97 y 98.

48 WARR, Mark, El miedo al delito en los Estados Unidos: líneas para la investigación y la formulación de políticas. En: *Justicia Penal Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*. Estudios de Derecho Penal y Criminología dirigidos por C.M<sup>a</sup>. Romeo Casabona. Granada, 2006 (traducción de Mario Arroyo), pág. 182.

49 President's Comisión on Law Enforcement and Administration of Justice, 1967. *The challenge of crime in a free society*. Washington, D.C.; U.S. Government Printing Office (1967, 3).

momento, los criminólogos se percataron, de una parte, de que para valorar las consecuencias sociales del miedo al delito las investigaciones no podían versar ya exclusivamente sobre las víctimas directas del delito<sup>50</sup>; y de otra, de la magnitud e impacto social del miedo al delito, que exhibe una prevalencia mayor que la propia victimización y configura la propia cultura de un país<sup>51</sup>.

Pero la propia delimitación conceptual y naturaleza del miedo al delito sigue siendo un tema controvertido, en buena medida porque los autores no reconocen las distinciones elementales entre «percepción», «cognición» y «emoción»<sup>52</sup>. Aunque algunos no compartan este punto de vista, parece obvio que el miedo no es una percepción del medio ambiente, sino una reacción al medio ambiente percibido. Y que tampoco es en sí mismo una creencia, una actitud o evaluación (aunque pueda ser el resultado de un proceso cognitivo o de una evaluación perceptiva de la información): antes bien, se trata de una emoción, un sentimiento de alarma o temor causado por un acto consciente o por una expectativa de peligro<sup>53</sup>. Otro error frecuente consiste en equiparar el miedo al delito con la percepción del riesgo de victimización (o probabilidad subjetiva de victimización), pues la percepción del riesgo es una causa asociada al miedo, no el miedo en sí mismo; es decir, el miedo no es percepción del riesgo, sino su consecuencia<sup>54</sup>. Tampoco pueden equipararse los conceptos de miedo y ansiedad, como sucede con la mayoría de las mediciones

---

50 Paradigmática, en este sentido, la obra de CONKLIN, J. (*The impact of crime*, New Cork: Macmillan, 1975).

51 Cfr. WARR, Mark, *El miedo al delito en los Estados Unidos*, cit., pág. 182. Como advierte el autor «el miedo al delito afecta a muchas más personas en los Estados Unidos que el delito mismo, y existen razones fundadas para tratar el delito y el miedo al mismo como problemas sociales distintos» (pág. 181).

52 Así, WARR, Mark, *El miedo al delito en los Estados Unidos*, cit., pág. 183.

53 Cfr. WARR, Mark, *El miedo al delito en los Estados Unidos*, cit., pág. 184. Para el autor, y contra la opinión de un sector de los criminólogos, no existen diferencias cualitativas entre el miedo al delito y otros miedos (vg. a la enfermedad, a sufrir un accidente, etc.).

54 Cfr. WARR, Mark, *El miedo al delito en los Estados Unidos*, cit., pág. 184 y bibliografía allí citada.

diseñadas más para registrar esta última que el temor a la victimización. El miedo actúa como respuesta a amenazas inmediatas, la ansiedad como reacción a eventos futuros o pasados<sup>55</sup>.

Parece, pues, imprescindible que los poderes públicos discernan, caso a caso, la génesis y etiología del miedo al delito, su distribución, incidencia en el cuerpo social y principales variables (edad, sexo, profesión, hábitat, etc.); si tiene un fundamento real y objetivo o carece de éste: a quien se teme más; qué hechos suscitan mayor temor; si dichos estados de opinión se corresponden – o no – con datos objetivos; cómo se proyectan en los diversos estratos sociales y con qué consecuencias, etc.<sup>56</sup>.

Siendo el miedo al delito una sensación difusa y de fácil manipulación, nada más peligroso que una política criminal sensible a sus dictados. Por ello, un correcto diagnóstico científico del miedo al delito y una adecuada información a la opinión pública sobre las cifras reales y objetivas de la criminalidad, constituyen la mejor estrategia para conjurar perniciosos estados de opinión rayanos en la psicosis colectiva con todos sus excesos y secuelas<sup>57</sup>. Más aún si se tiene presente, como demuestran numerosos estudios, que los estados de opinión (estereotipos incluidos) y los valores estadísticos a menudo siguen cursos divergentes. Que el temor al delito, esto es, el miedo a ser víctima de éste en el futuro, no siempre coincide con las cifras reales de victimización<sup>58</sup>. Así, las encuestas de victimización demuestran que contra lo que pudiera parecer, quienes más temen al delito (tercera edad), no

---

55 Cfr. WARR, Mark, *El miedo al delito en los Estados Unidos*, cit., págs. 184 y 185.

56 Cfr. SERRANO GÓMEZ, A. (director) y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (coordinador): *Tendencias de la criminalidad y percepción de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea*. 2007. Edisofer, págs. 24 y ss.

57 En el mismo sentido del texto, propugnando una información objetiva y matizada al ciudadano: WARR, Mark, *El miedo al delito en los Estados Unidos*, cit., págs. 216 y 217.

58 Cfr. *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana*, cit., págs. 120 y ss. Para los autores, «las tendencias de la delincuencia y del miedo al delito son relativamente independientes unas de otras, esto es, la percepción social de la inseguridad ciudadana no coincide con la tasa de delincuencia real». Y concluyen: «Nuestra hipótesis de partida que consideraba la inseguridad ciudadana enlazada a la criminalidad en una relación de causa a efecto, no se corresponde con la realidad».

son – en términos estadísticos – las personas más victimizadas<sup>59</sup>; ni delinquen más (hechos más graves y con más frecuencia) los individuos a quienes la sociedad más teme (jóvenes); ni tampoco son estadísticamente más previsibles los delitos que, de hecho, suscitan más alarma (los violentos)<sup>60</sup>.

El miedo al delito ha dado lugar a numerosas investigaciones empíricas en los últimos lustros. Según éstas, es necesario distinguir el miedo irracional a la delincuencia, del temor fundado – y personal – a llegar a ser víctima de ella. El primero plantearía ya un problema en sí mismo, aunque carezca de fundamento objetivo y pueda controlarse incrementando la información. Ahora bien no se trata, en todo caso, de un temor uniforme y regular. Se experimenta de modo desigual, según diversas variables. Al parecer, por ejemplo, se temen fundamentalmente los delitos violentos contra las personas, esto es, los que, por fortuna suceden con menor frecuencia. Los jóvenes y los desconocidos concitan especial preocupación. Mujeres, personas de más de sesenta años, habitantes de los grandes núcleos urbanos y miembros de las clases sociales deprimidas son, según todos los indicios, los colectivos que exhiben reacciones de alarma – de una alarma abstracta, global e inespecífica – ante la criminalidad más acusada (sin base alguna, en el caso de las mujeres y personas mayores, cuyos índices de victimización no llegan a los porcentajes medios del resto de la población). Pero lo cierto es que el miedo al crimen que ésta padece suele ser más un miedo difuso e irracional que un temor con fundamento y concreto. En su intensidad influyen numerosas variables (carácter de la persona, colectivo al que ésta pertenece, vulnerabilidad del mismo, clima social, etc....)<sup>61</sup>. El impacto de los medios de comunicación puede

---

59 Sobre la llamada paradoja del miedo en el caso particular de la tercera edad –miedo que no se corresponde con las tasas reales de victimización de los ancianos, que es más baja que la padecida por jóvenes y otros subgrupos- vid. KURY, H. y FERDINAND, T., Miedo al delito, tamaño de la población, salidas a la calle y actitudes hacia la policía. Resultados alemanes, en: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Epoca, 3 (1999), págs. 226 y ss. En sentido semejante, resaltando la mencionada paradoja, Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana, cit., pág. 28, nota 31 (bibliografía allí reseñada).

60 Sobre el problema, vid., SCHNEIDER, H.J., Kriminologie, cit., págs. 770 y ss.

61 Una reseña bibliográfica sobre los diversos factores personales y sociales que influyen en

ser significativo, creando estados de opinión<sup>62</sup>. En cuanto al miedo derivado de una previa experiencia personal, como víctima, depende también de numerosos factores: especialmente, la clase de delito de que se trate<sup>63</sup>. Desde un punto de vista político-criminal, parece importante que no se magnifiquen episodios delictivos aislados. Es oportuno desdramatizar. La policía, por su parte, no sólo ha de luchar contra el delito sino también contra el temor y el miedo irracional al mismo; si es preciso añadiendo a su presencia real, una presencia ficticia<sup>64</sup>.

Con distinto éxito se han ensayado importantes programas comunitarios de prevención del miedo: fundamentalmente, programas de vigilancia de barrio (programa de Seattle, de Detroit, de Portland, de Chicago, de Kirkholt) y programas de modificación del ambiente o vigilancia natural (proyecto de Portland, de Harford; estudios de seguridad en establecimientos comerciales en Denver, San. Luis y Long Beach)<sup>65</sup>.

---

el miedo al delito, en: *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea*, cit., págs. 28 y ss.

62 La opinión pública sobre el delito se halla muy influida por los medios de comunicación que desfiguran la realidad creando estereotipos al narrar las noticias. Todo parece indicar que los medios de comunicación tienden a subrayar con sus tópicos la desconfianza en la justicia y los errores de los órganos encargados de combatir el crimen. Y que sobredimensionan la delincuencia violenta y sexual, de la que se ocupan prioritariamente. Afirmar, no obstante, que la «alarma social» sea básicamente una «construcción mediática», parece un aserto desmedido. Sobre la función de los medios de comunicación, vid. *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana ...*, cit., págs. 31 y ss.

63 Para algunos autores, la previa experiencia personal como víctima es la principal variable dependiente (así: ALVAZZI DEL FRATE, A., *Victims of crime in the developing world*, UNICRI publications, nº 57, Roma=UNICRI, 1998, págs. 115 y ss.). Sin embargo, es necesario relativizar y matizar la relevancia de dicha variable porque la víctima tiende a olvidar los delitos menos graves y distantes en el tiempo, influyendo más en su sensación de inseguridad los delitos más graves y próximos en el tiempo. Cfr. *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana*, cit., págs. 29 y ss.

64 Cfr., SCHNEIDER, H.J., *Kriminologie*, ibidem.

65 Vid. una información detallada en: BERENGUER MEDIAVILLA, R., *Miedo al delito: origen y prevención*. Valencia, 1989 (tesis doctoral), páginas 182 a 198.

El miedo al delito preocupa, y con razón, por la alarma que genera. Pero, en términos estadísticos, la tasa real de victimización es relativamente baja (se calcula que la delincuencia afecta solo a un 10% de la población). Por ello las teorías de la prevención y de la seguridad ciudadana<sup>66</sup> sugieren se contemplen, también, otros problemas que inciden gravemente en la calidad de vida de los ciudadanos, como la conducta antisocial y el desorden y deterioro urbano. Se argumenta que tanto la conducta antisocial (v.g. falta de respeto a las personas, acoso, etc.) como el deterioro urbano provocan el retraimiento de los vecinos que terminan no sintiéndose dueños de sus lugares de convivencia, y la pérdida de cohesión social de los barrios.

---

66 Así, BARBERET, R., La prevención de la victimización, cit., págs. 245 y 246.

# La indeterminación típica del delito de abuso de funciones (art. 162 del código penal uruguayo) y su Inconstitucionalidad

*Gastón Chaves-Hontou<sup>1</sup>*

## **Dedicatoria**

De portada

La invitación a colaborar en este libro de amigos en homenaje al Dr. Kurt Madlener es para mí motivo de especial satisfacción, dado que ella me permite expresar, más allá de la humildad de mi aporte, un especial reconocimiento y una especial gratitud que guardo hacia él por la amistad que me ha dispensado, desde aquellos ya lejanos días de fines de 1992, cuando viajé a la ciudad de Freiburg (in) en Breisgau, en usufructo de una beca que el Instituto Max Planck me había otorgado para la investigación de un tema de Derecho Penal.

Debo decir que el apoyo que tuve del Dr. Madlener durante aquellos largos meses invernales que pasé en la investigación fue tan permanente como inestimable. Un apoyo que trascendió el nivel, de por sí ya ampliamente generoso, que brinda el Instituto Max Planck: el Dr. Madlener y su señora esposa, Silma Madlener, me abrieron las puertas de su casa en aquellos días, fundando desde entonces una amistad cuya existencia tengo la ventura de ratificar una vez más a través de estas páginas.

El tema elegido concierne al delito contra la Administración Pública, inserto en el Art. 162 del Código Penal uruguayo, denominado Abuso de funciones cuyos límites

---

1 Professor de Direito Penal da Universidade Católica de Montevideú. Pesquisador Científico no Instituto Max Planck, Alemanha.

imprecisos – o mejor, cuya carencia de límites – son una clara amenaza al principio de libertad contenido en el Art. 10 de la Constitución uruguaya, según el cual “nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que la ley no prohíbe”.

El texto legal que será objeto de mi comentario no determina suficientemente, a mi criterio qué es precisamente lo que se prohíbe en su disposición.

## 1 El precepto penal

Vale la pena transcribir el precepto del Art. 162 CP subrayando en él (por cuenta del autor) *aquellos giros o expresiones que pierden al intérprete en el limbo de una conducta sin certezas y sin posibilidades de concreción*:

Art. 162. (Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley). El funcionario público que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales...

Con amplia razón se ha considerado que esta disposición es un cajón de sastre, a donde van a parar aquellas conductas que no han tenido cabida en otras tipificaciones más precisas de la ley. A diferencia de los tipos penales que definen por inclusión, la disposición considerada – algo así como un remanente de la simplicidad – define al delito por exclusión. Lo que, distintamente, advierte de su carácter amenazante para la libertad.

Este carácter nebuloso es inadmisibles de la conducta no sólo se constituye en causa de inconstitucionalidad de la disposición que apenas la indicia (porque no la describe), sino en el fundamento mismo de su inaplicabilidad, dado que si no es posible discernir ni distinguir con claridad aquello que se quiere prohibir y castigar, la consecuencia de prudencia sería precisamente la necesidad de abstenerse de llevar a cabo una tarea imposible. No obstante lo cual, en no pocos casos la jurisprudencia nacional ha emprendido la tarea de ver figuras en la niebla, sustituyendo la incertidumbre que la norma trae consigo por la certidumbre de las creencias o suposiciones del propio juzgador. El peligroso vacío de descripción que ha dejado la ley, ha sido, en ocasiones, ocupado por valoraciones judiciales que han tenido en cuenta,

para entender configurado el delito, no sólo las irregularidades formales de ciertos actos administrativos, sino, aun... ¡la mera conveniencia de los mismos!

La tarea que urge es, entonces, la de rescatar del arbitrio a que los contornos inasibles de una disposición conducen, precisamente, el principio de legalidad, en lo que atañe a la certeza que debe tener lo mandado o prohibido, expresado por dos veces en el Art. 10 de la Constitución en la locución “lo que”, porque en ella se concreta la necesidad de certeza: la “autoridad de los magistrados”, según la Constitución, está estrictamente limitada a “lo que” la ley manda y a “lo que” la ley prohíbe. Allí donde la expresión de la ley es imprecisa, ya sea por la desmedida e irrazonable extensión de lo que quiere prohibir, ya por la absoluta omisión de pautas objetivas para determinar la conducta, allí también la disposición constitucional de certeza aparece incumplida.

## 2 Síntesis de las razones de la inconstitucionalidad del Art. 162 CPU

El Art. 162 CP es inconstitucional, porque precisamente hace una desmadrada extensión de lo prohibido, mediante el empleo de expresiones que, precisamente, impulsan el hecho típico hacia la evanescencia.

En efecto: en la norma se incrimina la conducta del funcionario público que cometiére u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la administración o de los particulares. Si el intérprete quisiera mayor ayuda para precisar el sentido de este acto arbitrario cualquiera, tan sólo encuentra la referencia modal de que el acto arbitrario cumplido por el funcionario debe serlo “con abuso de su cargo”, lo que implica una evidente tautología, porque no puede cometerse un acto arbitrario sin abusar del cargo y viceversa.

Si, todavía, el intérprete pretende buscar mayor precisión en la norma, lo único mayor que encontrará será la imprecisión, porque la ley agrega que ese acto arbitrario que se equivale al abuso del cargo, no debe estar “especialmente” previsto en las disposiciones del Código “o de leyes especiales”. El texto legal hace honor a su jurisprudencia, que resume el delito del Art. 162 como *Abuso de funciones en casos no*

*expresamente previstos por la ley*: si se tiene en cuenta que el Art. 1 CP uruguayo define al delito como toda acción u omisión “expresamente prevista” en la ley penal, se advierte que la que se comenta confiesa su inconstitucionalidad: en este caso se trata de acciones u omisiones que no han sido expresamente previstas en la ley penal.

Contrariando el principio de que el Derecho Penal es un discontinuo de ilicitudes, donde, a falta de incriminación expresa rige la irrelevancia penal de la conducta, la disposición en examen, por el contrario, crea un continuo de ilicitudes, según el cual, toda infracción a los deberes funcionales, en ausencia de otra incriminación específica, constituiría el delito innominado que hace la suplencia respectiva.

Por añadidura, el precepto peca contra el principio del concepto dado que cualquier falta administrativa sancionable como tal, recibirá la automática duplicación de la sanción penal, contravinendo, de paso, el principio de ultima ratio de la sanción criminal. La presencia del Art. 162 CP establece una suerte de responsabilidad penal espejo de la disciplinaria y aun más: de toda infracción a las normas administrativas, cualesquiera fueren, porque, en definitiva, la infracción de una norma administrativa, sea en su regularidad formal, sea en su sentido funcional, es un acto arbitrario y abusivo. Constituido el juez en el despacho del administrador, sustituyéndolo a posteriori en la consideración de los actos expedidos por éste, ¿podría llegar a juzgar – y lo ha hecho – hasta el mérito de las providencias, porque, en definitiva, una providencia inconveniente no deja de ser una disposición arbitraria! Subrepticamente, la disposición propicia la sustitución de despachos: un auténtico relevo de poderes y de Poderes.

El principio de determinación del hecho punible (Constitución Art. 10 y 72) impone que las leyes sean claras y precisas en la descripción de la conducta prohibida, para que el ciudadano y el magistrado sepan dónde termina la libertad de uno y dónde empieza la autoridad del otro; para que la pena sirva como pauta orientadora de la convivencia social y no se constituya en un factor tanto o más desviado que el propio delito (como decía Horacio) *Mientras vivimos vamos a disfrutar de los placeres de la vida*, debe recaer sobre hechos precisamente delimitados sobre los que pueda congregarse un reproche de culpabilidad.

Estos argumentos resumen la clave de la inconstitucionalidad del Art. 162 CP que en lugar de definir duplica repetidamente ; en lugar de concretar expande; en lugar de distinguir el delito del acto administrativo irregular y, en especial, de la falta administrativa, confunde uno con otra y agrava, por segunda duplicación (pena sobre sanción disciplinaria) la responsabilidad de la segunda; en lugar, en fin, de seguir el sentido de la pena hacia la congregación social, promueve la disgregación por la incidencia de un factor de aplicación errática e incalculable, más nocivo que la indefinida conducta ilisita que pretende castigar.

Vale la pena citar, por todos, con respecto al principio de determinación suficiente de la conducta, que el texto legal en comentario inflige, las palabras de Sergio Moccia<sup>2</sup>, quien trae a sus páginas el debido e ineludible homenaje a Feuerbach:

*Ha sido, en efecto, Anselm Feuerbach quien, entre fines del siglo XVIII y principios del XIX, en el cuadro de una valorización de los derechos del hombre operada por la tradición una ley natural iluminista, ha vinculado de modo límpido la tutela de la libertad y dignidad del individuo con la realización de la función de la pena – vista en términos de prevención general negativa – a través de la clara y rigurosa afirmación del principio No habrá ningún delito, no hay castigo, no hay ley preexistente), esto es, de la legalidad y de la certeza del derecho penal.*

*La idea misma de la coacción psicológica está inseparablemente vinculada con la de la previsibilidad y de la certeza del derecho. La pena puede operar como contra-impulso el momento de la confrontación entre fuerzas opuestas, sólo en cuanto ella sea determinada y prevista con relación a hechos taxativamente descritos en una norma legal.*

*Es propiamente el respeto del principio de legalidad el que, al margen del contexto de prevención general negativa, es pertinente en términos de realización de las funciones de la pena, expresando, como magistralmente ha sido demostrado por Anselm FEUERBACH, no sólo exigencias de tipo garantía total y formal, sino también exigencias de tipo teleológico funcional.*

---

2 Sergio MOCCIA, Il diritto penale tra essere e valore. Funzione de la pena e sistematica teleologica. Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles 1992, págs. 121 y ss..

*En efecto, una vez reconocida a la pena una función de orientación, desde los puntos de vista general e individual, entonces el ilícito, en sus componentes de desvalor de resultado y de desvalor de conducta, deberá resultar fácilmente reconocible en cuanto tal. Aparece, por tanto, evidente cómo también en esta perspectiva de teoría de la pena, entendida como integración social, es relevante la necesidad de una tipificación según criterios de determinación y especificidad.*

*En torno a normas oscuras no sería, en efecto, posible obtener una agregación de consensos, de la misma manera que, como ya hemos visto, el propio efecto de intimidación no resulta practicable si la amenaza de la sanción penal no se conecta a la prohibición de una conducta fácilmente individualista. Las mismas consideraciones valen, en fin, también en el plano individual: es manifiesto, en efecto, cómo sólo la clara identificación del precepto – así como también de la respectiva sanción – puede hacer percibir al reo la norma penal como regla de conducta, volviendo de este modo aceptable la intervención punitiva estatal.*

*La cuidadosa tipificación se confirma, entonces, estrechamente conexas, además de a la finalidad político general de la defensa de la libertad, a la de la realización de la finalidad político criminal relativa a la función de la pena, entendida en términos de integración social.*

En consecuencia, las leyes deben ser suficientemente claras, completas y plenas como para impedir que, so pretexto de su interpretación, se incorporen a su sentido los propios, personales y subjetivos criterios de valoración del juzgador (incluidos los de la oportunidad y conveniencia del acto), que desvirtuarían la competencia exclusiva del legislador y la trasladarían por vía indirecta, pero de todos modos claramente inconstitucional, a quien no lo es.

Armónicamente, Roxin concede enfática razón a la expresión de Welzel: *¡El auténtico peligro que amenaza al principio no hay pena sin ley no procede de la analogía, sino de las leyes indeterminadas!*<sup>3</sup>

---

3 Claus ROXIN, Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAS y GARCÍA CONLLEDO, Javier de VICENTE REMESAL, Civitas, 1997, pág. 170.

Sebastián Soler<sup>4</sup>, comentando una disposición de la ley uruguaya de parecida imprecisión a la que es objeto de estas páginas, el Art. 76 de la ley 2.230, de 2 de junio de 1893, que castiga la conducta de un director o administrador de sociedad anónima que cometiera, fraude, simulación, violación de leyes o estatutos o de una ley de orden público, hacía consideraciones que valen como coadyuvantes:

*Desde luego, todas las figuras que hoy integran un Código Penal, en definitiva, son formas recortadas dentro del ámbito de las grandes fuentes del delito: la violencia, el fraude y la injuria ; pero ciertamente que están por fortuna superados los tiempos en que el derecho penal albergaba en su seno a esos monstruos sueltos y no domesticados, a los cuales era posible apelar cuando no se encontraba delito alguno. (Subrayado no original).*

*Pues bien, en este caso, se ha venido a afirmar que además de la quiebra fraudulenta, cuando no hay sociedad liquidada, el Art. 76 servirá también para castigar con la pena del quebrado fraudulento al que cometa fraude, simulación infracción a estatutos o a una ley cualquiera de orden público.*

Y culminaba su razonamiento:

*Desde luego, el concepto de fraude es un concepto muy genérico cuyos rasgos generales consisten en una intención de engañar o defraudar a otros y un acto fraudulento a creadores. Es decir, el fraude, como la violencia, no es un crimen en sí ; es uno de los grandes criterios que pueden servir para clasificar delitos. ‘El legislador no considera abstracto el fraude...indica los elementos constitutivos cada vez que lo castiga como medio para consumir una particular infracción’ (Tancredi GALIMBERTI, diccionario de la Criminología , Vol. II, p. 1043).. (Subrayado agregado).*

*Son numerosos los delitos de fraude, así como lo son los de violencia ; pero no hay ni un delito de violencia ni un delito de fraude. Esta tesis no es una novedad, por cierto. Autores tan antiguos como MORIN, al explicar el tema (1851) dicen : ‘Después de haber previsto varios crímenes de los cuales el fraude es un elemento esencial y todos*

---

4 Sebastián SOLER. La responsabilidad penal de Directores y Administradores en la Sociedad Anónima en la Ley 2230 de 2 de junio de 1893. Apartado de la Justicia Uruguaya, Montevideo, 1973, págs. 55 a 57).

*los hurtos que se cometen por sustracción fraudulenta de la cosa ajena, el Código penal incrimina ciertos fraudes diferentes en los seis párrafos de la sección que tiene por título Bancarrotas, estafas y otras especies de fraude' (MORIN, Repertorio, II, 151).*

Cambiando lo que tiene que ser cambiado: con relación a nuestro tema, tampoco hay un delito de abuso, como parece quererlo el Art. 162 CP, sino que esta modalidad es la que se concreta en determinadas conductas, como la concusión, el cohecho, el fraude, el peculado, etc., donde siempre hay un elemento más que coagula, precipita en conducta tangible lo que, de otra manera, permanecería en el vago concepto genérico del Art. 162.

La disposición en comentario marca el límite o momento a partir del cual el legislador, luego de tipificar delitos que corporeizan o concretan el acto arbitrario cometido mediante abuso de funciones, se desliga de su obligación constitucional de determinación y la traslada al intérprete, encomendando a la imaginación, las creencias, los prejuicios y los criterios de oportunidad y conveniencia de este último, la continuación de una faena que debería haber concluido en el mismo momento en que el elenco de figuras posibles de abuso se había agotado en la imaginación legislativa.

La abdicación del legislador viene de la mano de esa ilimitada amplitud de examen que da en usurpación al intérprete, porque una forma de ser indeterminada una conducta puede darse no sólo cuando no pueda decirse en qué ella consiste, por falta de indicación de la ley, sino cuando ésta suministra un concepto de tal amplitud que es imposible establecerle un límite razonable (así, violencia, engaño, cualquier acto arbitrario).

Los esfuerzos de la doctrina para practicar una delimitación objetiva, que se advierte como necesaria, testimonian solamente la persistencia del problema, en lugar del hallazgo de la solución. Así, por ejemplo, el criterio de Carrara, referido a la importancia del abuso, para acotar la penalidad, no hace sino transportar el problema hacia una dimensión cuantitativa sin verificación como la que constituía la base de partida.

Maggiore<sup>5</sup> define el abuso del cargo como *el uso ilegítimo de las facultades, poderes y medios inherentes al cargo de funcionario público, y en general toda conducta contraria a sus deberes.*

---

5 Giuseppe MAGGIORE, Tratado de Derecho Penal, Ejea, 1961, Tomo III, pág. 209.

Cairolí<sup>6</sup> explica: *El acto arbitrario es un acto antijurídico por haberse ordenado o cometido mediante abuso de poderes del cargo. Debe examinarse caso a caso, para determinar si la conducta constituye abuso porque la arbitrariedad se da tanto en sentido objetivo o formal (abusando de un poder) como en sentido subjetivo (por móvil de venganza o de odio).*

Mariana Malet<sup>7</sup> se pronuncia así, con respecto a la materialidad del delito:

*Es tradicional la distinción entre abuso de poder en sentido objetivo y en sentido subjetivo. El primero se da cuando el acto es sustancial y formalmente contrario a las normas reguladoras de la actividad funcional del sujeto que lo hace para cometer el hecho incriminado. Pero puede ocurrir que sin violar formalmente las normas legales para el ejercicio de su actividad, se produzca el acto de abuso de poder porque se realiza con un fin distinto a aquel para el cual fue conferido el poder. De ahí el sentido subjetivo del abuso, que sólo puede conocerse cuando se sabe la intención del sujeto. Este tipo de desviación de poder es frecuente cuando se sustituye el interés público por el privado.*

Las citas testimonian la amplitud conceptual del acto a reprimir, que el texto legal sugiere a la doctrina. Según esto, el común denominador del acto abusivo es que el mismo sería el “contrario a una regla de derecho o con desviación de poder”, como lo define el Art. 309 de la Constitución, al delimitar la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en materia de anulación.

Las citas destacan, una vez más, el carácter tautológico de las expresiones “con abuso del cargo” y cometer u ordenar “cualquier acto arbitrario”, por cuanto no puede cometerse un acto arbitrario, esto es, contrario a las leyes, a la razón o a la justicia, sin, a la vez, abusar del cargo, ni es posible abusar del cargo sin cometer un acto arbitrario.

Téngase en cuenta todo esto y se tendrá que la disposición del art. 162 CP no es otra cosa que el espejo penal donde se refleja y duplica el acto administrativo anulable.

---

6 Milton CAIROLI MARTÍNEZ. Curso de Derecho Penal Uruguayo, tomo IV, pág. 223.

7 Mariana MALET VÁZQUEZ. La corrupción en la Administración Pública, págs. 114 y ss.

Con su habitual lucidez, dice Viana Reyes<sup>8</sup>:

*Finalmente, la interpretación que se preconiza aquí supone (inmediatamente se verá cuál es ella), de acuerdo con el principio de libertad que debe inspirar el sistema represivo nacional (Art. 10 Const.), una razonable limitación a la desmesurada extensión del precepto que deriva de la opinión que se rebate. De lo contrario, una ingente cantidad de actos administrativos irregulares caerían en la esfera criminal, aunque no fuesen íntimamente arbitrarios. Una compulsa de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo revela la existencia de frecuentes anulaciones de actos administrativos por exceso de competencia, por ejemplo, sin que a nadie se le haya ocurrido por ello trasladar los antecedentes a la justicia de instrucción.*

¿Será ello prueba de una infracción continuada de la Justicia (penal y administrativa) al Art. 177 CP (obligación de determinados funcionarios de denunciar delitos conocidos en ejercicio de sus funciones) o, por el contrario, testimonio de una aproximación sensata a la figura del Art. 162 CP, determinando los jueces, unos y otros, que la misma resulta inaplicable o, lo que es lo mismo, no clara y sensatamente aplicable?

### 3 Viana Reys: una interpretación alternativa en la doctrina uruguaya

Viana Reyes<sup>9</sup> propicia una interpretación que salve la imprecisión de la norma, considerando que el concepto de “abuso” contiene, además, una componente subjetiva que le daría especificación a la figura: el abuso no sería solamente la infracción objetiva de la norma administrativa, sino que debería estar presidido por intención espuria, ajena por completo a la persecución, por parte del funcionario, de objetivos de bien común, mediante el acto arbitrario.

*Desde otro punto de vista, es menester convenir en que la llamada ‘arbitrariedad objetiva’ (solamente objetiva) se confunde conceptualmente con el abuso del cargo o, mejor*

---

8 VIANA REYES, Enrique: “El abuso de autoridad genérico”, Revista INUDEP, Año 2, N°3, pág. 78.

9 Obra citada, págs. 75 y ss.

dicho, de los poderes funcionales. Una repetición de esa naturaleza no puede lógicamente admitirse en la ley, en aplicación de los principios hermenéuticos de vigencia y de unidad sistemática<sup>10</sup>.

El autor se pregunta por el contenido material de lo arbitrario. *Es decir, ¿cuál es el criterio que debe seguirse para descubrir la 'arbitrariedad' del acto?* Y responde que el significado natural y obvio del vocablo revela que la arbitrariedad del acto cometido u ordenado por el funcionario, como elemento constitutivo del tipo del delito previsto por el Art. 162 CP, se sitúa en el plano de los móviles o motivos del hecho, y llega a las siguientes conclusiones:

a) que, según lo revela su significado corriente, la arbitrariedad, como rasgo típico del acto cometido u ordenado por el funcionario, con abuso de su cargo y en perjuicio de la Administración o de los particulares, encuentra su ubicación conceptual en el ámbito o esfera de los móviles o motivos del autor de la conducta;

b) que, apartándose de la solución consagrada por el Código italiano de 1931 (Art. 323) y aun de la previsión argentina concordante (Art. 248), ese elemento ha sido mantenido como integrante del tipo, lo que obliga al intérprete a considerarlo en este plano y no en el de la culpabilidad.

Viana Reys culmina su razonamiento de esta manera:

*Completando los mencionados corolarios puede afirmarse, en primer lugar, que esa estructura del tipo permite clasificarlo entre los delitos de 'tendencia' o de 'intensificación de tendencia interna', en los cuales el ánimo impregna la acción típica, fijando con ello su carácter delictivo o, en otras palabras, que se caracterizan porque la conducta se orienta con una particular dirección de la voluntad del autor, que no se halla objetivamente expresada en forma completa.*

*Asimismo y en segundo término, el bien jurídico tutelado por la norma... desempeñando su inexcusable rol orientador del sentido de la figura, pone de manifiesto cuál género de impulsos psíquicos, innatos en el calificativo 'arbitrario', restringido del concepto de*

---

10 Obra citada, pág. 86.

*‘acto’, son idóneos para satisfacer ese requisito del tipo. Es decir, los móviles o motivos específicos del delito previsto por el Art. 162 CP son aquéllos espurios y contrarios al interés del Estado o de la Administración Pública en preservar la corrección teleológica de los actos de autoridad, proclives, por el ejercicio de poder que implican, a toda clase de desmanes.*

*En ese orden, el sectarismo, la prepotencia, la represalia, la venganza, el rencor, el despecho, el deseo de obtener ventajas sociales o políticas, el espíritu vejatorio o cualquier otro similar, es hábil para verificar la existencia del acto arbitrario<sup>11</sup>.*

Por cierto, reflexiones de esta naturaleza, aunque no siempre atendidas por la jurisprudencia, tienen la virtud de concretar en el móvil espurio la imprecisión general de la norma de incriminación, pero, a poco se medite acerca de cuál pueda ser o no el móvil espurio, circunstancia de plena opinión y apreciación subjetiva, se advierte que el recurso al móvil de la conducta no hace sino trasladar la imprecisión desde el plano objetivo hacia el subjetivo.

En conclusión: la vaguedad e imprecisión que ostenta el Art. 162 CPU, lejos de inducir a la prudencia de no aplicar una disposición que no puede aplicarse a hechos determinados, ha conducido los fallos judiciales a los caminos de una propia y autónoma valoración, que no hacen sino extraviar el sentido de garantía del principio de legalidad.

El traslado al elemento subjetivo del abuso, de parámetros que, ante todo, deberían ser objetivos, no contribuye en nada a la delimitación, por cuanto también la elección de los criterios por los que coagularía el abuso, adolecerían de idéntica imprecisión (con el gravamen adicional de la subjetividad) que padecen los criterios objetivos.

En tiempos de reforma del Código Penal, por los que pasa el país, debería abolirse esta disposición o, en todo caso, sustituírsela por normas concretas en donde se describan las conductas abusivas con la debida determinación, lo que obligará al legislador a retomar una competencia que ha delegado y que no le es lícito delegar.

---

11 Idem, pág. 93.

# A Modernidade, a Pós-Modernidade e o Processo de Globalização à Luz do Pensamento Criminológico

Gérson Pereira dos Santos<sup>1</sup>

*Dedico este estudo ao Dr. Kurt Madlener, M.C.L. pesquisador por décadas ligado ao Instituto Max Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, sediado em Freiburg im Breisgau, Alemanha. O professor Madlener desenvolveu, com professores universitários, magistrados e outros operadores do Direito, um estudo que constituía numa ampla análise comparativa de informes sobre “A Justiça como Garante dos Direitos Humanos na América Latina”. A pesquisa fê-lo visitar quase a totalidade de nações da América do Sul e Central e, particularmente, por inúmeras vezes o Brasil. Declaro ter sido, à época, como presidente do Tribunal de Justiça da Bahia e como Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal, um dos que o acolheram e à sua Digna esposa, também mestra em Direito, a Professora Silma Marlice Madlener, para profícuas palestras sobre a primeira unidade da exaustiva pesquisa: “1. A Independência da Justiça e do Juiz”: O Tribunal de Justiça concedeu, então, ao Professor Kurt Madlener o Diploma do Mérito Judiciário. Em Curitiba, no Estado do Paraná, no Rio de Janeiro, em Recife, no Estado de Pernambuco, em Boa Vista, no Estado de Roraima, e em outras capitais foram realizadas conferências sobre o tema. Assim, a investigação que tivera início no México e em Costa Rica, buscou concluir a pesquisa em El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Panamá antes de demorar-se em um país continental como o Brasil. De todas as etapas participaram dezenas de coordenadores e participantes que eram integrantes da área em estudos, como ocorreu na primeira reunião, organizada em Oaxaca, no México.*

---

<sup>1</sup> Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça da Bahia. Ex-Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia. Professor Emérito de Direito Penal e Criminologia da Universidade da Bahia. Ex-Diretor da Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Estado da Bahia. Pós-Graduado pela Universidade de Coimbra.

*Desde a Sessão Alemã da Comissão Internacional de Juristas, realizada em 1988 no Max Planck, em Freiburg, tenho acompanhado o ilustre Dr. Kurt Madlener em seus trabalhos, sobretudo na África e na América Latina. Tenho privado de sua companhia amiga, paciente e leal. Não apenas por isso, mas também por isso, é-me imensamente grato reconhecer os inúmeros motivos de uma benquerença de tantas e tantas nações.*

## 1 Em busca da aldeia global

Em encontro realizado em Brasília, Leszek Kollakowski, um polonês que se fez, por mérito, professor em Oxford, lamentava a ruína da aldeia tradicional e a mobilidade de nossa vida diante da perda progressiva do meio relativamente estável e quase natural de vizinhança e, com ela, o fim do espaço humano que, outrora, constituía um sistema de referência, a partir do qual nosso mundo se construía pouco a pouco.

Para Kollakowski, noções como as de família, origem natal, até o mundo da infância estão desaparecendo; por isso, diz: *Estamos em toda a parte, mas não estamos em nenhum lugar; nosso espaço é puramente cartesiano, indiferente e infinito; [...] flutuamos num infinito geométrico, sem saber como nos definir em relação a uma ordem que vai além de nós, sem ter a imagem dessa ordem e, conseqüentemente, sem regras que nos atribuam um campo de responsabilidades 'naturais.'* (Kollakowski, “A Aldeia Inencontrável”, Universidade de Brasília, 1979).

Agora, como previu Theodore Levitt, *em todos os lugares, tudo cada vez mais se parece com tudo o mais, à medida que a estrutura de preferências do mundo é pressionada para um ponto comum homogeneizado.* (T. Levitt, “A imaginação de marketing”, 1991).

A aldeia global trabalha nostalgias e enternecidos sonhos e promove o redimensionamento de novos espaços para a solidão individual. É como se, para a alcançar-mos, tivéssemos de esquecer o velho mundo onde aprendemos a viver e a amar. A globalização traz como primeira característica um inequívoco sentido argentário. Estamos diante de um novo modo de funcionamento sistêmico do capitalismo mundial ou, em outras palavras, de uma nova modalidade do regime de acumulação. O economista francês François Chesnais, a um só tempo teórico e crítico da gênese e efeitos

da globalização, entende que globalização<sup>2</sup> não é só mais um estágio do capitalismo industrial, o eco de um sistema que teve suas bases elaboradas no século dezenove.

Para Chesnais, há um novo processo em andamento, baseado no que se chama de “fordismo” - um regime de acumulação essencialmente voltado para a riqueza. Sua visão é pessimista, mostrando os riscos desse novo cenário. Um dos efeitos mais graves seria a diminuição do poder de decisão dos Estados, que passam a se regular segundo exigências das grandes empresas e perdem a capacidade de adotar políticas de satisfação dos interesses internos (Chesnais. “*La Mondialisation Financière*”). O que importa, fundamentalmente, é a *Weltwirtschaft*, isto é, a economia-mundo, de acordo com o termo forjado por Braudel.

## 2 Conflito de modernidades

Entre a sociedade industrial moderna – que potencia, inclusive, os chamados “riscos residuais” – e a sociedade (pós) moderna de riscos sente-se a urgente necessidade de redeterminar os *standards* precedentes em matéria de responsabilidade, segurança, educação, controle, repartição e limitação dos danos acaso provocados em face de “novos” perigos. Desenvolvem-se processos e estruturas que superam, de modo contínuo, territórios e fronteiras, onde avultam corporações transnacionais. É o caminho preocupante para o “sistema mundial”.

Com apoio em Max Weber, Veblen, Gehlen e outros, nos anos sessenta, em trabalho intitulado “*Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*” (“O ser humano na civi-

---

2 Miguel Reale enfatizou a necessidade de cada povo, a fim de não ser submergido pelas ondas da globalização, desenvolver a consciência ética e cívica, levando em conta que as “soluções uniformizantes” bloqueiam ou estancam *as fontes essenciais do pluralismo e da liberdade, para a instauração de uma unidade amorfa e indiferenciada*. Para o saudoso mestre paulista, globalidade e mundialização não são a mesma coisa: *O termo globalidade tem mais um sentido reducionista, indicando um processo de unificação total, no qual as partes se ajustam e se submetem a algo de esférico, envolvente e dominante. É nesse sentido que McLuhan já anunciava, em virtude dos processos tecnológicos, a redução de todos os povos a uma ‘aldeia global’*. O adjetivo mundialização possui mais um sentido expansionista, estendendo-se nações o que o poeta John Donne sabiamente disse das pessoas: ‘Nenhum povo é uma ilha.’ (“O Estado de Sao Paulo”, 27.07.96).

lização científica”), Helmut Schelsky argumentava que, com o progressivo domínio da técnica e cientificação de todos os campos vitais, o Estado se converteria num Estado técnico. A racionalização instrumental e a tecnologia haveriam de corroer, a pouco e pouco, a substância democrática da sociedade que se transformava. Daí surgiriam, sem dúvida, as normatividades objetivas, cientificamente controladas. O Governo seria, apenas, um órgão de administração das necessidades objetivas, e o Congresso, um órgão de controle da correção objetiva. Mas a este aspecto voltaremos mais de espaço.

Para Ulrich Beck, porque o trânsito da sociedade industrial à sociedade de risco efetuou de maneira irreflexiva e automática, sobre a base da cegueira do apocalipse da modernidade industrial, ressaltam, já agora, as constelações de perigos que – convertidas no tema e no centro de conflitos e discussões acaloradas – problematizam e dividem a sociedade até em seus centros de ações e decisões. Postas em confronto a antiga rotina e a nova consciência em torno das consequências e procedimentos, *a sociedade se autocritica; tenta encontrar uma combinação do reflexo com a reflexão que possa abrir a fatalista modernidade industrial – enquanto não ocorra a catástrofe – à crítica ponderada de seus erros e à transformação de si própria.* (Ulrich Beck, “*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*” (“Sociedade de risco. A caminho de uma nova modernidade”, 1986). Claro que essa sociedade de risco procura exercitar o que S. Lash qualifica de “modernização reflexiva” (*reflexive Modernisierung*), analisando, convenientemente, o que batizado por Beck de “conflito de duas modernidades.” (*Der Konflikt der zwei Modernen*)<sup>3</sup>.

O prezado professor Sebastian Scheerer, da Universidade de Hamburgo, em palestra feita em Salvador, a nosso convite, depois de afirmar que a sociedade contemporânea (já) é uma sociedade de risco, acrescentou: *Estamos todos preocupados com os riscos da energia atômica e da tecnologia genética, com a erosão do solo e com a camada de ozônio.*

---

3 Muitos estudos vêm sendo apresentados sobre o tema em referência. Além do precitado trabalho de Ulrich Beck, merecem ser consultados, entre outros: Cornelius Prittowitz, “*Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*” (“Direito penal e risco. Reflexões sobre a crise do direito penal e da política criminal na sociedade de risco”, 1993); Niklas Luhmann, “*Verständigung über Risiken und Gefahren*” (“Entendimento sobre riscos e perigos”, 1991).

*Preocupamo-nos com as espécies em extinção – sabendo que uma delas pode ser o homo sapiens. A sociedade global é uma sociedade feita de riscos e do medo desses riscos autodestrutivos. A mensagem da sociedade é esta: Se quisermos sobreviver no próximo milênio, deveremos desistir de um número considerável de atividades e, por extensão, de liberdades [...] Os novos riscos escapam à nossa percepção: não vemos a radiação nuclear, não percebemos a manipulação genética, não sentimos a camada de ozônio. Os riscos são, por outro lado, incontáveis. A maioria deles numa escala global.*

Em “*Schriften zur monetären Okonomie*”, editados por Rolf Caesar e Renate Ohr em 1996, perguntou-se, a propósito do Tratado de Maastricht: *Vision oder Abenteuer?* (“Visão ou Aventura?”). Aos noruegueses há de ter parecido uma aventura!...

Ora, por duas vezes, os noruegueses recusaram a ingressar na União Europeia. Preferiram conservar o seu modo de vida. Ciosos dos costumes longamente preservados, afeitos fundamentalmente a um pacato ritmo de vida, disseram “não”. E podiam fazê-lo, por ser a Noruega o maior produtor *off-shore* de petróleo do mundo. Ademais, o país registra boas taxas de crescimento, a renda *per capita* é alta, o nível de desemprego é o mais baixo da Escandinávia, e está declinando, além de o superávit da balança comercial ser considerado excelente.

Zygmunt Bauman talvez pudesse intuir as razões da recusa dos noruegueses, quando, em outro contexto (em que, aliás, ratifica a razão de ser chamado o “teórico da ambivalência”), alude à possibilidade banal de o imprevisível superar todas as suas probabilidades de ocorrência.

### 3 Riscos e perigos

A luta contra os riscos causados pela busca de um proveito econômico se converteu num *big business*, *offering a new lease of life to scientific technological dreams of unlimited expansion. In our society, risk-fighting can be nothing else but business – the bigger it is, the more impressive and reassuring. The politics of fear lubricates the wheels of consumerism and helps to ‘keep the economy going’ and steers away from the banc of recession’. Ever more resources are to be consumed in order to repair the gruesome effects of yesterday’s resource consumption. Individuals fears beefed up by the exposure*

*of yesterday's risks are developed in the service of collective production of the unknown risks of tomorrow. [...] Beck has no lost hope – some would say illusion that 'reflexivity' can accomplish what rationality failed to do, [...] And reflexivity, like rationality, is a double-edged sword (Z Bauman, "The Solution as Problem", in "The Times Higher Supplement", 13.11.1992; cf., também, U. Beck, "Wir Fatalisten" ("Nós, os Fatalistas"), in "Politik in der Risikogesellschaft"). Na época da globalização do capitalismo, escreveu Octavio Ianni, o capital em geral adquire maior universalidade. Não só subsume as mais diversas formas de capital singular e particular, ou nacional e setorial, como se torna parâmetro universal das atividades e relações desenvolvidas por indivíduos e povos, por empresas e conglomerados nacionais e transnacionais, por governos nacionais e organizações multilaterais. (O. Ianni, "Teorias da globalização". 4. ed., 1997).*

A propósito dos riscos futuros, já se argumentou da seguinte forma: Quem não toma um avião, não poderá temer ser com ele espatifado. De perigos se trata quando os danos vêm de fora. Para permanecer no mesmo exemplo: há perigo quando alguém morre em consequência dos restos de um avião que se precipita. Perigos conhecidos – como os terremotos e a erupção vulcânica, o *aquaplaning* e o matrimônio – se convertem em riscos na medida em que se conheça meios para evitá-los. Mas isso só ilumina metade do fenômeno. Niklas Luhmann observa: *A diferença entre riscos e perigo atravessa, hoje, a ordem social. O que para um é risco, para outro é perigo. O fumante pode arriscar-se a adquirir seu câncer, mas expõe a perigo o fumante passivo. Da mesma forma se comporta o motorista que ultrapassa, arriscadamente, a um outro. (N. Luhmann, "Verständigung über Risiken und Gefahren" ("Entendimento Sobre Riscos e Perigos", in "Die politische Meinung", 1991).*

O caríssimo Eugênio Raul Zaffaroni tem uma interessante passagem, que vale aqui ser reproduzida: *Hace casi cuarenta años, Boulding indicaba claramente que en el futuro la economía planetaria deberá concebirse como un sistema cerrado, que, a la economía del 'cowboy (es decir, a la producción que procede como si los recursos fuesen ilimitados) debería oponerse la economía cerrada del 'navio espacial Tierra'. Fue el primero que criticó profunda y despiadadamente la medición del crecimiento en términos de producto nacional bruto, que calificó de 'costo nacional bruto', pues no incluye en su ámbito el deterioro del medio ambiente, la disminución de reservas*

no renovables y, por último el costo humano, tanto físico como psíquico. Como se há señalado, en este 'navio espacial Tierra' se encuentran pasajeros de primera y de segunda clase y ambos producen cambios que amenazan al planeta: los primeros saturan la atmosfera de óxido de carbono con sus motores y consumo de energía, lo que va elevando la temperatura del planeta y generando el peligro del 'efecto estufa', que puede ocasionar el deshielo de los polos y la inundación de tierras cuya altura sea inferior a los 50 metros sobre el nivel del mar; los segundos aumentan su número, amenazando con incrementar el hambre con resultados catastróficos (Heilbroner). Sea como fuere, lo cierto es que el 'navio espacial Tierra' lleva pasajeros de primera y segunda clase – e indudablemente que también de tercera y con boleto de perro –, originando con esta forma de viajerriesgos más o menos cercanos (“Criminología. Aproximación desde un Margen”, 1988).

Para Octavio Ianni, 'nave espacial' (que é o mesmo que navio espacial) sugere a viagem e a travessia, o lugar e a duração, o conhecido e o incógnito, o destinado e o transviado, a aventura e a desventura. A magia da nave espacial vem junto com o destino desconhecido. (O. Ianni, “Teorias da globalização”, 4. ed., 1997).

O uso de expressões como “margem” e “periferia”, encontradas entre autores da América Latina, levou editores europeus, como Hermann Herlinghaus e Monika Walter, a editarem volumes sobre a *pós-modernidade “na periferia”*, recodificando os conteúdos simbólicos da modernidade europeia. Trabalhos como “*Periferias culturales y descentramientos postmodernos. Marginalidad latinoamericana y recompaginación de las márgenes*”, da chilena Nelly Richard, e “*Conformismo e Resistência. Aspectos da Cultura Popular do Brasil*”, de Marilena Chauí, começam a divulgar na Europa a América Latina como quer o uruguaio Hugo Achugar, isto é, como um “*Nosotros homogéneo*”. Dentro da América Latina, o projeto de integração Sul-Sul para 200 milhões de pessoas influenciou Harmut Sangmeister a escrever “*Mercosur. Möglichkeiten und Grenzen der Integration*” (“Mercosul. Possibilidades e Limites da Integração”)⁴.

---

4 A ciência do Direito Penal está sendo posta, mais uma vez, em xeque. A criminologia, que desde o século passado lhe ampliou os horizontes, vem-lhe revisando caminhos. Particularmente, em razão das direções por ela apontadas. Ao modelo integrado de Liszt propõe-se um “novo” modelo, igualmente integrado. Alessandro Baratta, após explicitar a

## 4 Déficits teóricos e dogmática

Toda a ciência do Direito Criminal depara, hoje, com uma série de problemas que ultrapassa as exclusivas especulações lógicas e se identifica com outros ainda irrespondíveis questionamentos que marcam a fisionomia e o curso de nossa época: a Justiça penal tem repousado, **como sistema**, num acervo construído e reconstruído paulatinamente, sob o impacto de novas ideias sempre florescentes.

Por vezes, as teorias desenvolvidas se mostraram incoincidentes desde os seus fundamentos, mas, como lembrava Spengler, as grandes teorias são **evangelhos**<sup>5</sup>. Cau-

---

necessidade de se respeitar os princípios intra-sistemáticos que se desprendem dos direitos humanos na dogmática, admite o “novo” modelo a fim de fixar uma relação entre *ciência e técnica*. O vocábulo *ciência* a significar *ciência social*, e o termo *técnica* o saber dos juristas, convertidos em *cientistas sociais*. Ferrajoli admite, em princípio e por motivações utilitárias, o fundamento legitimante de um *futuro* Direito Penal *mínimo* a estabelecer-se sobre um cálculo de custos: o custo do direito penal e o custo da anarquia punitiva. Enquanto isso, Zaffaroni entrevê no minimalismo de Baratta uma certa identidade com a contração penal, despeada, no entanto, do propósito legitimante do modelo punitivo sustentado por Ferrajoli. Se, na verdade, penalistas e criminólogos entretecem, aos quando, tempestuosas controvérsias sob pontos variados, começam a conviver harmoniosamente na maioria dos cenáculos. Já que falamos em América Latina, em “margem” e em “periferia”, vale recordar que Lola Aniyar de Castro põe como “conhecimentos correlacionados entre si” o Direito Penal e a Criminologia, qualificando-os de *patios vecinos* (à criminologia crítica Lola Aniyar chama *patio del vecino e de el jardín de al lado*). Eduardo Novoa Monreal discorda: *No existe, pues, el jardín de al lado al cual alude L. Aniyar con tanta gracia. Porque lo que hay al lado es una superficie mas o menos extensa de terreno en el cual no se há preparado aún un jardín. Esa superficie es hoy un erial o, en el mejor de los casos, un pastizal. Para ser un jardín haria falta colocar allí plantas y flores conforme a una intención dada y guardando la armonia del conjunto.* (Gérson Pereira dos Santos, “Do passado ao futuro em Direito Penal”).

- 5 Pessoa de Moraes, o excelente autor de “Comunicação, tecnologia e destino humano”, disse que *a ciência se assemelhou até agora – e esta concepção está muito arraigada na mente comum mesmo de eruditos e das universidades – a uma espécie de jogo muito prestigiado e até exaltado, porém de cartas marcadas*. O próprio elemento surpresa, que existia naturalmente nas pesquisas, estava, como está ainda, em muitos casos, condicionado pelos caminhos prévios ou pela filosofia norteado das próprias experiências. São jogos de linguagem, *Sprachspiele*, como diria Jan Philipp Reemtsma. O futuro do Direito Penal não importa na liquidação do seu passado porque esse passado não se perdeu para sempre como se fosse um dia que, no pós-crepúsculo, houvesse guardado

salismo e finalismo se confrontaram e desse confronto (e das tentativas de “mudança de paradigma”) muita coisa foi refutada ou simplesmente esquecida, embora o fio da discussão prosseguisse em outros domínios e de outras formas.

Sebastian Scheerer procedeu à análise do Direito Penal premido entre a expansão material e os freios ideológicos, lembrando que o sistema penitenciário apresenta, paradoxalmente, a relação existente entre o crescimento da instituição, por um lado, e seu declive ideológico, por outro (S. Scheerer, *“La prisión en la teoría de la prevención-integración”*, 1993; Günter Jacobs, *“Schuld und Prävention”*, 1976; Jan van Dijk, *“Strafsanktionen und Zivilisationsprozess”*, 1980). Jan Philipp Reemtsma considera a punição algo *abominável*, vulgar e sujo, embora se veja forçado a agradecer que ela exista.

Bergalli aludiu, com precisão, a *los rostros ideológicos de la falsía resocializadora*; Muñoz Conde afirmou que a ressocialização não passava de um *mito*. Para Schüler-Springorum a ideia de ressocialização passa a reivindicar, pelo menos, *que a dessocialização*

---

todos os seus clarões no seio moreno da noite. O passado é o hemisfério visível do tempo, como lembrava Vieira; por isso mesmo, talvez não possa ser repudiado, nem esquecido, da mesma forma que não se pode repudiar nem esquecer a infância que ficou para trás, com seus sonhos, ou sem eles, mas, ainda assim, como um momento *experimentado*. No plano da ciência penal, o passado não estabeleceu um catálogo de princípios, desde sempre e para sempre, mas amanhôu caminhos para uma evolução. O futuro não poderá ser alcançado numa projeção do presente, do mesmo modo que o presente não pôde ser projetado no passado. Se há milhares e milhares de anos, no antiquíssimo Direito chinês se construiu a teoria de uma política criminal fundada sobre a emenda do delinquente, na verdade, Protágoras, Platão e Aristóteles, como muitos dos nossos coevos, admitiam a incorrigibilidade de certos criminosos, esquecidos de que, mais cedo ou mais tarde, a ciência poderá tornar possível a reassimilação de quantos venham a delinquir, sem que, para tanto, se tenha de abdicar do respeito à dignidade da pessoa humana ou dos direitos fundamentais do indivíduo. Se já ultrapassamos as fronteiras do presente e já incursionamos pelas veredas do futuro não sabemos todavia, certos problemas inter-relacionados (como o pauperismo, a fome, a poluição ambiental, e instabilidade social e política, a proliferação de armas nucleares e convencionais, o conflito de ideologias, a intensificação dos nacionalismos, a escalada das multinacionais e a exacerbação da criminalidade) estão a reclamar a nossa atenção, porque o futuro, de qualquer forma, também depende de nós. E o futuro falará de nós, embora não saibamos o quê. É possível que use aquela linguagem contraditória de Dickens no seu *“O conto de duas cidades”*: *“It was the best of times, it was the worst of times, it was the age of wisdom, it was the age of foolishness”*... (Gérson Pereira dos Santos, *“Direito Penal Econômico”*).

*provocada pela vida no cárcere seja reduzida ao mínimo possível; Hasserner lembra que o Direito Penal ainda se acha muito impregnado de uma certa raiva do carcereiro.*

O próprio Hassemer adverte: *Não somente as ciências penais, mas particularmente elas, viram-se expostas a fortes pressões de legitimação e mudança. Muito antes de 1968 já se anunciavam e delineavam tendências [...] que conferiram um novo tom às bases da chamada Era Adenauer. O sistema penal viu-se empurrado para o centro do interesse político e social, onde se apresentava sob o estigma do exercício da dominação e imposição do sofrimento: espontaneísta, desigual, desdenhoso do ser humano, cruel, ineficaz para a prevenção, estabilizador da dominação. (W. Hassemer, “História das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra”, 1994; cf., também, Nils Christie, “Los Limites del Dolor”, 1984).*

O programa institucional da ciência do Direito Penal continua sendo elaborado. Não há como ocultar déficits teóricos nas construções dogmáticas. Estas prosseguem entre formulações antigas e critérios novos. Apesar do longo afuroar, perdura uma atmosfera de *chiaroscuro*. Hälschner mostrou-se inclinado a encontrar lacunas na unidade do sistema. H. Albert (no “*Traktat*”) e Grünhut (nas “*Methodische Grundlagen*”) aludem a tipologias penais dentro das quais premissas e enunciados codividem espaços concernentes à essência conceitual do delito e sua concreta aparição: se determinada concepção teórica é ou não é correta importa menos do que as consequências a que possa conduzir no âmbito da vida social.

Até na elaboração de **princípios fundantes**, que permitem fixar o significado das regras contidas no direito positivo, é preciso considerar a existência de disposições compatíveis com mais de um princípio fundamental, o que reclama a fixação de critérios para decidir entre eles. Mas se considerarmos que o Direito Penal voltado para as consequências veio alimentar a *dialética do moderno* (Horkheimer, Adorno), o certo é que esse direito penal foi conduzido a uma fronteira *na qual os objetivos originários de um sistema penal voltado para as conseqüências inevitavelmente desvirtuam-se: com o seu mergulho na realidade e a sua orientação para as próprias conseqüências, o sistema penal rachou as estruturas do Direito Penal voltado para as conseqüências, e abandonou, no trajeto, os princípios consolidados pela teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências* (W. Hassemer, trab. cit.).

Apesar das acusações desenvolvidas contra a dogmática, entendendo-se que ela está ancorada em concepções do século XIX, no plano político-criminal tem ela servido a seus objetivos científicos. Recorde-se que Gimbernat Ordeig perguntou se teria um futuro a dogmática jurídico-penal. Pois bem, Welzel admitiu que ela, provavelmente, conservará os conhecimentos dos últimos cem anos, mas deixará de ser a dogmática no sentido que teve até agora (Welzel, “*A dogmática no Direito Penal*”, Revista de Direito Penal, jan./jun., 1974).

A dogmática não foi atingida nos seus alicerces; o próprio evoluir da ciência penal fez com que a teoria integralizadora de Von Liszt, a sua *gesamte Strafrechtswissenschaft*, possibilitasse a compaginação do Direito Penal com as demais especialidades preocupadas com a problemática da criminalidade. Ou mais: a *gesamte Strafrechtswissenschaft* – diz Calvi – revela a contraposição entre a ciência do direito positivo, entendida em seu aspecto tradicional de exegese e dogmática jurídica, e as disciplinas criminológicas (é de acrescentar-se que a compaginação referida envolveu, por sem dúvida, a política criminal).

Nesse desdobramento que conduz a um Direito Penal funcional, também se alcançou a problemática dos *crimes de perigo abstrato e concreto* e se pôde indicar as tendências da nova modernidade (Schünemann, “*Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits – und Gefährungsdelikte*” (“Modernas tendências da dogmática dos crimes culposos e de perigo”); Kindhäuser, “*Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährungsdelikte*” (“A situação perigosa como ilícito penal. Reflexões jurídico-teóricas sobre a dogmática dos crimes de perigo abstrato e concreto”).

## 5 Avanços científicos e técnicos da atualidade

A sociedade pós-industrial vem promovendo profundas alterações nas estruturas político-administrativas e econômico-sociais, marcando progressos incontáveis nos campos científicos e técnicos. A astrofísica descerra fantásticos caminhos nos distantes céus. O físico Richard Feynman diz que é óbvio para todo mundo que os fenômenos do universo são evidentemente irreversíveis (Feynman, “*The Distinction of Past and Future*”, 1991).

Guy Murche fala-nos de planetas, estrelas, galáxias, cosmologia, viagens espaciais, anéis de Saturno, superfície lunar, Marte. Depois de revelar o macrocosmo, desce Murche ao microcosmo: matérias, átomos, ondas, radiação, relatividade, forças moleculares, energia nuclear, teoria do caos, luz e cor, probabilidade, antimatéria, antigravidade, repercussões da teoria da relatividade, quarta dimensão, espaço/tempo etc. (Guy Murche, *“Music of the Spheres. The Material Universe: From Atom to Quasar”*, 1967).

A genética já possibilita a criação de clones como a ovelhinha Dolly. Clones que levaram Sharon Begley à seguinte pergunta: *Can humans, too, be cloned?* e Madeleine Nash a afirmar que a biologia reprodutiva jamais seria a mesma para seres humanos, carneiros e macacos<sup>6</sup> (Cf. S. Begley, “Nesweek-” 10.3.1996; M. Nash, “Time”, 10.03.1996; Cf., ainda, Christian Flämig, *“Humangenetische Manipulation und ihre verfassungsrechtlichen Implikationen”*, e Hanna Neumeister, *“Gesellschaftliche Akzeptanzprobleme”*, Wesseling-Eichholz, 1985).

O transplante de órgãos deu uma nova dimensão à cirurgia, atribuindo-lhe um terceiro estágio: à cirurgia demolitiva e à reparadora se acrescentou a cirurgia substitutiva. Ferrando Mantovani, da Universidade de Florença, escreveu um brilhante trabalho de 1.034 páginas (*“I Trapianti e la Sperimentazione Umana nel Diritto Italiano e Straniero”*, 1974), no qual cuida do problema da disponibilidade do corpo humano, da salvaguarda da vida e da saúde do doador, da imprescindibilidade do consentimento do doador, dos requisitos do consentimento, do fundamento e limites objetivos da licitude etc. O estudo do querido Professor Mantovani levou em

---

6 Reconfiguradora de organismos animais e vegetais, a engenharia genética vem colaborando para uma imensa mudança no curso da sociedade industrial (pós) moderna. Um de seus grandes feitos é, por sem dúvida, o mapeamento dos cem mil genes que compõem o ser humano. Com a recodificação genética ocorreu a descoberta do DNA, o ácido que organiza a vida. No caso da reprodução de seres humanos, já é comum a proliferação de nascimentos múltiplos (gêmeos, trigêmeos, quádruplos, quádruplos, sêxtuplos e até sétuplos), o que cria problemas éticos e de segurança, como admitido pela Comissão Nacional de Bioética. Gilles Lapouge admitiu que nunca o ser humano se deteve diante da tentação de dominar, por completo, a natureza. Algumas dessas tentações podem ser lembradas: a bomba atômica, a clonagem de seres humanos, a inseminação artificial, a fecundação *in vitro*, os bebês de proveta, o congelamento de embriões. E salienta Lapouge: *Todas as vezes que a comunidade científica e moral jurou que não convinha abrir os ferrolhos de tais portas, a nova técnica se impôs. A probabilidade de realizar-se a clonagem de seres humanos existe e, por isso mesmo, abre nova Idade. Se ela será a do Bem ou a do Mal, só o futuro dirá.* (“O Estado de São Paulo”, 16.01.1998).

conta pesquisas como as de Doll (*“La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de dispositions concernant le corps humain”*, 1970) e de Bubnoff (*“Rechtsfragen zur homologen Organtransplantation aus der Sicht des Strafrechts”*, 1968). No Brasil, estranhamente, lei promulgada no início de 1998 quis tornar doadores a todos os brasileiros, fazendo com que se arguisse sua inconstitucionalidade.

No que tange à mudança de sexo, a Corte de Apelação de Nápoles manifestou-se pela predominância do *carrattere maschile dei cromossomi, delle gonade e degli originali organi genitale esterni (sia pur atrofici)*, negando relevanza alta *caratterizzazione psichica e comportamentale in senso femminile manifestata dal soggetto fin dana più tenera età ed all'intervento chirurgico di demolizione dei genitali esterni e ricostruzione di un simulacro di vagina cui il medesimo si era sottoposto*, fixando os limites normativos à disposição do próprio corpo, e afirmando a prevalência do status originário. Também o Bundesverfassungsgericht enfrentou a questão da mudança de sexo (*Transsexuellengesetz*, 1982), suscitando polêmica em torno da matéria, em sí imensamente controversa.

## 6 Tutela penal de interesses difusos ou coletivos

Winfried Hassemer perguntou-se com que exatidão o Direito Penal pode responder à criminalidade moderna, e ele próprio entendeu que, em termos de criminalidade, as coisas não são muito claras, *são sempre mais ou menos*; mas, agora, faz-se evidente que a criminalidade moderna é, em quase todos os aspectos, *algo diferente da criminalidade clássica*.<sup>7</sup>

---

7 Escreve Paulo José da Costa Jr.: *Constitui velho ensinamento que, diversamente do Direito Penal clássico, o Direito Penal secundário* (o estimado mestre e amigo quer referir à criminalidade econômica, às fraudes alimentares, à tutela da intimidade e a do trabalho e, por em dúvida, à delinquência contra o meio ambiente) *considera mais os aspectos sociais da pessoa humana que os individuais. E é habitual, nos tempos modernos, justificar a existência e a expansão desse aspecto destacado do Direito Penal, pelo maior interesse que o Estado de Direito dedica à face social e comunitária da personalidade humana. Costuma-se dizer que, no Código Penal, se acham previstas e sancionadas violações intoleráveis da esfera pessoal do indivíduo, enquanto se confia ao Direito Penal especial proteger as lesões de sua projeção social.* (Paulo José da Costa Jr., *“Direito Penal ecológico”*, 1996; Cf., no particular, Soell, *“Rechtsfragen des Umweltschutzes, in Wirtschaftsrechts”*, 1973). *Secundária* ou *simbólica*, esta modalidade de Direito Penal especial adota um posicionamento pragmático e desborda do campo da responsabilidade individual para alcançar a responsabilidade social, inclusi-

Por outro lado, há, no Direito moderno, uma tendência de o legislador, em termos de política criminal, valer-se de um Direito Penal simbólico: os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade (W. Hassemer, *trab. cit.*). Nils Christie, da Universidade de Oslo, disse que modernidade (entenda-se melhor: modernidade no processo de globalização, o que passa a significar, na conformidade destas anotações, a pós-modernidade) significa, em larga extensão, *uma vida no meio de pessoas que não conhecemos e que nunca chegaremos a conhecer*. Esta é a situação em que a lei penal pode ser aplicada sem restrição (N. Christie, “*Civilidade e Estado*”, 1997).

O problema do Direito Penal na sociedade de risco e, primeiramente, o de admitir a ampliação da área da tutela penal a *interesses difusos* ou *coletivos* e às funções da administração pública. *La sfida che deve lanciare oggi al sistema della giustizia criminale degli Stati di diritto – escreve Baratta – e di essere coerente com i suoi propri principi garantistici: principi di limitazione dell'intervento penale, di eguaglianza di rispetto dei diritti delle vittime, degli imputati e dei condannati*. (A. Baratta, “*Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*”, 1990).

Como estigmas, a desbordarem das incriminações gerais clássicas do Direito Penal (no qual a eficácia ou o valor da norma depende de prévios pressupostos) e dos esquemas básicos da política criminal (que inclusive abrangem, nos tempos temáticos da ciência, uma tradição jurídica acrítica), os crimes não convencionais atingem instâncias econômicas, normativas e sociais – antes não alcançadas plenamente – e se erigem à categoria de *delicta iuris gentium*. Ampliam, assim, o horizonte vitimal, e é a *humanidade* que, como bem jurídico, é alcançada (Gérson Pereira dos Santos, “*Para não esquecer Goiânia*”). Os vazios normativos, antes abundantes, começam a escassear, quer em face de disposições constitucionais ou de legislação própria, como já ocorreu no ano de 1998, no Brasil.

---

ve, e principalmente, as empresas e sociedades (Cf. Bender, “*Können juristische Personen Strafrechtlichen Besitz (Gewarhsam) haben?*”; 1908; Pedrazzi e Costa Jr., “*Direito Penal das sociedades anônimas*”, 1950; Gérson Pereira dos Santos, “*Direito Penal Econômico*”, 1981). Na persecução daquelas metas propiciadoras de mudança social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividuais e coletivas – aludidas por Francesco C. Palazzo (“*Valores constitucionais e Direito Penal*”, trad. de Gérson Pereira dos Santos, 1989) – a Constituição Federal brasileira de 1988 dedicou o sexto capítulo ao meio ambiente, fixando sanções penais e administrativas a pessoas físicas ou jurídicas (art. 255, § 3°).

*A globalização representa a financeirização da riqueza em níveis nacional e internacional num mundo do fiat money, como acentua José Carlos de Souza Braga, do Instituto de Economia da Unicamp. O surgimento de uma territorialidade econômica revela que o espaço e o mercado nacionais se subordinam ao espaço e mercado globais. Em outras palavras: o capital já não tem pátria. A internacionalização se metamorfoseou em globalização, com as consequências boas ou más disso decorrentes. A sociedade passou a conviver mais intensamente com a criminalidade não convencional, constitutiva, em grande maioria, da chamada “macrocriminalidade”. Já escrevera Stuart Kauffmann: *What is to become of our patchwork into one another’s embrace – Like it or not, some form of global civilisation will emerge. We are at that particular time in history when population, technology, economics, and knowledge spin us together.* (S. Kauffmann, “At Home in the Universe. The Search for the Laws of Self-Organisation and Complexity”, 1995).*

Parece haver sido Néelson Hungria quem observou ser o Direito Penal, por vezes, escrito no fofo dorso das areias. Esqueçamos o conteúdo subjetivo (e cientificamente vago) da frase, carregada de certa sutileza poética, o que, segundo Bradley, bem pode significar a descoberta de algo novo ou a recordação de algo esquecido. Esse algo novo ou esquecido pode estar além do caráter lapalissiano da construção jurídica da ciência do Direito e de suas *subtilitates iuris*, sobretudo porque, sob a ótica penalística, a experiência constantemente aponta para a necessária expansão dos bens jurídicos que, num espectro amplo e difuso, pretendem tutelar o que era antes penalmente irrelevante, em face de uma delituosidade que conseguira escapar às elaborações legislativas e à cominação penal.

A essa luz, os delitos econômicos podem apresentar-se como Fremdkörper, i.e., um corpo desconhecido do Direito Penal tradicional e, pelo menos aparentemente, sem compromisso com o delinquente, “trecho vivo da humanidade”, mas levando em conta, inegavelmente, as múltiplas dimensões em que aspectos fundamentais podem exigir programas de política criminal potencialmente diferentes (K. Volk, “*Kriminalpolitik und Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*”).<sup>8</sup>

---

8 Brauneck, Schäfer e Mergen conciliam o ponto de vista criminológico com o jurídico-penal e aludem à moralidade na vida empresarial. Para Klaus Tiedemann, a orientação unitária em que unem o Direito Penal e a criminologia - situa, em primeiro lugar, as transgressões no campo do Direito Penal administrativo-econômico, ou seja, a defesa

## 7 O problema ecológico

*Levantem os olhos sobre o mundo e vejam o que está acontecendo à nossa volta, para que amanhã não sejamos acusados de omissão, se o homem, num futuro próximo, solitário e nostálgico de poesia, encontrar-se sentado no meio de um parque farrado de grama plástica, ouvindo cantar um sabiá eletrônico, pousado no galho de uma árvore de cimento armado.* (Manoel Pedro Pimentel)

Em uma de suas edições de 1978, o jornal “*The Straits Times*”, de Cingapura, dizia estar o Terceiro Mundo sobre uma bomba ecológica. Segundo a notícia, espécies inteiras de plantas e animais estariam desaparecendo da face da terra; até a rica floresta amazônica, virtualmente intocada, estaria, então, *cruzada por milhares de quilômetros de estrada e povoada, no mínimo, por um milhão de colonizadores.*

Autores como Lamont Cole (“*Can the world be saved?*”) e Barry Commoner (“*Can we survive?*”) chegaram a perguntar se o mundo que habitamos ainda poderia ser salvo, tantos os problemas ambientais máximos: excesso de população; perda da amenidade, com a poluição do ar, da água, do solo e de outros bens naturais; o emprego inadequado da energia nuclear, com danos impressionantes à capacidade do homem; as modificações climatológicas (atente-se para o fenômeno El Niño) devidas a procedimentos insensatos que não levaram em conta o equilíbrio do espaço natural.

Professor F. Ramade, da Universidade de Paris-Sul, lembrou a ação predatória do homem contra o meio ambiente; e lhe pareceu inverossímil que, no século XVI, pudessem os exércitos de Carlos V atravessar a Europa, de Cádiz a Haia, sem deixar a sombra das árvores; recordou, também, que os biomas florestais do velho mundo chegaram a alcançar as províncias meridionais da Espanha, até onde surgiriam, mais tarde, os desolados planaltos castelhanos e aragoneses. Sobre a desertificação

---

penal da atividade interventiva e reguladora do Estado na Economia: os bens jurídicos reconhecidamente supra-individuais devem ser valorados, por atenção aos fins fundamentais da convivência humana. Quanto à sua essência, devem ser aferidos, segundo suas possibilidades histórico-circunstanciais, por um ordenamento jurídico que lhes deprepare a tutela. (Gérson Pereira dos Santos, “O solitário Ofício de julgar”.)

e erosão dos solos, escreveu Ramade: Desde o Neolítico, os desertos estenderam-se consideravelmente sobre a superfície dos continentes.

O desmatamento, o abuso da pastagem nas campinas naturais, estepes e outras ervagens espontâneas ou criadas artificialmente pelo homem, combinados ou não com o cultivo dos solos frágeis [...], favoreceram, se não provocaram, esta extensão de desertos. Do Saara, chamado de “o mais belo deserto do mundo” se disse que não foi sempre um deserto. No fim do Paleolítico, há cerca de dez mil anos, a paisagem saariana era caracterizada por numerosos lagos, alguns dos quais tinham uma extensão que os tornava verdadeiros mares interiores...

Para evitar o que denomina de **ecocatástrofe**, o movimento ambientalista quer que o homem – caçador, agricultor, empresário ou estadista – deixe de produzir o desequilíbrio ecológico, tornando possível e compatível o progresso econômico com o meio natural (Gérson Pereira dos Santos, “*Direito Penal Econômico*”, 1981). Jacques Vêrin considerou os agressores do meio natural “*les criminels les plus dangereux pour l’humanité*”. Para Georg von Wright, da Academia de Ciências da Finlândia, é preciso que haja uma crescente consciência da necessidade de autocontrole da intervenção do homem nas condições da biosfera, com caráter mais racional e mais sério do que as várias manifestações da *das Unbehaben in der Kultur*...

Mas, como observou Kollakowski (*op. cit.*), mesmo os movimentos ecológicos têm ambiguidades. Se se exprimissem nos *slogans* gerais sobre a necessidade de proteger a natureza contra a destruição – quem não os aceitaria? Como se trata de escolhas reais, os problemas se multiplicam. Não podemos pedir, ao mesmo tempo que *parem a construção das usinas elétricas atômicas! e queremos energia mais barata!* É preciso dizer claramente: *estamos prontos a ter menos do que termos menos comida, menos viagens, menos aquecimento, menos tudo*. Não é exatamente o que se ouve, mas sim: *Estado, você tem a obrigação de nos prover todas as quantidades de energia que tivermos necessidade, mas sem perigo e sem prejudicar a paisagem; invente alguma solução!*

O problema ecológico é, sobretudo, um problema de educação, inclusive dos indivíduos. A Professora Mary Del Priore, da Universidade de São Paulo, ob-

servou recentemente: *O Rio é lindo. Sua baía, o mar, os morros, a orla já foram cantados em prosa e verso. Mas é difícil não achá-lo sujo. Um passeio pelo belo jardim de Burle Marx, no parque do Flamengo, revela o descaso do carioca com essa que é uma das mais belas paisagens do mundo. Sacos de lixo, latas, garrafas, plásticos de todas as cores, restos de comida, cascas de frutas, excrementos de cachorros compõem um insuportável patchwork de formas e odores.* (“O Estado de São Paulo”, 15.02.98).

Alexandre Ferreira, naturalista e viajante do século XVIII, chegou a registrar que, em algumas cidades da Colônia, as ruas não eram capinadas para *não privar o gado da erva de que se sustentavam...*

## 8 Palavras finais

Do progresso, cuja linearidade básica repugnava W. Benjamin, houve quem dissesse que seria “bom”... se parasse! Mas não podemos detê-lo, da mesma forma que não podemos impedir que se queira contemplar a paisagem que está para além do horizonte ou que se pretenda reprimir as lembranças de tempos que se foram sucedendo e, assim, construindo, um a um, os equívocos e a verdade da História.

Uma vez que, incidentalmente, nos referimos a W. Benjamin, lembremos que, para ele, a modernidade é sinônimo de repressão. Isso, segundo José Guilherme Merquior, é, na verdade, *uma relíquia da mente humanística, envolta na devoção supersticiosa dos literati em ruptura com a lógica da sociedade industrial* (J.G. Merquior, “O elixir do apocalipse”, 1983). O indivíduo contemporâneo seria, para o profeta da contra-história, *um zumbi bombardeado pelas agressões da rua*. O ser humano, no entanto, quer, ao percorrer os caminhos da vida, simplesmente, ser feliz, mesmo na solidão, em que sonha com a sua liberdade.

Mas se cada coisa é o que é, que é liberdade? Disse Isaiah Berlin: *liberdade é liberdade, e não igualdade, imparcialidade, justiça, cultura, felicidade humana ou urna consciência tranquila* (I. Berlin. “Quatro ensaios sobre a liberdade”, 1983). Sebastian Scheerer, por sua vez, escreve: *The cry for liberty has been a constant companion of those who felt deprived of it [...]. The ideal of liberty itself seems not a very reasonable ideal in a society in which fear of risks dominates.*

A tutela da intimidade, que é uma das mais indiscutíveis formas de preservação da liberdade individual, passa ao longe nas contidas pautas legislativas do momento. Não na respeito a Mídia. Os paparazzi investem com ímpeto contra o universo da privacidade e envolvem, cada vez mais, pessoas que se fizeram conhecidas em todo o mundo: presidentes, damas, atores, atrizes, desportistas, grandes empresários e o mais.

À sombra da frondosa *licentia decipiendi*, expõem, na vitrina dos jornais de segunda importância, aspectos que comprometem o bom nome e a honra das pessoas. *Nosso direito de estar só* – escreveu Joshua Quittner, da “Time” – *desapareceu pouco a pouco. There’s no way – completa – to correct damage to one’s reputation – or protect one’s privacy.* De fato, não existe uma maneira eficiente de resgatar o prejuízo à reputação de alguém ou de proteger-lhe a privacidade, inclusive por uso de computadores, a sublinhar uma nova modalidade de risco: o risco tecnológico.

Para o tipo penal do **perigo abstrato**, não há necessidade da produção de prejuízo ou dano, sequer um perigo concreto. Por isso, Hassemer observa que o Direito Penal moderno *tem que ser efetivamente orientado pelo perigo, pela periclitación, e não pelo dano. Esse campo do direito precisa poder reagir ao perigo, ao risco, precisa ser sensível diante da mínima mudança que se possa desenvolver e transformar-se em grandes problemas.*

Uma sociedade livre não pode valer-se da lei criminal para dizer às pessoas o que têm de comer e o que lhes é permitido beber. Parte ainda de Scheerer a ponderação segundo a qual *the question of liberty has become vital. It is time to remember Mill’s ‘primitive’ concept of liberty. Everybody has a natural, personal, social, and political right to a personal life style. All legislation which interferes with this right should be repealed (trab. cit.).*

Isso evidencia que se, por um lado, há necessidade de repensar os princípios asseguradores da liberdade individual na sociedade de riscos (*it would be clear to the public that whoever violated a person’s liberty would lose his own right to liberty*), também há, por outro, que se reelaborem os diplomas penais, a fim de que eficientemente se possa resistir aos desafios postos pela macrocriminalidade, em suas variadas manifestações: a criminalidade econômica, ecológica, o contrabando internacional de drogas, a criminalidade tecnológica, o terrorismo sem fronteiras, as insurreições que paralisam metrópoles etc.

# El Principio de Congruencia en el Ámbito Civil y Algunas Variaciones de la Congruencia Penal

*Jaime Greif*

*Se puede considerar con Hart que todo sistema real de derecho supone la existencia de principio de igualdad “to ensure that rules are applied only to what are genuinery cases of the rule”.*

## I Introducción

El tema de la congruencia entre la pretensión y la sentencia se manejó habitualmente vinculado a los elementos de la cosa juzgada (y la denominada triple identidad).

En tal sentido, cabe recordar que la triple identidad constituye uno de los elementos claves de la cosa juzgada, en tanto esta exige identidad de causa, de sujetos y de objeto. Y que el análisis tradicional de dichos elementos requiere que la sentencia no vaya más allá de lo pedido, ni menos de lo pedido, ni cosa diversa de ello.

Pero desde un punto de vista sustancial, la realidad del tema en cuestión se inscribe en el objeto del proceso, que es el que resulta normalmente precisado por la pretensión deducida y la oposición a la pretensión, tal como señalan de modo casi generalizado los diversos autores que han encarado esta figura en sus diversos ámbitos.

Por eso la siguiente ordenación del tema, que bien pudo haber sido diversa.

---

1 Catedrático de Direito Processual da Universidade da República em Montevideú, no Uruguai.

## II Aspectos doctrinarios

### a. La idea de *couture* al respecto

Con alcance que veremos lo indica *Couture* en “Fundamentos” y aparece dentro del capítulo referido a la sentencia.

Allí se señala que una vez reducidos los hechos a tipos jurídicos, corresponde entrar a la determinación del derecho aplicado.

Esa operación – si la cesación de pago autoriza la quiebra; si la posesión de estado permite establecer la filiación, etc. – es denominada por el derecho subsunción: enlace entre una situación particular con la previsión abstracta contenida en la ley.<sup>2</sup>

*Couture* agregaba al análisis precedente, el referido a la elección de la norma a aplicar al caso: si ella es libre o reglada, y optaba por sostener que en este campo no hay limitación y que el juez es libre de elegir el derecho que cree aplicable.

Estamos ante la vigencia del principio *iura novit curia*, de amplia aplicación doctrinaria y jurisprudencial.<sup>3</sup>

El desarrollo de *Couture* no se agota en los elementos mencionados: a él se agrega una figura esencial que es la motivación de fallo, como modo de comprobar que su decisión es un acto reflexivo y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria.

Ello ha llevado a que el actual CGP aluda a la motivación de la sentencia y que en el derecho comparado, la motivación constituya un requisito constitucional para la validez de la sentencia (cf, Argentina).<sup>4</sup>

---

2 Calogero: “La lógica del giudice”, pag. 57.

3 Acuña Anzorena: “La ley”, Tomo 70; Sentis Melendo, Revista de Derecho Procesal, 1947; Spota, J.A. 1954 - I

4 Morello: “La motivación del fallo”

### a.1. La decisión

Couture, siguiendo a Alcalá Zamora y Pietro Castro, alude luego a la decisión (página 287), señalando que ella ha de ser estimatoria o desestimatoria de la demanda: el juez debe resolver si la demanda debe ser acogida o rechazada.

Ello determinó que doctrinariamente se aludiera al tema del silogismo judicial, punto éste que el propio Couture controvirtiera, señalando la incidencia de las máximas de experiencia, lo cual lleva en muchos casos a un análisis de carácter determinativo como quería Cossio.

El criterio de Couture se inclina a señalar que la sentencia si bien es una operación intelectual, culmina en un acto de voluntad del magistrado, quien muchas veces se propone a realizar una obra de justicia y no meramente de legalidad formal.

Vale la pena recordar que en cuanto a la interpretación auténtica (por el mismo juez) de la sentencia sostenida en nivel doctrinario, fue ya objeto de rechazo por la legislación comparada (así el propio artículo 486 CPC o los Códigos de Colombia, México, Perú).<sup>5</sup>

### b. Barrios y la teoría del proceso

En oportunidad de abordar el problema de la selección de las estructuras del proceso (en “Teoría del proceso”), Barrios señalaba a este respecto el denominado principio de congruencia, citado por Devis Echandía en “Nociones de Derecho Procesal” – página 536 y siguientes. Este principio excede los principios de ultra y extra petita.

Ulteriormente y aludiendo a las combinaciones de simetría y transitividad, establece que son estructuras simétricas... la congruencia.

Y agrega como no simétricas la ultra petita y la extra petita, ya que la condena no puede ser mayor que la petición ni alcanzar a objetos distintos de los que ella contiene.

---

5 Cf. Carnelutti, Rivista D.P.C. 1933, Denti: “L’interpretazione della sentenza civile” – Pavia 1946.

El propio Barrios establece que se aparta de la doctrina común, que no distingue entre las estructuras de congruencia y las de ultra petita y extra petita. A su juicio, la congruencia es una estructura que relaciona los contenidos de la pretensión y la decisión sobre el fondo, cualquiera que sea su modo.

En cambio, las estructuras de ultra y extra petita comprenden a la pretensión y a la decisión de acogimiento, y por eso la primera puede ser menor o igual que la segunda.

Finalmente ubica a la congruencia como estructura transitiva (ser contraparte de, en tercería excluyente).<sup>6</sup>

A esta altura de nuestra cultura jurídica, no caben dudas acerca de la lucidez de Barrios para encarar de un modo absolutamente técnico un instituto casi sin antecedentes en el derecho comparado y que luego de la obra de Barrios alcanzara un desarrollo sistemático en el “Comentario” de Véscovi al CGP – en especial en el Tomo VI, en trabajos de los Drs. Abal y De Hegedus – y en la obra de Devis Echandía., cuya elaboración coincide con criterios de Guasp.

Por su parte, como veremos, la jurisprudencia nacional ha adoptado el instituto de modo sistemático y con un alcance cada vez más extenso e intenso.

### c. El criterio de devis echandía

Se entiende por congruencia el principio normativo que delimita el contenido y alcance de las resoluciones judiciales que deben emitirse a instancia de parte, a fin de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones y excepciones de los litigantes.-

Se trata de un principio general, aplicable, entre otros, a la admisión de la demanda o las pruebas en el proceso civil. Se trata de un principio que delimita las facultades resolutorias del Juez (cf. Pedro Aragonese).

Pero es en la sentencia que el principio reviste mayor importancia: la identidad debe existir entre la sentencia y las pretensiones contenidas en la demanda y las excepciones.

---

6 Barrios de Angelis: “Teoría del proceso”, 1979, Bs. As. Depalma.

En cuanto al fundamento de este principio, se han formulado diversas opiniones: para algunos es una aplicación del principio dispositivo; para otros, una derivación de los principios de contradicción.

Puede pensarse en la necesidad de impedir un exceso de poder del juez. (cf. Aragoneses)

Devis sostiene que estamos ante una consecuencia lógica de la relación de jurisdicción. Y así

Se acerca a GUASP, para quien el principio de la congruencia se deduce de las nociones de proceso y sentencia relacionadas con la de pretensiones.

En materia de excepciones, la congruencia tiene un sentido especial: le exigirá al juez que resuelva sobre todas las excepciones probadas en el juicio o, al menos, respecto a las invocadas expresamente por el demandado.

Con relación a la demanda, es frecuente que los autores hablen de la correlación entre acción y sentencia. A juicio de Devis<sup>7</sup>, lo que importa es la identidad entre la demanda y una sentencia; por eso se habla de identidad de pretensión o sentencia.

Y así la congruencia lleva a que el juez deba recorrer sobre todo lo pedido en la demanda, y a que la resolución deba basarse solo en los hechos aducidos en la demanda o en las excepciones del demandado. Tal como señala Rocco, la iniciativa o pasibilidad del juez en la investigación no forma parte de la congruencia: el juez mantiene una absoluta libertad de aplicación del derecho y las normas que lo contienen en función de principio *iura novit curia*.

Devis analiza luego las diversas posibilidades y congruencias: por plus o ultra petita – solo cuando el juez va más allá de las facultades otorgadas por la ley; la congruencia por extra petita, por una causa diversa a la invocada en la demanda; e incongruencia por citra petita, cuando deja de resolver sobre el litigio o sobre algunas de sus partes. Como puede apreciarse, la elaboración efectuada por Devis se acerca y mucho a la formulada poco tiempo antes por GUASP.

---

7 H. Devis Echandí, “Nociones de Derecho Procesal Civil” – España 1966

#### d. La posición de Guasp

Guasp hizo referencia en “Derecho Procesal Civil”<sup>8</sup> al analizar los requisitos de la sentencia, que ella debe ser posible física y moralmente, idónea y justificada o con causa. Y tal vinculación es designada en el derecho español (el artículo 359 LEC) como congruencia: las sentencias deben ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas conjuntamente en el pleito... decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido litigiosos en el debate.

Y entrando a definir qué se entiende por congruencia, para Guasp es la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión, más la oposición que delimita este objeto. A su juicio, se trata de la pretensión procesal y la oposición que la delimita o acota.

Complementariamente, la congruencia supone: que el fallo no contenga más que lo pedido por las partes (*ne eat iudex ultra petita partium*): como cuando la sentencia concede o niega lo que nadie pidió.

Por otra parte, tampoco el fallo puede contener menos de lo pedido por las partes (*ne eat iudex citra petita partium*): como cuando se condena solo a una cosa de las pedidas y no se falla sobre el resto.

Finalmente, debe el fallo coincidir con lo pedido por las partes y no referirse a objeto diferente al pretendido (*ne eat iudex extra petita partium*).

Y ¿cuáles son los efectos de la incongruencia?: la nulidad del fallo y su invalidación a través básicamente de la apelación, y, a mi juicio, también a través de la casación en la medida en que exista una infracción a la ley.

Guasp ha señalado, con razón, que existe también un elemento en la decisión que requiere ser respetado, que es el tiempo que la ley señala para emitir el fallo.

Modestamente, estimo que el problema del tiempo no refiere a la cuestión de la congruencia, sino a uno de los requisitos formales para la regularidad de la senten-

---

8 Jaime Guasp, “Derecho Procesal Civil”, pág. 513 y concordantes, 1962

cia. Y oportunamente veremos a qué se refiere específicamente el principio de la congruencia: se trata del objeto del proceso, tema este que la doctrina tradicional veía con toda precisión en la congruencia penal, en que nos estamos refiriendo a la vinculación entre acusación y sentencia.

### III El ingreso a la ley

#### a. El CGP y la congruencia no penal

El artículo 198 del CGP alude al contenido de las sentencias y establece que ellas contendrán decisiones expresas, positivas y precisas (de qué modo han de ser).

A continuación, establece que *recaerán sobre las cosas litigadas por las partes con arreglo a las pretensiones deducidas, declararán el derecho de los litigantes y se pronunciarán sobre las condenaciones en costas y costos.*

Comentando el texto, se señala que la decisión puede ser implícita tal como sostiene Devis Echandía, con las connotaciones que ello puede aparejar.

#### b. La propuesta de Véscovi

Véscovi alude al criterio de Morello, así como las expresiones de Devis. Señala que, a su juicio, el principio de congruencia se fundaría en el principio dispositivo, recogiendo la posición de Calamandrei.

Sabido es que la jurisprudencia argentina (cf. Morello) y la nacional han hecho referencia también al principio de contradicción cuando no al principio constitucional del debido proceso (así RUDP 3/88, página 400, n. 550). En el caso argentino, la referencia es el artículo 18 del texto constitucional, que alude a la garantía de la defensa en juicio.

#### c. De los diversos supuestos de incongruencia

La llamada incongruencia por ultra petita es una forma de la incongruencia por extra petita: se concede más de lo pedido.

Son ejemplos de este supuesto el de la sentencia que impone el pago de intereses no pedidos por el actor (RUDP 1/93 n. 1220; 2/90 n. 7789); o si establece una imputación entre los rubros reclamados y lo abonado cuando esto último ni fue alegado ni probado (RUDP 3/97 n. 867); o en los supuestos en que el tribunal declara de oficio la prescripción que no fue alegada.

En general, se ha tenido en cuenta lo realmente pedido y no lo invocado, y se estima que si el juez corrige el error no incurre en incongruencia (cf. RUDP 1/93 n. 1205).

Ello ha llevado a la corrección de oficio del error material, estimando que no hay allí extra petita.

#### d. Incongruencia por extra petita

Esa incongruencia se produce normalmente cuando el juez sustituye la pretensión del actor por otra (se pidió una suma de dinero y se condena a reparar); cuando el juez concede algo no pedido (condena al pago de una suma no invocada ni reclamada, cf. RUDP 2/90 n. 783); cuando se funda en una causa no invocada (cf. Devis Echandía) y si condena a un sujeto que no fue demandado en el proceso.

Existen múltiples ejemplos de decisiones judiciales en que los tribunales han anulado sentencias por incurrir en extra petita: así RUDP 3/89 n. 990, RUDP 1/93 n. 1205, RUDP 4/87 n. 296 o RUDP 2-3./94 n. 1080.

#### e. Incongruencia por citra petita

Como señalaba Guasp, en este caso el juez omite pronunciarse sobre alguna cuestión sometida a decisión (sea una pretensión o una excepción).

El rechazo de la demanda y de la excepción deducida se estima que no configura incongruencia, ni tampoco lo es la decisión judicial que falla y reserva para la etapa de liquidación la determinación de los daños.

Tampoco implicarían supuestos de citra petita, cuando se hace lugar a una excepción mixta.

## f. Congruencia en lo relativo a los sujetos y la causa de pedir

### 1. Con relación a los sujetos

La sentencia ha de alcanzar a quienes tuvieron la calidad de actores, así como los demandados. Ello incluye a los terceros y a los casos de sucesión o sustitución.

La sentencia ha de ser precisa en la identificación de los alcanzados.

### 2. Respecto a la causa

En ese sentido, cabe exigir una enumeración ordenada de los hechos esenciales a fin de aplicar la norma (cf. artículo 117.4 CGP).

La causa refiere a los hechos relevantes alegados por el actor.

## g. El tema relativo al objeto

No cabe duda de que en el sistema del código, son las partes quienes indican qué piden o reclaman.

¿Cuándo se determina el objeto?

En principio en la pretensión, pero obviamente en oportunidad de la audiencia preliminar, de acuerdo al artículo 341 numeral 6°. Abal ha sostenido que en los procesos aludidos por el artículo 350.3 el actor puede modificar en la audiencia la pretensión original. También en la transacción, el desistimiento, los hechos nuevos.

Este criterio ha sido controvertido y la jurisprudencia mayoritaria sigue sosteniendo la posición tradicional (RUDP 3/95, varias sentencias).

Se han efectuado planteamientos diversos en torno a los supuestos en que se produce la modificación respecto a lo decidido por el juez en la audiencia, habiéndose sostenido la prioridad del valor justicia por sobre las preclusiones ocurridas.

## h. El vicio de incongruencia

Habitualmente se estima que cuando se produce la incongruencia estaremos ante un error *in procedendo* o *in iudicando*, ya sea que se omita emplazar al demandado o se resuelva que determinado hecho ha sido probado.

En el primero de los supuestos correspondería anular el fallo y reenviar los autos al tribunal. En el segundo caso, ante un agravio en el fondo cabe la apelación o la casación.

Una solución como la mencionada fue sostenida oportunamente por Véscovi.<sup>9</sup>

Consecuentemente, el vicio de incongruencia referiría a un error *in iudicando* (RUDP 1/92 y 3/97) y se traduciría en la revocación de la sentencia tal como sostiene la Corte en la sentencia 279/88.

#### i. El principio de congruencia y el iura novit curia

El Código General del Proceso ha recibido la tesis de que es el juez quien señala las normas de derecho a ser utilizadas en cada caso, aunque las partes no las hayan invocado o lo hayan hecho en forma equivocada.

La omisión o el error de las partes en tal sentido no obligan al juez (cf. RUDP 2-3/94).

Pero tal como recuerda Morello, el juez no puede alterar los términos de la litis e ir más allá de sus facultades jurisdiccionales.

Debe tenerse presente que lo que condiciona la actuación del juez es la cuestión fáctica sometida a decisión, la cual condiciona y limita su potestad (cf. RUDP 3/95).

#### j. La decisión sobre las costas y costos

En este sentido, el tribunal debe pronunciarse con independencia de lo pedido por las partes, teniendo en cuenta que las condenas procesales son materia propia del órgano jurisdiccional (cf. RUDP 3/89).

Si el tribunal omitiera pronunciarse y no media ampliación, se estima que los gastos se soportarán en el orden causado.

---

9 Enrique Véscovi, "Derecho Procesal Civil", tomo VI.

## k. Orientaciones recientes de la doctrina alemana acerca del objeto del proceso

Como se ha señalado últimamente, la noción del objeto del proceso permanece en Alemania como una de las más controvertidas.

Al respecto, el pensamiento jurídico germano tiende a abandonar el concepto del derecho de acción para definir en términos diversos el objeto de la litis y del juicio.

El desarrollo del derecho de acción referido al sistema del proceso de cognición tiene plenitud a través del recurso a la figura de la pretensión procesal (anspruch). Una vez definido el tema de la pretensión, deberá determinarse la de mayor interés vinculada al cúmulo de demandas, al cambio de la demanda, la litis pendencia y los límites objetivos de la cosa juzgada.

Interesa detenerse en las posiciones de Lent y Schwab.

El primero de ellos representa el objeto del proceso como afirmación jurídica del actor.

Diversa es la posición seguida por Schwab, según veremos.

Cabe precisar que Lent entiende el objeto del proceso como afirmación de un determinado derecho subjetivo, material, individualizado en los procesos de condena, en el hecho deducido.

También Nikisch admite que el objeto del proceso es la afirmación de un derecho concreto, y lo define como una mera pretensión a la prestación o al cambio: el objeto del juicio es aquí el fundamento de la consecuencia jurídica que el actor extrae de los hechos por él establecidos y que será tarea del juez calificarla bajo una determinada categoría del derecho sustancial.

Volviendo a Lent, se señala la posibilidad de introducir un pedido de condena, dejando al magistrado escoger la pretensión sustancial que lo justifique. Por eso, cuando existe concurrencia de las pretensiones deducidas en juicio, el objeto del proceso será único.

Este último punto lleva a Lent a afrontar el problema de los límites objetivos de la cosa juzgada.

En el análisis de estas cuestiones, se hace caudal de la denominada inutilidad del llamado concepto de “episodio debido”: la gran mayoría de los autores, cuando aluden al objeto del proceso, refieren los dos elementos tradicionales: el *petitum* y el hecho constitutivo que describen como un episodio de vida.

Si se alteran estos postulados, resulta difícil aceptar las conclusiones sobre los límites de lo juzgado a los que llega Lent, quien termina distinguiendo entre objeto del proceso (*pretensión procesal*) y objeto de la decisión y del juicio (*pretensión sustancial*).

Y la doctrina reciente se ha detenido en la posición de Schwab, quien declara inicialmente que a su juicio la teoría del objeto del proceso consiste en encontrar un concepto unitario aplicable a todo tipo de acciones, analizando el cúmulo de demandas, el cambio de demanda, la *litis pendencia* y la cosa juzgada.

Concluye en la definición del objeto de la *litis* como la demanda de la decisión judicial descrita en el *petitum*. Consecuentemente, será el *petitum* el que constituye el objeto del juicio: la *causa petendi* le será ajena.

Schwab ha puesto el acento en el concepto de demanda, deteniéndose luego en una cuestión importante referida al cúmulo de demandas: y allí formula objeciones contra la tesis del cúmulo eventual o del cúmulo alternativo.

Su examen concluye con la afirmación de que un cúmulo de acciones solo puede darse cuando son diversas las *petitas*.

Y la visión de Schwab es adecuada en los supuestos de *litis pendencia*, como se dan entre la acción cambiaria y la acción causal, o la acción de accertamiento y la de condena.

Sus conclusiones son coherentes, y pueden también analizarse desde el punto de vista sustancial con referencia a la cosa juzgada.

En el fondo, el autor renuncia a una noción unitaria de la condena y distingue el accertamiento jurisdiccional de la *pretensión procesal* (objeto de la decisión en el sentido procesal).

La doctrina germana no podía dejar de analizar la posición de Rosenberg, quien ha coincidido con Schwab, excluyendo al hecho constitutivo del ámbito de la pretensión procesal.

Son también señalables las posiciones de Pohele, quien también alude al cambio de la demanda, a la litis pendencia, como determinando el objeto del proceso; o de Bettermann o el propio Weber, quien ha contrastado con aquellos principios sostenidos por Rosemberg.

La mayoría de los autores manifiesta un alejamiento de la teoría de la individualización y aun de la sustanciación.

Pero volviendo al derecho tradicional, hay un verdadero retorno a la línea “clásica” por parte de Satta o de Allorio – el primero en “Interés de actuar y legitimación”; el segundo en “Una teoría del accertamiento Judicial”.

El derecho germano ha determinado una revisión sustantiva de lo que consideramos como centro del *thema decidendum*: la noción de objeto del proceso actuando como presupuesto de los límites de la cosa juzgada.

A determinada altura de este trabajo me permito señalar que estamos ante el comienzo de una evolución doctrinaria que nos puede deparar sorpresas insospechadas.

#### IV Los últimos pronunciamientos judiciales

La jurisprudencia ha seguido de modo casi sintomático los pronunciamientos judiciales de los años previos.

En tal sentido es usual analizar el tema de la ultra petita tal como se efectúa en la sentencia 109/99 del Tribunal Tercero, donde se consagra la necesidad de que exista una adecuación *entre la delimitación hecha en la audiencia preliminar (sobre la base de los actos de proposición) y el pronunciamiento apelado. Se invoca la posición de Arlas comentando el artículo 462 del CPC y su coincidente artículo 198 CGP, en cuanto ambos consagran la congruencia entre lo que se pide en la demanda, se admite en la contestación y se decide en la sentencia.*

Un criterio similar se recoge en la sentencia del Tribunal Cuarto, la cual establece que, de acuerdo al principio de congruencia, los jueces están obligados a fallar solo respecto de los hechos alegados por las partes en sus escritos de proposición.

La propia sentencia alude también al tema de la congruencia con referencia a los intereses legales, los cuales, a juicio del tribunal, debían haber sido objeto de un pedido expreso para no llevar a una hipótesis de extra petita.

## V Ante criterios similares

Con base en las enseñanzas de Guasp, para quien la pretensión y la oposición determinan el objeto del proceso, se incurre en incongruencia cuando se sobrepasa la segunda o desestima la primera, mediando allanamiento: delimitado el objeto de la litis se circunscribe el tema a decidir en la medida en que no hubo contradicción en torno a la multa por incumplimiento. (Tribunal Quinto, sentencia 22/99).

Como puede verse, ya en 1962 parte de la doctrina se detenía en este principio que a mi juicio tiene antecedentes claros en materia procesal penal, ya en Goldschmidt (“Derecho Judicial Material”-1936).

Resulta interesante señalar que el propio Tribunal Quinto, con integración casi similar al anterior, se funda en la posición de Morello para establecer que el juez puede de oficio fundar la desestimatoria en el carácter contradictorio de la demanda aunque este problema no haya sido abordado por las partes.... estando suficientemente acreditadas las circunstancias de la contradicción, el juez puede hacer mérito de esa causa de inhabilidad intrínseca (sentencia 29/99).

Una nueva vertiente toma su fuente en Palacio, para quien la incongruencia debe resultar del pronunciamiento en su conjunto, ya que la parte dispositiva sintetiza las conclusiones establecidas por el órgano judicial al decidir.

El principio de congruencia exige una rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, al objeto y a la causa que individualizan, a la pretensión y a la oposición (cf. Palacio, “Derecho Procesal Civil”, tomo V).

El vicio que resulta de la inobservancia es, en la idea de Vescovi, un error *in iudicando* y admite su revisión por la vía de la apelación, dada la naturaleza del agravio.

Un análisis específico sobre los artículos 197 y 198 CGP fue realizado por Tribunal Sexto invocando a Palacio, Alsina o Gallinal y alegando ausencia de decisión expresa y precisa sobre la cosa litigada (citra petita); y este criterio se reitera en la sentencia 61/99 del TAF 2, y se vuelve a reiterar en supuestos específicos en que no se articuló la minoridad como mecanismo de la acción de rebaja de pensión.

También en materia laboral, el principio de congruencia ha sido sostenido en nivel jurisprudencial (cf. TAT 2, sentencia 161/99). En otro fallo, se sostiene la procedencia de la casación como violatoria del artículo 198 CGP al hacerse lugar a un despido indirecto por causales diversas a las invocadas por el actor.

Finalmente, en esta materia se ha sostenido que el juez no puede variar los hechos que sustentan la pretensión (principio de congruencia) aunque sí acudir a otra norma jurídica en mérito al principio *iura novit curia* (TAT 2, 333/99).

Asimismo, se ha sostenido que “la sentencia deberá estar en una especial relación con respecto a la pretensión” – principio de congruencia, artículo 198 CGP – y por congruencia debe entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión que constituye el objeto del proceso más la oposición en cuanto delimita ese objeto (parecería que esta expresión sintética resume el alcance de la congruencia).

Se cita la posición de Alsina, Tomo II, según la cual el juez no puede apartarse de los términos en los que quedó planteada la litis.

Según Vescovi, esto se traduce luego en el curso del proceso. (cf. TAC 4°).

En algún supuesto se ha constatado la existencia de ultra petita al establecer la liquidación en una suma superior a la solicitada por el solicitante en la demanda (así Tribunal 2°, sentencia 169/2000).

Existen sentencias en materia expropiatoria limitando la cuantía de la indemnización, entre la oferta de la Administración y el pedido del expropiado (Tribunal 4°, sentencia 89/2000).

Y se ha desestimado un reclamo por ultra petita basado en una declaración de frutos acogida por el actor al contestar la reconvencción (Tribunal 1º, 76/2000).

Problemas especiales se han planteado en virtud del ejercicio del principio *non iura novit curia* y de su armonización con la garantía de la inviolabilidad de la defensa tal como sostiene Véscovi en el “Código Comentado”, tomo VI, página 81 (Tribunal 1º, 150/2001).

Un criterio similar es recogido por la Dra. De Hegedus al comentar el principio de congruencia y el principio de *iura novit curia* en el libro de homenaje al Dr. Gelsi.

Pero es de notar también una jurisprudencia restrictiva que descarta el supuesto de incongruencia al sostener que los hechos que fundan el pronunciamiento están incluidos en la demanda – acusación (Tribunal 3º, 7/2001).

Dicho Tribunal ha señalado que en vía de interpretación y aplicación del derecho se encuentra el principio dispositivo, a fin de no violentar el principio de imparcialidad.

El intento de alterar la *causa pretendi* solicitando la condena sobre bases nuevas implicaría un menoscabo al derecho de defensa, y apareja un rechazo consiguiente (Tribunal 3º, 10/2001).

Asimismo, dicho Tribunal se ha afiliado de modo expreso a la teoría de la sustanciación, que requiere que la demanda incluya en los hechos relevantes: la inclusión de una *causa pretendi* diversa, que impide a la contraparte el ejercicio cabal y pleno de sus defensas. Y esa circunstancia implica un apartamiento del sistema legal.

La existencia de hechos no alegados por el demandado al contestar impide al juez ingresarlos en el análisis de los hechos relevantes, ya que también aquí se vulnera el derecho de defensa y se altera el contradictorio en cuyo mérito se decide la revocatoria.

Finalmente, la sentencia 156/2001 del TAF 2 precisa que la incongruencia constituye un error *in iudicando*, y no *in procedendo*, que podrá ser relevado a través de los recursos de aclaración y ampliación o subsanado a través de la apelación.

## VI La jurisprudencia más reciente

En este sentido puede citarse la sentencia 98/2003 del TAC 1, en la cual se recogen los principios generales en torno al tema de la congruencia, señalando que la sentencia deberá estar en una especial relación con respecto a la pretensión – principio de congruencia –, requiriendo conformidad entre sentencia y demanda en cuanto a las pretensiones deducidas por las partes.

Con un criterio restrictivo, el mismo Tribunal ha indicado que no debe mudarse el sustento de la demanda pues ello excede el principio *iura novit curia* y también el principio de congruencia. El primero de los principios establece que no se puede alterar la causa de pedir (cf. De Hegedus<sup>10</sup>; Castro Reyes), sentencia 85/2003, TAC 1.

En sentido de precisar el tema de la congruencia, se pronunció también el Tribunal 7° en la sentencia 213/2003.

El Tribunal 3° ha sostenido en la sentencia 25/2003 que se ha incurrido en *ultra petita* al introducir como excepción de falsedad hechos no articulados por el demandado. Y, a su vez, se ha rechazado un agravio admitido por la *a quo*, que aplicó una disposición legal no invocada por el excepcionante (estimo se inscribe en el tema de incongruencia más que en el alegado *iura novit curia*).

El mismo Tribunal considera que existe violación de la incongruencia en un recurso que va más allá del fallo apelado, en especial en el tema pericial.

Recogiendo la posición de Morello, el Tribunal citado señala que la congruencia deriva de una comparación entre las pretensiones de las partes (en sentido conforme se pronuncia Palacio, siguiendo a Guasp).

También lo hace Devis Echandía en “Nociones de Derecho Procesal”, a cuyo contenido nos referiremos.

---

10 Margarita De Hegedus, “El principio de congruencia y el principio *iura novit curia*. Su conciliación”, libro de homenaje a Adolfo Gelsi, pág. 517.

Igualmente, la Suprema Corte ha recogido la posición de Guasp y del propio Véscovi, señalando la necesaria armonía entre la pretensión y la decisión (Suprema Corte de Justicia, sentencia 43/2003 y sentencia 274/2003).

Estos criterios fueron reafirmados en la sentencia 339/2003 con citas del Tribunal Supremo español.

Desde el punto de vista doctrinario, se trata de criterios sostenidos por Ramos Méndez en más de una oportunidad.

## VII La congruencia en materia penal

Partiendo de textos precisos como la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 359 consagra la necesidad de que las sentencias sean congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente del pleito, buena parte de la doctrina hispana se volcó a defender la conformidad entre sentencia y la pretensión que constituyen el objeto del proceso. O como dice Guasp, la congruencia entre la pretensión procesal y la oposición a ésta, la cual supone que el fallo no contenga más que lo pedido por las partes (para no incurrir en *ultra petita*), ni menos de lo pedido por las partes, ni tampoco algo distinto de lo pedido.

También la doctrina ha insistido que la inobservancia con referencia a la congruencia lleva a la apelación y, eventualmente, a la casación.

En nuestro derecho, la doctrina y la jurisprudencia, basándose en el artículo 198 del CGP, han sostenido un criterio similar al propuesto por Guasp: así lo ha recogido Morello y Palacio en Argentina, y claramente Véscovi entre nosotros.

La jurisprudencia ha enriquecido de modo significativo las primeras aproximaciones doctrinarias.

Pero nuestro derecho ha ido también más allá en la esfera penal: desde largo tiempo el principio de congruencia entre acusación y sentencia ha sido recogido entre otros en nivel legal. Es el caso del artículo 246 del CPP, según el cual la sentencia no podrá superar el límite de la pena requerida por el Ministerio Público.

El texto en juego es, en especial, el artículo 22 de la Constitución, y en tal sentido Arlas señalaba que este problema *mereció entre nosotros tres soluciones diversas: para unos, el juez no puede nunca imponer la pena mayor que la solicitada por el Ministerio Público, entendiendo que ésta es una consecuencia necesaria del carácter acusatorio que se reconoce al plenario penal; para otros, en cambio, el juez puede siempre imponer una pena mayor que la solicitada por el Ministerio Público; para otros, finalmente, el juez no puede, en principio, imponer una pena mayor que la solicitada y solo puede hacerlo cuando el Ministerio Público pide una pena ilegal (cf. Tommasino).*

El Código del 80 optó por el criterio aludido al final.

Sin perjuicio de ello, Tommasino señalaba que la sentencia no puede condenar por delitos no incluidos en la acusación, ni superar la pena reclamada en la requisición (cf. sentencias del Tribunal Penal del año 57 y 62 y de los años 77, 78, 80, 81 del Tribunal 1º; 65 a 71 del Tribunal 2º).

El propio Tommasino, comentando el artículo 246, señalaba que, respecto de aquellos hechos no incorporados a la acusación, no existe acusación y, en consecuencia, no pueden ser materia de condena.

En otros casos – aunque no se acuse – debe incluirse en la condena si están probados, por aplicación del principio *iura novit curia* y se mantiene el principio acusatorio.

Para otros, finalmente, una vez formulada la acusación, ella obliga al Ministerio Público porque la acusación es única e indivisible, siendo pasible de casación en aquellos casos en que el fiscal no apela o se aplica una pena mayor por haberla pedido el Ministerio Público.

Una última precisión podríamos formular, y proviene de Clariá Olmedo, quien se refiere a la correlación entre acusación y sentencia: esta correlación consiste en que el supuesto hecho concretado en la acusación no puede ser ampliado ni restringido en la tarea de la res iudicata. Esta correlación falta cuando el juez considera en el fallo un hecho no contenido en la acusación, u otro hecho, además de los contenidos en ella. Tampoco habrá correlación si el juez omite uno o algunos de los hechos con-

tenidos en la acusación. El ámbito de ésta se habrá ampliado o reducido en el fallo.

Cuando la sentencia amplía el contenido fáctico de la acusación, el juez habrá actuado ex officio en cuanto a esa extralimitación. Si, en cambio, restringe el ámbito de la acusación no se habría obtenido la res iudicata con respecto a lo omitido y quedará sin resolverse una parte del objeto procesal. Pero aquí el principio non bis in ídem impedirá la nueva persecución penal.

En ambos casos, puede pensarse en la nulidad de una sentencia por inobservancia de las formas: en el primer caso se afecta con nulidad absoluta la defensa del imputado y, en el segundo, también porque no se satisface al Ministerio Público.

Para Claría el objeto procesal, una vez concretado, domina la sentencia.

Y ello con exclusión del aspecto jurídico contenido en la acusación.

El principio iura novit curia es el que introduce la discrecionalidad del juez penal en cuanto a la premisa mayor. No obstante, deben excluirse las circunstancias que de algún modo influyen en el conjunto de los hechos para agravar la pena y, en tal sentido, tampoco puede ser materia de la sentencia del tribunal (a diferencia de la solución del artículo 246 del CPP).

Por eso es que Claría <sup>11</sup> postula la necesidad de pasar los antecedentes al Ministerio Público, cuando surge de los autos un hecho o circunstancia no comprendido en la acusación y que darán lugar a una ampliación de ésta: en muchos supuestos es la nulidad de la sentencia por vía de casación (o de apelación y nulidad).

En Argentina, el principio de correlación entre la imputación y el fallo reconoce consagración constitucional; y la base de la interpretación se constituye en la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa: *todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, un dato sobre el cual imputado y defensor no pudieron expedirse* lesiona la inviolabilidad de la defensa.

También Maier ha hecho un análisis de este aforismo, así como los delitos agravados, o los supuestos de infracciones progresivas, señalando que algunas legislacio-

---

11 Jorge Clariá Olmedo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I, pág. 507.

nes recurren a la acusación alternativa o subsidiaria, tesis que a su juicio no resulta excluida del sistema congruencia entre acusación y sentencia.

Y el planteo tiene vigencia plena, setenta años después.

## VIII Primeras conclusiones

Puede así inferirse una clara identidad desde el punto de vista de los principios, entre los procesos penales y los civiles, no obstante las distintas alternativas que se plantean en la congruencia civil.

Sustancialmente porque lo que está en juego es el objeto del proceso, y el consecuente alcance de la decisión (cf. Claría Olmedo). Y este último punto aparece estrechamente vinculado a la decisión y su eficacia: el tema específico de la cosa juzgada lleva implícito el de sus supuestos entre ellos la triple identidad. Debe recordarse que la triple identidad es presupuesto de la excepción de cosa juzgada, y que ella es sinónimo de eficacia de la decisión.

En sentido coincidente se pronunciaba Liebman en “Eficacia y autoridad de la sentencia” (cf. el suscrito en “La cosa juzgada” RUDP 2005/2, páginas 351 y siguiente), así como es de recordar la posición de Allorio.

Dicho autor señala innovaciones importantes en el tema de la cosa juzgada, en especial su eficacia frente a terceros, en posición coincidente con la doctrina alemana sobre el tema. (cf. “La cosa juzgada”, RUDP, 2005/2, trabajo del autor).

Como puede apreciarse, existe una neta vinculación entre el tema referido al principio de congruencia – entre pretensión y sentencia – y la cosa juzgada como atributo de la decisión, en la medida en que ella resulta limitada tanto en la ultra petita, como en la citra petita o en la extra petita.

Creemos haber puesto de relieve en su momento la relación entre el principio de congruencia y las referencias en cuanto a la limitación del alcance de las sentencias, referidas a la citada congruencia: el principio de congruencia se refiere específicamente al objeto del proceso y a su consecuencia lógica que aparece en la decisión.

Los límites de la decisión aludidos precedentemente – ultra petita, extra petita y citra petita – refieren fundamentalmente a los límites de la sentencia, e interesan sustancialmente al tema de la decisión.

De lo que no cabe duda es de la estrecha vinculación entre ambas cuestiones.

Y esa ha sido la causa de un desarrollo que en materia civil lleva 50 años, y que en materia procesal penal tiene más duración, aunque yo pensaría en un desarrollo acotado dada la incidencia de algunos factores específicos propios del proceso penal (por ejemplo, las posibilidades de alteración de la sentencia por aplicación de los criterios de modificación de la pena).

Estimo que éste es sólo el comienzo de una evolución doctrinaria que nos puede deparar sorpresas insospechadas.

# Anencefalia

*José Henrique Pierangeli<sup>1</sup>*

## 1 Introdução e considerações médicas

A palavra anencefalia só mais ou menos recentemente ingressou nos nossos dicionários. *Caldas Aulete diz: qualidade de anencéfalo, a monstruosidade do anencéfalo.* O Dicionário Aurélio assim expõe: *Anencefalia (De an + encéfalo + -ia). S.f. Ter. Anomalia de desenvolvimento, que consiste em ausência de abóbada craniana, estando os hemisférios cerebrais ausentes ou representados por massas pequenas que repousam na base. Monstruosidade consistente na falta de cérebro.*

A anencefalia não é um problema da atualidade, original. Contrariamente, sempre existiram os fetos anencefálicos, mas somente com o progresso da tecnologia é que se pôde captar, desde os primeiros momentos da gestação, a sua ocorrência. Antes, como lembra Alberto Silva Franco, *o anencéfalo era reconhecido na interrupção espontânea da gravidez ou no ato do nascimento. Agora, meios tecnológicos permitem, em nível de absoluta certeza, denunciar a anencefalia em tempo precoce.*

A ultrassonografia detecta antes mesmo dos fins do primeiro trimestre da gravidez, a ausência simétrica dos ossos da calota craniana, que é exatamente a porção superior da caixa craniana. Se somente com o surgimento da ultrassonografia foi possível determinar a existência de um feto anencéfalo, claro está que somente com o seu surgimento advieram os problemas de ordem médica, bioéticas, jurídicas e as questões jurídico-penais, onde se finca o nosso real interesse.

---

1 Procurador de Justiça no Estado de São Paulo. Ex-professor de Direito Penal na Universidade de São Paulo.

No embrião, já no seu 18º dia inicia-se a formação do sistema nervoso com a chamada “placa neural”. Num processo de desenvolvimento, com a formação do **tubo neural**, se formará o cérebro e a medula espinhal, que edificam o sistema nervoso central e a crista neural. Nesse processo de desenvolvimento embrionário, podem advir malformações de maior ou menor gravidade. A mais severa de todas é a anencefalia, que se caracteriza pela ausência de uma grande parte do cérebro, pela ausência da pele que teria de cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, pela ausência de hemisférios cerebrais e pela exposição exterior do tecido nervoso hemorrágico e fibrótico, ensina Mário Sebastiani. Este autor acrescenta que o quadro médico apresentado pelo anencéfalo não se resume nessas sequelas. Incluem-se, ainda, a falta do hipotálamo, o desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio, com estruturas faciais alteradas, que dão ao anencéfalo uma aparência grotesca e anormalidades nas vértebras cervicais. Os olhos, prossegue o mencionado autor, podem parecer, de um modo geral, normais, mas o nervo ótico, se existente, não se estende até o cérebro. Por tal razão, já se disse que o feto anencéfalo possui a aparência de uma rã, na medida em que é totalmente falto da calota craniana e da cobertura das demais estruturas neurológicas.

A partir do informe do Comitê da Escola de Medicina de Harvard, de 1968, o coração deixou de ser o órgão central da vida, e a falta de batimentos cardíacos o critério de determinação da morte. Elegeu tal informe, em substituição o cérebro, e a morte consoante este critério, caracteriza-se pela abolição total da função cerebral. Como assinala a professora Stella Maris Martínez, da Universidade Nacional de Buenos Aires, a ausência da função cerebral *importa a perda da função integradora do organismo como um todo, por parte do sistema nervoso central e inclui o comprometimento de todo o encéfalo, do tronco encefálico e de outras funções neocorticais.*

Desde então, com a nova definição de morte, estabeleceu-se um limite na assistência de pacientes, propiciando um decisivo progresso na área de transplantação. Este é o critério adotado pela nossa lei de transplante de órgãos (art. 3º, da Lei n. 9. 434/97). Atente-se que mesmo adotando o critério da morte encefálica, a lei cerca o doador de garantias, ao exigir que o diagnóstico de morte cerebral seja realizado por dois médicos, diversos daqueles que compõem a equipe de remoção e de transplantes.

Além de procedimentos mais corriqueiros como o são os clínicos, a lei exige exames tecnológicos, que são realizados mediante aparelhos, entre eles a angiografia cerebral, o eletroencefalograma e o *dopper* transcraniano. Além disso, o Conselho Federal de Medicina exige que um segundo médico realize um novo exame, observado um intervalo mínimo de 6 horas.

## 2 Anencefalia e risco para a vida da gestante

A doutrina médica tem afirmado que a anencefalia cria situações de risco para a saúde da mulher, caso esta prossiga na gestação. Numa angulação sob o aspecto físico, se levado avante o processo gravídico, aumenta para a gestante, significativamente, riscos no parto, mas não se conclui existir em tal situação, perigo de morte. Aqui, acresce acentuar que o conceito de saúde não se resume à saúde física, mas abrange o estado de completo bem-estar físico, psicológico e social, e não simplesmente a ausência de enfermidade, como define a Organização Mundial de Saúde.

É o que criteriosamente acentua Alberto Silva Franco: *ora, é inquestionável, na hipótese da encefalia, que a saúde psíquica da mulher passa por graves transtornos. O diagnóstico da encefalia já se mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiar a si própria e a seu núcleo familiar. São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável [...] Obrigá-la a carregar, em seu ventre, um ser morto, porque deixará de existir se dela desconectado, constitui ainda uma ofensa à sua dignidade de mulher, de mãe, enfim, de pessoa humana.*

O Boletim do IBCCRIM n. 145, de dezembro de 2004, traz um relato de uma juíza de direito, que merece ser transcrito: *Sou mãe (ou fui) de um bebê com esta deformidade. Soube disso no terceiro mês de gravidez (vinte anos atrás) e meu primeiro pensamento foi a interrupção. Consultei sobre o assunto o médico que acompanhava a gestação e ele deu uma resposta desconcertante: “Se v. quiser abortar, indico-lhe um abortadeiro porque sou um parteiro”. Isto me deu uma enorme sensação de culpa; me senti uma assassina e levei a gravidez a termo. Foram os piores anos de minha vida, pois uma das coisas mais importantes deste período é o vínculo de amor e carinho que*

*nós estabelecemos com o ser que está ali dentro de nós. Só a mãe sabe como é esse sentimento. Durante os sete meses restantes, vivi brigando com tal sentimento que teimava em não ser indiferente, pois imaginava que, se conseguisse não estabelecer o vínculo sofreria menos. Foi uma experiência que nenhuma mãe deseja viver [...] Minha filha tinha um rosto lindo, mas faltava-lhe o osso que reveste o cérebro, a anencefalia. Os pediatras aconselharam não alimentá-la para que o tempo de vida não se prolongasse [...] Não tive condições psicológicas de cuidar de minha filha; ela viveu cinco dias porque minha sogra desobedeceu a recomendação médica e a alimentava. Entretanto, segundo me informou, era visível o desconforto da criança que não tinha ânimo nem para chorar, esboçava uma gesticulação intermitente e desconexa. Aí se foram as duas primeiras oportunidades de ter um filho. Insisti numa terceira gravidez [...] e nesta não conseguia acreditar que tudo estava bem e, novamente, me esforcei para não amar tanto o meu filho. Não comprei uma fralda; não fiz o enxoval e nunca me dirigi ao feto com medo de mais uma perda. Eu sabia que não suportaria. Graças a Deus, tudo deu certo [...]. Por tudo isso que acabo de testemunhar - e é a primeira vez que tenho coragem de fazer isso - peço que ajudem muitas mulheres a se darem a si próprias a oportunidade de ter um filho saudável - com vida - pois não se pode falar em vida do anencéfalo. Que vida? Somente intrauterina.*

### 3 Considerações éticas e políticas

Num Estado de Direito, não pode o órgão político-jurídico obrigar a gestante ao aborto em caso de anencefalia. Em sentido contrário, também não pode obrigá-la a levar a gravidez a termo. São dois parâmetros que significam a garantia constitucional da autonomia da liberdade e da vontade, que decorrem da própria conformação humana.

Nos ordenamentos jurídicos dos Estados constitucionais, a sua validade não depende apenas dos aspectos formais da produção legislativa, que permitem afirmar o “ser” ou a existência das normas, senão depende igualmente do significado dos enunciados normativos produzidos, e mais exatamente da valoração da correspondência do seu conteúdo com o “dever ser” jurídico estabelecido por normas superiores, diz Luigi Ferrajoli, na sua monumental obra “*Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*”.

A obra de Ferrajoli fixa, na elaboração de um sistema geral do garantismo, a partir das colunas mestras do Estado de direito, a tutela da liberdade individual nas suas mais variadas formas, obstaculizando o exercício arbitrário de poder, particularmente no âmbito do direito penal. Daí a observação de José Joaquim Gomes Canotilho sobre ser a negação dos princípios jurídicos fundamentais, extremamente relevante, porque cria uma oposição entre o Estado de direito e o Estado de não direito.

Partindo da adoção pela Constituição portuguesa da proibição do excesso, informa o autor que *a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*. Por outras palavras, a eficácia da proibição está vinculada ao princípio da proibição do excesso. Daí que, ainda seguindo Canotilho, fixamos que proibir o excesso não é proibir o arbítrio, mas impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem. Trata-se, portanto, de um princípio jurídico-penal de justa medida.

O legislador, por conseguinte, ainda que quase sempre aja descompromissado com a realidade fática e as conveniências sociais, e, entre nós, quase sempre procurando um momento de glória na mídia, está vinculado a princípios jurídicos gerais e à proibição do arbítrio. Não pode o exercício do direito de punir, converter-se num abuso, mas, contrariamente, deve ser justificado pela utilidade (Émile de Girardin). Modernamente, a utilidade do direito penal moderno, está na sua aptidão de assegurar os bens jurídicos, o que nem sempre consegue. Mas esse é, efetivamente, o fim que não pode deixar de buscar embasado antropológicamente.

Posta assim a questão, como posicionar a gravidez de um anencéfalo? O Ministro Marco Aurélio, do STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, que lhe foi formulada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, concedeu liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno, com duplo efeito: 1º - sobrestar os processos e decisões, sem trânsito em julgado, relativos à prática do delito de aborto em razão da anencefalia; e 2º - conceder à gestante o direito de optar pela submissão à operação terapêutica de parto de feto anencéfalo, a partir de laudo médico que confirme tal anomalia.

Na fundamentação de sua decisão, afirma o douto Ministro que na medida de cautela pleiteada *a um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu estado maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para a simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza de 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencéfalos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando o período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Mais adiante, o Ministro acentua: A gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá tornar-se um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar – trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social* (Diário da Justiça n. 147, de 2 de agosto de 2004, p. 64/65).

#### 4 Riscos à saúde da mulher

A doutrina médica tem assinalado que, uma vez diagnosticada a anencefalia, aumentam os riscos à saúde da gestante, caso haja prosseguimento da gestação, por

várias causas. Entre estas, menciona-se estar ela, entre 30% a 50% dos casos, sujeita à dificuldade respiratória, hipotensão em decúbito dorsal, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, desligamento normoplacentário, atonia uterina pós-parto, etc. Além disso, há comprovação de que os fetos podem ser grandes, e a ausência de pescoço e o tamanho pequeno da cabeça fazem com que o tronco tenda a penetrar no canal do parto junto da cabeça, provocando assim uma grave distocia, ou seja, um parto difícil.

Não obstante, a vida da gestante não se encontra sob risco, e, conseqüentemente, não se pode invocar o art. 128, I do CP (aborto necessário) para a autorização do aborto. Apenas sua saúde encontra-se numa situação de risco, e a saúde constitui bem jurídico fundamental, tutelado em nível constitucional.

A Organização Mundial da Saúde define a saúde como *o estado de completo bem estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade*. Sob outro enfoque, agora afastada a questão da saúde física da mulher, para ingressar num aspecto de vida intelectual, acentua Alberto Silva Franco: *o diagnóstico da anencefalia já se mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiar a si própria e a seu núcleo familiar. São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angustia suportadas pela mulher gestante, que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável. Esta morte certa, que não se permite abreviar no tempo, constitui condenação imerecida da mulher grávida e a abolição do exercício de sua autonomia de vontade. Obrigá-la a carregar, em seu ventre, um ser morto, porque deixará de existir se dela conectado, constitui ainda uma ofensa à sua dignidade de mulher, de mãe, de pessoa humana*.

## 5 Aspectos jurídicos

A mãe gestante, a partir do momento em que se inteira de que tem em seu ventre um feto anencéfalo, passa a sobrelevar os riscos físicos do processo de gravidez, e, ainda, as suas conseqüências psíquicas, tudo sem deixar de refletir sobre os reflexos familiares de sua situação. Evidente que passa a surgir no seu espírito a ideia da interrupção da gravidez, pondo termo a uma situação que, modificando a sua estrutura física, corrói a sua situação espiritual.

Exercitar esse direito, fazendo uso, na sua plenitude, do princípio da liberdade e da autonomia da vontade, que não lhe pode ser negado, obrigando-a a acolher, em seu útero, até o fim da gravidez um feto definitivamente inviável, não nos parece ser uma solução adequada. Seria uma brutal e flagrante violação daqueles princípios, como bem assinalou o douto Ministro Marco Aurélio: *para qualquer pessoa nessa situação, ficar à mercê da permissão do Estado para livrar-se de semelhante sofrimento resulta, para dizer o mínimo, em clara violência às vertentes da dignidade humana, – física, moral e psicológica.* E acrescenta o referido ministro que não se pode *aquiescer à ignomínia de condenar-se a gestante a suportar meses a fio de desespero e impotência, em frontal desrespeito à liberdade e à autonomia da vontade, direitos básicos, imprescindíveis, consagrados em toda sociedade que se afirme democrática.* Claro está, pois, que seria uma insensatez impedir a gestante de prosseguir no processo gestativo, mas seria uma violência sem par obrigá-la a continuar nesse propósito, quando ela isso não deseja.

Acertada, pois a conclusão da professora Stella Maris Martinez: *Ao aceitar-se a manifestação da gestante, respeitou-se a autonomia de quem, livre e devidamente informada, deu a solução que considerava mais adequada para si mesma e para seu grupo familiar. O princípio de justiça alude à proporcionalidade das contribuições das partes, à equidade.* A professora menciona, ainda, dois outros princípios: o da beneficência e o da não maledicência. De conformidade com o primeiro, a interrupção da gravidez sempre resulta num bem, num benefício para a gestante. Pelo segundo princípio, estima-se que a não permissão para a interrupção da gravidez, representa um sensível prejuízo para a gestante.

Claro está que a exposição até aqui feita, exclui qualquer aspecto de ordem religiosa e de convicção pessoal, que são, inquestionavelmente, sempre respeitáveis, mas não são jurídicos.

## 6 Considerações jurídico-penais

Evidente que não iremos discorrer aqui acerca do delito de aborto, cujas condutas o nosso Código cataloga nos arts. 124 a 128. Certo, todavia, é que daremos uma especial consideração ao que dispõe o art. 128, inc. I, que cuida do aborto necessário.

Para o Direito Penal, o aborto é a interrupção voluntária do processo fisiológico da gravidez, com a conseqüente morte do produto da concepção, com ou sem a sua expulsão. A tutela penal em face do nosso CP é a vida intrauterina, isto é, a vida humana em formação, a partir da fecundação. Trata-se, portanto, de crime contra a vida humana.

Daí ser o sujeito passivo para a maioria escancarada dos nossos doutrinadores, o produto da concepção. Para outros autores, todavia, a tutela jurídica se dirige ao interesse demográfico (Ottorino Vannini) e a continuidade da estirpe (Manzini). Nessa linha, Fragoso indica, como sujeito passivo, o próprio Estado ou a comunidade nacional, posicionamento também adotado por alguns autores alemães.

Ao falar em **provocar o aborto** com ou sem o consentimento da gestante, os arts. 124, 125 e 126 têm por pressuposto a gravidez que se desenvolve no útero, com viabilidade de vida extrauterina. Daí que não se admite haver aborto na chamada “gravidez ectópica ou extrauterina” (tubárica, ovárica, peritonial e também molar). A gravidez molar ou simplesmente mola, nem mesmo pode ser considerada gravidez, pois se trata de produto degenerado da gestação. Néelson Hungria, já nos anos 40/50 do século passado, ensinou: *O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.*

Nessa linha de raciocínio, onde devemos posicionar a interrupção da gravidez em que o produto da concepção é um anencéfalo? Instados a uma decisão, os juízes, diante de uma prova irrefutável, têm autorizado o aborto, sob fundamento da ausência de culpabilidade. A conduta da gestante que autoriza o aborto não é passível de censura. Nesse sentido, as decisões proferidas pelo Juiz José Henrique Rodrigues Torres, Titular da Vara do Júri da Comarca de Campinas-SP, e professor de Direito Penal na PUCCAMP. Nessa mesma diretriz, é a manifestação do Professor Paulo José da Costa Júnior, em substancioso artigo publicado no Jornal Tribuna do Direito.

Realmente, com ausência de cérebro, o feto não pode nascer com vida, ou, se isso vier a ocorrer, sua vida será efêmera e sem sentido. Faltaria à conduta da gestante que pratica o autoaborto ou que consente na sua prática, reprovabilidade por sua conduta, ficando incompleta a trilogia da estrutura dogmática da teoria do delito: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Mas será esta a melhor solução? Acreditamos que não. Como se trata de crime doloso contra a vida, o julgamento de tal conduta está afeto ao Tribunal do Júri. Somente o tribunal popular, por força da Constituição, poderá reconhecer ou repudiar uma excludente da culpabilidade. Não pode, portanto, o Estado Juiz autorizar o aborto. Como se trata, em tal enfoque, de conduta típica e ilícita, ao autorizar o juiz a medida cirúrgica, fica alcançado pela regra do concurso de agentes (art. 29 do CP).

## 7 Posicionamento que consideramos correto

Já na primeira edição do nosso Manual de Direito Penal Brasileiro, parte especial, escrevemos o seguinte: *A nosso ver, pelo menos num primeiro momento, parece-nos inexistir em tal situação um bem jurídico a proteger, o que torna a conduta atípica, máxime se pudermos considerar o Estado e a comunidade nacional como sujeitos passivos do crime, e não o feto, como entende Fragozo e alguns autores alemães.*

Como salienta Hoofstede, citado por Silva Franco, *a vida biológica, controlada principalmente pelo tronco cerebral, 'não é unicamente humana, porque comparte suas características com os não-humanos'. A conclusão deste raciocínio é que a vida biológica é condição necessária, mas não suficiente para a vida humana.* Consequentemente, não há vida humana intrauterina a ser protegida.

Em tal situação, as intervenções efetuadas no sentido de fazer cessar processo de gestação, não visam à morte do feto, mas sim pôr fim ao sofrimento da mãe gestante, evitando o agravamento de sua saúde psíquica. Daí a conclusão certa de Alberto Silva Franco, de que, na interrupção do processo gestacional em caso de anencefalia, não há de se falar em aborto, tratando-se de caso de pura atipia. Nessa mesma diretriz, Álvaro Mayrink da Costa escreve que em caso de fetos com falta de crânio, *a arquitetura genética impede de considerá-los como pessoa humana, e,*

por conseguinte, *não devem ser admitidos como sujeito passivo do crime de aborto*. É situação idêntica às da gravidez molar e extrauterina, cuja expulsão do ventre materno não cria, na acepção da palavra, uma vida.

Haverá, na hipótese, um delito de aborto? Não se trata de aborto terapêutico (art. 128, I) e nem de aborto humanitário ou sentimental (art. 128, II). A gestante não corre risco de vida, conquanto possa haver um agravamento de sua saúde física e psíquica. À evidência que não se trata de aborto ético, humanitário ou sentimental, porque não se trata de gravidez decorrente de estupro ou de atentado violento ao pudor, como defendem inúmeros autores nacionais. A solução não se encontra, portanto, no art. 128 do CP.

## 8 Conclusões

Do exposto, extraímos as seguintes conclusões:

I - Em face do desenvolvimento tecnológico das ciências biomédicas, a anencefalia pode ser detectada precocemente, com total margem de certeza, o que facilita a intervenção médica, reduzindo os riscos para a vida da gestante;

II - A anencefalia significa uma total incompatibilidade com a vida extrauterina;

III - Não se aplica à anencefalia o critério da morte cerebral ou encefálica, porque o feto anencefálico não dispõe de cérebro;

IV - O anencéfalo constitui um projeto embriológico falido, não sendo um processo de vida, pois carente de toda capacidade biológica para a caracterização de uma vida humana viável;

V - A anencefalia, sob o prisma médico, provoca riscos para a saúde física, social e especialmente psicológica para a gestante. Não cria, todavia, risco para sua vida;

VI - A gestante tem o direito de optar pela manutenção ou não do processo de gravidez. Cabe a ela, e somente a ela, decidir se prossegue ou põe fim à sua gestação;

VII - Não há que confundir questões morais ou convicções religiosas com questionamentos jurídicos. Não compete ao Estado laico dirigir a opção da mulher portadora do anencéfalo pela interrupção da gravidez ou pela antecipação do parto;

VIII - Em se tratando de anencefalia, não pode a interrupção da gravidez ser considerada como aborto ou antecipação do parto, visto faltar o elemento básico, fundamental, que é a existência da vida humana. A malformação congênita do anencéfalo inviabiliza a vida extrauterina;

IX - A intervenção médica deve ser equiparada a outras situações médicas, que não se enquadram no tipo de aborto (gravidez molar, gravidez ectópica ou fora do útero, afecção uterina oncológica);

X - A interrupção da gravidez ou antecipação do parto, em caso de anencefalia, constituem condutas atípicas;

XI - Como se trata de conduta atípica, fica sem sentido a exigência de autorização judicial para a realização da medida médico-cirúrgica, podendo o médico atuar livremente, porquanto se trata de atuação com finalidade terapêutica, que também torna sua conduta atípica;

XII - Por questão de cautela, deve o médico exigir um exame detalhado, um parecer assinado pelo menos dois outros facultativos, e só então realizar a cirurgia. Evitará assim contratempos que possam surgir na esfera policial e, eventualmente, também na judicial.

XIII - O pedido de autorização judicial contém contradição lógica insuperável: ou o juiz dá permissão – o que constitui um verdadeiro absurdo – para a prática de fato criminoso, ou o juiz permite – o que constitui ato inteiramente supérfluo – a prática de um fato lícito.

XIV - A realização da intervenção médico-cirúrgica depende do consentimento da gestante, que, numa situação de normalidade, deve ser expresso.

## 9 Encerramento

Pessoas contrárias à prática de aborto em seres anencéfalos têm mencionado ocorrer o prosseguimento da vida extrauterina por cerca de um ano em Marcela de Jesus Ferreira, o que desnaturaria todas as sustentações doutrinárias favoráveis à interrupção da gravidez anencefálica. O jornal O Estado de São Paulo, edição de 15 de novembro

de 2007, p. A-26, traz um substancioso artigo de Fabiane Leite e Simone Iwasso, com o título: *Médica conclui que bebê nascido há um ano no interior não é anencéfalo*.

A médica pediatra Márcia Beani Barcelllos afirma que a menina *não tem anencefalia clássica, mas outro tipo de anencefalia*. Afirma ainda a referida profissional que ela (Marcela) *não é um bebê sem encéfalo, essa região do cérebro dela está preenchida por líquido, mas não é um exemplo de anencefalia descrita na literatura médica porque ela, de alguma maneira, ainda interage com o meio ambiente, seu tronco cerebral realiza funções. Um caso clássico da malformação não teria sobrevivido por tanto tempo ou estaria vegetando, o que não é o caso dela desde que nasceu*.

E prosseguem as articulistas: *A primeira ressonância magnética com boa definição, feita somente anteontem, a seis dias do primeiro aniversário da menina, mostrou a presença de mesencéfalo, parte intermediária do cérebro, o que, para especialistas, é o principal indicativo de que o bebê não é um anencéfalo. Além disso, Marcela tem a base do crânio formada e estrutura na parte de trás da cabeça (com pele e cabelos), o que também são indícios de que não se trata de anencefalia. A parte da cabeça é recoberta por uma pele mais espessa e disforme, que se assemelha a uma bolha. Em bebês anencéfalos, não existe nenhum revestimento. Até que enfim reconheceram que não é anencefalia*.

Ao que tudo indica, Marcela possui outro tipo de malformação, a encefalocèle, que é um defeito no fechamento do crânio, associada a um microcefalia, redução do sistema nervoso.

No momento em que encerramos este modesto artigo, escrito especialmente para compor o livro em homenagem ao Professor Doutor Kurt Madlener, de quem tivemos a alegria e a honra de ser padrinho de casamento, aguarda-se a manifestação do Colendo Supremo Tribunal. Cientes estamos de que se trata de uma decisão difícil, e de resultado imprevisível, pois, mesmo sendo o Brasil um Estado laico, a Igreja, principalmente a Católica, exerce um forte poder de persuasão.

De resto, nossa alegria pela justa homenagem e pelo convite que nos foi formulado.

# Principio Acusatorio y Derecho de Defensa Ante el Cambio Sustancial de la Pretensión Penal por el Ministerio Fiscal en el Curso del Juicio Oral

*José María Asencio Mellado<sup>1</sup>*

No es una decisión sin fundamento la de escoger un tema sobre el objeto del proceso penal para el libro homenaje al Dr. Madlener. Hace algunos años tuve ocasión de estudiarlo en el Instituto Max Planck de Friburgo y constituyó el tema de mi ejercicio de Cátedra. Recuerdo de aquellos tiempos el apoyo, el consejo y la amistad que me brindó el Dr. Madlener. Es para mí, pues, una satisfacción poder recuperar algunos de los conocimientos que adquirí a su lado, en estancias que marcaron mi devenir. Mi agradecimiento, mi respeto profundo y mi afecto a quien tanto ha significado para varias generaciones de procesalistas españoles.

## Introducción

El principio acusatorio, en el marco de toda su extensión, constituye el pilar esencial de un proceso penal con garantías y, por extensión o relación, del derecho de defensa en todas sus vertientes: muy especialmente debido a la necesidad de información de la acusación, previa y completa, como requisito previo al ejercicio del derecho fundamental y el efectivo de oposición a la pretensión penal, que solo es pleno cuando viene referido a los hechos con todos sus elementos, incluida, necesariamente, su relevancia jurídica, es decir, su subsunción normativa.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Processual. Universidad de Alicante.

La doctrina y la jurisprudencia centran la aplicación de este principio en su lugar principal, es decir, en la actividad de los tribunales sentenciadores, lo cual ha perfilado un cuerpo normativo y teórico que, aunque confunde en su desarrollo el referido principio y el derecho de defensa, desarrolla con cierta amplitud su ámbito de aplicación. De esta manera, el concepto de objeto del proceso, los límites de la vinculación judicial a la pretensión, las facultades de alteración de oficio de la pretensión y los mecanismos de que disponen las partes acusadas para enfrentarse a estas modificaciones tienen hoy un soporte legal perfectamente definido en la LECrim, a la vez refrendado por la jurisprudencia que puede considerarse suficiente, aunque en ocasiones, por esa confusión aludida, se entremezclen las exigencias que derivan de la preservación de la imparcialidad y del derecho de defensa.

Este trabajo, sin embargo, no tiene como objeto volver a incidir en dichos temas capitales; por el contrario, su finalidad es analizar los límites a los que el Fiscal debe sujetar su actuación cuando de modificar sus calificaciones provisionales se trate. Que la verdadera acusación se produce en el momento de las conclusiones definitivas, una vez ejecutada la prueba en el juicio oral, es algo sabido y que no plantea problemas. Que dicha prueba puede llevar a una alteración de la acusación inicial es algo que parece lógico en un sistema en el que, por principio, los actos de la instrucción deben carecer de valor probatorio. Pero, lo que no es asumible sin reserva alguna es que entre las conclusiones definitivas y las provisionales no se exija una correlación que impida una modificación sustancial, un cambio fundamental que implique la alteración misma de la pretensión ejercitada y frente a la cual la defensa se ha preparado y alzado su material probatorio. Pero como se verá, no es sólo que este comportamiento pueda atentar al derecho de defensa en toda su extensión. Incluso si se lo utiliza de mala fe, puede provocar que los acusados declaren sobre hechos por los que no fueron acusados inicialmente, aunque resulten conocidos al finalizar la instrucción y, finalmente, objeto de acusación sorpresiva; aunque no se trate del tribunal, sino de la parte acusadora, el principio acusatorio puede verse afectado cuando la pretensión es modificada sustancialmente. Y es que el principio acusatorio, pese a que su finalidad y fundamento residan en la necesidad de preservar la imparcialidad judicial, también ha de interpretarse como regla de garantía del contradictorio, del método dialéctico en que se constituye el proceso. No se trata

tanto de identificarlo con el derecho de defensa, por más que ambos tengan puntos de conexión o sean correlativos, sino de garantizar el contradictorio como sustrato o base de la idea misma de proceso. Si una de las partes (la que representa al Estado) puede moverse con plena libertad sin estar sujeta a límite alguno, aunque cuente con el poder que le proporciona ese apoyo público; si una de las partes, por error o de mala fe, prescinde de la calificación de unos hechos conocidos en la instrucción, no se la considera punible, ni se la acusa y, al final, se la introduce en su calificación definitiva cuando ni los imputados han prestado el menor interés -confiados en el carácter no punitivo de los mismos- ni se ha ejecutado prueba alguna; entonces, es evidente que no habrá existido contradicción alguna entendida ésta como expresión dialéctica del proceso.

Varias son, pues, las cuestiones que se van a abordar en este trabajo.

La primera, la posible infracción del principio acusatorio derivada de la introducción, en el momento de la articulación definitiva de la acusación, de una tipificación penal de los hechos que modifica sustancialmente los mismos, tanto en su vertiente estrictamente fáctica, como en su repercusión jurídica. A tal efecto se plantea la posibilidad de modificación sustancial de la pretensión penal en sí misma considerada, al margen, pues, del derecho de defensa y, especialmente, si la prohibición de la *mutatio libellis*, derivada entre otros del art. 300 LECrim, implica la prohibición expresa de introducir, mediante el mecanismo de la alteración sustancial del objeto procesal, una nueva pretensión penal, ampliando el proceso a una nueva acusación.

La segunda, si, a la luz de los arts. 732 y 788.4 LECrim (antes 793.7, pero con una redacción similar), es posible este tipo de alteración de la pretensión penal, al margen del derecho de defensa y, por tanto, como consecuencia inmediata de la vigencia del principio acusatorio. En definitiva, se trata de concretar si, conforme a la redacción del art. 788.4 LECrim, es posible una modificación que altere sustancialmente la pretensión penal, aun haciéndose uso del mecanismo de protección de la defensa que la misma norma establece.

La última, si tal comportamiento afecta al derecho de defensa y en qué grado. A tal fin, especial énfasis se pone en la posible vulneración del derecho a una información de la

acusación que, para ser efectiva, ha de ser previa, no sorpresiva y no limitada exclusivamente a los elementos fácticos que aparecen en las actuaciones, sino igualmente a su tipicidad y penalidad, ya que el elemento objetivo de la pretensión penal no es un simple hecho natural o histórico, sino aquel que tiene relevancia jurídica, es decir, el hecho típico aunque dinámico; en suma, el hecho sustancial en relación con el bien jurídico protegido por la norma penal acusada y objeto de condena. Se somete, en fin, a consideración de este dictamen si es posible, a la luz del art. 788.4 LECrim, una alteración sustancial de la pretensión penal en sede de conclusiones definitivas y si la misma, en caso de producirse, puede ser suplida mediante el expediente previsto en la norma.

## 1 La identificación de la pretensión penal

Cualquier análisis que se haga y que venga referido a la posibilidad de una modificación sustancial de la pretensión penal operada por el Ministerio Fiscal al calificar unos hechos inicialmente como un delito determinado y concluirlos con una figura penal diferente, debe partir, aunque lo sea muy sucintamente, de la determinación del concepto de pretensión penal –equivalente a objeto procesal–, de sus elementos identificativos o *causa petendi* y de los límites que han de establecerse a la posibilidad, naturalmente indiscutible, de alteración de aquella, límites que establecen el marco de la propia e individualizada pretensión penal y el cambio de la acusación y condena.

### A) La esencialidad del hecho procesal en la doctrina, la jurisprudencia y la ley

Es ineludible para determinar, a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la jurisprudencia, la posible existencia de infracciones del principio acusatorio y del derecho de defensa, analizar si entre los delitos acusados inicialmente y aquellos objeto de conclusiones definitivas existe o no la identidad suficiente para entender su carácter homogéneo o heterogéneo o, lo que es lo mismo, si se ha alterado la pretensión penal, ya que, en este último caso, podría ponerse en duda la legalidad misma de la conclusión definitiva y de la condena que de ella deriva.

Objeto del proceso penal, como es sabido, es la pretensión con todos sus elementos característicos, lo que no difiere mucho del concepto generalizado en la doctrina.

Ahora bien, por la naturaleza pública del delito y del proceso punitivo, únicamente sirven para identificar dicha pretensión aquellos elementos que se consideran sustanciales e inmodificables: el subjetivo pasivo, esto es, la persona del acusado y la *causa petendi*, coincidiendo esta última con el denominado **hecho jurídicamente relevante**. De esta forma viene a definirlo el actual art. 789.3 LECrim (anteriormente 794.3), que prohíbe condenar por un delito distinto al acusado cuando éste conlleve “Una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado”, expresión legal ésta que, por gozar de un mismo fundamento, hay que considerar extensiva a las posibilidades de alteración que autoriza el art. 788.4 LECrim (antes 793.3) en referencia a la introducción de modificaciones en el ámbito de las conclusiones definitivas.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (en una opción acertada a la hora de establecer los elementos de hecho que sirven para identificar una concreta pretensión penal, y que constituyen su *causa petendi*), ha dejado de lado la teoría de la individualización. Ésta, como es conocido, pone el acento en el título de condena, en la calificación jurídica de los hechos y no sirve, pues, en el ámbito del proceso penal, ya que haría inexistente la virtualidad efectiva del principio *iura novit curia*, al impedir cualquier modificación de la calificación jurídica, confundiendo, en consecuencia, objeto del proceso penal -hecho jurídicamente relevante desde el punto de vista procesal- con el objeto del delito, con el hecho penal. Del mismo modo, ha abandonado la teoría (en otros momentos con cierta aceptación, pero minoritaria en la doctrina) de la sustanciación pura, la cual viene a residenciar la identificación de la pretensión penal en el hecho natural o histórico, sin referencia a alguna normativa, ya que esta última, por su abstracción y por no proporcionar límites objetivos, impide una clara singularización del objeto procesal al perder de vista y no considerar cualquier elemento o criterio jurídico de determinación de la unidad fáctica.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en fin, ha optado por acoger las posiciones más relevantes adoptadas por la doctrina (Gómez Orbaneja, Gutiérrez de Cabiedes, Cortés Domínguez, Liu, Bertel, Beling, etc.), las que hacen coincidir la *causa petendi* **de la pretensión penal con un hecho normativo o jurídicamente relevante**, el cual

constituye el elemento objetivo de la pretensión penal, y, por ello, debe permanecer inalterable desde la acusación inicialmente formulada, hasta la sentencia firme. La identidad de la pretensión impide que sea modificada por las partes o por el tribunal de modo absoluto. Esta construcción legal y doctrinal autoriza, como es lógico, modificaciones en la acusación y en la sentencia, dado el carácter dinámico del proceso y el juicio oral, siempre y cuando no sean sustanciales, y por aplicación del principio *iura novit curia*, si bien, tales alteraciones han de encontrar siempre su límite en la propia esencialidad e individualidad de la pretensión penal ejercitada.

El hecho normativo se construye siempre por referencia al delito objeto de acusación inicial, de tal manera que puede afirmarse que permanece la misma pretensión, el mismo objeto procesal, cuando la modificación fáctica o jurídica del título de condena no comporta una mutación sustancial del hecho enjuiciado o del bien jurídico protegido. Concretamente, permanece el mismo hecho y no se altera la pretensión penal, cuando en el tránsito de un delito a otro, de la acusación inicial a la definitiva o por la que se condena, subsiste una identidad parcial del hecho típico, no el natural o histórico, sino el que forma parte del supuesto de hecho normativo y del bien jurídico protegido por ambas conductas delictivas.

Esto es lo que viene a decir el Tribunal Supremo (en adelante, TS) en su sentencia de fecha 23 de junio de 1998: *El sentido general de la jurisprudencia es la interdicción de que se introduzcan «hechos nuevos» no aducidos por la acusación y que varíen esencialmente la subsunción.*

En consecuencia, no son los hechos naturales o históricos que constan en el proceso o en la narración fáctica de las acusaciones los que sirven para identificar la pretensión penal ni los que autorizan cualquier calificación jurídica y sus respectivas consecuencias, sino los hechos típicos -esto es, los que constituyen los supuestos fácticos de las normas penales de ambas acusaciones- los que, dentro del relato de hechos, ha elegido la acusación para tipificar una conducta como punitiva; el resto no son otra cosa que alegaciones, objetos de la prueba si están relacionados con la pretensión misma, pero nunca elementos de la pretensión que puedan, sorpresivamente, ser objeto de acusación si inicialmente no se les otorgó relevancia jurídica.

Si en el cambio de calificación jurídica subsiste una identidad parcial entre los hechos típicos inicialmente acusados y los que constituyen la definitiva y la condena, así como la misma identidad en el bien jurídico protegido, será posible la introducción de una nueva calificación jurídica. Si, por el contrario, no sucede así y no existe esa identidad, no será posible la nueva figura articulada, pues la misma excederá el objeto del proceso y con ello la infracción de la prohibición de la *mutatio libellis*, del principio acusatorio y del derecho de defensa en todo caso y sin excepción.

Esta posición, que sigue lo establecido en los arts. 788.4 y 789.3 LECrim, es la que ha adoptado nuestra jurisprudencia y asume plenamente lo dispuesto por la norma procesal sin excepción alguna y sin fisuras en una interpretación casi unánime, aunque su concreción específica requiera siempre de un análisis puntual y casuístico.

La doctrina general, reiterada en múltiples resoluciones, queda reflejada, a título de ejemplo, en la sentencia del TS, de fecha 5 de febrero de 1.994 que dispone: *...no... todos los elementos contenidos en el escrito de conclusiones provisionales, conforme al art. 650 de la Ordenanza procesal penal, o las modificaciones producidas en el juicio oral, con las calificaciones definitivas, tengan que ser igual de vinculantes para el órgano sentenciador, ya que de tales complejos elementos sólo dos son los que ostentan verdadera eficacia delimitadora del proceso y virtualidad vinculatoria de la correlación acusación-condena y, en definitiva, de la congruencia de la sentencia penal: a) un elemento objetivo, el hecho por el que se acusa, o lo que es lo mismo, el conjunto o complejo de elementos fácticos que sustentan la realidad de la existencia de la concreta y pasada infracción delictiva, en vida y perfección, con sus circunstancias modificativas; b) un elemento subjetivo, consistente en la participación del acusado o acusados en tal hecho, lo que les ha conferido la legitimación pasiva.*

Ese elemento objetivo, o conjunto de elementos fácticos que sustentan la existencia de un delito determinado, no puede resultar inalterado, dado que los mismos sirven para identificar la pretensión penal, tal y como dispone el TS en su sentencia de fecha 22 de septiembre de 2000: *El verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, vulnerándose tan sólo el derecho a la defensa cuando en él se altera el hecho en sus elementos identificativos o las personas imputadas. Si se respetan ambas identidades fundamentales, hecho y acusado, como ha ocurrido en el presente caso, no existe violación del principio acusatorio.*

O, como más precisamente sostiene la AP de Tarragona, en sentencia de fecha 27 de octubre de 1.997, toda modificación de la acusación inicial ha de respetar la identidad sustancial del hecho, el cual no puede transmutarse o traspasarse: *Identidad del hecho punible que adquiere su configuración final con las conclusiones definitivas (art. 793.7 LECrim.) que ofrecen la posibilidad de adicionar, suprimir o modificar alguna «unidad mínima de observación» fáctica -en terminología italiana- o, simplemente, el cambio de punto de vista jurídico, siempre que no se transmute o se traspase dicha identidad sustancial (vid. SSTC 205/89 y SSTC 24 de abril de 1993, 17 de febrero de 1994, 4 de marzo de 1994, 4 de julio de 1994, 17 de mayo de 1995).*

Esta doctrina es reiterada por el TS en su sentencia de fecha 12 de enero de 1998: *El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso.*

Clarificadora es la sentencia del TS de fecha 11 de noviembre de 1998 que viene a compendiar las anteriores y que establece los límites a la modificación de las pretensiones inicialmente deducidas. A tal efecto, se entiende que el objeto del proceso no está constituido por una calificación jurídica determinada (gracias a lo cual la misma puede ser alterada) sino por un **hecho individualizado como delito**, de manera que se acoge plenamente a lo dispuesto en el art. 789.3, entendiendo como alteración de la pretensión toda modificación sustancial del elemento fáctico del hecho objeto de acusación, con lo que el cambio de calificación jurídica queda constreñido por la identidad esencial de los supuestos de hecho normativos de los delitos inicial y definitivamente acusados: *El verdadero escrito de acusación es el de conclusiones definitivas, pues, de otro modo, dice la TS S 8 Mar. 1994, se haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral. Lo que ocurre es que esa «imputación tardía», a que alude la S 9 Jun. 1993, es asumible si, como se viene diciendo, no se altera el objeto del proceso y especialmente se tiene en cuenta el cambio operado para suspender si es necesaria la vista oral con objeto de facilitar la adecuada defensa. Y es que, siguiendo a la TC S 29*

*Oct. 1986, el objeto del proceso no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito. Sólo si los hechos acogidos en las conclusiones definitivas son nuevos, es cuando cabe hablar de indefensión (ver la TC S 19 Feb. 1987).*

La STC (Sala primera), de fecha 13 de febrero de 2003, es muy precisa en este planteamiento: admite con carácter general la modificación de la acusación y una condena por el nuevo delito, siempre que se verifiquen dos condiciones expresas. La primera, la identidad del hecho punible, de manera que el debatido constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación; la segunda, que ambos delitos sean homogéneos. Es decir, se reitera la necesidad de la identidad sustancial de los elementos fácticos de los tipos penales acusados inicial y definitivamente sentenciados, así como la homogeneidad delictiva entre todos los referidos elementos: *Ahora bien, ya en aquella primera ocasión señalamos que, si bien de este principio resulta la necesaria congruencia entre acusación y sentencia, es, sin embargo, posible que los órganos judiciales se aparten de la calificación jurídica fijada por las acusaciones, sin que ello suponga automáticamente la vulneración del derecho de defensa del acusado, siempre que concurren dos condiciones: «la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación», y «que ambos delitos [...] sean ‘homogéneos’, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes es sustancialmente el mismo». En definitiva, dijimos: «si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito señalado en la sentencia [...] no existe indefensión», ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la nueva calificación (FJ 5).*

Pero, la entrada de hechos esenciales en el juicio oral y la modificación sustancial en este momento de la pretensión penal, además de variar el objeto procesal, supone una alteración del sujeto pasivo de la misma, puesto que el acusado lo es por el delito inicialmente determinado, no por los que puedan derivar de las actuaciones. En este sentido, en aquellos casos en que, como es frecuente, la nueva imputación derive de sus propias manifestaciones como testigo, se producirá la paradoja de una condena derivada de una nueva acusación cuya origen radique en una declaración realizada sin la debida información de derechos.

## B) La aplicación de la anterior doctrina legal y jurisprudencial al supuesto de modificación sustancial de la pretensión por el Fiscal en sede de conclusiones definitivas

Todo el desarrollo anterior es fundamental para dilucidar la eventual infracción del principio acusatorio y el derecho de defensa a través de una actuación del fiscal, consistente en la alteración sustancial de la pretensión inicialmente sostenida. Si entre los delitos inicialmente acusados y el definitivamente establecido por el Ministerio Fiscal y aceptado por la Sala en sentencia, existe la homogeneidad exigida por los arts. 788.4 y 789.3 LECrim, el tránsito producido será asumible o, al menos, únicamente planteará dudas en orden a la posible infracción del derecho de defensa, a la luz de lo expuesto en el apartado cuarto del citado art. 788.4 LECrim. Pero, si ambos delitos son heterogéneos, esto es, incorporan elementos típicos fácticos diametralmente diferentes y protegen bienes jurídicos distintos, tales preceptos habrán sido infringidos de forma patente.

Dos son los elementos que, conforme a la ley y la jurisprudencia, hay que analizar para constatar la identidad o heterogeneidad sustancial entre ambos tipos delictivos. Por una parte, los elementos típicos que conforman las normas penales, los delitos acusados; en suma, el hecho normativo o jurídicamente relevante que constituyó la base de la acusación. Por otra parte, el bien jurídico protegido en ambos fenómenos delictivos, el provisionalmente objeto de acusación y el definitivamente sostenido y objeto, en su caso, de la condena.

**Ambas condiciones deben darse conjuntamente, no bastando con la presencia de una sola de las identidades legalmente exigidas.** Nuestra LECrim ha aunado las teorías, que dentro del marco general del hecho normativo, diferenciaban entre la acción y el resultado, exigiendo ambas identidades, ya que, en caso contrario, no se podrían ofrecer, entre otros, soluciones válidas a los problemas derivados de los distintos grados de participación y el encubrimiento (así se manifiestan, a título de ejemplo, Cortes Dominguez, Gomez Orbaneja, Bertel o Platzgummerr y, más destacable aún, la STC 134/1986, de 29 de octubre).

## 2 Principio acusatorio y derecho de defensa

El art. 789.3 y, de este modo, el 788.4, ambos de la LECrim, corolarios de los arts. 733 y 732 de la misma norma procesal, vienen a sancionar de modo práctico el principio acusatorio y el derecho de defensa, respondiendo a la realidad de la dinamicidad de la pretensión penal y estableciendo las condiciones y los límites dentro de los cuales pueden las partes acusadoras modificar sus conclusiones inicialmente manifestadas y el tribunal dictar sentencia.

La regla general sostenida por la jurisprudencia, con base en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sostiene que las partes acusadoras no pueden introducir modificaciones sustanciales en la acusación inicialmente formulada, puesto que, preceptivamente, se ha de mantener la identidad esencial (sustancial) del hecho acusado, del hecho jurídicamente relevante. No es admisible, al formular las conclusiones definitivas, infringir la prohibición de la *mutatio libellis*, mediante la incorporación directa o indirecta de nuevas pretensiones. Esta prohibición, con entidad propia, se suele entroncar con el derecho de defensa, de modo que se viene afirmando que toda alteración sustancial de la pretensión afecta el derecho a la información de la acusación y al de la defensa en un sentido amplio. En este sentido, se presupone y presume la vulneración de estos derechos cuando se produce una mutación de los elementos constitutivos sustanciales de la pretensión penal.

Dentro de la identidad sustancial de las pretensiones, cuando las modificaciones de las acusaciones lo son de un título de condena que no altera esencialmente el hecho típico y el bien jurídico protegido, se aplica el expediente previsto en el art. 788.4 LECrim, cuya finalidad, lejos de dirigirse a autorizar excepciones al principio acusatorio, no es otra que salvaguardar el derecho de defensa ante situaciones que se produzcan en el marco de una pretensión como tal definida e individualizada desde el comienzo del juicio oral.

De la doctrina reflejada -que posteriormente se concretará- resulta una suerte de confusión conceptual entre dos aspectos diferentes, como lo son el principio acusatorio y el derecho de defensa (confusión que únicamente es aparente, no real, en tanto, como se ha dicho, la exigencia de mantenimiento de la identidad sustancial

de las pretensiones es absoluta y no admite excepciones, por lo que limita los requerimientos del derecho de defensa a los cambios de títulos de condena que no supongan alteraciones sustanciales de la pretensión penal).

No obstante, es conveniente precisar el ámbito de operatividad específico del principio acusatorio y del derecho de defensa, toda vez que la confusión entre ambos (aunque es innegable su íntima relación) podría llevar a justificar la infracción del acusatorio si se garantiza la defensa, es decir, a la posibilidad de alteraciones sustanciales, en caso de que se dé la posibilidad de articular una defensa frente al nuevo tipo acusado, siendo así que esta conducta, aun cuando teóricamente no afectara al derecho de defensa –lo que no es posible nunca en la práctica porque el art. 788.4, por su ubicación temporal, no lo permite–, atentaría contra otros derechos procesales y (dada la nueva redacción del art. 789.4 LECrim que permite a los tribunales indicar a las partes nuevas calificaciones) serviría para que el tribunal se convirtiera indirectamente en un acusador.

## A) Principio acusatorio y pretensión penal

### a) Contenido del principio acusatorio

El principio acusatorio formal o mixto, que informa nuestro proceso penal como solución histórica intermedia entre el acusatorio puro y el inquisitivo (Goldschmidt, Vazquez Sotelo), caracteriza el sistema procesal penal como un proceso de partes, dotándolo de todas las garantías a las que hace referencia el art. 24.2 CE y asegurando la imparcialidad de los órganos encargados del enjuiciamiento.

Al margen de otras notas representativas del mismo, se van a destacar dos que tienen una especial incidencia en el tema abordado: por una parte, la exigencia de que toda condena sea consecuencia de una acusación de parte, *formalmente deducida y mantenida* hasta la finalización del proceso; y, por otra, la necesaria vinculación (no congruencia), aunque relativa, del tribunal a las pretensiones introducidas por las partes (Gimeno).

La acusación de parte no se articula en el proceso penal, a diferencia del civil, en un solo y único acto, sino que lo hace escalonadamente (Gimeno) desde el primer acto

de imputación, formal o no. Pasa en el procedimiento abreviado por el interrogatorio imperativo del imputado y el auto de transformación de las diligencias previas (art. 779.1-4º) -que, como es conocido, ha de contener una imputación similar a la del auto de procesamiento-, hasta finalizar en los escritos de acusación o calificación provisional y, finalmente, en los definitivos.

Estas normas obligan a que, al margen de consideraciones relativas a la defensa y a la existencia o no de un determinado grado de vinculación de las partes a los actos anteriores, haya de examinarse en cada caso si la alteración de las imputaciones, más o menos sustanciales, responde a finalidades tendientes a menoscabar la finalidad misma del proceso como método contradictorio y a eludir prohibiciones legales o constitucionales. En suma, pese a que el instrumento en el cual se formula la acusación sea el escrito de conclusiones definitivas y el mismo tenga un grado de vinculación determinado con las provisionales, siendo así que la jurisprudencia ha sancionado hasta ahora la falta de vinculación de estos instrumentos con los anteriores actos de imputación, ello no puede ser óbice para dejar de realizar un examen de este tipo cuando las nuevas calificaciones pudieran esconder un ánimo tendiente a infringir las garantías del proceso debido -en cualquiera de sus manifestaciones- como posteriormente se tendrá ocasión de enunciar. Seguramente -y se afirma con carácter previo-, esta es la razón por la cual la jurisprudencia mayoritaria, al interpretar el art. 788.4 LECrim, veda cualquier mutación sustancial del hecho acusado, sin autorizar la introducción de uno nuevo ni aún con respeto al expediente defensivo que la misma norma contempla.

El principio acusatorio, con el fin de eludir manipulaciones con graves repercusiones y concretar adecuadamente el ámbito de enjuiciamiento e investigación de un proceso determinado, parte de la idea (expresada en el art. 300 LECrim) de la singularidad del hecho procesal penal, de modo que, en línea de principios, por cada delito (pretensión) ha de incoarse un sumario. Esta norma tiene como única excepción la acumulación de pretensiones calificada en la LECrim como delitos conexos (previstos, entre otros, en los arts. 17 y 18).

La singularidad del hecho procesal penal y la determinación exacta de los supuestos en los que es posible acumular pretensiones penales repercuten en un aspecto tan

esencial e indispensable como la garantía de un tribunal imparcial, en la medida en que el objeto procesal determina la competencia objetiva y territorial, especialmente cuando es competente el Jurado o la Audiencia Nacional o un tribunal, dado como regla especial de competencia. Igualmente, la singularidad del hecho procesal penal sirve para determinar la calidad en la que intervienen las partes pasivas, las cuales pueden ser imputados, coimputados o simplemente testigos; para ello fraudulentamente eluden la acumulación o la varían al final del juicio. Por último, en estos ejemplos, la singularidad del hecho procesal y la unidad procedimental sirven para delimitar adecuadamente la investigación, impidiendo instrucciones inquisitivas, así como para establecer el marco concreto del debate procesal contradictorio. En este último sentido, y al margen del derecho de defensa, es claro que la elusión del contradictorio y el apartamiento del carácter dialéctico del proceso convierten a éste en un mero procedimiento unilateral, no de y entre partes, lo que constituye, en términos absolutos, una infracción del principio acusatorio.

Estas son, entre otras muchas, las razones por las que también en el proceso penal se prohíbe la *mutatio libellis* y con ello la alteración sustancial en calificaciones definitivas de las conclusiones provisionales, ya que esta conducta se traduce siempre en la incorporación tardía y novedosa de una pretensión distinta a la inicialmente investigada, imputada y acusada.

Cabe cuanto menos poner en duda o, al menos, ser muy cauteloso con soluciones que restan importancia a esta prohibición, puesto que sería semejante a abrir la puerta a comportamientos posiblemente fraudulentos y dirigidos a afectar la esencialidad misma del proceso contradictorio. O, en otro caso, simplemente debidos a la falta de diligencia de las partes acusadoras, las cuales, por razones evidentes, no parece que deban soportar los acusados. Admitir estos peligros o bien abrir la puerta a soluciones que puedan generarlos constituyen una opción peligrosa, que no siempre encontrará respuesta en un análisis individualizado de cada situación. La conducta fraudulenta, especialmente en delitos complejos, no es fácil de apreciar; la sobrecarga de trabajo de nuestros tribunales, tampoco.

Por último, como requisito esencial derivado de la vigencia del principio acusatorio, ha de destacarse la obligación de los tribunales de sujetarse, vincularse (aunque lo

sea relativamente), a las pretensiones deducidas oportunamente por las partes. Este deber, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, no deriva de la titularidad de los derechos en juego (del principio dispositivo, en suma), sino de la necesidad de garantizar la imparcialidad judicial. Los órganos penales no pueden formular una acusación de forma directa, ni pueden hacerlo indirectamente cualquiera que sea la fórmula que autorice, más o menos subrepticamente, ese tipo de conducta.

De esta manera, conforme al art. 789.3 LECrim, han de ceñir su decisión al estricto ámbito de la pretensión penal formulada, sin que les sea dado alterar el hecho en su esencialidad ni modificar la *causa petendi* de la misma; pese a lo cual, sí es dado moverse libremente por ella siempre y cuando, en estos casos, se respete el derecho de defensa de los acusados.

Sin embargo, la prohibición de acusar indirectamente para que sea efectiva se extiende también a cualquier indicación a las partes acusadoras sobre cambios en la calificación que puedan comportar alteración de la acusación para que, previa aceptación de aquellos, sea posible una condena basada en una pretensión diferente. Si ello fuera posible -aunque formalmente la acusación proviniera de parte- podría hablarse de acusación indirecta, dado que la indicación judicial, no cabe duda, estaría en la base de la misma. Por esto, difícilmente pueda rebatirse la influencia de ese tipo de instrucciones en los órganos de acusación. Indudablemente, esta afirmación no se opone a la ilustración judicial (tesis) acerca de las variaciones en el marco de la pretensión penal, como son las permitidas por los arts. 788.4 y 789.3 que, correctamente entendidos, quedan limitados al título de condena homogéneo, la pena y los grados de ejecución, participación y modificativos de la responsabilidad criminal, todos ellos, como se ha dicho, integrantes de la misma pretensión (que se exija esta petición de parte para la agravación no tiene relación directa con el acusatorio, en tanto puede no afectar a la integridad y sustancialidad del hecho; no obstante, la opción del legislador español hipergarantista no debe ser criticada, en tanto supone un “plus” de protección de la imparcialidad inexistente en otros muchos ordenamientos jurídicos, como, por ejemplo, el parágrafo 265.II de la StPO alemana).

Precisamente, la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por medio de la LO 38/2002 de 24 de octubre, tiene necesariamente que reforzar esta opinión,

ya que ignorarla puede acarrear consecuencias graves en orden a la vigencia del principio acusatorio.

En efecto, la nueva redacción dada al art. 789.3 LECrim, en relación con las facultades judiciales en orden a la solicitud de modificaciones en la pretensión de parte, unida a la que mantiene el art. 788.3 y la del apartado 4 de este último precepto, ha de llevar a negar, a los efectos de evitar actuaciones inquisitivas, que las partes puedan alterar esencialmente la pretensión inicialmente formulada.

Como es sabido, el art. 789.3 autoriza al tribunal a dictar sentencia conforme a las nuevas pretensiones que las partes deduzcan definitivamente y sean derivadas de los planteamientos que el mismo tribunal formule en el acto de la vista en el trámite del art. 788.3, el cual autoriza esta modificación en el acto de las calificaciones definitivas. Pues bien, si se interpreta que estas conclusiones en caso alguno autorizan una alteración esencial de la acusación, nada habrá que objetar a ese art. 789.3, el que podría asimilarse al clásico art. 733, dado que ambos tendrían la finalidad de garantizar el derecho de defensa en aquellas situaciones en que el órgano sentenciador estimara necesario modificar la acusación para apreciar, dentro de su estricto contenido, una nueva calificación o circunstancias modificativas de cualquier naturaleza. Por el contrario, si se entiende que las partes pueden modificar sus calificaciones provisionales sustancialmente, es decir, introducir una nueva pretensión, y que ello puede hacerse previo planteamiento de la “tesis” judicial, no puede menos que afirmarse que el tribunal habría perdido su imparcialidad en la medida en que la nueva pretensión acusatoria habría partido del mismo órgano que, finalmente, la va a recoger y condenar sobre su base.

En definitiva, solo si se entiende la correlación entre acusaciones provisionales y definitivas en el sentido de no autorizarse una modificación sustancial de las pretensiones deducidas, será posible garantizar la imparcialidad de los tribunales penales.

## **b) La posición de la jurisprudencia**

La jurisprudencia mayoritariamente ha asumido aquellos planteamientos y, en general, ha rechazado que, con base en lo dispuesto en el art. 788.4 LECrim, y conforme a su redacción literal, las partes acusadoras puedan alterar sustancialmente su

pretensión inicial. Sólo en alguna resolución aislada, a la vez que en forma fragmentaria y siempre en casos en los que el nuevo delito es homogéneo respecto al inicialmente acusado (lo que haría innecesarias afirmaciones genéricas excepcionales), parece asumir una postura diferente y autorizar una nueva acusación en trámite de conclusiones definitivas, siempre y cuando se respete el derecho de defensa.

La sentencia de la AP de Tarragona, de fecha 27 de octubre de 1997, debe citarse como ejemplo didáctico. En ella se afirma expresamente: *En este sentido, valga recordar que el sistema acusatorio diseñado en nuestra Ley Ritual se asienta sobre dos ideas básicas: la primera, que sólo procede el enjuiciamiento si así es pedido por alguna de las partes acusadoras y, la segunda, que dicha pretensión de enjuiciamiento ha de ir referida a determinados hechos justiciables -que se integran tanto por circunstancias fácticas como por su calificación jurídica (vid. SSTC 12/81, 186/90, 165/93, 161/94)-. De ellos el acusado ha de tener detallado y previo conocimiento que le permita instrumentar todos los medios de defensa a su alcance (vid. SSTC 141/86, 17/88, 30/89, 186/90, 54/91, 83/92 y SSTEDM Affaire Delcourt 17 de enero de 1990; Affaire Adolf 19 de diciembre de 1989; Affaire Chichlian y Ekindjian, 29 de noviembre de 1989). Mas, como corolario de lo anterior y a diferencia de la regulación en otros ordenamientos, la identificación de dicho objeto se realiza a partir de la calificación de las partes y no por el contenido del auto de apertura, -salvo que contenga, como instrumento de configuración negativa, un juicio de sobreseimiento-. Dicha conclusión ha sido mantenida reiteradamente por nuestro Tribunal Constitucional (vid. SSTC 41/86, 17/88, 30/89, 133/89, 186/90, 47/91, 54/91, 161/94). La identidad del hecho punible adquiere su configuración final con las conclusiones definitivas (art. 793.7 LECrim.) que ofrecen la posibilidad de adicionar, suprimir o modificar alguna 'unidad mínima de observación' fáctica (en terminología italiana) o, simplemente, el cambio de punto de vista jurídico, siempre que no se transmute o se traspase dicha identidad sustancial (vid. SSTC 205/89 y SSTC 24 de abril de 1993, 17 de febrero de 1994, 4 de marzo de 1994, 4 de julio de 1994, 17 de mayo de 1995).*

De esta sentencia se puede extraer la tajante conclusión de la imposibilidad de modificar, en trámite de conclusiones definitivas, la acusación inicialmente deducida, puesto que las modificaciones autorizadas no pueden ser otras que las permitidas

por el art. 788.4, que no alcanzan a la alteración misma de la pretensión acusatoria. El principio acusatorio, independientemente del marco de operatividad del derecho de defensa, no permite transmutar o traspasar la “identidad sustancial” del hecho acusado, ni modificar la pretensión penal.

A igual conclusión llega el TS en su sentencia de fecha 12 de enero de 1998 que incluso realiza su afirmación relacionando el principio acusatorio con el derecho de defensa y deja asentada la imposibilidad -aun cuando se garantice este último- de alterar la esencialidad de la pretensión penal: *Es doctrina consolidada -se recuerda en la S 11 Nov. 1992- de esta Sala (con cita de las TC SS 10 Abr. 1987 y 16 May. 1989 y de las de esta misma Sala de 19 Jun. 1990 y 18 Nov. 1991) que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, por lo que la sentencia debe resolver sobre ellas y no sobre las provisionales. El derecho de la acusación a ser informado, junto con la interdicción de la indefensión -de esta Sala S 6 Abr. 1995- suponen, de un lado, que el acusado ha de tener pleno conocimiento de la acusación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico, debiendo tener la oportunidad y los medios para defenderse contra ella; y de otro, que el pronunciamiento del Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa. El conocimiento de la acusación inicialmente se garantiza mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, en tanto se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso.*

Lo mismo afirma el TS, en su sentencia de fecha 18 de abril de 1995: *El principio acusatorio no se vulnera en modo alguno por no adecuarse las resoluciones judiciales a lo expresado en las conclusiones provisionales de las partes, que, como su nombre indica, tienen carácter interino, precisamente por no corresponderse con las definitivas. La alteración de conclusiones, al pasar de provisionales a definitivas, no genera indefensión si tiene lugar manteniendo inalterada la acción ejercitada. En efecto, el verdadero escrito de acusación es el de conclusiones definitivas, realizadas tras la práctica de la prueba, el cual sería inútil si no permitiera el cambio de conclusiones, tras la apreciación del resultado de la actividad probatoria.*

En el mismo sentido se pronuncia el TS, en su sentencia de fecha 5 de febrero de 1994, reproducida anteriormente de manera literal.

En todas estas resoluciones se mantiene la necesidad de respeto del principio acusatorio independientemente de la necesidad de preservar el derecho de defensa, de modo que se veda la posibilidad de cualquier alteración sustancial en la pretensión aunque, teóricamente, pudiera otorgarse a la defensa la posibilidad de contradecir la nueva acusación (como se verá en el siguiente apartado, se llega a negar que este derecho sea posible, en este trámite, si se varía sustancialmente la pretensión).

### **c) Conclusiones**

El principio acusatorio goza de independencia conceptual y práctica, lo que lo hace diferente en su aplicación y en los efectos al derecho de defensa, al margen, claro está, de las íntimas conexiones que puedan existir entre ambos conceptos, ya que no en vano aquel principio, en su estructura y consecuencias, no pretende otra cosa más que asegurar un proceso con todas las garantías, entre las que ocupa un lugar preferente la defensa.

Pero, al margen de estas relaciones mutuas, es innegable la necesidad de individualizar la configuración y aplicación del acusatorio, su margen de operatividad singular, puesto que cualquier confusión conceptual puede acarrear consecuencias prácticas de muy difícil solución. Más aún, no parece posible, y así lo ha sostenido algún sector jurisprudencial, garantizar el debido y pleno ejercicio de la defensa en todas sus manifestaciones, y sin menoscabo alguno, cuando se restringe el acusatorio.

Al margen de la infracción misma de la defensa que proviene de la vulneración del acusatorio (que se ha visto en un apartado anterior), a título de ejemplo y resumen, se reseñan a continuación algunas consecuencias que pueden derivarse de dicha infracción, por sí sola, de modo independiente a otros derechos, que, por la dificultad de su apreciación, conviene no olvidar y tener presente. Estas, entre otras, son:

- Toda ampliación indebida de la pretensión procesal, que exceda los límites de la pretensión e incorpore una nueva acusación, no es sino una acumulación de pretensiones. Admitir que las partes acusadoras, en sede de conclusiones definitivas,

pueden introducir una nueva acusación con el solo y formal respeto –imposible en todo caso-, del derecho de defensa, supone o puede suponer una infracción de lo dispuesto en los arts. 17 y 18 LECrim, o, más específicamente, de las normas de reparto que, tras la nueva LEC 1/2000, tienen una evidente repercusión en el ámbito de determinación de la competencia. No cabe duda de que, conforme a este tipo de normas, ciertas pretensiones acumuladas pueden corresponder a un tribunal determinado de una circunscripción, con exclusión de otro u otros, de manera que la incorporación de la acusación en el juicio oral, podría tener como finalidad eludir un concreto órgano jurisdiccional. Es un riesgo que debe atenderse y que, de admitirse la modificación sustancial de las pretensiones, no tendría posibilidad alguna de contraste y resolución.

-La acumulación indebida de pretensiones o la alteración sustancial de las mismas en el juicio oral pueden infringir las normas determinantes de la competencia objetiva, especialmente cuando el órgano competente, inicialmente, debería haber sido el Jurado, la AN u otro tribunal especialmente competente en virtud de reglas propias.

Así, la modificación de la acusación puede provocar la crisis prevista en el art. 788.5 LECrim, la cual, cuando la pena establecida para el nuevo delito calificado excede de la competencia de los Juzgados de lo Penal, obliga a la inhibición de éstos, remitiendo las actuaciones a la Audiencia Provincial. Sin embargo, no se prevé lo contrario, esto es, que el nuevo delito esté sancionado con pena menos grave, en principio por ser competencia del Juzgado Penal y no de la Audiencia Provincial. Este hecho, si se permiten calificaciones definitivas sustancialmente diferentes a las provisionales (aunque sean menos graves), puede permitir actuaciones fraudulentas, buscadas con el propósito de establecer la competencia de una Audiencia Provincial, con exclusión de un órgano unipersonal que, de esa manera, sencillamente pudiera querer ser apartado del enjuiciamiento o, simplemente, eludir la eventualidad del recurso de apelación, hoy realmente inexistente frente a sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales (STS de 20 de mayo de 1999).

Más grave es la posibilidad de exclusión del juez ordinario, predeterminado por la ley que puede producir la viabilidad de alteración sustancial de la pretensión cuando los hechos inicialmente calificados determinaran la competencia objetiva de un

tribunal determinado, y la definitiva debiera competir al Jurado. Naturalmente, otra cosa sucede en aquellos casos en que la modificación lo es exclusivamente del título de condena. Lo grave no sucede debido a estos últimos supuestos, sino por aquellos en los que la calificación inicial hubiera sido con la finalidad expresa de excluir al Jurado. El TS, en sentencia, entre otras, de fecha 11 de junio de 2002, ha establecido, sobre la base interpretativa *a sensu contrario* del art. 48.3 LOTJ, que los tribunales profesionales seguirán conociendo los hechos aunque se produzca una alteración de la pretensión que signifique un título de condena de competencia del Jurado. No cabe duda de que, a la vista de esta doctrina, permitir el cambio sustancial de pretensiones en sede de conclusiones definitivas significa abrir la puerta a actuaciones fraudulentas, ilimitadas, que puedan pretender, lisa y llanamente, excluir la competencia objetiva de un tribunal legalmente establecido.

-La indebida acumulación de pretensiones o el cambio de calificación sustancial en sede de juicio oral igualmente puede atentar contra los derechos fundamentales que asisten a los imputados, derivados de su condición de parte pasiva (especialmente, los relativos a aquellos que les asisten al momento de serles tomada la declaración).

Puede suceder que un sujeto sea llamado a declarar como testigo, con todos los deberes que dicha condición implica y que, tras la modificación sustancial de la pretensión, debiera ser llamado en calidad de coimputado, sin obligación, pues, de declarar o hacerlo conforme a la verdad. Naturalmente, este último sujeto no podría en caso alguno ser condenado por tales hechos, en tanto es evidente que nunca puede ser llamado al proceso en calidad de tal como consecuencia de un cambio de pretensión al ser ésta elevada como definitiva. Pero puede interesar a la acusación, incluso de consuno con el declarante, ofrecerle la absolución por esta vía a cambio de un interrogatorio en calidad de tercero al proceso. Con ello sencillamente podría buscarse una prueba de cargo que, en otro caso, no habría tenido.

-Por último, como ya se ha dicho, permitir un cambio sustancial de la pretensión, tras la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por LO 38/2002, a la vista de los arts. 789.3 y 788.3-4, puede abrir la puerta a acusaciones indirectamente formuladas por el órgano sentenciador, lo que debe ser absolutamente excluido. A tal efecto, y en tanto la interpretación de las normas debe ser uniforme, no parece

que quepa otra posibilidad que la de entender que el legislador, al reformar el art. 789.3 partió de la realidad de asumir que los cambios en las calificaciones definitivas (aquellos que puede proponer el tribunal) no pueden ser otros que los que permite el ámbito objetivo de la acusación sobre la pretensión. Interpretar lo contrario sería atribuir legalmente a los tribunales la posibilidad de instar a la alteración de la acusación, lo que no ha sucedido jamás en España, ni sucede en el derecho comparado. Interpretar que la modificación sustancial sería posible tan solo por iniciativa de las partes, limitando tales cambios cuando la propuesta proviniera del tribunal, constituiría una interpretación sin respaldo legal, dado que la norma no prevé regímenes diferentes, sino que establece un modelo común.

En suma, pues, solo entendiendo lo que sin duda constituyó el punto de partida del legislador, es decir, que en sede de calificaciones definitivas no es dable una alteración sustancial de la pretensión, es posible aplicar adecuadamente el art. 789.3 evitando consecuencias inquisitivas y de alcance imprevisible.

## B) Derecho de defensa y modificación sustancial de la pretensión

La jurisprudencia, al analizar las consecuencias derivadas de una alteración sustancial de las pretensiones en el juicio oral e, igualmente, del pronunciamiento de una sentencia en ese mismo sentido, ha destacado la relación directa entre el principio acusatorio y el derecho de defensa (constitucionalmente consagrado en el art. 24 CE, especialmente en vertientes de este último relacionadas con la información al imputado de la inculpación de modo ordenado). Cualquier atentado al principio acusatorio comporta una agresión al derecho de defensa, toda vez que una imputación que se efectúa de modo tardío y sorpresivo afecta sustancialmente a este derecho en tanto, paralelamente, tiende a eliminar el contradictorio, esencia de un proceso con todas las garantías que tiene su base, como sostenía Cappelletti, en el ser “dialéctico”, de todo método heterocompositivo de resolución de conflictos.

En este sentido se han pronunciado, a título de mero ejemplo, las ya anteriormente citadas sentencias del TS de fechas 12 de noviembre de 1998, 14 de mayo de 1999 y 22 de septiembre de 2000, de las que se reproduce la del 14 de mayo de 1999 por su valor pedagógico: *Aquel derecho de la acusación a ser informado*

*exige un conocimiento completo del tema debatido, con objeto de evitar un proceso penal inquisitivo que se compadece mal con un sistema de Derechos fundamentales y de libertades públicas (TC S 11 Nov. 1991). De ahí que el inculpado tenga derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación, en tanto que la indefensión se producirá si de modo sorpresivo el acusado es blanco de novedosas imputaciones hechas valer cuando han precluido sus posibilidades de defensa. Nada de eso acontece cuando la identidad entre el hecho de las acusaciones y el de la sentencia es absoluta. Nada de eso acontece cuando los hechos han sido objeto de debate contradictorio, finalmente sometido a la prueba querida por las partes. El respeto a los hechos debatidos, por estar comprendidos en el ámbito de lo que es la conclusión o calificación (primero provisional y después definitiva), es tan esencial que cualquier cosa que se diga en torno al principio acusatorio ha de girar alrededor de tal postulado. Así la S 43/1997 de 10 Mar., del TC, habla de identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituye el supuesto fáctico de la resolución judicial. Significativa es la S 17/1988 de 16 Feb., del TC, cuando se refiere a la no alteración de los hechos aducidos en el proceso.*

El derecho de defensa se traduce en toda una serie de manifestaciones perfectamente delimitadas que vienen a amparar un amplio espectro de expectativas, todas dispuestas para preservar al sujeto pasivo del proceso frente a la acusación. En el marco de esta reflexión, han de destacarse tres de ellas, las que más directamente pueden verse afectadas por una actuación inadecuada de la acusación, sin que ello suponga, naturalmente, que queden salvaguardadas las demás, dada la relación directa e inmediata de todos los componentes o elementos de este derecho fundamental. Se trata de: a) el derecho de todo imputado a ser informado de la acusación que sobre él se dirige (derecho que debe garantizarse preservando los requisitos de una ilustración efectiva que garantice su finalidad); b) el derecho a ofrecer una contestación eficaz a la pretensión; y, c) el derecho a contradecir la acusación deducida en su contra, que, a su vez, se descompone en la facultad de poder rebatir las pruebas de cargo y, aunque no recaiga la carga en el acusado, la de poder allegar pruebas de descargo.

### a) El derecho de la acusación a la información

El derecho de la acusación a ser informado se encuentra consagrado en el art. 24.2 CE, así como en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Constituye un presupuesto básico e ineludible para un adecuado ejercicio del derecho de defensa la información al imputado de la acusación que frente a él se dirige, información que ha de extenderse a todas las etapas del procedimiento. No puede hablarse de defensa, de contradicción efectiva, sin un conocimiento adecuado del objeto frente al cual ha de sostenerse la oposición. No hay proceso como tal, si el imputado desconoce la imputación, sino un simple método autocompositivo (Calamandrei). Y ese conocimiento, para no incurrir en meras formalidades que vaciarían de contenido real al derecho, ha de ser completo y fruto de una información clara y realizada temporáneamente, es decir, anterior al ejercicio de cualquier manifestación del derecho de defensa (Gimeno) y nunca tardía o sorpresiva (SsTS 11 noviembre 1998 y 14 de mayo de 1999, entre otras muchas).

Como sostiene el TC, Sala 1ª, en su sentencia de fecha 13 de febrero de 2003, nadie puede defenderse de lo que no conoce, de modo que la información de la imputación es consustancial al derecho de defensa: *Nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado (por todas, TC S 54/1985, de 18 Abr.), o, como afirma la TC S 104/1986, de 17 Jul. (FJ 3), «el no acusado no puede ser condenado y ni siquiera juzgado», pues, por un lado, la Constitución impone la separación entre la función de juzgar y la de acusar impidiendo que el juez actúe sucesivamente como acusador y juzgador (entre otras muchas, TC SS 54/1985, de 18 Abr., FFJJ. 4, 5 y 6; y 225/1988, de 28 Nov., FJ 1), y, por otro, el derecho de la acusación a ser informado es consustancial al derecho de defensa; en consecuencia, parte esencial del mismo es el derecho a contradecir la pretensión acusatoria (TC S 105/1983, de 23 Nov., FJ 3) y nadie puede defenderse de lo que no conoce (por todas, TC SS 141/1986, de 12 Nov., FJ 1; 36/1996, de 11 Mar., FJ 4; 19/2000, de 31 Ene., FJ 4; y 182/2001, de 17 Sep., FJ 4).*

La información de la acusación, constituida como presupuesto básico del derecho de defensa, requiere, para su total efectividad, de la concurrencia de de-

terminados presupuestos o condiciones cuya ausencia pueden poner en duda la certeza del derecho.

La sentencia del TS de fecha 11 de noviembre de 1998, en tanto contempla de modo sistemático y pormenorizado a todos ellos, puede servir de base para la determinación exacta de aquellas condiciones: *En otras palabras, si se vulnera el principio acusatorio, el proceso se desenvuelve sin garantía alguna, en contra de lo que sirve de fundamento al art. 24 CE y con causación de indefensión. Aquel derecho de la acusación a ser informado exige un conocimiento completo del tema debatido, con objeto de evitar un proceso penal inquisitivo que se compadece mal con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas (TC S 11 Nov. 1991). De ahí que el inculpado tenga derecho a conocer temporalmente y oportunamente el alcance y contenido de la acusación, en tanto que la indefensión se producirá si de modo sorpresivo es blanco el acusado de novedosas imputaciones hechas valer cuando han precluido sus posibilidades de defensa. Nada de eso acontece cuando la identidad entre el hecho de las acusaciones y el de la sentencia es absoluta, como aquí ocurre. Nada de eso acontece cuando los hechos han sido objeto de debate contradictorio, finalmente sometido a la prueba querida por las partes.*

*El «conocimiento suficiente» de los hechos, que rechaza la desigualdad ante las demás partes, es la esencia de ese derecho a la información (ver la TC S 17/1989 de 30 Ene.).*

*El respeto a los hechos debatidos, por estar comprendidos en el ámbito de lo que es la conclusión o calificación (primero provisional y después definitiva), es tan esencial que cualquier cosa que se diga en torno al principio acusatorio ha de girar alrededor de tal postulado. Así la S 43/1997 de 10 Mar., del TC, habla de identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la resolución judicial. Significativa es la S 17/1988 de 16 Feb., del TC, cuando se refiere a la no alteración de los hechos aducidos en el proceso.*

*El verdadero escrito de acusación es el de conclusiones definitivas, pues de otro modo (dice la TS S 8 Mar. 1994) se haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral. Lo que ocurre es que esa «imputación tardía», a que alude la S 9 Jun. 1993, es*

*asumible si, como se viene diciendo, no se altera el objeto del proceso y especialmente se tiene en cuenta el cambio operado para suspender -si es necesario- la vista oral, con objeto de facilitar la adecuada defensa. Y es que, siguiendo a la TC S 29 Oct. 1986, el objeto del proceso no se identifica tanto con una calificación jurídica, como con un hecho individualizado como delito. Sólo si los hechos acogidos en las conclusiones definitivas son nuevos, es cuando cabe hablar de indefensión (ver la TC S 19 Feb. 1987).*

De esta resolución judicial pueden extraerse los elementos que conforman el derecho de la acusación a la información, los cuales, en orden a la determinación de las facultades de la acusación para alterar sustancialmente la pretensión en el curso del juicio oral, adquieren una relevancia fundamental.

**a.1) La información de la imputación ha de ser completa, cierta y clara, es decir, expresa y no implícita, para evitar la posibilidad de un proceso inquisitivo**

No puede ponerse en duda que una ilustración meramente parcial de la imputación no cumple el fin esencial de la misma, el cual es garantizar la defensa frente a la pretensión penal. Si es ésta y no otra la función de la información punitiva; si, en suma, se dirige a garantizar el debate contradictorio, es evidente que una transmisión incompleta de la información no servirá para colmar los intereses del imputado. Cuando una parte de la pretensión, por desconocida, no puede ser contradicha, el proceso penal deja de serlo de partes y el imputado, con relación a los elementos ocultos, pasa a ser considerado como un simple objeto del proceso.

Para ser completa, la información ha de serlo (en lo que se refiere a la posibilidad de alteración de la acusación, en sede de conclusiones definitivas) respecto de los hechos en tanto objeto de la pretensión penal, esto es, de los hechos jurídicamente relevantes, lo que abarca no sólo la existencia de los mismos, sino, igualmente, su ilicitud y punibilidad (STS 11 noviembre 1998).

En este sentido, pues, no bastaría para considerar asumible (por no afectar al derecho de defensa) con que los hechos naturales o históricos hubieran existido y hubieran sido conocidos por el imputado. La información de la acusación –diferente a la que pudiera exigirse a un detenido o a un imputado en la fase de instrucción- ha de situarse en el marco de la pretensión penal, debiendo informarse de lo

que constituye la acusación, y así del supuesto de hecho normativo con indicación de su ilicitud penal y de la punibilidad derivada de los mismos. Por consiguiente, la defensa, en tanto lo es de la pretensión penal, no queda salvaguardada con una mera narración fáctica que no individualice aquellos elementos de la pretensión de los que se desprenden las consecuencias jurídicas punitivas.

**a.2) La información de la acusación ha de hacerse regularmente, no pudiendo hacerse de forma tardía y sorpresiva**

Lógicamente, si la información de la acusación se dirige a garantizar el derecho de defensa y a la contradicción de la pretensión penal, la misma ha de llevarse a efecto en un momento en el que pueda sostenerse frente a ella una oposición eficaz. Se prohíbe, pues, que se haga tardíamente y de forma sorpresiva, ya que, en tales casos, la defensa no será nunca posible en toda su extensión.

En relación con las facultades de que goza la parte acusadora para alterar su pretensión en el momento de elevar las conclusiones provisionales a definitivas, este requisito adquiere una importancia determinante, puesto que un cambio sustancial de la pretensión merma considerablemente las posibilidades efectivas de la defensa o, incluso, puede llegar a anularlas.

De esta forma, consecuente, en todo caso, con el tenor literal del art. 788.4 LECrim, la jurisprudencia mayoritaria ha establecido que siempre y cuando la modificación de la acusación respete la pretensión, el hecho jurídicamente relevante podrá ser asumido como respetuoso con la defensa del acusado, dado que, dentro de esos límites, será posible poner en marcha el mecanismo establecido en el último inciso del precepto citado.

Por el contrario, cuando el cambio de calificación jurídica conlleve una alteración sustancial del hecho jurídicamente relevante, del hecho típico o, en suma, de la pretensión, al introducirse hechos no debatidos, quedará vulnerado, mecánicamente, el derecho de defensa, sin posibilidad alguna de excepción.

Y ello es así si se entronca esta afirmación con el contenido arriba expuesto del derecho de la acusación a la información. En efecto, si la ilustración lo ha de ser de

los hechos más allá de su realidad física y en tanto sean jurídicamente relevantes, es decir, en tanto típicos, ilícitos y punibles, resultará que la atribución a meros hechos naturales, aún conocidos, de relevancia jurídica en un momento tardío y sorpresivo, significará una violación flagrante del derecho de defensa.

Nadie prepara su defensa en relación con hechos que no son objeto de acusación aunque aparezcan en las actuaciones. El principio acusatorio exige la determinación exacta de la pretensión penal, en tanto el proceso de partes excluye la existencia de métodos inquisitivos e imputaciones ilimitadas que abarquen la totalidad de la vida de una persona o sus actos. Todo exceso y toda ampliación excesiva convierten al proceso en un simple método autocompositivo y al imputado, en objeto procesal.

### **b) El derecho a evitar una acusación sorpresiva y eludir la apertura del juicio oral y la acusación**

Nadie puede ser “sentado en el banquillo” sin un previo conocimiento de los hechos por los que se lo acusa, lo cual significa que nadie puede ser acusado sin conocer previamente los hechos por los que puede serlo, en tanto el derecho de defensa también implica el de poder eludir la acusación misma.

Desde que el TC, en su sentencia de 15 de noviembre de 1990 sobre el procedimiento abreviado, otorgó rango constitucional al derecho de todo imputado a ser interrogado acerca de la imputación antes de ser acusado formalmente con el fin de evitar acusaciones sorpresivas, mucho ha avanzado la Ley de Enjuiciamiento Criminal, máxime tras la reforma operada por medio de la LO 38/2002, de 24 de octubre.

En efecto, lo que el TC estableció mediante una sentencia meramente interpretativa, ahora forma parte de la norma de modo explícito. No puede abrirse el juicio oral ni puede formularse acusación, sin antes haber interrogado al imputado en fase de Diligencias Previas. La defensa –al igual que la acusación– en el proceso penal no puede considerarse de modo estático, garantizada mediante un único y solo acto cual sucede en el proceso civil, sino de forma escalonada. Esto comporta, necesariamente, que los elementos que integran este derecho fundamental no pueden considerarse satisfechos sino cuando son ejercitados ante cualquier cambio de la acusación. O, lo que es lo mismo, cuando el proceso penal se inicia mediante una

querrela con un determinado objeto y sobre la misma es interrogado el querellado, si el objeto posteriormente se amplía merced a nuevos actos de investigación, es evidente que el derecho de la imputación a la información no quedará satisfecho con el primer interrogatorio, sino que habrá de ser ampliado de forma correlativa a la ampliación del objeto de la investigación, en tanto será este último que constituirá la base de la pretensión formal.

El acusado, por tanto, debe ser informado a lo largo de todo el proceso y en cualquier fase del mismo, salvo si se decreta el secreto sumarial de las mutaciones que experimente el objeto procesal, divisible en la instrucción e indivisible en la fase de juicio oral (Ramos Mendez).

Y, en este sentido, toda información posterior a la inicial ha de reunir los mismos requisitos que la primera: ser previa, completa y dirigida a un eficaz desarrollo del derecho de defensa.

La jurisprudencia, hasta ahora, ha negado cualquier obligación de vinculación entre los actos de acusación formales y los actos imputatorios de la fase de instrucción, basándose para ello en la inexistencia de normas que obliguen a esta correlación. Sin embargo, este posicionamiento de nuestros tribunales parece que debe ser revisado a la luz de la nueva redacción del art. 779.1-4<sup>a</sup> LECrim que, correctamente entendido sobre la base del principio acusatorio y del derecho de defensa, confirma la necesidad de correlación entre las conclusiones de la instrucción que han de plasmarse en el auto de transformación de las Previas en Abreviado, así como de interrogar al imputado con la plenitud que deriva de la prohibición de acusaciones sorpresivas.

La correlación, si se analiza la lógica de la reforma y se atiende a su sentido real, no solo al meramente formal, es obligada. Y si se quiere rechazar que tenga base alguna en el principio acusatorio, no podrá negarse que se asienta en el derecho de defensa y en la necesidad de otorgar plenitud y efectividad a un derecho que, por su relevancia, jamás puede ser interpretado de forma restrictiva.

El interrogatorio del imputado (al que hace referencia el precepto mencionado), puesto en relación con el contenido del auto que instaura la norma -similar al proce-

samiento, pero confeccionado a modo de conclusión de la investigación-, no puede ser otro que la determinación de los hechos punibles que dimanen de la instrucción; no parece, pues, que pueda ser considerada válida una información de la imputación que no contuviera la totalidad de estos hechos, ya que, en tal caso, el precepto carecería de auténtico sentido.

El auto que ha de pronunciar el Juzgado de instrucción ha de recoger los hechos punibles determinados en la instrucción; por lo tanto, no basta con que lo haga sobre la totalidad de los elementos fácticos, sino que ha de individualizar aquellos que gozan, a juicio del órgano instructor, de relevancia jurídica penal.

Por último, la acusación provisional deberá ajustarse en su calificación a los hechos punibles sobre los que ha sido informado el imputado y que se relatan como tales en el auto del art. 779.1-4ª. El art. 650.1º limita la acusación a los hechos que resulten del sumario. Si el art. 779 obliga a un auto de determinación de hechos punibles con el fin de preservar la defensa, desterrar esta vinculación sería equivalente a privarla de sentido real y a desvirtuar la finalidad de su fundamento. En suma, si la acusación provisional -sin previo interrogatorio y al margen del auto de imputación judicial- pudiera acusar por hechos diferentes, se perdería la función de evitación de acusaciones sorpresivas y se privaría, materialmente, al imputado de su derecho a eludir el juicio oral mediante una adecuada intervención en la fase de instrucción.

Mucho más grave, a la vista de la actual redacción de la norma procesal penal, resulta el hecho de la falta de calificación provisional de unos hechos naturales y conocidos a los que la acusación no asigna tipicidad y punibilidad alguna, no los hace objeto de pretensión acusatoria y no les confiere relevancia jurídica, de manera que de ellos no se informa al imputado, no se lo interroga, ni se le ofrece la oportunidad de alegar en la fase de instrucción para evitar el juicio oral, así como tampoco en el juicio oral. Afirmar en estos casos que ha quedado satisfecho el derecho de defensa, cuando no ha existido información de la acusación en ningún momento oportuno; cuando el acusado, por otros hechos, ni siquiera se planteó, teóricamente incluso, la posibilidad de una acusación posterior; cuando, definitivamente, la acusación fue sorpresiva, carece de justificación y posibilita la apertura a actuaciones fraudulentas o, al menos, negligentes.

Si, además, resulta que la nueva acusación se fundamenta en hechos diferentes a su pretendida alternativa, que la acusación decide, pues, alterarla retirando una acusación por la vía de hecho, pero encubierta en un cambio de título de condena y alzando otra de forma novedosa, estaremos en presencia de una actuación inquisitiva que, llevada a sus últimos extremos, pone en evidencia el sistema procesal penal y demuestra sus deficiencias y la necesidad de que los tribunales actúen para salvaguardar el sistema acusatorio.

### **c) El derecho a contradecir la acusación**

La información de la acusación y la prohibición de que la misma sea formulada de forma tardía o sorpresiva tienen la finalidad de garantizar al imputado su derecho a oponerse eficazmente a la acusación en todas sus etapas; dicha oposición se desenvuelve en dos facetas: la primera, la de poder rebatir e impugnar, en todas sus vertientes, las pruebas de cargo; la segunda, la de proponer pruebas en su descargo, aunque sobre él mismo no pese carga alguna.

La prueba es una actividad que se dirige a convencer al juzgador acerca de la realidad o no de las afirmaciones de ciertos hechos pasados, las cuales son efectuadas por las partes. Constituyen medios asentados sobre fuentes que es necesario localizar y allegar al proceso, que, en todo caso, han de ponerse en relación con los hechos imputados, dado que la falta de concreción de éstos -derivada del desconocimiento de la imputación- impide, en este sentido, una real actividad. Las pruebas no sólo se pueden traer al acto de la vista, sino que, en ocasiones -lo que siempre sucede con determinadas pruebas materiales-, es necesario asegurarlas o incluso anticiparlas, dado su carácter irreproducible. En lo que respecta a ciertas pruebas personales, la irreproductibilidad además afecta a la propia credibilidad o fiabilidad de los testigos, los cuales, si se someten a interrogatorios diversos y sobre hechos contradictorios, pueden verse influidos por versiones contrapuestas no adecuadas a la verdad de los hechos, en tanto que sus propias manifestaciones anteriores los predisponen a adoptar una posición respecto de una ampliación posterior de su interrogatorio. Las preguntas formuladas en su primera comparecencia indirectamente pueden convertirse en "sugestivas" en la medida en que obligan a una respuesta ya mediatizada.

En definitiva, el expediente previsto en el art. 788.4 LECrim, a la vista de todos estos extremos, no puede considerarse garantizador del derecho de defensa en todo caso, puesto que, salvo excepciones, la posibilidad de allegar pruebas para contradecir una pretensión sorpresiva es nula o inexistente.

Por todo ello, salvo excepciones, la jurisprudencia mayoritaria se opone a considerar que sea posible aplicar el art. 788.4 fuera de lo que constituye el objeto del proceso, más allá del hecho jurídicamente relevante, gracias a que se considera que en tales casos la defensa es simplemente imposible. Por el contrario, cuando la modificación de la acusación es del título de condena o del delito acusado, pero sin que altere la pretensión o las circunstancias a que alude la norma, se entiende posible (al menos en teoría y analizando cada caso) acudir a la suspensión de la vista para que la parte acusada adapte su defensa a la nueva configuración de los hechos (hechos que en este caso sí son conocidos en su esencialidad e informados en sus aspectos de tipicidad y punibilidad, aunque experimenten modificaciones limitadas, ya que el bien jurídico protegido debe permanecer).

No obstante, teniendo en cuenta que la jurisprudencia entiende que la suspensión del proceso para que el acusado pueda actuar su defensa proponiendo pruebas si lo estima oportuno constituye una carga del acusado, no se puede llegar a una conclusión distinta. Admitir que se puede acusar sorpresivamente en el juicio oral mediante la introducción de una nueva pretensión, haciendo depender la existencia misma de la defensa de la diligencia del acusado o de su representación técnica, sería tanto como aceptar que en el proceso penal sólo habría lugar para garantizar la defensa por el Estado cuando el imputado así lo solicitara expresamente.

Es evidente que esta reflexión no debe aceptarse y que no está en la base del art. 788.4 que ha de ser interpretado de forma estricta y restrictivamente. Cuando se deduce una pretensión penal, obligatoriamente debe abrirse la correspondiente fase para que la defensa actúe sus derechos. Por tanto, sólo entendiendo que lo que la ley permite son alteraciones no sustanciales, adquiere sentido y justificación que la apertura de la contradicción constituya una carga del sujeto pasivo.

## 1 El Contenido y Extensión del Art. 788.4 (Antes 793.7) Lecrim. Una Garantía del Derecho de Defensa

Como es suficientemente conocido, la jurisprudencia de forma mayoritaria ha avalado, a la luz del actual art. 788.4 LECrim, las afirmaciones hasta ahora vertidas en este trabajo, según las cuales, en caso alguno es posible modificar, en sede de conclusiones definitivas, la pretensión penal deducida en las calificaciones provisionales. Para llegar a esta conclusión, ha basado sus afirmaciones en la necesidad de preservar el principio acusatorio y el derecho de defensa.

Alguna excepción, no obstante, ha existido y ciertas resoluciones han autorizado cambios que exceden de la sustancialidad de la acusación con el requisito del respeto al derecho de defensa.

Aunque esta última tendencia es muy minoritaria, conviene, tras la exposición anteriormente realizada, analizar el art. 788.4 LECrim, para comprender su alcance y, más concretamente, parece prudente hacer mención a su origen y al momento y condiciones en que se desarrolló, así como a su fundamento. Con carácter previo, debe afirmarse que todas estas consideraciones conducen a afirmar que el precepto responde a la finalidad de salvaguardar el derecho de defensa, siendo independiente del principio acusatorio con el que no guarda ninguna relación directa. No se puede inferir otra cosa si se analiza el contenido expreso de la norma y su relación con otros preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que pueden servir para dotarlo de una concreta singularidad y así evitar consecuencias negativas e indeseables.

A) El art. 788.4 LECrim, en su actual redacción (muy similar a la original del anterior art. 793.7), es correlativo al art. 732 de aplicación al juicio ordinario; pero, a diferencia de este último que se limita a contemplar genéricamente la existencia de un trámite de conclusiones definitivas, tiene un contenido derivado de la jurisprudencia emanada de los Tribunales Supremo y Constitucional en la década de los ochenta, la cual fue desarrollada en relación con los arts. 733 y 851.4 que, analizando el principio acusatorio y el derecho de defensa, dieron como fruto una redacción muy afortunada que se enmarcó en el anterior art. 794.3 LECrim, hoy art. 789.3.

Como es sabido, alrededor de la llamada “tesis” (regulada en forma confusa en la LECrim), el anterior art. 794.3 LECrim estableció -por primera vez en nuestra legislación de modo expreso- un concepto de objeto del proceso penal que determinaba los límites de la vinculación judicial a la acusación. Una vez hecho esto y sentado el carácter inmodificable de la pretensión penal, se profundizó en el art. 733 LECrim, ofreciendo respuestas adecuadas a los casos en que el juicio debía suspenderse para garantizar la defensa del acusado, lo que, dado lo establecido en el art. 794.3, solo podía suceder cuando el cambio judicial se ajustara a los límites y contornos de la acusación ejercitada.

Es decir, en este marco referido a la vinculación judicial de las pretensiones de las partes (no de las facultades de la acusación para modificar su acusación), la jurisprudencia y, posteriormente bajo su amparo la LECrim, clarificó dos aspectos esenciales del proceso penal: por un lado, la estricta vinculación judicial a la acusación de parte, delimitando el concepto de objeto del proceso; por otro, el derecho de defensa ante cambios no sustanciales en la calificación (incluso puede afirmarse que la jurisprudencia llegó a excederse y el legislador con ella, al exigir no sólo la defensa, sino la petición de parte ante cambios agravatorios de la acusación circunscritos a la pretensión penal, lo cual sucede con la agravación de la pena o con la apreciación de circunstancias modificativas de la libertad, siendo así que, como es sabido, estos elementos forman parte de la pretensión que lo es en su totalidad).

B) La jurisprudencia nada dijo y nada ha apuntado respecto de los cambios en la acusación derivados de la petición de parte, de manera que, si se lee con detenimiento el actual art. 788.4 LECrim, nada novedoso se afirma en relación con el principio acusatorio, que por ello autorice a afirmar que es posible una alteración de la pretensión en trámite conclusiones definitivas.

Este precepto (anterior 793.7) se limita a garantizar el derecho de defensa cuando se produzcan cambios no sustanciales en la pretensión penal ejercitada, cambios referidos expresamente a la tipificación penal y a las circunstancias de agravación de la responsabilidad.

-La modificación de circunstancias agravantes o de un mayor grado de participación o ejecución no supone en caso alguno (salvo, tal vez, el caso del encubrimiento que plantea muchas más dudas) una alteración del objeto del proceso penal; estas circunstancias, conforme a una doctrina extendida (Beling), forman parte del hecho en su singularidad e integridad, el cual debe ser siempre acusado en un proceso plenamente regido por el principio de legalidad y, a su vez, resuelto del mismo modo, debido a que la cosa juzgada lo abarca, en todo caso, en su total integridad y no solo parcialmente.

Otra cosa es que nuestra jurisprudencia y legislación –un ejemplo característico sin referentes claros en el derecho comparado en países que comparten nuestro modelo procesal- hayan entendido, contrariamente también a lo dispuesto expresamente en el art. 851.4 LECrim, que toda agravación exige petición de parte. En todo caso, esta solución no limita derecho alguno, sino que lo favorece por lo que ninguna crítica debe merecer.

-De igual manera, la norma contempla las consecuencias de un cambio en la tipificación penal de los hechos. Es muy importante tener en cuenta que este precepto en sí mismo no autoriza ese tipo de modificaciones, es decir, no se trata de una norma habilitante, sino que se limita a contemplar la respuesta que debe darse a un supuesto de esa naturaleza. Tal y como sucede en el juicio ordinario con el art. 732, no sería necesario un art. 788.4 en el procedimiento abreviado para que las partes pudieran modificar el título de condena dentro de los límites de la pretensión, al establecer sus conclusiones definitivas.

El precepto, pues, autoriza modificaciones en la calificación jurídica de unos hechos ya introducidos en el proceso como relevantes desde un punto de vista jurídico; en este sentido, cuando se altera sustancialmente la pretensión, lejos de variar dicha calificación, lo que hace es introducir nuevos elementos fácticos, anteriormente no contemplados como fundamento del objeto procesal penal. Por tal razón, todo cambio sustancial de la calificación jurídica excede las previsiones de la norma que, ni siquiera indirectamente, prevé su aplicación a supuestos que entrañen entrada de nuevos hechos en el proceso.

El art. 788.4, pues, se limita a regular un anteriormente inexistente y necesario procedimiento defensivo ante la modificación de la tipificación penal. Por lo tanto, si la norma no es habilitante y no sirve para autorizar cambios sustanciales, es evidente que, respecto de los mismos, hay que aplicar la Ley en su conjunto y, especialmente, lo dispuesto en el art. 789.3 y los concordantes que obligan a un determinado deber de correlación; a la luz de todo esto, habrá que concluir que las variaciones posibles del delito imputado sólo podrán ser aquellas que respeten la sustancialidad de la pretensión, esto es, las que no alteren esencialmente el hecho acusado y el bien jurídico protegido por ambos delitos.

C) En definitiva, a la luz de la redacción expresa del art. 788.3 (puesto en relación con los arts. 732, 789.3 y concordantes), cabe afirmar que este precepto no guarda relación alguna con el principio acusatorio, ni habilita a las partes acusadoras a alterar sustancialmente sus pretensiones iniciales, como tampoco a introducir otras nuevas, sino que expresamente se limita a garantizar el derecho de defensa ante modificaciones no sustanciales de la acusación.

De estas afirmaciones se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) En caso alguno pueden las partes acusadoras alterar sustancialmente la pretensión, debido a que no hay norma habilitante para tal efecto, siendo así que toda limitación de derechos fundamentales (y ésta lo sería si se permitiera una modificación esencial que afectara al principio acusatorio y siempre, al derecho de defensa -información de la acusación tardía y sorpresiva, pérdida de posibilidades procesales, etc.-) exige una ley orgánica que de modo expreso autorice la restricción de los derechos.

En este sentido debe recordarse que la doctrina del TEDH (asuntos Sunday Times, Silver, Funke y Miailhe y Bartholdt, entre otros) ha manifestado que toda restricción de derechos fundamentales ha de establecerse en ley de forma explícita, accesible y previsible, de manera que no quepa interpretación extensiva alguna y que, en caso de duda, siempre ha de declararse la vigencia del derecho sin limitaciones.

No existiendo norma limitativa del derecho a la defensa que de forma explícita autorice a las acusaciones a una modificación sustancial de las mismas debe preservarse la integridad de la acusación, la única que garantiza plenamente la defensa.

b) Ante cambios propuestos por la acusación de la tipificación penal (que siempre han de serlo de delitos homogéneos o de circunstancias que conduzcan a la agravación de la pena), deberá conferirse a las partes la posibilidad de actuar su defensa mediante las alegaciones o pruebas que estimen convenientes. Si los cambios se limitan al marco de la pretensión, no hay inconveniente alguno -al menos en sentido general- en atribuir a esta facultad la naturaleza de carga.

D) **A modo de conclusión**, admitir excepciones a esta norma, como se ha podido indicar a lo largo de este trabajo, puede acarrear graves consecuencias para el proceso penal, que solo puede ser entendido como aquel que respeta las garantías esenciales previstas en la Constitución. Es que cualquier relación o interpretación de la ley procesal penal que abre un camino excepcional se encuentra con dificultades y rompe la armonía que debe presidir. A título de ejemplo, se podrían citar a las siguientes como consecuencias, de admitir cambios sustanciales con base en el art. 788.4 LECrim:

Una interpretación extensiva de la limitación de derechos fundamentales, cual sucede con una norma que no habilita expresamente para ello. Se infringe, pues, el principio de legalidad (arts. 53 y 81 CE).

Desvalorizar el derecho de defensa y atribuirle la naturaleza de una carga o de una mera posibilidad, puesto que, ante una nueva acusación, lejos de abrir los cauces procedimentales que ordinariamente se establecen para que el proceso se comporte como un mecanismo eficaz de averiguación de la verdad y por ello contradictorio, se limitaría la ley a conceder esa posibilidad a las defensas para actuar un derecho que es fundamental. La defensa -como todos los derechos en un Estado social (art. 1 CE) no son competencia exclusiva de las partes- debe ser promovida por el Estado.

Se afectaría gravemente el derecho de defensa de los ciudadanos (en todo caso, el de ser informado de la acusación en los términos que ese derecho exige). Adicionalmente, el de oponerse eficazmente a la pretensión. Desde luego, en tanto que el mecanismo del art. 788.4 no sería eficaz en todo caso, dada la posibilidad de pérdida de elementos probatorios de descargo ocasionados por el retraso (tal vez búsqueda de propósito o por simple negligencia), no cabe duda de que el mecanismo de la

norma sólo podría aplicarse atendiendo a la realidad fáctica y probatoria de cada situación, nunca con carácter general. La complicación que ello supondría constituye un obstáculo para su admisibilidad en los términos en que alguna resolución lo ha admitido.

Por último, como se dijo en páginas anteriores, y dada la redacción del nuevo art. 789.3 que permite al tribunal sentenciador plantear a las partes modificaciones en sus conclusiones provisionales que, si son aceptadas, pueden integrar la sentencia, de admitirse que tales alteraciones pueden ser sustanciales y constituir nuevas acusaciones, resultaría que el tribunal se convertiría indirectamente en parte acusadora. Por ello, para preservar la coherencia normativa, no cabe otra solución que limitar el alcance del art. 788.4, como así lo ha entendido el legislador de 2002 que en modo alguno consideró que las conclusiones definitivas pudieran alterar esencialmente la pretensión. De haber entendido otra cosa, a buen seguro que la redacción del art. 789.3 hubiera sido diferente.

# El Derecho Fundamental a un Proceso Acusatorio

*José Vicente Gimeno Sendra<sup>1</sup>*

## I Concepto

Aunque no esté expresamente consagrado en la Constitución española, el principio acusatorio se erige en una de las garantías esenciales del proceso penal que la doctrina del TC ha elevado a derecho fundamental, declarándolo implícito en el «*derecho a un proceso con todas las garantías*» del art. 24.2 de la CE.

Si los principios de legalidad y de oportunidad nos determinan las condiciones a través de las cuales se iniciará y finalizará el proceso penal, el **binomio acusatorio-inquisitivo** tiene la virtualidad de indicarnos mediante **qué distribución de roles y bajo qué condiciones** se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal.

En el momento actual, puede afirmarse que el principio acusatorio rige en un determinado proceso penal cuando las fases de instrucción y de juicio oral se encomiendan a dos distintos órganos jurisdiccionales, prohibiéndose al órgano de enjuiciamiento realizar las funciones de la parte acusadora, la que, mediante la deducción de la pretensión penal, vinculará la actividad decisoria del tribunal, vedándosele también al órgano de la segunda instancia la posibilidad de gravar más al recurrente de lo que ya lo estaba en la primera, si la acusación no impugnara la sentencia e incluso recurriéndola, si el tribunal “*ad quem*” fundara su sentencia condenatoria en pruebas de carácter personal y con omisión del también derecho fundamental del condenado a su “*última palabra*”.

---

1 Catedrático de Direito Processual da Universidade Nacional de Educação a Distância. Magistrado emérito do Tribunal Constitucional espanhol.

## II Evolución histórica

Tales notas que configuran hoy al sistema acusatorio mixto o formal son producto de la propia evolución de proceso penal y, en última instancia, de la del delito y de la organización estatal.

A) Cuando en los primeros tiempos de la civilización no era posible distinguir todavía el ilícito penal del civil, el delito fue construido desde unas bases esencialmente privadas, siendo escasa la sensibilidad social. Los delitos privados eran, pues, la mayoría, y el proceso penal era concebido, al igual que el civil, como un proceso de partes.

A este esquema respondió el proceso romano de la Alta República, que instauró el **sistema acusatorio puro** y cuyas notas esenciales fueron las de acusación realizada por persona distinta al juez, publicidad de todo el procedimiento, oralidad, paridad absoluta entre los derechos del acusador y del imputado, aportación de pruebas a cargo de las partes y libertad personal del acusado (CONSO). Este sistema fue reinstaurado por legislación española de “Las Partidas” (Siglo XII), en la que los delitos privados eran la mayoría y la «acusación» del ofendido la forma normal de iniciación del procedimiento, de la que se le daba traslado al acusado, estando el juicio concebido de modo similar a la «*litis contestatio*» romana.

B) Pero, en la medida en que la organización estatal se fue consolidando en la baja Edad Media y en su devenir hacia el Estado absoluto, los delitos públicos pasan a convertirse en la regla general y, previa a la «acusación», se instaura la «pesquisa», primero en los fueros municipales y después en la legislación del Monarca (CERDÁ).

Esta evolución del acusatorio «puro» al **inquisitivo** culminará con el Estado Absoluto (TOMÁS Y VALIENTE), en el que este segundo principio desplazará totalmente al primero. El proceso penal de partes se transformará, bajo la égida del principio inquisitivo del Antiguo Régimen, en un procedimiento en el que no existe ningún acusador, ni acusado, sino tan sólo un juez, inquisidor y sentenciador, y un objeto de su actividad: el inquirido (ROXIN).

C) Con el advenimiento de la Revolución Francesa y la instauración del proceso penal moderno, el principio inquisitivo quedará reducido a la fase instructora (de

la que, sin embargo, se abolirán sus inhumanas manifestaciones, tales como el tormento y demás coacciones contra el imputado, las penas corporales anticipadas, etc.), en la que el MF asumirá, en la mayoría de los países europeos, el monopolio de la acción penal (o principio de “oficialidad”), con las solas excepciones de Inglaterra y España, que conocen la acción popular, y Austria y Portugal, que instauran la acción penal «adhesiva» del ofendido. Por el contrario, el juicio oral, cuyo conocimiento se encomienda a un órgano colegiado y distinto al del juez de instrucción, volverá a ser un «proceso de partes», al estar informado por el principio acusatorio.

De esta forma, surge el sistema **acusatorio formal o mixto**, que tan sólo se verá alterado por la instauración de los regímenes totalitarios. En la Alemania nazi, se crearon tribunales de excepción (el temido «*Volksgerichtshof*»), se potenció la figura del MF, se suprimió la intervención del ofendido (mediante la abolición de la «*Klageerzwingungsverfahren*») y se incrementaron los motivos de la prisión provisional a la «alarma social» («*Erörterung in der Öffentlichkeit*»), que posteriormente recogerá la legislación española de «orden público» del Estado del General Franco.

A partir de la posguerra mundial, como consecuencia de la ratificación por los distintos Estados europeos de los Convenios internacionales de Derechos Humanos, el principio acusatorio no sólo se mantendrá dentro del juicio oral, sino que se potenciará el derecho de defensa dentro de la fase instructora.

### III Notas esenciales

Tal y como se ha adelantado, constituyen notas esenciales del principio acusatorio las que a continuación se relacionan:

#### 1 Atribución de la instrucción y del juicio oral a dos distintos órganos jurisdiccionales

Debido a la circunstancia de que la actividad instructora comporta una labor esencialmente inquisitiva, a fin de prevenir el prejuzgamiento y evitar que el acusado sea juzgado por un órgano falto de imparcialidad, se hace necesario que aquella función se encomiende a un órgano unipersonal (Juez de Instrucción, Ministerio

Fiscal), al que se le ha de vedar expresamente la posibilidad de entender de la fase de juicio oral, la cual ha de ser conferida a otro órgano jurisdiccional, normalmente colegiado (Jurado o Tribunal).

Hoy esta nota del principio acusatorio se encuentra implícitamente consagrada en el art. 6.1 del CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos), que, conforme a la interpretación jurisprudencial efectuada por el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), el derecho a ser juzgado por «*un tribunal independiente e imparcial*» conlleva la prohibición de que, en las infracciones graves, no sólo el juez instructor pueda entender del juicio y pronunciar la sentencia, sino la necesidad de que **ningún magistrado o miembro del M.P. que haya realizado funciones instructoras pueda formar parte siquiera del Tribunal sentenciador**<sup>2</sup>.

El TEDH ha venido interpretando, asimismo, dos aspectos concretos de la exigencia de la imparcialidad contemplada en el art. 6.1 CEDH<sup>3</sup>. En primer lugar, el tribunal debe ser **subjetivamente imparcial**, esto es, ningún miembro del tribunal debe tener ningún prejuicio o predisposición personal acerca de la culpabilidad del acusado. Pero, en segundo lugar y sobre todo, el Tribunal debe ser también imparcial desde un punto de vista **objetivo**, es decir, debe ofrecer suficientes garantías como para excluir cualquier duda legítima a este respecto, de tal suerte que, si, de las apariencias del Juez o de sus actos, puede la sociedad alcanzar serias dudas sobre su imparcialidad, se vulneraría el derecho al juez legal imparcial contenido en el art. 6.1 del CEDH.

Como puede observarse, la violación del principio acusatorio, implícito en el derecho a un proceso «*con todas las garantías*» del art. 24.2 CE, conlleva, al propio

---

2 Asuntos Piersack, Sentencia del 1º de octubre de 1982 y De Cubber, Sentencia del 26 de octubre de 1984; SSTC 148/1987, del 28 de septiembre; 145/1988, del 12 de julio; 164/1988, del 26 de septiembre; 11/1989, del 24 de enero; 157/1993, del 6 de mayo; 138/1994, del 9 de mayo; 60/1995, del 17 de marzo; 98/1997, del 20 de mayo; 142/1997, del 15 de septiembre; 47/1998, del 2 de marzo; 188/2000, del 10 de julio; y 52/2001, del 26 de febrero.

3 Casos McGonnell contra Reino Unido, Sentencia del 8 de febrero de 2000, Garrido Guerrero contra España, R. 2 de marzo de 2000, Academy Trading Ltd. y otros contra Grecia, Sentencia del 4 de abril de 2000.

tiempo, la vulneración del también derecho fundamental al Juez predeterminado por la Constitución o **juez legal imparcial**.

## 2 Distribución de las funciones de acusación y decisión

«*Nemo iudex sine accusatore*» es otro de los aforismos que configuran el acusatorio, según el cual tanto la fase instructora (la cual puede iniciarse incluso por el propio órgano jurisdiccional; *cfr.*: arts. 303 y 308 LECrim), como la del juicio oral han de iniciarse por una parte legítima y distinta a la del órgano jurisdiccional decisor, a quien se le ha de vedar la posibilidad de sostener la acusación. Para que se respete el principio acusatorio se hace necesario, pues, en primer lugar, que **la acusación preceda a la defensa y sea conocida por ella**, ya que, en caso contrario, se ocasionaría la vulneración del «*derecho al conocimiento previo de la acusación*», contenido en los arts. 24.2 C.E., 6.3.a) y b) del CEDH y en el art. 14 del PIDCP<sup>4</sup>; y, en segundo, que **«se desdoblén ambas funciones», de acusación y de decisión, y sean otorgadas a dos distintos sujetos procesales**<sup>5</sup>, que habrán de sostener la acusación en el juicio oral, pues, si efectuaran una «retirada de la acusación» el Tribunal habrá de absolver en el fondo al acusado.

Precisamente para garantizar una mayor imparcialidad en la decisión, la función de la acusación se otorgó a un órgano por esencia imparcial, como lo es el Ministerio Público, e incluso históricamente se creó un órgano especial, el «jurado de acusación», cuya función consistía en examinar con absoluta desvinculación, tanto del

4 SSTC 54/1985, del 18 de abril; 84/1985, del 8 de julio; 104/1986, del 17 de julio; 163/1986, del 16 de octubre; 145/1988, del 12 de julio; 53/1989, del 22 de febrero; 106/1989, del 8 de junio; 100/1992, del 25 de junio; 113/1992, del 14 de septiembre; 136/1992, del 13 de octubre; 230/1992, del 14 de diciembre; 320/1993, del 8 de noviembre; 60/1995, del 17 de marzo; 19/2000, del 31 de enero; 188/2000, del 10 de julio; 33/2003, del 13 de febrero).

5 SSTC 54/1985, del 18 de abril; 84/1985, del 8 de julio; 104/1986, del 17 de julio; 145/1988, del 12 de julio; 106/1989, del 8 de junio; 113/1992, del 14 de septiembre; 136/1992, del 13 de octubre; 230/1992, del 14 de diciembre; 320/1993, del 8 de noviembre; 60/1995, del 17 de marzo; 188/2000, del 10 de julio; ATC 267/1997, del 14 de julio; SAP Las Palmas, 3 de septiembre de 2003 (PROV 2004, 25170); SAP Sevilla, 31 de enero de 2003 (PROV 2003, 84161).

Juez de Instrucción, como del Jurado de decisión, si concurren o no los presupuestos de la acusación.

En el ordenamiento español, que, salvo en la legislación de imprenta (1821-1823) que conoció de dicho Jurado de acusación, nunca se instauró este órgano jurisdiccional (trasladando, pues, el conocimiento de la fase intermedia, bien a la Audiencia Provincial en el proceso penal común para delitos graves, bien al Juzgado de lo Penal en el denominado proceso penal abreviado). Ello, no obstante la función de deducción y sostenimiento de la pretensión penal, no la ostenta en régimen de monopolio el Ministerio Fiscal, sino que, como consecuencia del mandato contenido en el artículo 125 de la Constitución, la acusación puede ser **pública, popular y privada**.

Lo que **no resulta admisible es la atribución al juzgador de la posibilidad de sancionar infracciones penales, ni siquiera faltas, en caso de inexistencia de pretensión acusadora**. La doctrina del TC en este sentido es muy abundante y categórica<sup>6</sup>, aunque el legislador trató de sortearla al reformar el art. 969.2º de la LECrim (por Ley 10/1992, del 30 de abril), que concedía a la denuncia el valor de acusación en los juicios de faltas a los que no asistiera el Fiscal, precepto cuya constitucionalidad fue declarada -si bien con un voto particular de quien suscribe- en la STC 56/1994. Pero el legislador otorgó aquí la razón a mi voto particular y el actual art. 969.2 (nuevamente reformado por la Ley 38/2002, del 24 de octubre) exige también el sostenimiento de la pretensión penal por el denunciante en el juicio de faltas.

### 3 Correlación entre la acusación y el fallo

En tercer lugar, la vigencia del sistema acusatorio exige una determinada correlación, subjetiva y objetiva, entre la acusación y la parte penal dispositiva de la sentencia, cuya finalidad esencial consiste en posibilitar el ejercicio del derecho de defensa.

**A) Subjetiva:** El proceso penal acusatorio, a diferencia del inquisitivo, es un **proceso de partes** en el que el acusado no puede ser considerado como «objeto», sino como **sujeto**, por lo que le asiste, con toda su plenitud, el derecho de defensa.

---

6 SSTC 163/1986, del 16 de octubre; 53/1989, del 22 de febrero; 100/1992, del 25 de junio y STS 28 de enero de 1991 (RJ 1991, 413).

Lógicamente, para el logro de este objetivo, se hace obligado consagrar de algún modo la regla, conforme a la cual **«nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado»**<sup>7</sup>, de tal suerte que **los escritos de acusación han de fijar definitivamente la legitimación pasiva en el proceso penal** (SCHMIDT, KERN-ROXIN). Ahora bien, una vez determinada la persona del acusado en dichos escritos de acusación, la apreciación por el tribunal de un grado de participación inferior de él en el hecho punible, como consecuencia de la actividad probatoria ulterior, no infringe el citado principio (STS 106/2009, del 4 de febrero).

Hoy esta regla se encuentra establecida en el art. 24.2 CE, al disponer que *«todos tienen derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos»*, así como en el art. 6.3.a) y b) del CEDH y en el art. 14 del PIDCP, los cuales, después de reiterar aquel deber de información, añaden que *«todo acusado tiene derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa»*.

De la lectura de los referidos preceptos fundamentales claramente se infiere que no es suficiente la determinación del acusado en los escritos de acusación para entender cumplida dicha garantía, sino que se hace necesario *«informarle de la acusación con un tiempo suficiente para preparar su defensa»*, para lo cual el ordenamiento habrá de establecer las cautelas suficientes a fin de que nadie *«se siente en el banquillo»* de una manera *«sorpresiva»* o, dicho en otras palabras, se hace conveniente que el sujeto pasivo del proceso penal, con anterioridad a la adquisición del *«status»* de acusado en el juicio oral, asuma, dentro de la instrucción, la de **imputado**<sup>8</sup>, pues **«nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad judicialmente declarado imputado»**<sup>9</sup>.

7 SSTC 104/1985, del 4 de octubre; 134/1986, del 29 de octubre; 163/1986, del 17 de diciembre; 17/1988, del 16 de febrero; 168/1990, del 5 de noviembre; 277/1994, del 17 de octubre y SSTC del 14 de febrero de 1995 (RJ 1995, 759); 3 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8013); 7 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8925); 2 de abril de 1998 (RJ 1998, 2965); 7 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8050); 23 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1482); 22 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 501).

8 Cfr. SSTC 48/1984, del 4 abril; 135/1989, del 19 julio; 186/1990, del 15 noviembre; 83/1992, del 28 mayo, 33/2003, del 13 de febrero; STS, 27 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1973); SAP Barcelona, 13 de julio de 1998 (ARP 1998, 3971).

9 SSTC 128/1993, 129/1993, 152/1993, 277/1994 y 149/1997.

**B) Objetiva:** El derecho del acusado a «*conocer la acusación formulada contra él*» reclama, no sólo su determinación, sino también **la información del hecho punible**, cuya comisión se le atribuye, a fin de que pueda exculparse de él, articulando la correspondiente actividad probatoria, ejercitando, en definitiva, su derecho de defensa<sup>10</sup>.

#### a) Correlación de la sentencia con el hecho punible acusado

Por esta razón, **se burlaría la referida norma fundamental, si el tribunal pudiera extender su actividad cognoscitiva y decisoria a otros hechos distintos a los narrados en los escritos de acusación** o a calificaciones distintas, con respecto a las cuales no pudo el Abogado articular su defensa. Así lo ha entendido nuestro TC, en su Sentencia 20/1987, quien, después de afirmar que tal práctica supondría la vulneración del valor «justicia» del art. 1.1 y el art. 24.2 de la Constitución, ha declarado que «...condenar a un procesado por unos hechos que no fueron objeto de acusación constituye una violación de una de las garantías principales del proceso penal (el principio acusatorio) configurada en nuestra Constitución como derecho fundamental de todos».<sup>11</sup>

El principio acusatorio garantiza, en definitiva, en todas las instancias, incluida la casación<sup>12</sup>, que, en todo proceso penal, el acusado pueda conocer la pretensión punitiva que se articula contra él para que pueda defenderse de forma contradictoria, así como que el órgano judicial se pronuncie precisamente sobre los términos del debate conforme han sido formuladas definitivamente las pretensiones de la acusación y de la defensa, sin que el juez pueda intervenir sucesivamente como acusador y como juzgador<sup>13</sup>. Dicho principio, como señala la STS 806/2008, del 1º de diciem-

10 SSTC 186/1990, 128/1993, 129/1993, 152/1993 y 277/1994 y 149/1997.

11 *vid.* SSTC 134/1986, 46/1987, 18/1989, 186/1990, 33/2003, del 13 de febrero, 10 de octubre de 2005.

12 SSTC 123/2005 y 183/2005 y del 10 de octubre de 2005.

13 SSTC 104/1986, del 17 de julio; 225/1997, del 15 de diciembre; 230/1997, del 16 de diciembre y 188/2000, del 10 de julio. AATC 267/1997, del 14 de julio; 202/1998, 273/1990; STS 304/2008, del 5 de junio y SSAP Las Palmas 3 de septiembre de 2003 (PROV 2004, 25170); Sevilla 31 de enero de 2003 (PROV 2003, 84161).

bre, se encuentra «íntimamente vinculado con el fructífero ejercicio del derecho de defensa, de modo que quede impedido el Juez para condenar por infracciones que no han sido objeto de acusación y debate, o por un delito más grave que aquél por el que se acusó, o distinto de éste (salvo que ambos guarden relación de homogeneidad) o aplicando circunstancias agravantes o subtipos agravados no invocados por la acusación, impidiéndose, en definitiva, la posibilidad real de defenderse a quien ignora o considera lógicamente innecesario que deba hacerlo respecto de un determinado extremo gravoso para él».

Pero llegados a este extremo conviene que nos preguntemos ¿hasta dónde llega la vinculación del Tribunal al hecho punible afirmado por la acusación? ¿Sólo al hecho histórico o también a su calificación jurídica y a la petición de pena?...

#### **b) Doctrina tradicional: vinculación del hecho y a la homogeneidad del tipo**

En principio, la correlación entre acusación y fallo no debería extenderse ni a la aplicación de la norma penal ni a la individualización de la pena, ya que, sobre este extremo, «*iura novit curia*» (STC 163/2004).

Y es que, por «hecho» aquí habría que entender, sobre todo, el **hecho histórico**, que constituye el objeto del proceso penal y de la cosa juzgada (GÓMEZ ORBANEJA). Tradicionalmente, tanto el TS (Sentencias del 30 de abril de 1981, 24 de abril de 1982, 29 de enero de 1983, 6 de abril de 1984, 28 de febrero de 1984...), como el Tribunal Constitucional (SS. 12/1981, 277/1994) se manifestaban unánimes a la hora de afirmar que «la doctrina de la congruencia es perfectamente compatible con el principio tradicional «*iura novit curia*» (STC 14/1985).

Por ello, **existirá una manifiesta vulneración del acusatorio, si las partes acusadoras, en sus calificaciones definitivas, ampliaran su acusación a nuevos hechos**, sobre los que no ha recaído prueba en el juicio oral. En tal supuesto, el respeto a los derechos fundamentales a «*ser informados de la acusación*», «*a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa*» y «*a utilizar los medios de prueba pertinentes*» sobre tales nuevos hechos, ha de obligar a la práctica forense a suscribir una solución análoga a la establecida en el parágrafo 266 de la Ordenanza Procesal Penal alemana: debe el Presidente del Tribunal preguntar al acusado si está

de acuerdo con la calificación del nuevo hecho y, si la defensa manifestara su disconformidad, habrá que suspender el juicio, realizar una sumaria instrucción complementaria (art. 746.6° LECrim), formular el M.P. una acusación adicional («*Nachantragsklage*»), contestarla el acusado y practicar la prueba sobre ese nuevo hecho.

Pero, tratándose de nuevas calificaciones sobre un mismo hecho punible, al igual como acontece en la República Federal Alemana, no debiera existir indefensión, ni vulneración del acusatorio, si el hecho histórico fue descrito en el escrito de calificación provisional, aun cuando las partes acusadoras, en sus calificaciones definitivas, y el tribunal, en su sentencia, modificaran el título de condena sobre ese mismo hecho, siempre y cuando, tal y como inició la doctrina legal del T.S., el bien jurídico vulnerado permaneciera el mismo o, dicho en otras palabras, cuando ambos delitos sean **homogéneos** y dicho cambio de calificación no ocasione vulneración alguna del derecho de defensa<sup>14</sup>.

---

14 SSTC 12/1981, del 10 de abril; 104/1986, del 1 de julio; 10/1988, del 1 de febrero; 11/1992, del 27 de enero; 134/1986, 17/1988, 95/1995, del 19 junio; 43/1997 y 225/1997; SSTS 2 de abril de 2004 (RJ 2004, 3176) detención ilegal y coacciones; 21 de enero de 2004 (RJ 2004, 485) receptación y encubridor; 9 de junio de 2003 (RJ 2003, 5614) asesinato y amenazas; 14 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2497) homicidio y amenazas; 22 de enero de 2003 (RJ 2003, 677) -agresiones sexuales y amenazas-; 13 de febrero de 2003 (RJ 2003, 33), delito de contrabando y contra la salud pública; 13 de enero de 2003 (RJ 2003, 420) robo con fuerza y apropiación indebida; 20 de mayo de 2002 (RJ 2002, 6400) robo con fuerza en casa habitada y allanamiento de morada; 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4438) apropiación indebida y apropiación de cosa perdida; 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 5441), hurto y malversación de caudales públicos; 22 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 501) homicidio intentado y amenazas; 29 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4577) apropiación indebida y delito societario de administración desleal; 2 de octubre de 1995 -atentado y resistencia-; 5 de junio de 1995 -omisión de denuncia y prevaricación-; 15 de junio de 1995 -pertenencia a banda armada y colaboración con banda armada-; 14 de marzo de 1995 -malversación y hurto-; 10 de febrero de 1995 -entre agravantes de casa habitada y morada-; 22 de noviembre de 1994 -desórdenes públicos y daños-; 10 de noviembre de 1994 -agresión sexual no violenta y corrupción de menores-; 15 de septiembre de 1994 y 20 de julio de 1994 -violación y estupro-; 7 de junio de 1994 -robo con rehenes y detención ilegal-; 11 de marzo de 1994 -sedición y desórdenes públicos-; 23 de diciembre de 1992 -malversación y apropiación indebida-; SAP León 31 de marzo de 2004 (PROV 2004, 137387), -daños y falta de hurto-; SAP Navarra 13 de junio de 2003, malos tratos y amenazas (PROV 2003, 211738); SAP Sevilla 26 de enero de 2004 (ARP 2004, 58) -hurto y apropiación indebida-.

Ahora bien, si dicho cambio de calificación entraña violación de dos distintos bienes o intereses protegidos por la norma penal de carácter **heterogéneo** (v. gr.: se califica provisionalmente como «tráfico de estupefacientes» y en las conclusiones y Sentencia se pena por «delito de contrabando» o se enjuicia el hecho como calumnia, limitándose la defensa a oponer la «*exceptio veritatis*» y se condena posteriormente, en la segunda instancia, por «injurias graves» -STC 35/2004, del 8 de marzo- o se condena en la instancia por delito culposo y en la segunda por delito doloso -STC 75/2003, del 23 de abril-), puede provocar «indefensión». El TC ha admitido expresamente esta posibilidad y, por tanto, ha estimado el amparo en diversas sentencias<sup>15</sup>. La jurisprudencia del TS también admite la infracción del acusatorio (STS 5 de febrero de 2004 [RJ 2004, 1028]), si bien con un claro carácter restrictivo<sup>16</sup>.

### c) **Doctrina contemporánea: identificación del acusatorio con el dispositivo**

Aunque el objeto del proceso penal y, por tanto, la obligación de congruencia del órgano jurisdiccional debiera circunscribirse a la determinación del acusado (identidad subjetiva) y a la del hecho punible (identidad objetiva), lo cierto es que la jurisprudencia de estos últimos tiempos, tanto del TC, como del TS, ha venido dando entrada también a los elementos jurídicos de la pretensión penal.

Así, en cuanto a la aplicación del Derecho y con independencia de la doctrina de la «heterogeneidad del bien jurídico» a la que nos hemos referido, afirma al T.C. que un **cambio de calificación jurídica de una cuestión prejudicial** ínsita en una

15 SSTC 134/1986, del 29 de octubre; 17/1988, del 16 de febrero; 169/1996, del 29 de octubre; 227/1994, del 18 de julio.

16 SSTS 15 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9469) acusación por robo con intimidación y condena por estafa; 3 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3448) acusado por estafa y condenado por apropiación indebida; 12 de abril de 1999 (RJ 1999, 3113) acusado por delito doloso de obstrucción a la justicia y condenado por delito imprudente de obstrucción a la justicia; 23 de octubre de 1995 -acusación por inducción de asesinato frustrado y condena por amenazas e imprudencia temeraria con resultado de lesiones-; 1º de julio de 1993 -entre delito de falsificación de documento oficial doloso y el cometido por imprudencia-; 3 de febrero de 1993 -entre parricidio y abandono de niños-; 9 de diciembre de 1992 -entre robo y receptación-; 13 de octubre de 1992 y 26 de septiembre de 1992 -entre estafa y alzamiento-; 18 de julio de 1992 -cheque en descubierto y estafa- etc.

misma norma penal<sup>17</sup> puede ocasionar indefensión y vulnerar el acusatorio (SSTC 4 y 228/2002). En cuanto a la individualización de la pena, **no puede el Tribunal imponer de oficio una pena accesoria, como lo es la de inhabilitación**, como consecuencia de un cambio de calificación del tipo penal<sup>18</sup>, **ni, en general, una pena principal que no haya sido solicitada por la acusación**<sup>19</sup>.

Además, la congruencia penal se asimila a la civil en la medida en que el “*quantum*” **de pena solicitada vincula al tribunal**. Así, el TS, en su Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del 20 de diciembre de 2006 extendió al sumario ordinario la congruencia con la petición de pena del proceso penal abreviado (art. 789.3), de tal suerte que **no puede el Tribunal imponer una pena más grave que la máxima solicitada por las partes acusadoras**<sup>20</sup>. Posteriormente, el TS matizó su doctrina en el Acuerdo de dicho Pleno no Jurisdiccional, del 27 de noviembre de 2007, en el sentido de que la vinculación a la pena debe ceder sólo cuando la pena solicitada no se ajuste a la Ley o a las reglas de determinación contenidas en el art. 66 CP. Pero la STC del Pleno 155/2009, del 25 de junio, ha resucitado aquel Acuerdo del T.S. de 2006 (HERNÁNDEZ GARCÍA), al declarar que **no puede el órgano judicial imponer una pena**

---

17 Así, se acusa por fraude fiscal, partiendo de la existencia de un negocio simulado, y se condena con base en la existencia de un fraude de Ley -supuesto contemplado por la STC 120/2005, del 10 de mayo-.

18 STC 71/2005, del 4 de abril, que contempló un supuesto de cambio de oficio de calificación del delito de desobediencia, cometido por los particulares -art. 556 CP- e invocado por la acusación, al tipo de desobediencia, cometido por autoridades -art. 410-, que es el que aplicó el tribunal y que lleva aparejada la pena de inhabilitación especial, cuya aplicación no pudo ser solicitada por las partes.

19 De este modo, la STS 419/2005, del 4 de abril, estimó contrario al principio acusatorio la irrogación de la pena de prohibición de frecuentar el domicilio familiar en un delito de violencia doméstica, no solicitada por la acusación, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 39.f CP, dicha prohibición es una pena «principal» privativa de derechos.

20 SSTC 70/2010, del 18 de octubre, 186/2009, del 7 de septiembre; SSTS 925/2009, del 7 de octubre, 1319/2006, del 12 de enero, 20/2007, del 22 de enero, 159/2007, del 21 de febrero, 424/2007, del 18 de mayo, 504/2007, del 28 de mayo; en contra: STS del 1º de junio de 2007, que justifica la agravación de la pena por no haber arbitrariamente afirmado el MF la concurrencia de una circunstancia agravante de la culpabilidad.

**más grave que la solicitada por la acusación aun cuando la norma penal así lo autorice** (SSTC 186, 198 y 205/2009), lo que acontece, por ej., cuando, habiéndose sostenido la acusación por un delito continuado, el Tribunal condene los hechos por separado (STS 12 de mayo de 2005) o, habiéndose condenado por delito contra la salud pública que ocasione grave daño para la salud, el tribunal «*ad quem*» revoque la anterior condena, pero condene incluso por un delito menos grave como lo es el mismo delito contra la salud pública pero cometido «mediante sustancia que no cause grave daño para la salud», siempre y cuando este segundo hecho no haya sido objeto del escrito de acusación y el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse frente a esa nueva calificación (STC 10 de octubre de 2005) o cuando el MF pida la irrogación de una multa y el tribunal condene con la pena de «localización permanente» en aplicación del derecho de opción que el art. 623.1 C.P. le concede (STC del Pleno 155/2009, del 25 de junio).

Con base en similar doctrina el TS ha podido incluso afirmar la **inconstitucionalidad del art. 733.3º LECrim** (el derecho del tribunal a sugerir de oficio tesis de calificación distintas) **en todo lo referente a sugerir de oficio tesis referentes a nuevas circunstancias agravantes**<sup>21</sup>.

Como puede observarse, en España, en esta materia de correlación entre la sentencia y la pretensión penal, **el principio acusatorio se va asemejando al principio civil dispositivo**, por cuanto está adquiriendo carta de naturaleza la incongruencia cuantitativa, plasmada en el aforismo romano “*ne eat iudex ultra petita partium*”.

Por consiguiente, existirá una vulneración del principio acusatorio y del art. 24.2 C.E., cuando la sentencia condene al acusado por **1º) un hecho punible que no haya sido objeto de la acusación; 2º) por una pena principal o una accesoria no solicitadas, tras un cambio de calificación; 3º) cuando el tribunal aplique, en la sentencia, una calificación jurídica distinta y causante de indefensión material; 4º) Cuando estime de oficio circunstancias agravantes, y 5º) cuando irroge una pena más grave que la solicitada por la acusación.**

---

21 SSTs 4 de noviembre de 1986, 21 de abril de 1987 y 1º de diciembre de 1987.

#### 4 Prohibición de la “*reformatio in pejus*”

Al igual que es necesario el establecimiento de la referida correlación subjetiva y objetiva en la primera instancia, la vigencia del principio acusatorio exige también que en la segunda o sucesivas instancias no se pueda gravar más a un condenado-apelante de lo que ya lo estaba por la sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada (STC 242/1988), de tal suerte que el órgano “*ad quem*” ha de estar vinculado por los límites, subjetivos y objetivos, trazados por la acusación y la defensa en los respectivos recursos de apelación.

La regla de la «interdicción de la reforma peor» constituye ya una doctrina consolidada de nuestro Tribunal Constitucional, conforme a la cual la agravación de la pena al recurrente, realizada “*ex officio*”, sin que se le haya dado posibilidad de ejercitar su derecho de defensa, genera «indefensión» y conculca el art. 24.1 y el «*derecho a un proceso con todas las garantías*» del art. 24.2<sup>22</sup>.

No se opone, sin embargo, al principio acusatorio la confirmación de una sentencia condenatoria, aun cuando tan sólo la haya impugnado la defensa (STC 123/2005, de 12 de mayo).

#### 5 El derecho a un proceso con todas las garantías y la inmediación del tribunal «*ad quem*» en la valoración de la prueba de carácter personal

Finalmente, el derecho fundamental “*a un proceso con todas las garantías*” asimismo conlleva el del acusado **a no ser gravado más en su condena o a no ser condenado, si ha sido absuelto en la primera instancia, como consecuencia de una nueva**

---

22 SSTC 54/1985, del 18 de abril; 186/1987, del 23 de noviembre; 115/1986, del 6 de octubre; 6/1987, del 28 de enero; 15/1987, del 11 de febrero; 202/1988, del 31 de octubre; 17/1989, del 30 de enero; 153/1990, del 15 de octubre; 277/1994, del 17 de octubre; 120/1995, del 17 de julio; 9/1998, del 13 de enero; 56/1999, del 10 de mayo; 196/1999, del 25 de octubre; 16/2000, del 31 de enero; 17/2000, del 31 de enero; 200/2000, del 24 de julio; 238/2000, del 16 de octubre; 241/2000, del 16 de octubre; 114/2001, del 7 de mayo; 232/2001, del 11 de diciembre; 218/2003, del 15 de diciembre, 23/2003 y 28/2003, del 10 de febrero.

**valoración de las pruebas, efectuada por el Tribunal de la segunda instancia, que requieran la inmediación del tribunal.**

Este derecho fundamental, íntimamente relacionado con el también derecho fundamental a la presunción de inocencia, ha sido recientemente consagrado por la jurisprudencia del T.C., nacida en aplicación de la doctrina anteriormente sustentada por el TEDH y surgida con ocasión de la interpretación del derecho a un proceso equitativo o “debido” del art. 6.1 del CEDH<sup>23</sup>. Dicho derecho fundamental fue reconocido, por vez primera, por el TC en su Sentencia del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre, y ha sido secundado ya por una amplia jurisprudencia<sup>24</sup>. De conformidad con dicha doctrina, **no le es dado al Tribunal «ad quem» efectuar una revisión de la valoración de las pruebas efectuada por el tribunal de la primera instancia, que requieran la vigencia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción.**

Dichas pruebas, cuya valoración exige la inmediación del tribunal (a fin de formarse una convicción sobre su veracidad) son las **de carácter personal**, que han de conducirse a las **declaraciones de las partes, testigos y peritos, sin que, en modo alguno, alcancen a la valoración de la prueba documental**, la cual sí puede ser revisada por el tribunal de apelación o el de casación con ocasión de la aplicación del motivo de error de hecho en la valoración de la prueba.<sup>25</sup>

23 SSTEDH del 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, § 32-; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39-; 29 de octubre de 1991 - caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 28-; 29 de octubre de 1991 -caso Fejde contra Suecia, § 32-, del 27 de junio de 2000 - caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59-; Igual Coll contra España del 10 de marzo de 2009.

24 SSTC 170, 197, 198, 200, 212 y 230/2002; 41, 47, 68, 108, 189, 209/2003; 10, 12, 40, 50, 75, 94, 95, 96, 128, 192/2004, 200/2004, 324/2005, 307/2005, 285/2005, 282/2005, 272/2005, 267/2005, 208/2005, 186/2005, 178/2005, 170/2005, 168/2005, 143/2005, 130/2005, 119/2005, 116/2005, 113/2005, 112/2005, 111/2005, 105/2005, 59/2005, 43/2005, 27/2005, 19/2005, 306/2006, 340/2006, 328/2006, 217/2006, 114/2006, 95/2006, 91/2006, 80/2006, 74/2006, 24/2006, 8/2006, 164/2007, 142/2007, 137/2007, 126/2007, 43/2007, 29/2007, 15/2007, 11/2007, 16, 24, 118 y 120/2009, 30/2010; STS 380/2010, del 4 de mayo, ATC 28/2010, del 8 de febrero, 135, 142 y 175/2011...

25 Y así, en la STC 167/2002 (escuchas telefónicas con conexión de antijuricidad) censuró

Como consecuencia de dicha doctrina, y para adecuar nuestra LECrim a ella, al legislador español le cabrían dos posibilidades: bien reformar la apelación, convirtiéndola en una apelación «amplia», que permitiera al tribunal de la segunda instancia, en un segundo juicio oral, volver a practicar tales pruebas de valoración personal, bien establecer la exigencia de la grabación en DVD de los juicios orales, efectuada en la primera instancia, la cual habría de ser reproducida, mediante celebración de vista, en la segunda (solución, esta última propiciada por el «Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma de Leyes Procesales de julio de 2005») y en la que el tribunal de apelación, mediante su visionado, podría fundar su convicción tomando en consideración los efectos favorables de la inmediación (los gestos de turbación, sorpresa, etc., que manifiestan la veracidad o mendacidad del interviniente en la prueba).

Dentro de esta última línea doctrinal cabe situar la STC 120/2009, del 18 de mayo, en la que precisó su doctrina sobre la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de una grabación audiovisual, cuya valoración por el tribunal de apelación había de ser posible en dos circunstancias: a) en primer lugar, **cuando se someta, en la segunda instancia, a contradicción** mediante la intervención perso-

---

dicho alto Tribunal que la Audiencia Provincial hubiera revocado la sentencia, sin haber prestado con inmediación declaración al imputado; en la STC 107/2002, criticó asimismo que no prestara declaración al condenado, ni a los policías, sujetos pasivos del delito de desobediencia; en la STC 198/2002, porque la AP revocó una condena por lesiones a la vista exclusiva de la parte de sanidad, sin prestar declaración a testigos y al acusado; en la STC 203/2002, porque la AP estimó la comisión de un delito de apropiación indebida, omitiendo la inmediación en dichas declaraciones; en la STC 41/2003, debido a la circunstancia de que tampoco tuvo en cuenta tales declaraciones y la de los peritos en un delito de abusos sexuales; en la STC 68/2003 se menospreció la inmediación en las declaraciones del imputado y la de los policías en un delito de alcoholemia; lo mismo aconteció en las SSTC 108/2003, 102/1994 y 134/2007; en la 306/2006 porque la AP, en un proceso por falsedad documental, revisó la valoración de las declaraciones del acusado, acusador particular e informe pericial, en la 164/2007 la AP otorgó credibilidad, en un proceso por delito contra la seguridad del tráfico, a un testigo de referencia y a la declaración policial del imputado; en la STC 142/2007 la AP otorgó credibilidad a la declaración testifical practicada en la instancia; en la 137/2007 la AP valoró la declaración del acusado en un proceso por delito contra la propiedad intelectual; en la 126/2007 revisó declaraciones testificales y del acusado acerca de la concurrencia de una eximente, etc.

nal del sujeto emisor de la prueba (lo cual debiera requerir la interposición del legislador, pues la LECrim no contempla esta posibilidad), y b) en segundo, «cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la lectura del acta correspondiente, o a través de los interrogatorios procedentes, o de otro modo suficiente que posibilite que su contenido acceda al debate procesal público» (SSTC 16 y 120/2009), es decir, **a través del visionado del soporte electrónico de una videoconferencia**, pero circunscrito a los supuestos de tutela de fines legítimos (defensa del orden público, prevención del delito, testigos protegidos)<sup>26</sup>, lo que, en la práctica, ha sucedido fundamentalmente con las declaraciones de menores en procesos por delitos sexuales<sup>27</sup>.

En el momento actual, la anterior doctrina sobre la utilización de las grabaciones electrónicas del juicio oral y su posibilidad de reproducción en la segunda instancia se ha ido al traste tras la publicación de las SSTC 2/2010, del 11 de enero, 30/2010, del 17 de mayo, y 175/2011, del 12 de noviembre, en la que el TC ha vuelto a trasladar la más reciente doctrina del TEDH<sup>28</sup>, conforme a la cual **no se puede condenar en segunda instancia, mediante una revisión de la valoración de los hechos, a quien fue absuelto en la primera y no fue oído personalmente por el Tribunal de Apelación o de casación**. Por tanto, en tal supuesto, no se puede, ni siquiera tras el visionado del DVD, condenar a nadie que haya sido absuelto en la primera instancia. Para ello, será necesaria la presencia física del acusado en la segunda instancia o en la casación a fin de que el tribunal pueda confrontar su declaración visionada con la que pueda prestar personalmente el acusado en la vista del Tribunal de Apelación o de Casación.

La STEDH, del 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, resume esta jurisprudencia: *«la condena (del acusado) en apelación por la Audiencia Provincial*

---

26 SSTEDH del 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia y 27 de noviembre de 2007, caso Zagaría c. Italia.

27 STEDH del 2 de julio de 2002, caso S.N. c. Suecia.

28 SSTEDH del 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia, 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, 21 de septiembre de 2010, Marcos Barrios c. España, 25 de octubre de 2011, c. Almenara Álvarez contra España, 22 de noviembre de 2011,

*después de una modificación en la apreciación de los hechos litigiosos y otros elementos, sin que (el condenado) haya tenido la ocasión de ser oído personalmente y de contestar mediante un examen contradictorio en el curso de una audiencia pública, no es conforme con las exigencias de un proceso justo, tal y como lo garantiza el art. 6.1 de la Convención»<sup>29</sup>.*

Lo que nos viene a indicar esta doctrina constitucional no es sólo que el Tribunal “*ad quem*” no pueda valorar el resultado probatorio de las pruebas personales plasmado en un acta, ni siquiera mediante el visionado del DVD, si no estuviera presente, en este último caso, el acusado a fin de que pueda someterlo a contradicción, sino también el reconocimiento del **derecho a la última palabra del condenado, tanto en la apelación, como incluso en la casación**, en el caso de que la Corte Suprema decidiera estimar el recurso del Ministerio Público y gravar más su condena pronunciada por los tribunales de instancia<sup>30</sup>.

De todo lo anteriormente expuesto una conclusión deviene evidente: en España se hace necesaria una profunda reforma de nuestra LECrim que **no sólo consagre el derecho fundamental a la doble instancia, sino que también instaure una apelación amplia y el derecho a la última palabra del acusado en todas y cada una de las instancias.**

---

29 Idéntica doctrina contiene la STEDH 25 de octubre de 2011, c. Almenara Álvarez contra España § 49.

30 STEDH, del 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España; STC 142/2011, del 16 de Septiembre.

# Paradigmas Criminológicos de la Antropología Criminal a La Sociología de la (In)Seguridad Pública

Julio César Kala<sup>1</sup>

Aída Leticia García Juárez<sup>2</sup>

## Introducción

Al amparo del término criminología coexisten, actualmente en México, diversas concepciones en torno al análisis de la actividad delictiva, algunas de ellas mutuamente excluyentes, por ello, *Decir, en efecto, que la Criminología es aquella parte de la ciencia que se ocupa del estudio empírico de la criminalidad es no decir mucho o casi nada si no se dice antes qué es lo que se entiende por criminalidad. Y aquí es donde empiezan las dificultades de todo tipo.* (Hassemer y Muñoz Conde, 1989:17). Aunado a esta problemática, tradicionalmente se le ha asignado a la criminología la tarea de examinar las conductas sociales desviadas, incrementando así doblemente la complejidad de su objeto de estudio, en un sentido, por la doble acepción de la definición de caso (Gorenc *et al.*, 1999), delito/conducta desviada y en otro, por la relatividad propia del referente de ambos significados.

Esta doble denotación, en sentido amplio, presente en los albores de la criminología y en la orientación clínica contemporánea, ha circunscrito el interés disciplinario

---

1 Doutor em Ciências Penais. Professor do Departamento de Direito da Universidade de Guanajuato. Secretário Técnico do Curso de Doutorado Interinstitucional de Direito da Região Centro-Ocidente da ANUIEs, México

2 Professora de Ciências Penais. Coordenadora de Criminologia da Universidade Lasalle de León, Guanajuato, México

de la criminología al examen de las manifestaciones sociales, individuales o colectivas, desaprobadas socialmente por apartarse de las normas, formales o informales (Hassemer y Muñoz Conde, 1989:17). En el primer caso, por la ruptura del pacto social materializada por el intento o consumación de lesiones a bienes altamente valorados por la sociedad, y por ello, tutelados por el derecho penal; en el segundo, por la desconfianza y temor generada por comportamientos sociales atípicos, que a pesar de su inocuidad se perciben como riesgosos y dañinos.

Definida así, la criminología se caracteriza por la mutabilidad del contenido concreto de su objeto de estudio<sup>3</sup>. Delito y conducta desviada se han empleado a lo largo de la historia, lo mismo que en las sociedades contemporáneas, para connotar temporalmente a una amplia gama de comportamientos sociales, de la mendicidad al genocidio; su vigencia sociopolítica, referida a contenidos culturales, políticos y económicos, refleja la cosmovisión, estructura y dinámica de las sociedades que los genera, mantiene y sustituye.

## I Dinámica paradigmática de la criminología

En el panorama contemporáneo de la criminología mexicana, caracterizado por la presencia de diversos paradigmas,<sup>4</sup> destacan por su peso académico o político, cuatro orientaciones teóricas:<sup>5</sup> i) la clínica, ii) la crítica, iii) la administrativa, y iv) la sociojurídica. En esta diversidad conceptual coexisten concepciones incluso antitéticas, por ejemplo, la perspectiva clínica, también conocida como positivista, frente a la de corte sociológico; la primera ubica sus referentes en la naturaleza bio-psico-

---

3 Los objetos de estudio de las ciencias sociales se caracterizan esencialmente por ser contruidos culturalmente, de ahí su complejidad. En el caso de la criminología esta complejidad se incrementa por la relatividad sociopolítica con que se concretan los referentes –fácticos– de la desviación, propiciando variaciones temporales y geográficas del contenido de los comportamientos sociales sometidos a examen.

4 Kuhn (2004:14-15) define a los paradigmas como “[...] *logros científicos universalmente aceptados que durante algún tiempo suministran modelos de problemas y soluciones a una comunidad de profesionales [...]*” (Kuhn, 2004:14-15)

5 La escuela clínica, centra su análisis integral en la estructura de la personalidad del hombre desviado; la crítica, en la responsabilidad estatal; la administrativa, en los procesos y mecanismos de control; y la sociojurídica, en los actores sociales, así como en la dinámica y estructuras sociales.

social del desviado, particularmente del delincuente; la segunda, los identifica en la sociedad, en su dinámica y en su estructura.

En términos de Kuhn (2004), esta configuración paradigmática, por sí misma proporciona escasa información del estadio del desarrollo de la criminología, puesto que la diversidad es una constante en la historia de la ciencia, en la etapa preparadigmática el triunfo de una de las escuelas es lo que reduce considerablemente la multiplicidad conjetural y en los periodos posteriores, aunque esporádicamente, también pueden coexistir dos paradigmas. La dinámica de las relaciones entre paradigmas es lo que permite identificar la consistencia (Bunge, 1995) –interna– y la congruencia de éstos entre sí y con la realidad,<sup>6</sup> por ello ésta refleja el estado de la construcción del conocimiento.

El debate criminológico nacional, hoy en día se caracteriza, preponderantemente, por discusiones al interior de los paradigmas existentes; han quedado atrás los frecuentes y profundos debates en torno a la naturaleza de los problemas y de los métodos de investigación, particularmente entre las perspectivas clínica y sociológica,<sup>7</sup> que definieron las orientaciones actuales. La presencia e impacto de la producción de la criminología positivista ha disminuido gradualmente. En la academia así como en el diseño, la implementación y la evaluación de políticas públicas más frecuentemente se distinguen los referentes de las distintas vertientes de la orientación social de la criminología.

---

6 Es posible identificar en la historia de las ciencias la presencia de múltiples concepciones teóricas en torno a los objetos de interés disciplinario, éstas existen aunque con diferente peso y número en los periodos preparadigmático, *transición*, paradigmático y posparadigmático.

7 [...] *El periodo preparadigmático en particular está regularmente marcado por debates frecuentes y profundos acerca de los métodos, problemas y normas de solución legítimos* [...] (Kuhn, 2004:96).

Durante el último cuarto del siglo pasado el debate criminológico se centraba en la naturaleza del objeto de estudio: la clínica, desde la naturaleza humana del delincuente y del desviado; y la orientación sociológica, particularmente la crítica, desde las condiciones sociopolíticas de la definición y reacción estatal del delito; así mismo, la estrategia metodológica para examinar estas realidades ofrecían resultados incompatibles.

Las relaciones circulares entre paradigmas y especialistas estimularon monólogos colectivos [diálogo de sordos] con argumentos autorreferenciales más que confrontación teórica y contrastación empírica.

El desarrollo teórico del Derecho penal, de la sociología y de la ciencia política, en el marco de la teoría constitucional contemporánea, han construido el escenario en el que la criminología transita del paradigma etiológico al social. La concordancia de los aportes de estas disciplinas con los productos de la criminología de corte sociológico ha generado definiciones de caso más precisas, y con ello mayor especificidad en la construcción de los objetos de interés disciplinario de esta criminología, asimismo, sus propuestas metodológicas han mostrado mayor congruencia con la naturaleza sociopolítica de la desviación, del delito y de la reacción social e institucional.<sup>8</sup>

Esta perspectiva multidisciplinaria, es al parecer, más congruente con la realidad social, por ello aún y cuando ofrezca mayores posibilidades analíticas que sus competidoras, no necesariamente tiene que explicar todos los hechos a los que se enfrenta, de hecho en ningún campo de conocimiento en la historia de la ciencia así ha sucedido.

## II Paradigmas criminológicos

La producción de los modelos sociológico, administrativo y del control paulatinamente ha ido ganando terreno, cada vez más frecuentemente en la discusión especializada y en el debate público se esgrimen argumentos de estos paradigmas, no obstante de la multiplicidad teórica criminológica actual.

### II 1 Los antecedentes presentes

El atractivo de una teoría se mide inicialmente por la acogida que encuentra en la comunidad científica, secundariamente como ya se ha expuesto, por la consistencia impuesta de la teoría y por su correspondencia con la realidad. La antropología criminal, surgida de la medicina, importó la hipótesis clínica de ésta con la que las

---

8 La transición paradigmática requiere el cambio de paradigma, pero [...] *una teoría científica sólo es considerada inválida si hay disponible un candidato alternativo para que ocupe su lugar, así mismo [...], por eso [...] gran parte del éxito científico depende del 'conocimiento tácito'; es decir, del conocimiento que se adquiere por la práctica sin que pueda articularse explícitamente [...]* (Kuhn,2004:141, 91)

alteraciones funcionales y estructurales explicaban el comportamiento del hombre delincuente siendo éste un sujeto morbosos y atávicos. En términos de Ferri: *Uno de los más grandes beneficios científicos que la antropología criminal debe a Lombroso es justamente haber aportado luz en la averiguaciones del hombre criminal de hoy, con la idea de que dicho hombre, sea por regresión atávica, sea por degeneración o por falta de desarrollo o alguna condición patológica reproduce verdaderamente los caracteres orgánicos o físicos de la humanidad primitiva*, (Da Re y Maresi, 2008:109-110). En su momento llamó la atención de los especialistas para centrarla en el estudio del hombre delincuente, así se marcó el nacimiento de la Criminología y se construyó gran parte de la historia del siglo XX en el Derecho penal y la política criminal. Sin menoscabo de la importancia que en su momento representó para la comunidad académica la propuesta lombrosiana, a más de un siglo, y no obstante del desarrollo, particularmente de la teoría del delito, fundada en la libertad como requisito indispensable para establecer el juicio de reproche penal (Guerrero, 2010), persiste la idea en algunos sectores en considerar al delincuente como un anormal.<sup>9</sup>

## II 2 El inicio, la clínica

La criminología nace al amparo del positivismo y de la antropología criminal, su fundador, César Lombroso, la definió conceptualmente y en su práctica como un ejercicio clínico, por ello, la hipótesis de que el hombre delincuente difiere del no delincuente, en la conformación, desarrollo y funcionamiento de las esferas biológica, psicológica y social, ha orientado la investigación de la criminología positivista. Por ello, sus líneas de investigación se han enfocado, en lo particular a identificar el sustrato biológico (estructural-funcional), el referente psíquico y los problemas en el proceso de socialización del delincuente y del inadaptado.

Esta orientación criminológica ha tenido una gran influencia en la política criminal, particularmente en la operacionalización de la teoría de la pena con pretensiones de

---

9 Con motivo de la captura del responsable de varios homicidios seriales, el titular de uno de los dos noticieros televisivos con mayor audiencia, entrevistó a un experto, que desde la más pura perspectiva lombrosiana explicó la personalidad del delincuente y los homicidios basándose en la conformación anatómica del delincuente.

prevención especial, por ello, el diagnóstico, el tratamiento basado en la triple intervención: educación, trabajo y capacitación para el mismo, y el pronóstico criminológicos han representado el ejercicio profesional por excelencia para los criminólogos clínicos.<sup>10</sup>

Esta perspectiva criminológica, por su naturaleza, se encuentra estrechamente vinculada con el denominado Derecho penal de autor, conceptos como reincidencia, en su momento retención, libertad anticipada y readaptación, así lo refieren; no obstante del desarrollo del Derecho penal, de la teoría constitucional y de los derechos humanos, que propugnan por un Derecho penal de acto en el que la pena se encuentra vinculada a la relevancia del bien jurídico lesionado y a la magnitud de la lesión.

La criminología clínica es la de mayor arraigo, tiene presencia en el ámbito escolar en casi todos los programas académicos de grado y posgrado en el país, materias como criminología clínica, criminogénesis y criminodinámica, entre otras, se encuentran presentes en los programas que han ofrecido, en su momento, en el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en el último cuarto del siglo pasado; el Instituto Nacional de Ciencias Penales; la Universidad de Nuevo León y la Universidad Autónoma de Querétaro, entre otras.<sup>11</sup>

### II 3 Primera ruptura, la vertiente sociológica

Los acercamientos sociológicos a la desviación y a la actividad delictiva estuvieron presentes en el inicio de la criminología, la ley de saturación criminal de Ferri,<sup>12</sup>

---

10 En el penitenciarismo nacional destacan entre otros, Alfonso Quiroz Cuarón, Antonio Sánchez Galindo y Emma Mendoza Bremauntz.

11 Existen múltiples publicaciones impresas y digitales que difunden tanto la historia, el desarrollo y la postura actual de este paradigma criminológico, tal vez, el texto de criminología de mayor circulación sea el de Luis Rodríguez Manzanera, publicado por Porrúa, en 2003 se imprimió la 16ª edición. Así mismo, proyectos de investigación teóricos y empíricos de tesis, desde licenciatura hasta doctorado se siguen planteando, aunque cada vez menos, al amparo de la criminología clínica.

12 Establecía que *cada sociedad sólo puede admitir un número determinado de delitos*. Sin embargo de las referencias a las tendencias hereditarias y a los impulsos ocasionales de

así como su análisis de los factores socioeconómicos vinculados al delito y a la desviación abrieron el camino para la incorporación de planteamientos sociológicos en la criminología.

Por su parte, el avance teórico de la sociología ocurrido durante el siglo pasado<sup>13</sup> y las evidencias empíricas obtenidas en el examen de la desviación y de la actividad delictiva apuntalaron explicaciones centradas en factores externos, promoviendo así un cambio en la dirección analítica de la criminología. Esto provocó la ruptura con el planteamiento inicial de la criminología, se abandonaron las explicaciones ontogénicas para definir el objeto de estudio como una manifestación social, producto de la estructura y de la dinámica de la vida social. Con este paradigma se descubrieron nuevos campos de investigación, las definiciones de caso se hicieron más puntuales y se incrementó el arsenal analítico de la criminología.

Los aportes del paradigma sociológico saltan a la vista, la distinción entre delincuencia convencional y no convencional fortaleció esta perspectiva criminológica<sup>14</sup>,

---

los individuos que refería Ferri, ésta idea revela de alguna manera, la suposición de que el delito es producto de la dinámica y estructura de las sociedades, hipótesis exploradas posteriormente por la sociología.

13 Sin olvidar los planteamientos de Durkheim que consideró al delito como estadísticamente normal.

14 En este apartado se encuentra también la tradición de la investigación estadística en la criminología nacional.

Previo al desarrollo de la investigación empírica de corte sociológico, la investigación criminológica centrada en la estadística se identificaba como una estratégica analítica de criminología positivista Quiroz Cuarón (1934), Correa (1982). Sin embargo los planteamientos analíticos estuvieron orientados sociológicamente (Gorenc, 1989, 1992, 1994, 1999), Ruiz Harrel y recientemente González Placencia (2002, 2007, 2008, 2009).

En general es posible agrupar los ejercicios estadísticos en la investigación criminológica en seis grandes apartados: i) *Fenomenología de la actividad delictiva* (ritmo y tendencia), centrado en el examen de la dinámica del comportamiento delictivo a través del tiempo; ii) *Mortalidad violenta* (suicidios y homicidios); iii) *Prisiones* dirigido al análisis de la estructura y dinámica de las instituciones de reclusión penitenciaria; iv) *Nichos ecológicos* orientado al examen de la configuración de las variables sociodemográficas delimitadas territorialmente; v) *Evaluación de estrategias de política pública en el terreno de las ciencias penales* y vi) *Promoción de la cultura estadística* (Kala, 2003:30-47).

con frecuencia se emplea el término delincuencia no convencional para referirse, por ejemplo, a la delincuencia organizada entre otras manifestaciones de la actividad delictiva; asimismo las teorías de la asociación y el aprendizaje diferencial han permitido entender más claramente la dinámica de la delincuencia convencional y no convencional. La delincuencia de cuello blanco de la que hablaba Sutherland ha dado lugar al término genérico, *delincuencia cromática*, en el que se incluyen los delitos de la criminalidad dorada con fuertes componentes económico-políticos, aquí perpetrada por militares y verde correspondiente a daños ecológicos, entre otras; así como definir la actividad delictiva como un mecanismo de solución que emplean los individuos para resolver el conflicto entre los fines propuestos por la sociedad y los medios lícitos para acceder a ellos.

Estas hipótesis rompieron los estereotipos lombrosianos (Por *Cesare Lombroso* pseudónimo de *Ezechia Marco Lombroso*) y ubicaron el análisis de la delincuencia y la desviación en el marco social, político, económico y cultural en el que se gestan y desde los que sólo es posible entenderlas por ser un producto social más. Estos y otros supuestos sociológicos reorientaron la investigación y la producción criminológica, por ejemplo, los acercamientos a las drogas desde una perspectiva de política criminal (Tenorio, 1989).

Asimismo, el interaccionismo simbólico, que centra el examen en los procesos de interacción entre quienes hacen las normas, quienes las aplican y a quienes son aplicadas, y las relaciones de poder en la creación de estereotipos y su aplicación en los sectores marginales de la sociedad; dio paso a otro cambio de paradigma, la criminología crítica, que paulatinamente orientó una parte importante de la discusión criminológica en México.

## II 4 Segunda ruptura, la crítica criminológica

Enmarcado en la teoría crítica y con la influencia de Benjamín, Adorno y Habermas, entre otros, un sector de la criminología transitó hacia el pensamiento crítico, que a la postre constituiría el círculo de criminología crítica en México. Lo mismo

que Taylor, Walton y Young,<sup>15</sup> en el Círculo de Criminología Crítica,<sup>16</sup> se analizó el papel del aparato gubernamental en la construcción social de la criminalidad, particularmente de la convencional; así como el diseño y ejecución de la reacción punitiva estatal.

El análisis crítico del Estado liberal abarcó, tanto la problemática referida a la disminución de sus funciones por cuanto corresponde al desamparo en que deja a los habitantes a merced del poder económico, como los límites al ejercicio del poder estatal.

Que los poderes públicos sean regulados por las normas fundamentales, por la Constitución, y deban ser ejercidos en el ámbito de las leyes que los norman, y ante el ejercicio de estos poderes se encuentra el derecho del ciudadano a recurrir a un juez independiente para hacer reconocer el abuso o el exceso del poder y solicitar la protección del Estado (Bobbio, 2006:16) y que los [...] *ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, 'sujetos' a la ley (y, por tanto limitados o vinculados a ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos [...]* (Ferrajoli, 2005:13) fueron planteamientos novedosos en su momento enunciados por los criminólogos críticos. Así, el análisis de control social, formal e informal; los problemas de despersonalización de las instituciones totales, entre ellas la cárcel y otros temas vinculados al poder; reorientaron el análisis de la política criminal desde su definición hasta la evaluación de la política pública pasando por la teoría de la pena, la función del

---

15 En el texto *Criminología crítica*, Taylor, Walton y Young definen el objeto de estudio en los siguientes términos: *Para nosotros y para otros criminólogos radicales las cuestiones de cómo las auto-ridades han llegado a ser tales y las formas mediante las cuales traducen la legitimación en legalidad, son centrales; porque a menos que estos problemas se comprendan, quedamos reducidos a un enfoque fatalista de la sociedad burguesa* (Taylor, Walton y Young, 1977:449).

16 En el grupo figuran entre otros: Ana Josefina Álvarez, Claudia Campuzano Caballero, María Eugenia Espinosa Mora, Fernando Franco Coronado, Luis González Placencia, Alicia González Vidaurri, Augusto Sánchez Sandoval y Fernando Tenorio Tagle. En esta misma orientación epistemológica se encuentran: Alessandro Baratta, Roberto Bergali, Gustavo Cosacov, Massimo Pavarini, Juan Pegoraro, Luis Marcó del Pont, Rosa del Olmo, Tamar Pitch, Luis Eugenio Raúl Zafaroni, quienes tienen viva presencia en las ciencias penales nacionales.

criminólogo, la prevención del delito, hasta los alcances del Derecho penal con pretensiones preventivas.

La criminología crítica se constituyó en contestataria del discurso oficial en el terreno de la desviación y del delito, develó inconsistencias teóricas y extralimitación del poder punitivo de Estado. Estas líneas de investigación marcaron el camino de la reflexión y la discusión de la criminológica contemporánea.

## II 5 Sociología de la inseguridad pública

El incremento de la actividad delictiva ocurrido a fines de los 90's con la consecuente angustia social que generó y que no ha disminuido, por el contrario se ha recrudecido, amplió el objeto de la criminología, la seguridad pública centró la atención de todos: de la academia, la función pública, la empresa, la sociedad civil organizada y la ciudadanía.

La fenomenología de la inseguridad pública, el diseño de la política criminal, la participación de los medios y de la sociedad, así como la prevención se erigieron como los grandes temas, no sólo para las ciencias penales, sino para la ciencia política, el Derecho constitucional, la filosofía del Derecho, los derechos humanos, las ciencias de la comunicación y la economía entre otras.

Por un lado, el endurecimiento de la reacción estatal; y por el otro, el fortalecimiento del Estado democrático de Derecho han sido las dos direcciones en las que se ha argumentado el diseño de la política pública. En esta disyuntiva, en las políticas de excepción se han centrado las esperanzas de la administración pública y de gran parte de la ciudadanía, a pesar de sus altos costos sociales, no sólo en el terreno del debilitamiento del marco constitucional nacional, sino por el incremento en la frecuencia y magnitud de la violencia que ha provocado.

En este escenario, un sector de la criminología se ha abocado a examinar la (in) seguridad pública, a partir de la dinámica y estructura sociales; desde la perspectiva y participación de los actores sociales colectivos e individuales, institucionales e informales; así como la relación costo-beneficio de los modelos de intervención pública en el marco de un Estado democrático de Derecho.

### III El quehacer de la criminología contemporánea

La seguridad pública se ha convertido en los últimos años en el gran tema, en el debate es factible identificar tanto la presencia de los paradigmas criminológicos referidos: de la clínica a la sociología de la inseguridad pública; como las posturas antagónicas: institucionalización del estado de excepción y garantismo, en el diseño de la política pública.

Entre los intereses disciplinarios de los interesados en la seguridad pública destacan: la prevención del delito, no obstante de la perseverancia en el discurso oficial por ubicarla en el sistema de justicia penal, se ha abordado desde una perspectiva social (Peñaloza, 2004), así mismo se han realizado propuestas de articulación de políticas públicas para enfrentar racionalmente el delito a partir del análisis de experiencias, modelos y acciones concretas (González Placencia, 2008); la policía también ha sido objeto de análisis (González Ruiz, 1994), lo mismo que su función en el terreno de la seguridad pública (Ortiz, 1998), sistema policial de rendición de cuentas (Varenik, 2005), para crear una cultura de registro sistemático que permita medir la experiencia policial individual y aprender institucionalmente de ella; también la reflexión de la seguridad pública ha sido objeto de análisis (Pavarini, Pérez y Tenorio, 2006), su marco jurídico y su ámbito (Fernández, 2003); violencia y medios (Lara, 2004 y 2006); procuración de justicia (Zepeda, 2004), la reforma del proceso penal (García, 2009); la víctima en el nuevo sistema penal mexicano (Zamora, 2009), sistemas de información (Arango, 2003) y la administración del delito (Arroyo, 2009).

La participación institucional también ha favorecido la investigación y la discusión de estos temas. La pérdida de confianza en las instituciones y en el Estado como garante de la seguridad colectiva, la percepción ciudadana del temor al delito, la victimización, el análisis de la legislación en el ámbito de la seguridad pública y la descripción numérica constituyeron el centro del proyecto de investigación: Ciudades seguras, coordinado por Fernando Tenorio Tagle con apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología realizado en el Departamento de Derecho de la Unidad Azcapotzalco de la Universidad Autónoma Metropolitana. Por su parte el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en 2007 realizó el foro *La Reforma Penal en México. Análisis, críticas y perspectivas*

en el que académicos, funcionarios públicos, profesionistas y representantes de organizaciones no gubernamentales debatieron en torno a la reforma penal; en este tipo de eventos organismos públicos y privados han encontrado un espacio para la discusión de la política criminal.

Asimismo, entre otras organizaciones, FUNDAR<sup>17</sup>, México evalúa<sup>18</sup>, INSyDE<sup>19</sup>, ICE-SI<sup>20</sup>; han trabajado en sus respectivos ámbitos en los terrenos de la investigación y la confrontación de ideas en el ámbito de la seguridad pública.

En este breve recorrido por los paradigmas de la criminología en México es necesario hacer mención especial al Instituto Nacional de Ciencias Penales por ser la institución de referencia y centro de reunión de estudiantes y estudiosos de las ciencias penales.

Mi esposa y yo agradecemos la oportunidad que se nos ha brindado para participar, con estas cuantas líneas relativas a lo que consideramos un bosquejo del panorama de la criminología nacional contemporánea; en este merecido homenaje que por su brillante trayectoria le rinden colegas, discípulos y amigos al doctor Kurt Madlener,

---

17 Centro de Análisis e Investigación, A.C. es una institución plural, independiente, sin afiliación partidista y horizontal que busca avanzar hacia la democracia sustantiva, se dedica al monitoreo de instituciones públicas por medio de la investigación aplicada, la reflexión crítica y propositiva, la experimentación y la vinculación con actores civiles, sociales y gubernamentales. [www.fundar.org.mx](http://www.fundar.org.mx)

18 Es un centro apartidista independiente que evalúa política públicas y propuestas para incidir directa y activamente en los procesos de administración pública y gestión de recursos gubernamentales. Con el apoyo de expertos, realiza análisis y estudios imparciales que reflejan la realidad y al mismo tiempo ofrecen soluciones para mejorar la ejecución y los resultados de las políticas públicas. [mexicoevalua.org](http://mexicoevalua.org)

19 Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C. Es una organización autónoma y multidisciplinaria preocupada, entregada y proactiva en el fortalecimiento de la convivencia democrática, que busca generar espacios idóneos para el desarrollo de ideas innovadoras en torno a la seguridad pública y la policía, la justicia penal, los derechos humanos y los medios de comunicación periodísticos. [www.insyde.org.mx](http://www.insyde.org.mx)

20 Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A.C. Se dedica a ofrecer información estadística, consejos y artículos sobre seguridad. Su objetivo es presentar resultados a la ciudadanía. [Icesi.org.mx](http://Icesi.org.mx)

hombre bondadoso y amable que nos recibió en nuestra estancia de 1997, como también lo hizo con muchos otros latinoamericanos y españoles, en el Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional en Friburgo, Alemania, y con quien hemos establecido, gracias a su bonhomía, una cálida relación de amistad que ha fructificado académicamente.

## Referencias

Aixa García, Dacil, *La criminología clínica*, disponible en: [http://criminalistic.org/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&52](http://criminalistic.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&52), consulta el 7 de febrero de 2010.

Arango, Arturo, *Sistema de información delictiva: Las estadísticas de seguridad pública en México*, INACIPE, México, 2003.

Arroyo, Mario, Nuevos paradigmas en seguridad, Centro Internacional de Estudios en Seguridad, s/f, disponible en: [http://estepais.com/inicio/históricos/152/2\\_Propuesta2\\_Nuevo\\_Arroyo.pdf](http://estepais.com/inicio/históricos/152/2_Propuesta2_Nuevo_Arroyo.pdf), consultado el 5 de febrero de 2010.

Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Trad. José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Grupo Patria Cultural, México, 1995.

Correa, Sergio, *Distribución, tendencia y ritmo de la criminalidad en la República Mexicana, período 1940-1977*, INACIPE, México, 1982.

Da Re, Verónica y Maresi, Sandra, “La antropología criminal de Lombroso como puente entre el reduccionismo biológico y el Derecho penal (Primera parte)”, en: “Límite”, año/Vol.3, número 017, Universidad de Taparacá, Arica, Chile, 2008, Red de Revistas científicas en América Latina y el Caribe, España y Portugal, Universidad Autónoma del Estado de México, disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx>, consulta el 8 de febrero de 2010.

Fernández Ruiz, Jorge, *Seguridad pública municipal*, Fundación Universitaria de Derecho y Política y UNAM, México, 2003.

Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, Trad. Pilar Allegue, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trota, España, 2005.

\_\_\_\_\_, “El garantismo y la filosofía del derecho”, Trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 15, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001.

García Ramírez, Sergio, “La reforma del proceso penal. Riesgos y desafíos”, en: *Foro sobre justicia penal y justicia para adolescentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.

González Placencia, Luis, *Percepción ciudadana de la inseguridad*, vol. V, Ciudades seguras, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

\_\_\_\_\_, Álvarez Metztlí y Arce José Luis, *Inseguridad. Perspectivas desde América Latina*, Instituto Estatal de Ciencias Penales, Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Guanajuato y Miguel Ángel Porrúa, México, 2009.

\_\_\_\_\_, Álvarez Metztlí y Arce José Luis, *Prevención del delito. Experiencias, modelos y reflexiones*, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, UNIJUS, México, 2008a.

\_\_\_\_\_, Arce Aguilar, José Luis y Álvarez Metztlí, *Aproximaciones empíricas al estudio de la inseguridad. 11 Estudios en materia de seguridad ciudadana en México*, Cámara de Diputados, LX Legislatura, 2007.

González Rivera, Guillermo, *En torno a la definición de paradigma*, Cuadernos Universitarios, Temas de siempre 3, Koz GG editorial, México, 2006.

González Ruiz, Samuel; López Portillo, Ernesto y Yañez, José Antonio, *Seguridad pública en México: problemas, perspectivas y propuestas*, Serie Justicia, Coordinación de Humanidades, UNAM, México, 1994.

Gorenc Klaus Dieter y O. Fayad, “Valoración de la conducta delictiva en el estado de Guerrero desde la perspectiva de la criminología empírica”, en: *Revista Mexicana de Justicia*, Procuraduría General de la República, núm. 2, 1989, pp. 231-294

\_\_\_\_\_, Kala, Julio César, Peredo Rivera, Sandra y Tenorio Tagle, Fernando, “Teoría *cum praxis*: ensayos sobre la estadística criminal nacional (1987-1992)”, en: *Alter*, Revista internacional de teoría, sociología y filosofía del derecho, volumen triple, núms. 7, 8 y 9, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Campeche, México, 1999.

\_\_\_\_\_, Nakhado Rivera, Antonio; Peredo Rivera, Sandra y González Placencia, Luis, “Definición e identificación de caso”, en Alter, *Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho*, Año III, No. 7, 8 y 9, enero-diciembre 1999, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Campeche, México, p.p. 103-204.

Guerrero Agripino, Luis Felipe, “El poder punitivo del Estado: ¿reafirmación, flexibilidad o crisis ante la criminalidad contemporánea?”, en: *Configuraciones formativas IV, poder y formación*, Coord. José Ezcurdía, Departamento de Filosofía, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Campus Guanajuato, Universidad de Guanajuato, México, 2010.

Hassemer Wilfried y Muñoz Conde Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989.

Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, *Sistema Penal*, IFPPGJDF y Editorial UBIJUS, México, 2007.

Kala, Julio César, *Fenomenología de la delincuencia*, Ciudades seguras IV, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

Kuhn, S. Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Breviarios 213, México, 2ª ed., 2004.

Lara Klahr, Marco; López Portillo Vargas, Ernesto, *Violencia y medios. Seguridad pública, noticias y construcción del miedo*, Instituto para la Seguridad y la Democracia, AC, Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, 2004.

\_\_\_\_\_, *Violencia y medios 2. Reporteros de policía*, Instituto para la Seguridad y la Democracia, AC, División de Estudios Jurídicos del CIDE, México, 2006.

Lombroso de Ferrero, Gina, *La vida de Lombroso*, Ediciones Botas, México, 1940.

Ortiz Ortiz, Serafín, *Función policial y seguridad pública*, Mc Graw Hill, México, 1998.

Pavarini, Massimo; Pérez Carrillo, Agustín A. y Tenorio Tagle, Fernando, *Seguros pública: Tres puntos de vista convergentes*, Ediciones Coyoacán, México, 2006.

Peñaloza, Pedro J., *La prevención del delito: una asignatura pendiente*, Porrúa, México, 2004.

- Popper, Karl R., *La lógica de las ciencias sociales*, Editorial Colofon, México, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Editorial Paidós, España, 1967.
- Quiroz Cuarón, Alfonso, *Ritmo y tendencia de la delincuencia en México, D.F.*, De Palma, México, 1934.
- Sutherland, Edwin, *El delito de cuello blanco*, Trad.: Rosa del Olmo, Ed. y prólogo de Fernando Álvarez-Uría, La Piqueta, Madrid, 1999, en <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/05/00492-el-delito-de-cuello-blanco-edwin-sutherland.html>.
- Taylor, Ian; Walton, Paul; Young, Jock, *Criminología Crítica*, Siglo XXI Editores, México, 1977.
- Tenorio Tagle, Fernando, *Ideas contemporáneas en torno a las drogas y sus consecuencias en materia legislativa*, INACIPE, México, 1989.
- Varenik, Roberto O., *Accountability. Sistema policial de rendición de cuentas*, Instituto para la Seguridad y la Democracia, AC y Centro de Investigación y Docencia Económicas, México 2005.
- Zamora Grant, José, *Derecho victimal: la víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, INACIPE, México, 2009.
- Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

# O Ministério Público e a Investigação Preliminar Criminal

*Marcelo Batlouni Mendroni<sup>1</sup>*

## Dedicatória

Mês de março de 1996. Eu iniciava o meu curso de Doutorado na Universidad Complutense de Madrid. Ouvi comentários por parte de estudantes espanhóis a respeito da excelência do *Max-Planck Institut für Ausländisches und internationales Strafrechts*, na cidade de Freiburg im Breisgau, região sudoeste da Alemanha, na maravilhosa Floresta Negra (*Schwartz Wald*). Então, interessado em aprimorar as minhas pesquisas sobre o tema da tese, viajei para a Alemanha na primeira oportunidade. Foi nesta oportunidade que começou o meu relacionamento de amizade com Dr. Kurt e Dra. Silma Madlener. Estava no interior do Instituto Max-Planck conversando em português com um outro professor, quando passou ao meu lado o Dr. Kurt que, percebendo o idioma logo a mim se dirigiu buscando confirmação, também em português: Você é brasileiro, não? Respondi que sim, surpreso pela sua fluência. Então, cordialmente para não interromper a minha primeira conversa, ele me convidou a passar em sua sala, indicando-a.

Terminado aquele primeiro breve encontro, no qual, devo admitir, não recebi muito estímulo, nem quanto à realização da minha pesquisa no instituto e tampouco no desenvolvimento do meu tema, fui ao encontro do professor Dr. Kurt. Com ele a recepção foi diversa. Atencioso, animador, cordial e receptivo, referiu que sua esposa, a querida Dra. Silma, era brasileira e também pesquisadora do Instituto. Disse que a chamaria e me convidou para um café na cafeteria do local, para onde, acompanhando-os fui também com minha esposa Myrian. Lá conversamos demoradamente, sobre o meu curso de doutorado na Espanha, sobre a minha pesquisa, sobre eventuais permanências para pesquisas no instituto etc.

---

1 Doutor pela Universidade Complutense de Madri. Promotor de Justiça em São Paulo. Membro do Gedec.

Por causa das orientações que recebi, pude visitar o Instituto Max-Planck ainda naquele ano, nos meses de junho e julho, e depois retornei outras três vezes, mais demoradamente, onde tive o prazer e o privilégio, não só de frequentar o indescritível instituto Max-Planck, mas de ter sido orientado, de forma incansável, sempre objetiva e direta, em todas as vezes que necessitei, pelo querido professor Dr. Kurt Madlener. Mais que isso, em todas as vezes em que estive em Freiburg, eles sempre estiveram prontos e dispostos a nos auxiliar com questões de estadia e demais orientações inerentes à permanência no exterior. Se algum sucesso alcancei na área das pesquisas internacionais, em muito o devo a este maravilhoso professor. Nossa amizade se fixou e a distância não nos impede de mantê-la. Um privilégio e uma honra. Vão aqui meus sinceros agradecimentos e minhas mais cordiais homenagens. Obrigado, Dr. Kurt e Dra. Silma Madlener.

## O Ministério Público e a investigação preliminar criminal

A questão da criminalidade, já há muito, merece a devida atenção por parte das autoridades competentes e um dos seus principais pontos é, sem nenhuma dúvida, a investigação criminal. Essa criminalidade violenta que aí está pode ser equacionada da seguinte forma: sua causa principal – a desigualdade social, que embora não sendo a única, é a mais visível. Homicídios, roubos e sequestros têm sido a tônica das empreitadas criminosas – violentas, por assim dizer. Nesta seara, há crimes dessas espécies praticados individualmente e também pela criminalidade organizada. Para se combater esse mal com eficiência, é possível imaginar soluções de médio a longo prazo – e que exigem a constância de sua aplicação, tornando-se permanentes na medida em que os seus índices baixam e passam a ser ao menos suportáveis; e a curto prazo, circunstância a ser tratada como emergência, ou “de crise”.

As medidas de médio e longo prazo subdividem-se em dois âmbitos, o âmbito social e o âmbito da justiça, no qual se insere especificamente a investigação criminal. No âmbito social, podemos enumerar as velhas promessas de campanhas políticas: emprego, moradia, saúde e principalmente educação de base, que, juntos, diminuem a desigualdade social e conseqüentemente os crimes que dela decorrem. No âmbito da investigação criminal, é de se ressaltar o já ultrapassado modelo brasileiro, idealizado nos anos 40, para uma sociedade daquela época (O Código de Processo Penal Brasileiro é de 1941).

Enquanto nos países latino americanos, norte-americanos, europeus e asiáticos a tarefa de dirigir (ou coordenar) a investigação criminal preliminar do processo penal é realidade indiscutível, no Brasil, ao contrário e infelizmente, esta situação jurídica ainda encontra extrema resistência (mesmo em 2010), não somente por parte de muitos agentes policiais, mas também de setores do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, e até, em muito menor escala, de integrantes, alguns poucos, do próprio Ministério Público.

## A situação legal no Brasil

Antes de tudo, é preciso distinguir: Tanto o Ministério Público como a Polícia são incumbidos da realização de “investigação criminal” no sentido amplo do termo. Ocorre que à Polícia deve incumbir a “investigação” relacionada à coleta de dados, informes, evidências etc. Fazer campanhas, obter informes, informações alguns documentos, fotografar, filmar, ou mesmo colher depoimentos e declarações etc. são “investigações” relacionadas à coleta. Já ao Ministério Público incumbe a chamada “investigação burocrática”, requisitando informações através de ofícios, colhendo depoimentos, requerendo ou requisitando perícias, gráficos, tabelas, laudos, e especialmente analisando tudo o quando é produzido, para estender ou cessar a investigação. Cada qual *tem as suas atribuições bem definidas, e quem deve comandar, por ser o dominus litis* e o *opinio delicti*, é o Ministério Público, como em qualquer País.

A realização de investigação criminal por parte do Ministério Público na chamada “fase preparatoria”, ou preliminar, não vem expressa no Código de Processo Penal Brasileiro, e tampouco integrava a prática da nossa Justiça, estando prevista apenas nas Leis Orgânicas, do Ministério Público Nacional (Lei n. 8.625/93) e das de alguns Estados-Membros, como em São Paulo, na Lei n. 734/93; devendo, contudo, ser considerada perfeitamente possível, tanto em decorrência de dispositivos constitucionais e previstos em outras legislações pátrias, como também pela conclusão inevitável do sistema processual adotado no Brasil. De algum tempo para cá, tanto a doutrina como a jurisprudência no Brasil vêm-se sedimentando no sentido de sua perfeita possibilidade. Mais que isso, de sua incondicional necessidade em determinados casos.

A ausência de disposição expressa no Código de Processo Penal Brasileiro é sanável, entretanto, pela incontestável interpretação do art. 4º, parágrafo único, que, jamais tendo sido considerada inconstitucional, recepcionado, portanto, pela Constituição Federal, dispõe:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)

***Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.***  
(grifo nosso)

Embora injustificável a referência expressa ao Ministério Público, já que se encontra presente nas legislações substantivas de Países da Europa Ocidental, e mesmo nos Países do Continente Americano, Países que possuem características semelhantes ao Brasil em termos de padrões éticos e morais de comportamento, indiscutível a possibilidade de investigação. Na verdade, apenas três ou quatro Países com sistemas totalmente diferentes do Brasil, na África, é que dispõem de sistemas processuais penais onde só a Polícia tem atribuições de investigação.

Em seguida, no art. 5º do C.P.P. está disposto: Art. 5º: *Nos crimes de ação penal pública o inquérito policial será iniciado: I- De ofício; II- Mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento de ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.*

Conforme a interpretação literal dos dispositivos, poderia caber a interpretação de que somente a Polícia Judiciária, chefiada pelas “Autoridades”, quer dizer, pelos seus chefes - os Delegados de Polícia, é que teriam qualidade para levar a cabo as investigações criminais, embora o impulso para a investigação pudesse ser providenciado por “requisição” - quer dizer “ordem”, do Ministério Público ou do Juiz de Direito, ou por requerimento do ofendido ou do seu representante.

Por outro lado, mais recentemente, por ocasião da promulgação da Constituição Federal/1988 vigente, ficou assentado, e agora, portanto, em norma Constitucional que:

Artigo 128 § 5º: *Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:...* (grifo nosso)

Artigo 129 : *São funções institucionais do Ministério Público: -*

Inciso VI: *expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;*

Inciso VII: *Exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.*

Inciso VIII: *Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;*

Conforme se constata pela interpretação sistemática dos dispositivos, a Constituição Federal Brasileira pretendeu introduzir a regra básica já existente nas características do Processo Penal moderno, segundo a qual deve incumbir ao Ministério Público o “controle externo da atividade policial”. Esta norma contém duplo sentido: Por um lado, a direção da investigação criminal, e por outro a possibilidade de atividade correicional da atuação policial. Há que se salientar que quanto ao segundo sentido mencionado, o dispositivo não alcança a “atividade correicional dos membros da Polícia Judicial”, mas tão somente “a atividade correicional - da atividade investigatória” praticada pelos membros da Polícia Judicial.<sup>2</sup>

Trata-se de normas constitucionais de eficácia contida, pois, na primeira parte dos dispositivos – incs. VI e VII, observa-se, desde logo, ordens já aplicáveis, e que podem ter a sua eficácia contida, nos termos da lei complementar que vier a ser editada.

Há de se considerar a forma técnica de interpretar a disposição adotada pelo Legislador na disposição das normas: Assim interpreta-se: O “caput” do artigo estabelece

---

2 Sobre o tema, “Controle Externo da Atividade Policial”, vide: MAZZILLI, Hugo Nigro, in RT 664/387-95; JARDIM, Afrânio da Silva, in “Em torno do devido processo legal”, Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, n. 2.

uma ordem, distribuída de forma enumerativa em nove incisos, todos absolutamente inerentes à própria natureza da Instituição - Ministério Público. Em outras palavras, pode-se interpretar que quis o Legislador Constitucional dizer: O Ministério Público, por função institucional que lhe é própria, deve exercer o controle externo da atividade policial, todavia, o seu alcance, restrições e limitações deverão ser previstos em lei complementar.

De outro lado, o inc. VI estipula: ***expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.*** (grifo nosso)

Cumpre anotar que o referido em relação ao inc. n. VII, cabe perfeitamente em relação a este, no sentido de ser também norma de eficácia contida. O dispositivo então pode ser desmembrado da seguinte forma:

- Nos Procedimentos administrativos de sua competência, é função institucional do Ministério Público, para instruí-los:
- expedir notificações;
- requisitar informações;
- requisitar documentos - para instruí-los;
- na forma da lei complementar respectiva;

Por “Procedimentos administrativos”, deve-se interpretar sejam aqueles não judiciais em que, por atribuição própria e inerente ao regular desenvolvimento das funções institucionais, seja-lhe dado atuar, inserindo-se neste contexto, tanto os inquéritos policiais como eventuais Procedimentos Investigatórios instaurados. Assim, este dispositivo deve ser analisado em consonância com o inciso I do mesmo art. 129 da CF: *Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; e, - dirigir os trabalhos de investigação criminal se insere no contexto da plenitude do exercício da ação penal pública.*

No sentido desta interpretação encontram-se os dispositivos atinentes ao exercício das funções do Ministério Público, previstos nas Leis Orgânicas, Nacional e do Es-

tado de São Paulo: Lei n. 8.625/93, art. 26 IV (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público; e Lei n° 734/93, art. 104 V (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo): *No exercício de suas funções o Ministério Público poderá: requisitar diligências investigatórias de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no artigo 129 VIII da Constituição Federal, podendo acompanhá-los; (grifo meu).*

No caso do inquérito policial ou de investigações realizadas pela própria Promotoria de Justiça, fica evidente, não só por ordem constitucional, como frisado, mas também por mandamento do Código de Processo Penal (arts. 13 I e 16) e da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que pode o Ministério Público expedir notificações, requisitar informações e documentos, dirigidos à Autoridade Policial.

Seguindo a mesma esteira de raciocínio, decorre que pode ainda o Ministério Público, utilizar destas atribuições, dirigindo-as a outras autoridades, como, por exemplo, o Delegado Regional Tributário. É certo ainda que, podendo o mais - requisitar informações e documentos, como expedir notificações às autoridades constituídas; poderá o menos, ou seja, também exigi-lo aos subordinados daquelas autoridades... Tudo isto significa dizer - poder de diligenciar...<sup>3</sup>. Finalmente, para espancar as dúvidas, *requisitar diligências investigatórias [...] podendo acompanhá-las*, não é senão dirigir e acompanhar aquilo sobre o que tem poder de comando.

Entretanto, apesar desta interpretação lógica e sistemática, é preciso repetir e ressaltar que, seja por absoluta falta de tradição, seja por forte resistência por parte dos Órgãos de Polícia Judiciária (em muitos casos), os representantes do Ministério Público, em sua grande maioria, ainda não realizam efetivamente essas atribuições que lhe foram conferidas por ocasião da vigência da Constituição Federal e da Lei Orgânica Nacional, o que implica em evidente prejuízo para a aplicação da Justiça.

---

3 Embora não haja previsão expressa no Código de Processo Penal Brasileiro, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - Lei n° 8.625/93, no seu art. 26, elenca um rol de funções do Ministério Público, entre elas “requisitar e/ou acompanhar diligências investigatórias...” - O texto foi adotado pela maioria das Leis Orgânicas Estaduais do Ministério Público - Em São Paulo, art. 104 da Lei n° 734/93.

O inquérito policial não é imprescindível no sistema do Processo Penal Brasileiro, uma vez que o Promotor de Justiça pode valer-se de outras fontes de esclarecimento do fato delituoso.<sup>4</sup> Além da análise dos aspectos constitucionais e legais, afigura-se inafastável que também sob o prisma da eficiência do Processo Penal, deve incumbir ao Ministério Público a tarefa de dirigir a atividade policial de colheita das evidências deixadas pela prática de um crime.<sup>5</sup> Em outras palavras, isto significa: Incumbência de exercer com eficácia (eficiência) o desenvolvimento do Processo Penal.

Para tanto: Imprescindível a construção de base sólida do Processo Penal. Como base sólida, no sistema brasileiro, deve entender-se a existência de um Inquérito Policial (procedimento preliminar) enxuto, que contenha, no seu bojo, atos capazes de gerar maior credibilidade, tanto no que diga respeito à sua forma, como ao fato que se pretenda provar. Significa ainda um inquérito policial rápido, sem delongas, para que o processamento, e por conseguinte, o julgamento não tenham data muito distante do fato criminoso praticado.

E para isso faz-se senhor que o inquérito policial contenha provas técnicas, atestadas pelas ciências auxiliares da Justiça; o quanto mais possível; pois se afiguram, no mais das vezes, indiscutíveis.<sup>6</sup> É preciso ainda seja praticada a seletividade e priorização

---

4 Vide MIRABETE, Julio Fabrini in “Processo Penal”, 2ª Ed. Atlas, 1992, pág. 76. No mesmo sentido LIMA, Marcellus Polastri: Ministério Público e Persecução Criminal. Ed. Lúmen Júris, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2002, págs. 86/94.

5 A propósito já se referia o inesquecível LYRA, Roberto, in “Theoria e Pratica da Promotoria Publica”. Ed. Jacintho, 1937, pág. 133/134: “A *efficiencia e a respeitabilidade do trabalho policial, que constitúe a base da acção da Justiça, interessa ao Ministerio Publico, como fiscal, também, das autoridades investigadoras, como órgão da acção penal, como responsável pela segurança, pela regularidade, pela justiça da repressão*”.

6 FREDERICO MARQUES, José: “Elementos de Direito Processual Penal”. Ed. Bookseller, 1998, Vol. I, pág. 155: *Há que se observar, porém, que no inquérito policial se realizam certas provas periciais que, embora praticadas sem a participação do réu, contêm em si maior dose de veracidade, visto que nelas preponderam fatores de ordem técnica que, além de mais difíceis de serem deturpados, oferecem campo para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões. Ressalvada a hipótese de terem os peritos falseado os dados em que baseiam o seu laudo, essas provas periciais, notadamente quando realizadas por funcionários do Estado, devem ter valor idêntico ao das provas colhidas em juízo. Cumpre ressaltar,*

das evidências<sup>7</sup> (indícios), que são as bases das provas que integrarão o processo. Parece importantíssimo, por outro lado, que o inquérito policial deva ser protegido contra violações dos direitos e garantias individuais, e se traduz claramente que isso se torna atingível com muito maior segurança nos casos em que seja efetiva a direção do Ministério Público.<sup>8</sup>

Podemos, portanto, definir que o inquérito policial no Brasil, e, extensivamente, os procedimentos preliminares devem perseguir as seguintes finalidades:

1. Demonstração e caracterização, desde logo, da culpabilidade;
2. Formação, já *a priori*, do convencimento do juiz;
3. Viabilização do processo mais célere, aproveitando, o mais possível tudo quanto houver sido produzido no I.P. – pois as provas se perdem e enfraquecem nas delongas processuais.

Finalmente, também não há como deixar de considerar o raciocínio inverso – vale dizer, da não atuação do Ministério Público durante a fase investigatória, do qual decorre que, muito provavelmente, o raciocínio e direcionamento levado a cabo pela Autoridade Policial pode ser muito diverso do Promotor de Justiça atuante no

---

*porém, que tudo isso se encontra condicionado às circunstâncias do caso e à formação do livre convencimento, uma vez que o princípio da verdade real é básico e fundamental na justiça criminal.*

- 7 Utilizamos o termo “evidências” - como sinônimo de “indício”, mas com conotação mais ampla, adotando a definição de - BENTHAM, Jeremy, em: “Rationale of Judicial Evidence”, Rothman & Co. Littleton, Colorado, USA; 1995 - reedição, Vol. I - pág. 17: *By the term evidence, considered according to the most extended application that is ever given to it, may be, and seems in general to be, understood, - any matter of fact, the effect, tendency, or design of which, when presented to the mind, is to produce a persuasion concerning the existence of some other matter of fact: a persuasion either affirmative or disaffirmative of its existence* (Original publicado por “Hunt & Clarke, London - 1827).
- 8 FREDERICO MARQUES, José: “Elementos de Direito Processual Penal”. Ed. Bookseller, 1998, Vol. I, pág. 155: *Se, para o exercício do difícil mister de descobrir e colher todas as provas da infração e autoria, a energia de seus agentes vai, em certos casos, 'au delà' do que é lícito praticar, em outras ocasiões, a deficiência de meios e a incapacidade do elemento humano de que dispõe levam as investigações e diligências ao mais completo fracasso.*

caso, destinatário do procedimento, causando, por conseguinte, sequência ilógica de providências, quando não desnecessárias e, ao mesmo tempo, carente de providências necessárias, revestindo-se, ao final, em verdadeira perda de tempo aliada à ineficiência da Justiça Penal em apurar a prática de um delito.

A concepção da atuação do Ministério Público como o “Diretor” dos trabalhos de investigação criminal tem como objetivo a busca do seguinte resultado final: Aplicação da Justiça mais rápida e com maiores chances de um processo de qualidade, justo e correto como instrumento de aplicação da Justiça Penal; inclusive sob o prisma de ser o processo penal um fator de constrangimento para a vida social do imputado.

A metodologia do sistema pré-processual no Brasil é equivocada, ou melhor, absolutamente ultrapassada para a situação criminológica atual. Ideologicamente, os autos da investigação criminal preliminar, que já não deveriam receber o nome de “inquérito policial”, mas de “inquérito criminal”, dada a sua característica de amplitude em relação ao espectro dos sujeitos, deveriam ser mantidos em poder do Ministério Público, através de cartório próprio, e não mais do cartório policial, exatamente como ocorre em toda a Europa, Américas e Ásia. Com os autos da investigação em seu poder, ao Ministério Público viabiliza-se muito maior agilidade e eficiência em ininterrupta ação de comando investigatório. Evidentemente que esse poder de ter consigo os autos poderiam ser delegados, conforme o caso, à Autoridade Policial, com o necessário e possível acompanhamento do Promotor.

Vincenzo Manzini afirmou com incrível clareza, que, em sua função de Polícia Judiciária, o Ministério Público pode atuar diretamente, valendo-se dos agentes da Polícia, sempre que a Lei não exija expressamente a autorização do Juízo, acrescentando que o Ministério Público é o “dirigente” da Polícia Judiciária.<sup>9</sup> Segundo Jürgen Bau-

---

9 MANZINI, Vincenzo: “Istituzioni di Diritto Processuale Penale”, CEDAM, Padova, 1967, - pág. 127: *Il magistrato del pubblico ministero, nella sua funzione di polizia giudiziaria, può compiere personalmente, con o senza l'assistenza di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria o della pubblica forza, tutti gli atti per i quali la legge non richieda espressamente l'intervento del giudice. Perciò, anche quando si debba o si intenda procedere ad istruzione formale, il pubblico ministero può eseguire da sè gli atti d'investigazione preliminare. Il pubblico ministero, quale soggetto dirigente della polizia giudiziaria, è coadiuvato da ausiliari, che sono appunto gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria.*

mann, o Ministério Público tem sua principal função em realizar as investigações preliminares, e, mesmo quando a Polícia investiga, o Ministério Público é responsável pela realização, ordenada e completa desta tarefa.<sup>10</sup> Conforme disse Giuseppe Sabatini, a tarefa mais importante do Ministério Público está, exatamente na fase da preparação do Juízo.<sup>11</sup> Enrique Ruiz Vadillo, comentando sobre o Ministério Público referiu, com incrível precisão que, sendo ele incumbido de sustentar a acusação, ninguém melhor para conhecer os dados imprescindíveis para atuar eficazmente.<sup>12</sup>

E há outros exemplos na legislação brasileira para a realização direta da investigação criminal por parte do Ministério Público. Citem-se os exemplos do Código Eleitoral, que prevê expressamente investigação, pelo MP, de crimes eleitorais, para

---

10 BAUMANN, Jürgen: “Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts”. Verlag W. Kohlhammer Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1972, Pág. 74: *Ihre Hauptaufgabe hat die StA im Ermittlungsverfahren. Sie ist Herr dieses Verfahrensabschnittes. Ihr obliegt die durch bzw. Überwachung der Ermittlungen nach §§ 160/1 StPO. Auch wenn die Polizei ermittelt, trägt die StA die Verantwortung für die ordnungsmäßige und vollständige Durchführung dieser Aufgabe.*

11 SABATINI, Giuseppe: “Il Pubblico Ministero nel Diritto Processuale Penale” Volume Secondo, Casa Editrice Quartara - Torino, 1948, pág. 23: *Nel vasto campo di attribuzioni che al pubblico ministero sono devolute dall'ordinamento giuridico, la titolarità e l'esercizio dell'azione penale a quest'organo spettante se costituisce senza dubbio la più importante attribuzione, non ne esaurisce certo la funzione, l'inizio dell'esercizio dell'azione penale non coincide affatto con l'inizio del proceso. L'esercizio dell'azione penale, se coincide con la nascita del rapporto giuridico processuale presuppone in ogni caso una fase più o meno lunga prerapportuale, ma pur sempre processuale.*

12 RUIZ VADILLO, Enrique; in “Estudios de Derecho Procesal Penal”. Ed. Comares, Granada, 1995, pág. 97: *En general, como venimos diciendo, suele sostenerse la conveniencia de que sea el Ministerio Fiscal quien instruya e investigue en razón a su propia naturaleza y preparación específica, a su intermediación respecto a la policía judicial y conseguirse con ello la perfecta diferenciación entre instrucción y decisión. Además, si es el Fiscal quien habrá de sostener, en principio, la acusación ante el correspondiente juzgado o tribunal, nadie mejor que él para conocer qué datos son imprescindibles para actuar eficazmente, evitándose así que el Juez instructor camine por unas vías inservibles al Fiscal o, al meno, distanciadas de sus propósitos, produciéndose de esta forma el hecho de peticiones, a veces sucesivas, de revolución de los autos de conclusión del sumario o la petición de diligencias en las preparatorias, algo corregible, y corregido en gran parte, mediante la adscripción de Fiscales a los respectivos juzgados.*

a fundamentação de sua denúncia. O Estatuto do Ministério Público da União destina ao M.P.U. o poder de promover inspeções e diligências investigatórias, e de expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar. O Supremo Tribunal Federal, aliás, em 14/10/2003, julgando o H.C. de número 82.865, decidiu que *o Ministério Público pode denunciar com base em Sindicância própria, instaurada para apurar a existência de infração penal, com base no art. 201, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Ainda, o mais recente Estatuto do Idoso, no art. 74, V, b, prevê que o Ministério Público pode *promover inspeções e diligências investigatórias nos crimes perpetrados contra maiores de 60 anos*.

E diga-se, a propósito, que diversos outros órgãos públicos realizam, por si e diretamente, investigações criminais no seu âmbito de atuação. Receita Federal investiga crimes fiscais de natureza federal. As Secretarias das Fazendas Estaduais idem. Também o I.N.S.S. realiza, por si, investigações criminais no âmbito previdenciário, etc.

## Fundamento Histórico

Ao que se tem notícia, foi na França que apareceu, antes do que em qualquer outro lugar, uma figura semelhante do Ministério Público.<sup>13</sup> Essa é a conclusão a que se chega quando se retorna aos tempos antigos até o ponto histórico que se encontram figuras semelhantes do “*Magistrat du Sûrete*” do século XII, com poderes que mesclavam atuações com poderes de juiz e da polícia. Em seguida foi substituída pela dos “*Procureurs Impérieux*”, com o que se implantou a ideia de uma parte pública. A título de comparação, observa-se que também existiram figuras semelhantes na Itália, Alemanha e Espanha. Na Itália do “*Advocatus da parte pública*”, na Alemanha o “*Fiskalat*” e na Espanha o “*Procurador Fiscal*”; mas todos em períodos isolados e que não possuíam as mesmas atribuições que o “*Procureur*”, do qual certamente se

---

13 ESMEIN, Adhémar: “Histoire de la Procédure Criminelle en France (et spécialement de la Procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu’à nos jours). VERLAGG SAUER & AUVERMANN kg – Frankfurt am Main/1969” (Ed. Orig. Paris/1882). p. 284: *La Procédure criminelle à l'étranger: Une institution surtout distinguait la France des nations voisines, c'est celle du ministère public. Ce n'est pas qu'on ne la trouve aussi à l'étranger, mais ou bien elle a été introduite par l'influence française, ou elle est imparfaite et ne forme pas comme chez nous une pièce essentielle du mécanisme de la procédure.*

desenvolveram as funções até que chegaram às que possui o Promotor de Justiça atual na maioria dos Países.

Este desenvolvimento teve uma evolução lenta e gradual até o ponto básico da Revolução Francesa, após a qual evoluiu com mais força e direcionamento, com características mais próprias e denominação de “*Procureurs du Roi*” e depois de “*Procureurs de la Republique*”, até as atuais, as quais, apesar de algumas diferenças entre os Países, seguem desde então na mesma base de ser um órgão estatal diverso do Poder Judicial, exercendo funções de parte pública e de atuar em conformidade com a Lei, principalmente promovendo a ação penal pública com imparcialidade.

Essa é, portanto, a evolução histórica lógica do Ministério Público que vem sempre acompanhada da característica do trabalho de investigação na fase pré-processual, ou melhor, desde a execução pessoal da investigação até a realização do comando, “direção” ou “coordenação” das investigações por parte da Polícia e dos agentes da força pública em geral.

## Aplicação do Princípio Acusatório

Os sistemas Inquisitivo e Acusatório passaram por mudanças entre si e, em meio a elas, nítidos desenvolvimentos.

Historicamente, pode-se fazer a seguinte sequência cronológica: Direito Grego: Surgimento e desenvolvimento do Sistema Acusatório; Direito Romano: 1) Monarquia: Desenvolvimento do Sistema Acusatório; 2) República: Segue-se com o desenvolvimento do sistema acusatório; 3) Império: Decaída do sistema acusatório surgimento e desenvolvimento do sistema inquisitivo; Direito Canônico: Início com o sistema acusatório, posteriormente mudança para o surgimento e fixação do sistema inquisitivo; Século XVIII: Movimentos filosóficos, iniciados antes mesmo da Revolução Francesa demarcam a decaída do sistema inquisitivo e a reaparição, e fixação do sistema acusatório.

O sistema acusatório é caracterizado por ser um sistema mais justo e condizente com os direitos e garantias individuais dos cidadãos. O aprimoramento deste resultou na incumbência a um órgão público - o Ministério Público de cuidar da ordem social, e, para tanto, se lhe atribuiu, seja com base no Princípio da Legalidade, seja

com base no Princípio da Oportunidade, a “*persecutio criminis*”. Assim é que, para que essa missão possa ser cumprida com o rigorismo exigido pela própria ordem social, é necessário e importante que ao órgão público - Ministério Público, seja viabilizada a análise pormenorizada e histórica do delito, o que somente é possível quando tenha todas as informações e, principalmente tenha a direção do desenvolvimento da investigação, é dizer, seu completo domínio.

## Plenitude da titularidade da ação penal pública

Antes de mais nada é necessário acentuar quanto imprescindível é a atuação direta do Promotor na busca das evidências na fase pré-processual, especialmente quando se trate de um caso grave ou de dificuldade de apuração.

Quando atua o promotor, participando pessoalmente da coleta das evidências, ou pelo menos – quando isto não for possível – conduz diretamente o trabalho da polícia, tomando informações logo em seguida aos atos praticados, um a um, e orientando-os de tudo o que considera importante para que o realizem, estará colaborando para a eficiência dos resultados na fase pré-processual, o que, atualmente tem crucial importância para a Justiça Penal.

Para estes termos, analisamos a seguinte fórmula:

A eficiência da Justiça Penal = Adaptação do Processo Penal aos anseios da sociedade atual contra a criminalidade. Com a atuação direta do Promotor na busca de determinadas evidências, seja acompanhando a Polícia, ou realizando-as pessoalmente, pode-se, com mais condições e possibilidades de êxito obter:

1. *Celeridade: - Simplificação*
  - *Priorização (Seleção e ordenamento)*
2. *Qualidade: - Trabalho Técnico-Especializado (Direcionamento)*
  - *Atenção aos Direitos e Garantias Constitucionais*

Concluimos que o acompanhamento do Promotor, passo a passo em verdadeira direção é imprescindível nos casos de maior gravidade, maior ofensa à ordem pú-

blica, e dela o Promotor pode prescindir; e, nos casos considerados menos graves, deve receber periodicamente da Polícia as pertinentes informações para orientar e priorizar o trabalho de investigação.

## Fundamento através do Direito Comparado

Nos sistemas legais de Alemanha, Itália, França e Espanha constatamos funções muito semelhantes no aspecto da atuação na fase pré-processual. Em todos, observa-se uma evolução, ainda que em momentos históricos, em situações diferentes, direcionados para um trabalho de “direção” ou “coordenação” do trabalho de investigações.

O sistema que primeiro evoluiu até aí foi o Francês, desde o atual “Code de Procedure Penale”, de 1958. A França foi que, como vimos, desde o “Code d’Instrucción Criminelle”, apesar de nunca haver extinto o Juizado de Instrução, direcionou-se para essa atual situação em que o Promotor dirige a “Enquête” tendo, para cumprir as suas funções, a Polícia e a Força Pública em Geral à sua disposição. A dependência política do órgão combinada com o princípio da oportunidade impedem a distribuição sempre imparcial da justiça.

Na Espanha, após a nova legislação para os procedimentos abreviados de 1989 tentou-se seguir a tendência adotada por muitos países da Europa e fomentar o trabalho do Promotor na investigação preparatória. Entretanto se esse intento, de um lado, trouxe algumas alterações consideráveis ao sistema, como, por exemplo, extinguindo a figura do juiz de instrução, entregando ao Promotor mais força na investigação preparatória e fixando como seu ponto forte a possibilidade de dar instruções particulares e gerais à polícia; de outra parte, extraiu-lhe importante aspecto desta força quando permitiu ao juiz tomar para si as investigações já iniciadas pelo Promotor.<sup>14</sup> Por fim, como dissemos, o sistema espanhol atrela a dependência

---

14 MADLENER, Kurt – in “Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität”. Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht” – Freiburg im Breisgau, 1993 - fala que o novo instituto da investigação preparatória na Espanha todavia ainda não encontrou o seu verdadeiro papel: *Die angestrebte Beschränkung der Ermittlungstätigkeit des Untersuchungsrichters könnte tendenziell*

política do Ministério Público ao Poder Executivo com o sistema de dependência hierárquica dos promotores, e portanto, assim como na França, impede a distribuição sempre imparcial da Justiça, com o ponto positivo de que vige o Princípio da Legalidade com a aplicação do Princípio do Consenso – para estes casos melhor do que o Princípio de Oportunidade.

Na Alemanha, desde o novo StPO, extinguiu-se a figura do juiz de instrução, entregando-se a plena força de investigação ao Ministério Público, sendo comum os autores mencionarem o termo “*die Herrin des Ermittlungsverfahrens*” - os senhores da investigação pré-processual. Trata-se, em nossa opinião de um sistema bem estruturado. O Promotor efetivamente decide as estratégias da investigação, mas somente nos casos importantes, o que é suficiente. Tem pleno comando sobre a polícia, podendo encomendar as atuações que entenda necessárias, fazendo com que tenha em suas mãos o controle sobre a estratégia de investigação. A dependência política existe somente com respeito aos Promotores Federais - o que não é perfeito mais tolerável. Dependência hierárquica, apesar de existir, não se aplica na prática com muita dominação, pois os promotores acabam tendo uma certa liberdade de atuação. Na Alemanha, estabelece-se o Princípio da Legalidade conjugado com o da Oportunidade Regrada. Como vimos, apenas nos casos de menor potencialidade ofensiva permite-se ao promotor não dar início a uma ação penal, temperando assim o rigorismo do Princípio da Legalidade.

No sistema italiano, com o pleno comando da investigação preliminar – *indagini preliminari* – o promotor de justiça tem, em sua mãos, os atos realizados. Realiza efetivamente uma coleta de provas, com base no contraditório. Até o início da ação penal, a maioria dos atos são realizados sob o crivo do contraditório, na *udienza preliminare*. Existem, a partir daí, várias possibilidades de prosseguimento: os juízos 1- Abreviado; 2- Diretíssimo; 3- Imediato; e 4- Normal. Alguns dos atos coletados no *indagini* podem ser aproveitados para os juízos (art. 431 CPP). O promotor tem verdadeiramente amplo poder de investigação. O órgão do Ministério Público tem

---

*durchaus Neuverteilung der Gewichte zwischen Voruntersuchung und Hauptverhandlung führen. Es ist aber noch zu früh, um darüber etwas zu können. Jedoch festzustellen, daß das Institut der Voruntersuchung sich in einer schweren Krise befindet.*

independência política, o que, insistimos, uma vez mais, é essencial para a boa realização da Justiça. A dependência hierárquica não compromete as atuações imparciais pois, mais importante, é a independência política. O princípio de Legalidade mesclado com o de Consenso formam uma boa fórmula para a aplicação da justiça severa em relação aos casos mais graves e possibilidade de justiça mais rápida, assim como, nesse aspecto, ocorre na Espanha.

Para concluir, apesar de algumas diferenças inerentes ao desenvolvimento peculiar de cada País, constata-se que o direcionamento e a tendência é única e inevitável: Que o Ministério Público tenha amplos poderes de investigação na fase pré-processual, mas com total independência de atuação.

## Aplicação da Política Criminal

Antes de mais nada, admitimos que estamos com James Goldschmidt quando disse que a função do processo constitui a obtenção de uma sentença com força de coisa julgada que possa pôr fim, de maneira definitiva, ao litígio.<sup>15</sup>

Também consideramos como certo o fato de que incumbe ao Estado – por intermédio direto do Ministério Público – propor as ações penais perante o juízo e não ao Poder Executivo, por intermédio indireto do Ministério Público, assim considerando determinados casos em que se sobreponha a sua dependência com relação àquele.

Assim, se Montesquieu<sup>16</sup> dividiu o Estado, segundo o princípio da divisão dos poderes, em Judicial, Executivo e Legislativo com suas funções perfeitamente definidas e distintas e inclusive com iteração, mas não no que concerne à aplicação da Justiça aos cidadãos<sup>17</sup>, que deve incumbir exclusivamente ao Poder Judicial; isso leva à con-

---

15 GOLDSCHMIDT, James: “Der Prozess als Rechtslage”. Berlin, 1925

16 Montesquieu: “De l’ esprit des lois”. Paris, 1958.

17 SABATINI, Giuseppe: “Il Pubblico Ministero nel Diritto Processuale Penale” Volume Secondo, Casa Editrice Quarta - Torino, 1948, pág. 22: *L’istituto del pubblico ministero domina il processo penale. Come per il giudice, così per il pubblico ministero l’interesse che lo*

clusão de que, para provocar a atuação do Poder Judicial no âmbito criminal – com a evolução do sistema acusatório, deve-se ter que obrigatoriamente atuar através de órgão diferente do poder Executivo, que é o Ministério Público, mas de forma independente para não se transformar em um “longa manus” do Poder Executivo. Se se pressupõe teoria contrária, o que ocorrerá será entregar ao Poder Executivo uma função dupla dentro dos sistemas Estatais, o que o transformaria em um super Poder Estatal, que se contrapõe aos outros, com funções únicas pré determinadas. O “ser independente”, segundo dizia Alcalá-Zamora y Castillo, é o que confere ao Ministério Público a tranquilidade de atuar e não estar sujeito a nenhuma ingerência de qualquer outro foco de Poder.<sup>18</sup>

Como já frisamos, os pontos básicos para analisar o trabalho do Ministério Público na fase pré-processual são: 1- Os poderes legais de investigação que têm os Promotores de Justiça e seu poder de comando sobre as Polícias; 2- Os fatores de dependência política do órgão do Ministério Público com relação ao poder Executivo; 3- os fatores de dependência hierárquica dentro do próprio órgão; 4- os critérios de inicialização e prosseguimento da ação penal - Legalidade, Oportunidade, Oportunidade Regrada e Consenso. Todos estes pontos, analisados isoladamente ou unidos entre si formam um sistema próprio que, em última análise, serve para determinar os critérios de política criminal a ser adotado. O próprio sistema, conforme seja es-

---

*muove ha natura impersonale. Qualunque sia, l'attività svolta dal pubblico ministero è sempre dovuta ad una funzione di coordinamento sintetica. Nè la natura di tale interesse muta allorchè l'organo opera a seguito di uno stimolo esterno di soggetti interessati che agiscono per fini individuali ed egoistici. Nel pubblico ministero, come nel giudice, si subiettivizza lo scopo per cui sono poste le norme processuale. L'interesse scopo della norma quindi viene fatto proprio dall'organo dello Stato cui è demandata la funzione di perseguire quello scopo.*

18 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: “Estudios de Derecho Procesal” - Madrid, Centro Editorial Góngora, 1934, pág. 15: “La conciliación del interés social y el individual, no puede realizarse sino por funcionarios independientes y al par inamovibles, que no sean órganos de nadie, para que no satisfagan las instrucciones del mandante en perjuicio, según a éste convenga, del individuo o de la sociedad”. Posteriormente ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO alterou o seu entendimento na sua obra: “Estudios de Teoría General e Historia del Proceso” - Universidad Nacional Autónoma de México, - 1992, tomo I, 1945-1972, págs. 308/309, para dizer que o Ministério Público tem apenas independência relativa e não absoluta como os Juízes.

tabelecido, regula as ingerências maiores ou menores por parte do Poder Executivo. Parte-se do princípio de que deve incumbir ao Ministério Público ditar a política criminal de um organismo político (Federal, Estadual, Municipal, Provincial etc..., conforme a distribuição em cada caso).

Assim o afirmamos porque o Poder Executivo está sempre comprometido com ideias, pensamentos e estratégias políticas de atuação, por ser um órgão essencialmente político, com adversários políticos e querendo, por ser inerente a ele, deter sempre o Poder. Quanto ao Ministério Público isso não ocorre. Na maioria dos Países não há intenções políticas. Há, por determinação legal e até Constitucional, – propósitos de realizar Justiça para os cidadãos. Esse é o mister final do órgão. Assim consideramos sempre, sem medo de errar, que o atrelamento político do Ministério Público ao Poder Executivo é ruim, talvez a pior característica que possa envolver os critérios de sua atuação. A situação é ainda pior quando se vê pelo ângulo da atuação investigativa ou pré-processual, já que, sendo a base de tudo o que vai ser construído em termos de processo penal, tudo depende dela. Se, por razões políticas, o Poder Executivo interfere na atuação pré-processual, pode direcioná-la a um caminho equivocado ou até propositadamente errado, culminando que a esperada Justiça se transforme na mais cruel injustiça, que será punir alguém inocente, ou quando menos, não punir um culpável.

Por isso, dizemos sempre que as condições de Política Criminal têm, obrigatoriamente, de ser ditadas pelo Ministério Público, o que se alcança, entendemos, somente com a harmonia destes pontos referidos, para que o trabalho seja desenvolvido de forma verdadeiramente imparcial.

## Conclusão final

Deve ser o Ministério Público o encarregado da “Direção” ou “Coordenação” da fase pré-processual, sendo a polícia dele totalmente dependente em caráter secreto enquanto interesse ao Ministério Público, com a possibilidade de que o investigado receba cópias dos atos dos quais participe. O promotor precisa receber sempre diretamente da Polícia ou de qualquer forma as “notitia criminis”, passando então a atuar de ofício; o trabalho policial de investigação deve ser realizado através do

máximo das garantias constitucionais e legais possíveis para cada ato; e qualquer decisão que implique interferência em um direito ou garantia individual do cidadão decretada por um juiz será decorrente de um pedido fundamentado do Ministério Público; e por fim, este juiz atuar somente quando provocado pelo Ministério Público ou pela Defensoria, e somente decretar as medidas provisionais cautelares, tendo sido constituído exclusivamente para acompanhar as investigações prévias.

Sobre a mais correta atuação do Ministério Público durante a fase pré-processual, concluímos que, para que atue verdadeiramente com a tão desejada imparcialidade, deve trabalhar em um sistema acusatório no qual se verifique como critério de atuação um Princípio de Legalidade atenuado, portanto na verdade pelos critérios de oportunidade regrada e/ou de consenso, sempre através da independência política do órgão em relação a qualquer dos Poderes Constituídos, principalmente com respeito ao Poder Executivo; bem como regido por um sistema de independência funcional (*interna corporis*). A imparcialidade somente se alcança desde que o “incumbido” da tarefa (de investigar) não utilize nenhum critério subjetivo de favorecimento e adote soluções equivalentes para situações semelhantes.

Assim, o critério de legalidade puro deve ser substituído pelo de oportunidade regrada e/ou de consenso, pois o primeiro somente poderá definir, sempre, situações fáticas abstratas. Teoricamente determinadas situações são idênticas, mas na práticas costumam ser muito distintas, o que no final causa injustiça. (Ex. do furto de um automóvel e o furto de um chocolate). Pelos Princípios de Oportunidade Regrada e de Consenso existe a possibilidade de uma solução melhor e mais ajustada a cada caso concreto. O processo (sentido amplo - fase pré-processual e processual), entendemos, dentro da sua característica pública, deve servir para temperar os rigores da lei material. Dessarte como investe-se, desde logo, em “estigma” para o processado de crimes graves e com personalidade de considerável grau de periculosidade, deve poder ser evitado ou abreviado naqueles casos de crimes considerados bagatela, para os agentes de evidente baixa periculosidade, e sempre dentro das regras impostas pela própria legislação processual.

Por fim, a independência política do órgão do Ministério Público é muitíssimo importante porque viabilizará o atrelamento somente segundo as disposições legais

e jamais segundo possíveis ingerências, interferências ou favorecimentos políticos. Essa mesma lei que provém da vontade popular, ordena que se destine tratamento igualitário a todos, sem distinção ou protecionismo. Em um sistema de hierarquia institucional (interna) acertado com legalidade pura, seria deixar nas mãos de poucos as decisões de “unidade de atuação” da qual decorre a Política Criminal. Estas devem ser acertadas em reuniões periódicas entre os membros das promotorias de justiça, visto que a política criminal é assunto que incumbe ao Ministério Público tratar, e não ao Governo.

## Referências

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto *Estudios de Derecho Procesal* – Madrid: Centro Editorial Góngora, 1934
- BAUMANN, Jürgen *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts*. Verlag W. Kohlhammer Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1972.
- BENTHAM, Jeremy em: *Rationale of Judicial Evidence*, Rothman & Co. Littleton, Colorado, USA; 1995 – reedição, Vol. I (Original publicado por “Hunt & Clarke, London – 1827).
- ESMEIN, Adhémar: *Histoire de la Procédure Criminelle en France* (et spécialement de la Procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusquá nos jours). VERLAGG SAUER & AUVERMANN kg – Frankfurt am Main/1969” (Ed. Orig. Paris/1882).
- FREDERICO MARQUES, José: *Elementos de Direito Processual Penal*. Ed. Bookseller, 1998, V. I.
- GOLDSCHMIDT, James: “Der Prozess als Rechtslage”. Berlin, 1925.
- LYRA, Roberto *Theoria e Pratica da Promotoria Publica*. Ed. Jacintho, 1937.
- MADLENER, Kurt – in *Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*. Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht – Freiburg im Breisgau, 1993.
- MANZINI, Vincenzo *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, CEDAM, Padova, 1967.
- MAZZILLI, Hugo Nigro in RT 664/387-95; JARDIM, Afrânio da Silva, In *Em torno do devido processo legal*, Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, nº 2.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*, 2ª Ed. Atlas, 1992.

LIMA, Marcellus Polastri: Ministério Público e Persecução Criminal. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

MONTESQUIEU *De l'esprit des lois*. Paris, 1958.

RUIZ VADILLO, Enrique *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Granada: Comares, 1995

SABATINI, Giusepe: *Il Pubblico Ministero nel Diritto Processuale Penale*. Torino: Casa Editrice Quartara, 1948.

# Delimitación de ámbitos de responsabilidad e imputación objetiva

(A propósito de la disposición sobre la vida en el auxilio ejecutivo al suicidio y la eutanasia)

*Mercedes Alonso Álamo<sup>1</sup>*

## I Disponibilidad sobre la vida

### 1 Bases constitucionales

Con la Constitución española en la mano no se puede afirmar como incuestionable la existencia de un derecho fundamental a disponer sobre la vida. Rey Martínez ha expuesto con claridad los cuatro modelos que, con apoyo en la Constitución, pueden articularse en torno a la eutanasia y que, por su importancia a los fines de este trabajo, pasamos a sintetizar<sup>2</sup>.

El primero es el modelo de la “eutanasia constitucionalmente prohibida”. Parte de que la vida es objeto de protección absoluta en el artículo 15 de la Constitución, se presenta asociado a ideologías conservadoras, y encuentra apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la vida no es un bien del que puede disponer su titular. Para los partidarios de este modelo, el suicidio no es un derecho fundamental sino una simple libertad fáctica. En contra de lo que pudiera parecer, este modelo, afirma Rey Martínez, goza “de una mala salud de hierro”<sup>3</sup>.

---

1 Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Valladolid (España).

2 Sobre estos modelos ya en la recensión al libro de Rey Martínez, *Eutanasia y Derechos fundamentales*, Alonso Álamo, RECPC 10-r3 (2008).

3 Rey Martínez, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Tribunal constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 84.

El segundo modelo es el de la “eutanasia como derecho fundamental”. Opuesto al modelo anterior, sus partidarios sostienen que el derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución española incluye en su contenido el derecho a disponer de la propia vida. De manera que no sólo el suicidio sino incluso la eutanasia activa directa serían manifestaciones del ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Esta posición debería consecuentemente conducir a sostener la inconstitucionalidad del artículo 143.4 del Código penal español, que incrimina la eutanasia activa directa y la cooperación necesaria en situaciones de eutanasia, pues no parece compatible *la existencia simultánea del reconocimiento de un derecho, nada menos que por la Constitución, y su prohibición absoluta, nada menos que por el legislador penal*<sup>4</sup>. De llevarse el razonamiento a sus últimas consecuencias, lo mismo habría que sostener en relación con las conductas de participación en el suicidio y con el auxilio ejecutivo al suicidio.

El tercer modelo es el de la “eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable”. Considerado por el citado autor como “una variante, técnicamente más rigurosa, del modelo anterior”, este modelo parte de que de la Constitución no se deriva un derecho fundamental a terminar con la propia vida de forma activa, pero a continuación matiza que la cláusula general de libertad del artículo 1.1 de la Constitución ampararía conductas, como el suicidio, que no afectan a bienes jurídicos ajenos. La prohibición del suicidio sería por ello inconstitucional. En cambio, el legislador penal tendría las puertas abiertas tanto para incriminar la eutanasia activa directa, en atención a intereses públicos (como el control de posibles abusos) como para despenalizarla. Por otra parte, de acuerdo con este modelo, la eutanasia activa indirecta y la eutanasia pasiva formarían parte del derecho fundamental a la integridad del artículo 15 de la Constitución<sup>5</sup>, de manera que el fundamento de la impunidad de estas modalidades de eutanasia discurre por una vía constitucional propia e independiente de la discusión en torno a la eutanasia activa directa.

---

4 Rey Martínez, Eutanasia y derechos fundamentales, cit., p. 85.

5 Rey Martínez, Eutanasia y derechos fundamentales, cit., pp. 86 y s. Vid. también la fundamental obra de Tomas-Valiente Lanuza, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 325 y ss. y 379 y ss.

El cuarto modelo es la eutanasia como “excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida”. Este modelo, defendido por Rey Martínez, se presenta como más restrictivo que el anterior. Parte, como aquél, de que no hay un derecho fundamental a disponer de la propia vida. Pero va más allá y afirma que no hay un derecho al suicidio (aunque tampoco un deber de vivir), que el suicidio no es una libertad constitucionalmente amparada, y que, menos aún, puede considerarse la eutanasia activa directa como un derecho o una libertad constitucionalmente amparada aunque limitable por ley. El acento se sitúa, por decirlo así, en el reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Ésta es la regla. Por ello no es inconstitucional la incriminación de la eutanasia activa directa. Sin embargo, *el legislador penal, en atención a otros bienes, incluso de rango constitucional, como el derecho frente al dolor dentro de la integridad personal protegida en el art. 15 CE, también podría despenalizarla bajo ciertas condiciones*. Ésta es la excepción<sup>6</sup>.

Sólo los partidarios del modelo de la “eutanasia como derecho fundamental” sostienen que el derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución (“sólo o en relación con otros derechos o principios constitucionales” como el de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, el valor libertad, o la libertad ideológica) *incluye en su contenido el derecho a disponer de la propia vida por su titular*<sup>7</sup>. Por otra parte, importa recordar que el derecho a disponer de la vida es rechazado por reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>8</sup>.

## 2 La intervención de terceros

El modelo de la eutanasia como derecho fundamental o eutanasia permitida no explica satisfactoriamente cómo se transita desde el pretendido derecho a morir a la legitimación de la conducta de terceros, es decir, cómo se erige en derecho fun-

6 Rey Martínez, Eutanasia y derechos fundamentales, cit., p. 88.

7 Rey Martínez, Eutanasia y derechos fundamentales, cit., p. 85.

8 Sobre ello, Rey Martínez, Eutanasia y derechos fundamentales, cit., pp. 149 y ss.

damental la eutanasia activa directa. Es significativo que incluso quienes parten, en relación con el ordenamiento constitucional español, de la primacía de la libertad personal, entendida como derecho de autodeterminación, sobre la vida, tienen que aceptar que dicho derecho fundamental actúa sólo en el ámbito de las relaciones jurídico-públicas y no entre los particulares entre sí<sup>9</sup>. No hay un derecho subjetivo a morir, ni hay un derecho a que otro ejecute la muerte solicitada ni un deber de ejecutar la muerte de quien la pide<sup>10</sup>.

Ni aun reconociendo, lo que es discutible como se desprende de la exposición anterior, que el derecho a la vida encerrara el derecho a disponer de la misma, puede derivarse de ello prescripciones para terceros hasta el punto de reconocer el derecho a ejecutar la muerte de otro. El que auxilia a morir hasta el punto de ejecutar la muerte no actúa en el ejercicio del derecho a disponer de la vida por el titular, aunque éste estuviera conforme con su muerte, la consintiera o, más aún, la pidiera con insistencia. Ni el valor libertad del art. 1.1 de la Constitución española ni el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 podrían ser invocados en su favor. Ni el consentimiento, ni el acuerdo, ni la petición, son suficientes para legitimar la causación de la muerte de un tercero, haciendo retroceder el derecho fundamental a la vida. En este sentido afirma Rovira con rotundidad que *en defensa de la dignidad, nadie está autorizado a colaborar decisivamente en la muerte de otro, porque el derecho a mi vida puede y debe ser un límite absoluto para los demás...*, y añade: *la naturaleza y alcance del Derecho a la vida en la Constitución española, no permite la disposición libre de la vida de otro a partir de su simple consentimiento porque, se mire como se mire, en esta clase de actuaciones el tercero lesiona el derecho a la vida de otro, protegido por el artículo 15...*<sup>11</sup>.

---

9 Queralt, Algunas repuestas jurídicas ante el final de la vida: a propósito del caso de Leganés, La Ley, nº 6935, 2008, passim. Ya antes, el mismo, Derecho Penal Español. Parte Especial, 3ª ed., Bosch, 1996, p. 8.

10 Al respecto, Queralt, La eutanasia: perspectivas actuales y futuras, A.D.P.C.P., 1988, p. 121. Se refiere a que no hay un deber de ejecutar una muerte a petición, García Arán, Eutanasia y disponibilidad de la propia vida, en Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., XXXI, 1995, p. 21.

11 Rovira, Dignidad, autonomía, libertad y consentimiento informado, Revista de las Cortes Generales, 67, 2006, p. 18.

No hay duda de que el Derecho penal no puede sin más retroceder, por la presencia de la conformidad, ante conductas de terceros atentatorias contra la vida. Cuestión distinta es cómo deba intervenir y, más precisamente, si ha de establecer una pena atenuada en el auxilio ejecutivo al suicidio en atención a que la víctima acepta su muerte, la pide o la consiente y si en situaciones de eutanasia se puede llegar a excluir totalmente la pena y, en tal caso, con qué fundamento, a cuyo efecto es preciso distinguir entre las diferentes supuestos de eutanasia. Pues mientras en situaciones de eutanasia pasiva y de eutanasia activa indirecta cabe invocar el derecho fundamental a la integridad moral y el principio de dignidad (o la integridad física según una extendida corriente doctrinal), en situaciones de eutanasia activa directa la invocación de la dignidad puede llevar, a lo sumo, a dejar el comportamiento fuera del Derecho penal por razones de culpabilidad. En el Código penal español vigente la petición expresa, seria e inequívoca no conduce sin más a dejar fuera del derecho penal los comportamientos de terceros. En situaciones de eutanasia activa directa la petición de la víctima fundamenta la atenuación del injusto (como en el auxilio ejecutivo al suicidio). Pero a ello se añade una situación objetiva (la enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar) que disminuye (y *de lege ferenda* podría llegar a excluir) la culpabilidad.

### 3 Delimitación del objeto de este trabajo

En otro lugar hemos sostenido, a propósito de la eutanasia, que la regulación del artículo 143.4 del Código penal, que contempla la eutanasia activa directa (además de la cooperación necesaria no ejecutiva mediando un contexto eutanásico), responde a un doble fundamento, a una doble *ratio* atenuatoria: al menor contenido de injusto en atención a la petición expresa, seria e inequívoca, y a la menor culpabilidad en atención a la grave enfermedad y a los graves padecimientos (por su parte, en el auxilio ejecutivo al suicidio del artículo 143.3 concurre sólo la atenuación por razones de injusto)<sup>12</sup>. Del fundamento dogmático de la disminución de la culpabilidad

---

12 Alonso Álamo, La eutanasia hoy: perspectivas teológica, bioética, constitucional y jurídico-penal. (A la vez, una contribución sobre el tratamiento penal del acto médico). Revista Penal, nº 21, 2008, pp. 44 y ss.

en tales supuestos, sosteniendo que las características que delimitan el llamado contexto eutanásico son características objetivas de la culpabilidad, también nos hemos ocupado en otro lugar<sup>13</sup>. En estas páginas, vamos a tratar de fundamentar dogmáticamente la característica de la petición (expresa, seria e inequívoca) en relación con la eutanasia activa directa del art. 143.4 del Código penal, y de la aceptación de la muerte en el auxilio ejecutivo al suicidio del artículo 143.3 como un problema de injusto y, más precisamente, de imputación objetiva.

## II Disposición sobre la vida y delitos contra la vida

### 1 Planteamiento

El consentimiento, el acuerdo o la petición del titular del bien jurídico no eximen de responsabilidad en los delitos contra la vida<sup>14</sup>. En el Código penal español, los únicos supuestos en que la conducta es atípica, y ello si media petición expresa, seria e inequívoca, son los constitutivos de eutanasia pasiva y de eutanasia activa indirecta (no comprendidos en el artículo 143. 4) pero ello no obedece a la presencia de la “petición”, o no sólo, sino a la presencia adicional de un “contexto eutanásico” (la enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar), como queda dicho, y a que, como se dirá, viene en consideración el derecho constitucional a la integridad personal (en particular, a la integridad moral).

---

13 Alonso Álamo, Eutanasia activa directa del artículo 143.4 del Código penal: fundamento de la atenuación, en Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat, II, Edisofer, 2008, pp. 1756 y ss. En este libro homenaje, publicado después de concluido el presente trabajo, vid. acerca de la disponibilidad sobre la vida desde una perspectiva constitucional, Hormazábal Malarée, La eutanasia: Un caso de colisión de principios constitucionales, p. 2040 y ss., Jorge Barreiro, Reflexiones sobre el tratamiento jurídico de la eutanasia a la luz del Código Penal español de 1995, pp. 2070 y ss., Escudero García-Calderón, Sobre la disponibilidad de la vida, p. 1973.

14 Sin entrar en la discusión sobre la relevancia del consentimiento en el homicidio culposo que plantea problemas específicos que no afectan al objeto de este trabajo. Sobre ello infra, nota 28.

A menudo se invoca, para afirmar la irrelevancia del consentimiento en los delitos contra la vida, un argumento de Derecho positivo: se halla inculpa el auxilio ejecutivo al suicidio o la eutanasia activa directa (además de conductas de participación en el suicidio).

Otras veces se pone el acento en la dimensión social de la vida o se afirma, apriorísticamente, que es irrenunciable o indisponible, y que no puede invocarse, por inaceptable, o por la mencionada dimensión social de la vida, el principio de ausencia de interés del titular del bien jurídico, incurriéndose, en ocasiones, en una argumentación circular.

A ello se añade que de la Constitución española, como antes se mostró, no cabe extraer una respuesta definitiva que sea comúnmente aceptada. Así, la Constitución deja abiertas las puertas tanto a la inculpa de la eutanasia activa directa (o de la cooperación necesaria no ejecutiva en el suicidio de otro) mediando un contexto eutanásico, como a su eventual despenalización. Ni del valor libertad, ni del libre desarrollo de la personalidad (como tampoco de la dignidad, ni del derecho a la integridad física, ni del derecho a la integridad moral) puede extraerse una respuesta indiscutible acerca de hasta dónde se debe extender la protección penal de la vida<sup>15</sup>.

## 2 El derecho a tomar decisiones sobre el propio cuerpo

Las afirmaciones anteriores requieren alguna precisión. La autonomía personal y el derecho a tomar decisiones sobre el propio cuerpo adquieren reconocimiento creciente. Ello conduce a una protección más matizada de la vida bajo determinados presupuestos.

---

15 Por el contrario, Cobo del Rosal/Carbonell han sostenido, con base en los artículos 1 y 10 de la Constitución, la irrelevancia de la vida no deseada libremente por su titular. Así en: Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales, en Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, I, 12, 1987, pp. 65 y ss. Ello conduce a sostener la falta de adecuación del artículo 143 a los valores constitucionales, Carbonell Mateu, Comentarios al Código Penal de 1995 (coord. Vives Antón), Vol. I, Tirant lo Blanch, 1996, p. 749. Sobre la primacía de la autodeterminación sobre la vida, también, Queralt, Algunas repuestas jurídicas ante el final de la vida: a propósito del caso de Leganés, cit., passim.

Así, la Ley reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de 14 de noviembre de 2002, reconoce el derecho del paciente a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley. En consecuencia, imponer un tratamiento médico no consentido, incluso si es un tratamiento salvador, puede dar lugar a responsabilidad penal.

Por otra parte, el derecho a tomar decisiones sobre la propia salud, o derecho de autodeterminación corporal, que según el Tribunal Constitucional está implícito en el derecho a la integridad física del artículo 15 de la Constitución, ha sido invocado como fundamento de la despenalización de la eutanasia pasiva y de la eutanasia activa indirecta<sup>16</sup>.

Según esta interpretación, el titular de la vida puede decidir no instaurar o no continuar con el tratamiento médico que le mantiene con vida, lo que significa que puede decidir sobre la vida y que su decisión arrastra, por decirlo así, a terceros o a profesionales de la medicina cuya posición de garantía decae, que han de dejarle morir, desconectarle, o, en su caso, si concurren los requisitos del artículo 143.4 o los que el legislador penal en el uso de la discrecionalidad legislativa pudiera establecer, proporcionarle el adecuado tratamiento paliativo aunque de ello pudiera derivarse un acortamiento de la vida.

Aceptando las conclusiones, entendemos, sin embargo, que la interpretación anterior puede y debe ser matizada desde el punto de vista del fundamento constitucional invocado, es decir, de cómo discurre el razonamiento a partir del derecho a la integridad física. Dicho derecho se invoca primero para afirmar el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, y después, dando un paso más, se invoca para fundamentar la eutanasia pasiva y la activa indirecta. Se produce así la situación paradójica de que lo que empieza siendo denominado derecho a la integridad física acaba fundamentando determinadas modalidades de eutanasia. Partiendo de esta concepción amplia de la integridad física, la imposición de un tratamiento salvador en contra de

---

16 Vid. en este sentido, Rey Martínez, Eutanasia y derechos fundamentales, cit., pp. 89 y ss., donde se refiere a este “nuevo” derecho a decidir que está transformando todo el Derecho de la salud, p. 91. Vid. también, Tomas-Valiente Lanuza, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, cit., pp. 340 y ss.,

la voluntad del paciente debería constituir un delito de lesiones (que debería comprender los ataques a la autodeterminación corporal) y no un delito de coacciones o un delito contra la integridad moral. Frente a ello cabe buscar el apoyo constitucional al derecho a decidir sobre la propia salud en el valor libertad del artículo 1.1 de la Constitución, o en el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10, y en el derecho a la integridad moral reconocido en el artículo 15, entendiendo por tal la última concreción de la dignidad que comprende, entre otros, el derecho a ser tratado como persona, a no ser instrumentalizado y, en su caso, a no ser objeto de encarnizamiento terapéutico.

Pero, con independencia de que se acepte o no el apoyo constitucional del derecho a rechazar el tratamiento en el derecho a la integridad física en tanto derecho a la autodeterminación personal, o de que se haga descansar, como estimamos preferible, en el derecho a la integridad moral estrechamente vinculado a la dignidad de la persona, que se fundamenta en la autonomía<sup>17</sup> aunque no se confunde con ésta (*no es autonomía*) y en el valor libertad o en el libre desarrollo de la personalidad, no cabe duda de que a partir del reconocimiento del derecho del paciente a rechazar el tratamiento, no puede seguir afirmándose con rotundidad que la vida se protege de forma plena y que es absolutamente indisponible. En rigor, la misma distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles es, como ya señalara Noll, tautológica y carente totalmente de significado<sup>18</sup>.

### 3 Petición, aceptación y discrecionalidad legislativa

Como se desprende de la exposición inicial, ni se violenta la prohibición de exceso constitucional si se protege la vida frente a conductas activas y directas (como tampoco si se protege frente al auxilio necesario no ejecutivo mediando un “contexto eutanásico”), ni tampoco de la Constitución puede deducirse un mandato de criminalización para proteger de forma absoluta la vida. La vida es “limitable” por el

---

17 González Vicén, con referencia a Kant, en *El principio de autonomía y el concepto del Derecho*, en *De Kant a Marx* (Estudios de historia de las ideas), Fernando Torres - Editor, 1984, pp. 41 y ss..

18 Noll, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, ZStW, 1965, p. 15.

juego de otros derechos fundamentales, principios o valores, o “exceptuable”, bajo determinadas condiciones<sup>19</sup>. En su caso, la restricción de su protección penal, incluida la eventual despenalización de la eutanasia activa directa, entraría dentro del margen de discrecionalidad legislativa en materia penal, que se desenvuelve con independencia de la teoría del bien jurídico<sup>20</sup>.

En el ejercicio de la discrecionalidad legislativa el legislador español otorga eficacia meramente atenuatoria a la voluntad del titular de la vida en relación con las conductas descritas en los números 3 y 4 del artículo 143 del Código penal. Partiendo, pues, del Derecho positivo vigente vamos a fijar la atención en el auxilio ejecutivo al suicidio y en la eutanasia activa directa.

La incriminación de conductas de participación en el suicidio –de inducción y, mediando o no una situación de eutanasia, de auxilio necesario no ejecutivo- plantea problemas particulares de fundamentación cuyo estudio detenido excede del marco de este trabajo. Baste señalar que por encima de las diferencias materiales que puedan apreciarse entre la autopuesta en peligro o la autolesión, de un lado, y la heteropuesta en peligro o heterolesión consentidas, de otro lado, o de la función que deba cumplir el principio de accesoriedad en materia de participación en este campo<sup>21</sup>, planea el problema del suicidio en sí mismo considerado, como una realidad psicológica compleja que debe ser atendida, acudiendo a los datos que proporcione la investigación psicológica o psicopatológica<sup>22</sup>, en el momento de adoptar la deci-

---

19 Rey Martínez, Eutanasia y derechos fundamentales, cit., pp. 86 y s.

20 Sobre esto, Hassemer, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, trad. Spínola Tártalo, en La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, R. Hefendehl (ed.), edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, 2007, p. 100.

21 Ampliamente invocadas a partir del la situación del Derecho alemán cuyo Código penal incrimina el homicidio a petición -parágrafo 216- pero no el auxilio no ejecutivo al suicidio. Vid. Cancio Meliá, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Bosch, 1998, pp. 44 y ss., y 195 y ss.

22 Sobre la consideración del suicidio como un hecho psicológico singular, no necesariamente patológico, que puede aconsejar la intervención penal frente a la participación, y

sión político legislativa de incriminar o no la participación en un hecho impune de acuerdo con criterios de racionalidad.

### III Naturaleza jurídica de la aceptación y de la petición

#### 1 Fórmulas legales. Delitos de encuentro

Hay que destacar la distinta formulación de los tipos de delito objeto de consideración.

El artículo 143.3 se refiere a la cooperación (en el suicidio) hasta el punto de ejecutar la muerte. La fórmula presenta una relativa ambigüedad lo que conduce bien a poner el acento en la causación de la muerte y a considerar que se trata de un homicidio mediando conformidad (consentimiento o aceptación), bien a poner el acento en la aceptación de la muerte y a considerar que se trata de un suicidio ejecutado por otro, esto es, de un suicidio en sentido jurídico<sup>23</sup>.

No se incrimina propiamente un homicidio (consentido), pero tampoco estamos ante una mera participación en un hecho ajeno. El auxilio ejecutivo presenta sustantividad propia frente al auxilio necesario no ejecutivo, pero en la legislación española ambos delitos gravitan en torno al problema del suicidio. El delito encierra bilateralidad. Desde la perspectiva del que ejecuta la acción que conduce a la muerte, hay una intervención ejecutiva en un hecho impune, el suicidio. Desde la perspectiva de

---

de acuerdo con Ringel, Torío López, Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos, en *Estudios Penales y Criminológicos*, IV, 1981, pp. 178 y ss. En sentido diverso, considerando que la participación no ejecutiva en el suicidio *debe* ser impune, como sucede en Alemania, en los casos en que una persona dispuesta a morir ha tomado la decisión en un estado de plena responsabilidad, por lo que no estaría justificado el paternalismo estatal, y partiendo del criterio de que “la protección de bienes jurídicos tiene por objeto la protección de los otros y no la protección frente a uno mismo”, Roxin, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, trad. de Ortiz de Urbina Gimeno, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, R. Hefendehl (ed.), cit., pp. 450 y s.

23 Información sobre las diferentes posiciones doctrinales en Díez Ripollés, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, I, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 194 y ss.

la víctima, o mejor, del titular de la vida, se trata de un suicidio, lo que debe entenderse en el sentido de que el suicida acepta la muerte, quiere morir, siendo suficiente que conste dicha voluntad, sin que el Código penal precise la génesis de la decisión ni requiera que medie petición. El control inmediato del curso causal está en manos del ejecutor, pero el suicida mantiene el dominio sobre su decisión de morir y puede exigir del ejecutor la renuncia al hecho o el desistimiento activo<sup>24</sup>. De no ser atendida su voluntad de detener el curso causal pudiendo hacerse, no cabría apreciar el tipo atenuado sino el homicidio o, en su caso, el asesinato toda vez que no podría seguir hablándose de suicidio. Entendemos que el suicida no es autor en sentido técnico y que su consideración como autor material puede conducir a equívocos<sup>25</sup>. El delito surge para incriminar directamente al que auxilia hasta el punto de ejecutar la muerte (vale decir que el auxilio ejecutivo ha sido elevado a autoría) ya que, de un lado, parece que no se tratara sólo de otorgar eficacia atenuatoria al consentimiento en relación con el homicidio, y, de otro, el suicidio es una conducta atípica pero el legislador ha querido incriminar el auxilio necesario y, con más razón, el auxilio ejecutivo. A nuestro juicio, no concurre tampoco una propia coautoría toda vez que la necesaria contribución del suicida al delito es una contribución atípica. Por otra parte, el tipo no exige que la muerte sea solicitada, ni exige que el suicida haga surgir *ex novo* la decisión de auxiliarle hasta el punto de ejecutar la muerte por lo que tampoco puede hablarse de inducción del suicida al ejecutor aunque cabe imaginar supuestos en que concurran los elementos de la inducción.

Entendemos que la estructura del tipo responde a la de los delitos de encuentro<sup>26</sup>, es decir, a la de aquellos delitos que sólo pueden ser cometidos con la intervención de más de una persona y en los que cada uno de los intervinientes lo hace desde

---

24 Valle Muñiz, en Quintero Olivares/Morales Prats, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 4ª ed., Aranzadi, 2004, p. 73.

25 Sin embargo, señala Muñoz Conde que autor en sentido material es el que no quiere vivir más que es el que tiene el dominio del hecho u organiza su propia muerte aunque esta sea ejecutada por otra persona, Derecho Penal, Parte Especial, 16 ed., Tirant lo Blanch, 2007, p.72.

26 Sobre tales delitos, Jescheck/Weigend, Tratado de Derecho Penal, Parte General, trad. Olmedo Cardenete, 5ª ed., Comares, 2002, pp. 399 y 751.

un ángulo distinto. El suicida es un partícipe necesario impune. Impune porque el suicidio no constituye delito y porque desde su perspectiva se trata de un verdadero suicidio. Si la muerte no se consumara no podría hacérsele responder, en su caso, a título de inducción. Más aún, el tipo no sólo exige la participación de la víctima sino que está pensado para su protección. Esta afirmación puede ser cuestionada *de lege ferenda* por quienes entiendan la vida indisolublemente unida a la disponibilidad sobre la misma, pero *de lege lata* es la única interpretación posible.

El legislador español ha elevado a comportamiento típico la intervención ejecutiva en un hecho impune (al igual que lo ha hecho con la inducción y el auxilio necesario al suicidio). El tipo se erige sobre la aceptación de la muerte e incrimina la conducta de un tercero como autor de un auxilio ejecutivo al suicidio. Este delito sólo puede ser cometido con la conformidad de la otra parte por lo que estamos ante un particular delito de encuentro.

Cabe decir que lo decisivo es la *aceptación* de la muerte, cualquiera que sea el motivo o la razón que lleve a tal decisión siempre que la decisión sea adoptada por un sujeto imputable<sup>27</sup> capaz de otorgar consentimiento válido, y que el tercero integre o complemente la decisión ejecutando la muerte. La aceptación es una característica implícita del tipo. La atenuación de la pena, respecto del homicidio, para quien auxilia “hasta el punto de ejecutar la muerte” descansa, precisamente, en la aceptación de la muerte por quien tiene voluntad de morir.

Por su parte, el artículo 143.4 exige la *petición* expresa, seria e inequívoca. Estructuralmente se trata también de un delito de encuentro cuya singularidad respecto del tipo anterior reside en que introduce una atenuación adicional de la pena, una hiperatenuación, en atención a que, a la mencionada petición, que se requiere sea expresa, seria e inequívoca, se añade la presencia del llamado contexto eutanásico, esto es, la enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar (aspecto este último cuyo examen, como queda dicho, no procede aquí).

---

27 Sobre la exigencia de la capacidad de la víctima para que haya suicidio, Torío López, La noción jurídica del suicidio, en Estudios de Derecho Público y Privado, II, ofrecidos al Dr. Ignacio Serrano y Serrano, Universidad de Valladolid, 1965, pp. 659 y ss.

## 2 La controvertida naturaleza jurídica de la aceptación y de la petición

### 2.1 Eficacia atenuatoria *de lege lata*

Lo primero que cabe constatar es que estamos ante supuestos de conformidad del titular del bien jurídico que llevan consigo una disminución, no una exclusión, de la pena. La conformidad constituye una característica típica, implícita en el caso de la aceptación del auxilio ejecutivo al suicidio del artículo 143.3, explícita en el caso de la petición del artículo 143.4 en relación con situaciones de eutanasia. En ambos casos, la conformidad despliega una eficacia meramente atenuatoria.

### 2.2 Eficacia atenuatoria *de lege ferenda*

En segundo lugar, cabe señalar que el consentimiento no sólo no despliega *de lege lata* una función excluyente de la responsabilidad en los delitos contra la vida sino que tampoco parece que pueda hacerlo *de lege ferenda*, y ello con independencia de la intelección del consentimiento como causa de justificación o como causa excluyente del tipo<sup>28</sup> y con independencia de la discusión sobre la relevancia del consentimiento en el homicidio imprudente<sup>29</sup>.

---

28 Sobre el debate acerca de si el consentimiento excluye la antijuricidad o la tipicidad y la distinción desde Geerds, Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, 4<sup>a</sup> Aufl., Verlag, 2006, parágrafo 13, A, II, marginales 2 y ss., pp. 540 y ss., Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, cit., pp. 402 y s., Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español, II, 6<sup>a</sup> ed., Tecnos, 1998, p. 332, Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, 7<sup>a</sup> ed., Reppertor, 2004, pp. 505 y ss., De la Gándara Vallejo, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Colex, 1995, pp. 57 y ss., Segura García, El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 54 y ss.

29 Mir Puig, Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente, ADPCP, 1991, pp. 259 y ss. donde sostiene que en estos casos *lo que se valora positivamente no es una decisión de morir, de renunciar al bien jurídico de la vida, sino de vivir arriesgadamente* por lo que la cuestión de la relevancia del consentimiento en el delito imprudente se resuelve al margen de la cuestión de si la vida es o no disponible por su titular, loc. cit., p. 267. Sobre la necesidad de distinguir entre las situaciones de suicidio y la heterolesión o heteropuesta en peligro consentida en la conducta imprudente contra la vida, vid. también Cancio Meliá, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, cit., pp. 46 y ss. Por el contrario, considera que carece de significación jurídica el consentimiento expreso o presunto en una acción imprudente que ponga en peligro y lesione la vida,

La intelección del consentimiento como causa de justificación en los delitos contra la vida -presupuesto que el derecho a la vida no contiene en sí un derecho a renunciar a la misma y que por consiguiente no cabe invocar la ausencia de interés del titular como principio rector- pasaría por aceptar en un juicio de ponderación la primacía de la libertad o de la autoderminación personal sobre la vida, o la primacía de la integridad moral o de la dignidad sobre la vida. Se trataría de acudir a una ponderación de bienes, intereses o valores, de situarlos en los platillos de una balanza, y observar como la balanza no se inclina del lado de la vida, o de reconocer la presencia de un interés jurídicamente protegido oponible a la vida y capaz de otorgar eficacia justificante al consentimiento. Esta interpretación debe rechazarse. A la perplejidad que suscita esa balanza en la que “los derechos se pesan con tanta precisión” pero que nadie sabe “dónde está y cómo se usa” y los problemas de inseguridad jurídica que lleva consigo<sup>30</sup>, se añade, en relación con los delitos aquí considerados, las serias dificultades, a partir de la Constitución, para hacer prevalecer la libertad, la dignidad u otro bien jurídico sobre la vida.

La intelección del consentimiento como causa de exclusión del tipo trasladaría el problema a un terreno distinto al atender no al de la ponderación de bienes o valores sino al de la imputación objetiva<sup>31</sup>. Con carácter general, señala Roxin que no

---

Torío López, Significación dogmática de la “compensación de culpas” en Derecho Penal, en Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 719 y s. También considera punible la heteropuesta en peligro consentida en delito imprudente, Gimbernat Ordeig, Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, en Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 445 y ss., el mismo, Imputación objetiva y conducta de la víctima, ADPCP, 2005, pp. 734 y ss.

30 García Amado, Discriminaciones indirectas y equívocos derechos (a propósito de la STC 3/2007, de 15 de enero, y del ATC 200/2007 de 27 de marzo), La Ley, nº 6748, edición digital, p. 1.

31 Sobre los criterios materiales de delimitación y la consideración del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad por razones de no imputación en atención a la responsabilidad de la víctima y no del autor (principio de responsabilidad), Jäger, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, Müller Verlag, 2006, pp. 16 y ss. y 22 y s. Sobre la delimitación de ámbitos de responsabilidad como pre-

hay lesión de un bien jurídico si la acción se basa en una disposición del titular de dicho bien jurídico y es expresión de su libertad<sup>32</sup>. Pero lo cierto es que, pensamos, la ley establece límites a la disposición sobre la vida y mal puede hablarse de un derecho a disponer de la vida como expresión del libre desarrollo del individuo. *De lege lata* no puede sostenerse que el consentimiento excluya la tipicidad en los delitos contra la vida y tampoco parece que quepa proponerlo *de lege ferenda* si aceptamos, como aquí se viene sosteniendo, que el derecho a la vida no alberga en su seno el derecho a disponer de la misma, lo que es particularmente claro en relación con las conductas de terceros.

### 2.3 Disminución de la gravedad del injusto

La disposición sobre la vida o la conformidad en la muerte, sea mediante su aceptación sea a través de la petición expresa, seria e inequívoca (mediando una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar) disminuye la gravedad del injusto.

Así como hay tipos penales en los que la acción ha de realizarse en contra de la voluntad del titular del bien jurídico (como por ejemplo en el allanamiento de morada del artículo 202 del Código penal) o sin la voluntad del titular del bien jurídico (como en el hurto del artículo 234 del Código penal) de manera que si media acuerdo no se cumple el tipo del injusto, cabe constatar que la petición o la aceptación de la lesión por el titular del bien jurídico aparece incorporada positivamente a los tipos penales aquí considerados siquiera sea con eficacia meramente atenuatoria. La relevancia de la conducta de la víctima ha sido tenida en cuenta en las legislaciones ya antes del desarrollo de la moderna victimodogmática<sup>33</sup>. En el ámbito de los de-

---

supuesto de la imputación objetiva, Tamarit Sumalla, La víctima en el Derecho Penal, Aranzadi, 1998, pp. 100 y ss.

32 Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, cit., parágrafo 13, B, I, marginal 12, p. 545.

33 Sobre ello, Silva Sánchez, ¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la *victimodogmática*, en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, 1989, p. 635. A la aparición de la moderna victimodogmática se refiere K. Madlener en La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho Penal, en

litos relacionados con el suicidio del artículo 143. 3 y 4 la aceptación o la petición de la muerte fundamentan la disminución del injusto típico. Esto no quiere decir, como se expone en el apartado siguiente, que los tipos de los delitos contra la vida requieran implícitamente un ataque a la voluntad o a la libertad y que, al faltar tal ataque en los mencionados delitos relacionados con el suicidio, se proceda a la disminución del injusto en atención al menor desvalor de resultado. En rigor, los tipos del artículo 143. 3 y 4 están ahí precisamente porque el homicidio no es, además de un delito contra la vida, un delito contra la voluntad. Por otra parte, los tipos del artículo 143. 3 y 4 contienen una formulación positiva, la petición o, implícitamente en relación con el auxilio ejecutivo al suicidio, la aceptación. Si los tipos antes mencionados del allanamiento de morada o del hurto exigen la oposición o el desacuerdo, de dónde se deriva que la conformidad excluye el tipo, los tipos del artículo 143. 3 y 4 exigen positivamente la aceptación o la petición y otorgan a la conformidad una eficacia meramente atenuatoria. ¿Por qué?

### 2.3.1 Disminución del desvalor de resultado

Podría sostenerse, en primer lugar, que la eficacia atenuatoria de la aceptación o de la petición de la víctima se funda en el menor desvalor de resultado. Ello sería así de aceptarse que, en los delitos contra la vida, además del ataque a la vida, concurre un ataque adicional a la libertad o a la autodeterminación personal. Esta tesis presupone entender que el homicidio es un delito pluriofensivo o que la voluntad de vivir forma parte esencial del derecho a la vida.

En este sentido proponía Bacigalupo en relación con el anterior Código penal una “redefinición” del bien jurídico protegido en el homicidio teniendo en cuenta el derecho a la libertad y la dignidad de la persona, es decir, una “consideración pluralizada” del bien jurídico, según la cual en el homicidio se protegería no sólo la vida sino también la dignidad, “la vida como soporte de la dignidad”. Esto tiene consecuencias para el consentimiento de acuerdo con la siguiente argumentación: *el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona como un fundamento del*

*orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) no permite desconocer en la protección de los bienes jurídicos personales un cierto grado de autodeterminación de la persona protegida, aunque, en ciertos casos de conflicto, el reconocimiento de la misma no sea total. En el caso de la vida, esta premisa impide que se pueda desconocer al individuo la capacidad para decidir sobre su propia muerte, aunque teniendo en cuenta la complejidad de tales decisiones, el derecho penal quiera impedir toda clase de ayuda a otros para la realización de las mismas. Consecuentemente, cuando la víctima ha determinado al autor a cometer el homicidio, habrá naturalmente una lesión del bien jurídico vida; pero no se habrá vulnerado su autodeterminación, ejercida, precisamente, al determinar a otro su propia muerte, y, por lo tanto, tampoco cabría admitir un menoscabo de su dignidad como persona*<sup>34</sup>. La mencionada argumentación permitía a Bacigalupo sostener, durante la vigencia del anterior Código penal, que si bien el consentimiento de la víctima no excluía ni la tipicidad ni la antijuricidad del homicidio, sin embargo podía tener una eficacia atenuatoria por la vía de las atenuantes analógicas del artículo 9 n° 10 del viejo Código penal, toda vez que el homicidio “no sólo lesiona el bien jurídico vida, sino también la autodeterminación de la víctima” y “cuando la víctima ha consentido faltará este último aspecto de la lesión” lo que fundamenta la apreciación de la atenuante<sup>35</sup>. Aunque Bacigalupo no lo señala expresamente, su argumentación conduce a sostener, a nuestro juicio, que la disminución del injusto obedece a la disminución del desvalor de resultado, y que a dicho fundamento respondería también la atenuación del tipo del auxilio ejecutivo al suicidio del artículo 143.3 y, al menos en parte, de las conductas relacionadas con la eutanasia del n° 4 del artículo 143 del actual Código penal.

La intelección del homicidio a la luz de la libertad o de la dignidad se halla también presente en las contribuciones de Queralt en las que reiteradamente afirma la primacía de la libertad personal y la autodeterminación sobre la vida. En la eutanasia

---

34 Bacigalupo, E., El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física, Poder Judicial, n° especial XII, pp. 151 y s.

35 Bacigalupo, E., Estudios sobre la parte especial del derecho penal, akal, 1991, p. 27. Crítico con el carácter pluriofensivo del delito de homicidio, Tamarit Sumalla, La víctima en el Derecho Penal, cit., p. 70.

y, más claramente, en el homicidio a ruego, Queralt considera presente un conflicto de derechos o bienes del mismo sujeto: “es el sujeto titular el que está en un dilema, dilema a cuya solución es llamado un tercero que puede verse penalmente involucrado” pero que, en rigor, se halla ante un propio conflicto de deberes, “el deber de respetar una vida y el de respetar la libertad” pues lo que se protege penalmente no es el valor vida “sino la vida concreta en su funcionalidad social”<sup>36</sup>. Aunque Queralt no lo menciona expresamente, y acaso su argumentación vaya ante todo dirigida a fundamentar la relevancia del consentimiento en los delitos contra la vida *de lege ferenda*, entendemos que su argumentación conduce a fundamentar la disminución del injusto en los tipos atenuados de los números 3 y 4 del artículo 143 del Código penal en el menor desvalor de resultado.

En la misma línea pensamos que cabe situar la posición de Cobo y Carbonell quienes, bajo la invocación de los artículos 1 y 10 de la Constitución, sitúan la libertad “en la cúspide del Ordenamiento jurídico”. Y sostienen que todos los derechos fundamentales de la persona deben ser interpretados como *emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad o, si se prefiere de la dignidad de la persona humana...*, y la *absoluta irrelevancia constitucional de la vida no deseada libremente por su titular*<sup>37</sup>. Profundizando en esta misma dirección propone Carbonell una interpretación integradora de vida y libertad, “una interpretación del artículo 15 (de la Constitución) a la luz del libre desarrollo de la personalidad” lo que le lleva a sostener que “sólo la vida libremente deseada por su titular puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido” y que *el objeto de protección de los delitos recogidos en el Título I del Libro II del Código Penal español es la vida libremente deseada por su titular, o el derecho a la vida*<sup>38</sup>. Esta interpretación implica que la voluntad de vivir

---

36 Queralt, Derecho Penal Español. Parte Especial, cit., p. 8, y, el mismo, Algunas repuestas jurídicas ante el final de la vida: a propósito del caso de Leganés, cit., pp. 10 y s.

37 Cobo del Rosal/Carbonell Mateu, Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales, en Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, I, 12, 1987, págs. 65 y s.

38 Carbonell Mateu, en Vives Antón y otros, Derecho Penal. Parte Especial, 4ª ed., Tirant lo Blanch, 2004, p. 94.

es inherente al derecho a la vida, forma parte de su esencia. En consecuencia, no cabría hablar propiamente en este ámbito del carácter pluriofensivo del delito sino de una concepción del bien jurídico vida según la cual a su esencia pertenecería la voluntad. Pero entendemos que a partir de tales premisas sus partidarios habrían de sostener, *de lege lata*, que el fundamento de la atenuación de los tipos del artículo 143. 3 y 4 reside en la disminución (interna) del desvalor de resultado.

### 2.3.2 Crítica

En nuestro criterio, la eficacia atenuatoria de la aceptación o de la petición de la víctima no se funda en el menor desvalor de resultado. Los tipos de los delitos contra la vida no están orientados a captar acciones contrarias a la voluntad del titular del bien jurídico o realizadas sin su voluntad. Ni del tenor literal ni del sentido de la regulación del homicidio o del asesinato cabe extraer que el ataque a la voluntad es una característica que fundamente el injusto de tal manera que mediando el “acuerdo” el correspondiente tipo no pudiera realizarse (o, en su caso, atenuarse). Antes bien, la interpretación conjunta de los delitos contra la vida conduce a sostener que allí donde, excepcionalmente, se ha querido otorgar eficacia a la conformidad del titular del bien jurídico, en relación con la intervención en el suicidio de otro y, en particular, en situaciones de eutanasia, se ha procedido expresamente a hacerlo, y se ha hecho otorgándole eficacia meramente atenuatoria como queda dicho<sup>39</sup>. Por las mismas razones, la disminución del injusto no responde a una disminución del desvalor de resultado. El desvalor de resultado, entendiendo por tal la lesión o puesta en peligro de la vida, permanece intacto en tales delitos. La vida no tiene adherida, como si a su esencia perteneciera, la facultad de disposición sobre la misma. La disponibilidad sobre la vida no forma parte, internamente, del concepto. Ni la dignidad, ni el libre desarrollo de la personalidad, ni la libertad son momentos

---

39 El examen de la impunidad de la eutanasia activa indirecta y de la eutanasia pasiva, excede del marco de este trabajo. En relación con la actuación conforme a la *lex artis* o a si decae la posición de garantía con atención a la situación anterior a 1995 y a la que surge con el nuevo Código penal, Alonso Álamo, La eutanasia hoy: perspectivas teológica, bioética, constitucional y jurídico-penal (A la vez, una contribución sobre el tratamiento penal del acto médico), cit., pp. 37 y ss. y lo dicho supra sobre el derecho a tomar decisiones sobre la propia salud.

conceptuales de la vida, aunque la vida, como los demás derechos esenciales de la persona, sea manifestación de la dignidad y la autonomía individual fundamenta la dignidad<sup>40</sup>. De acuerdo con esto, entendemos que el consentimiento, la petición, la aceptación, no modifica el desvalor de resultado, desde la perspectiva examinada, en los delitos contra la vida. La tesis del desvalor de resultado sólo puede sostenerse, desde dicha perspectiva, si se concibe el bien jurídico vida con una facultad de disposición adherida al mismo, lo que ni sostiene el legislador penal ni tampoco se deriva necesariamente, como ya se destacó al comienzo de este trabajo, de la Constitución española.

### **2.3.3 Toma de posición. Disminución del desvalor de acción, antinormatividad e imputación objetiva**

En segundo lugar, cabe examinar el fundamento de la eficacia atenuatoria de la aceptación o la petición de la muerte desde la perspectiva del menor desvalor de acción a partir de los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva requiere, para la presencia del injusto, además de, en su caso, la conexión causal entre acción y resultado, que la acción haya creado un peligro jurídicamente desaprobado y que se haya materializado en el resultado típico<sup>41</sup> o, en otros términos, de elementos teleológicos y valorativos

---

40 Si bien, según la filosofía kantiana, ello tendría lugar en el reino de los fines. Al respecto, González Vicén, *El principio de autonomía y el concepto del Derecho*, cit., pp. 42 y ss.

41 Los elementos de la imputación objetiva no se presentan de forma coincidente entre los autores. Aquí nos vamos a limitar a las referencias imprescindibles a los efectos de este trabajo. Con carácter general y con singularidades, Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 240 y ss., Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., parágrafo 11, B, I, marginales 44 y ss., pp. 371 y ss., Jescheck/Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 307 y ss., Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1997, pp. 223 y ss., Frisch, quien destaca la necesidad de poner el acento, más que en la imputación objetiva del resultado, en la determinación del comportamiento jurídicopenalmente relevante, vid. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 2004. Diferenciando entre desaprobación de la conducta (antinormatividad) e imputación del resultado a la conducta desaprobada vid. también Frisch/Robles Planas, *Desvalorar e imputar. So-*

o normativos. Por una parte, la acción ha de ser objetivamente peligrosa para el bien jurídico lo que significa que no estarán comprendidas en el correspondiente tipo penal aquellas acciones que no comporten un riesgo o que impliquen un riesgo insignificante o desdeñable o que disminuyan un riesgo preexistente para el bien jurídico. Además, la acción peligrosa se ha de materializar en el resultado típico, ha de caer dentro del fin de protección de la norma, no siendo suficiente que lo condicione o codetermine. Ambas exigencias presentan una orientación teleológica<sup>42</sup>. Por otra parte, la imputación objetiva requiere adicionalmente una valoración jurídica: que el acontecimiento se halle comprendido en el “ámbito de prohibición

---

bre la imputación objetiva en Derecho penal, Atelier, 2004. Sobre el debate en torno al fin de protección de la norma y la realización del riesgo en el resultado, ampliamente, Martínez Escamilla, La imputación objetiva del resultado, EDERSA, 1992, pp. 169 y ss., Rueda Martín, La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), Bosch, 2001, pp. 357 y ss., Anarte Borralló, Causalidad e imputación objetiva, Universidad de Huelva, 2002, pp. 281 y ss. Sobre la imputación objetiva como juicio de atribución de desvalor de resultado, Sánchez Lázaro, Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Traducción de una concepción personal de lo injusto en términos de imputación, ADPCP, 2005, p. 424.

- 42 Hay que negar que un resultado se halle comprendido en el fin de protección de la norma si no cabe pronosticar que la acción previsiblemente conduciría a dicho resultado (a pesar de que en la situación concreta medie una conexión causal entre la acción y el resultado), Torío López, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, en Estudios Penales y Criminológicos, X, 1987, pp. 389 y ss. y 397 y s. Considerando que es preciso proceder de manera diferente en el delito doloso y en el culposo, el mismo, Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva, ADPCP, 1986, p. 40: “una peligrosidad mínima de la acción puede fundamentar en los delitos dolosos la imputación objetiva. Por el contrario, presente un alto grado de peligrosidad de la acción, la imputación objetiva puede estar ausente en los hechos no dolosos”. Considera que depende de la *intención* del sujeto “el grado de peligro que traza la frontera de la imputación objetiva”, Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, cit., pp. 255 y s. Por el contrario, considera que la peligrosidad de la acción tiene el mismo contenido y alcance en el delito doloso y en el culposo, Martínez Escamilla, La imputación objetiva del resultado, cit., pp. 114 y ss. Destaca que tras la exclusión del injusto mediante la disminución del riesgo “se esconden cuestiones de valoración” a las que hay que responder, según los casos, con ayuda de la regla general del consentimiento, del consentimiento presunto o del estado de necesidad, Kindhäuser, Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso, traduc. Pastor Muñoz, ADPCP, 2006, p. 71.

de la norma”, que el hecho sea antinormativo<sup>43</sup>. La “antinormatividad” no se refiere a la ausencia de causas de justificación sino a que la acción se halle prohibida por la norma. La antinormatividad de la conducta típica presupone la peligrosidad objetiva de dicha conducta y exige que no concurren causas de exclusión de la relevancia penal del injusto<sup>44</sup>. Desde esta perspectiva se suelen tomar en consideración como supuestos en que falta la imputación objetiva, por razones de utilidad, la adecuación social de la conducta o el riesgo permitido<sup>45</sup>.

---

43 Torío López, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, cit., pp. 397 y ss., el mismo, Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva, cit., pp. 41 y s. Sin embargo señala que hay ya una valoración en la disminución del riesgo (y en la asunción autorresponsable de riesgo por parte de la víctima) que integran el llamado riesgo permitido, Kindhäuser, Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso, cit., pp. 70 y ss. Para Silva Sánchez la cuestión no es si hay peligro o no sino decidir la frontera del carácter no desaprobado del riesgo por lo que, dice, “en puridad todos los tipos (y no sólo aquellos que contienen elementos “normativos” de carácter clásico) se convierten en tipos estrictamente normativos”, Prólogo a Frisch/Robles Planas, Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal, cit., p. 14. Sobre la valoración como *momento final* de la actividad teórica y práctica del jurista, Torío López, Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, UNED, 1989, p. 421.

44 Destacando otros aspectos en relación con la “antijuricidad penal objetiva (no entendida como antinormatividad) como base de la antijuricidad penal completa (entendida como antinormatividad), Mir Puig, Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal, en El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Ariel, 1994, pp. 228 y ss. La terminología empleada, no siempre coincidente, puede conducir a equívocos. Mir Puig considera preferible la expresión “riesgo típicamente relevante” como requisito de la imputación objetiva, frente a la expresión usual “riesgo jurídicamente desaprobado”, Derecho Penal, Parte General, cit., p. 257. Recientemente, sobre el “desvalor intersubjetivo de la conducta típica” o creación de un riesgo no permitido que se realiza en el resultado, Mir Puig, Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal, en Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. II, cit., pp. 1322 y s.

45 Mir Puig constata la tendencia a la ampliación del alcance de la teoría de la imputación objetiva que “se desvincula de la sola previsibilidad, para remitir a la idea, que sirve también de fundamento a las causas de justificación, de la ponderación de intereses en conflicto (riesgo y utilidad social)”, Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal, en Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, UNED, 2001, p. 397. Subraya la tendencia a abrir la dogmática de la imputación a criterios (normativos) de relevancia social, y constata la falta de consenso acerca de la

La “moderna” teoría de la imputación objetiva es considerada prontamente como expresión del resurgimiento del viejo método teleológico valorativo y como *un principio metódico general, que se ramifica y disemina realmente a través de todo el sistema*<sup>46</sup>.

Asimismo, en las primeras contribuciones sobre la materia se destacó la falta de concreción típica de la teoría y su carácter supratípico. Según Gimbernat, la imputación objetiva es, *positivamente*, un elemento normativo del tipo, y, *negativamente*, un elemento del tipo que se distingue de todos los demás por no estar mencionado *expresamente: a la imputación objetiva la Ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo)*. Y añade que mientras unos elementos de la tipicidad, como el dolo o la causalidad, *el pensamiento sistemático los toma de la Ley misma que hace una referencia expresa a ellos, otros (lo que llamamos la imputación objetiva) no los puede extraer de los textos legales, pues ahí no aparecen por ninguna parte: los deduce del sentido y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales, y de los principios que deben informarlas*, lo que le lleva a afirmar que *la imputación objetiva es un fantasma que recorre los tipos*<sup>47</sup>.

---

sistemática y del punto de partida teórico-penal, Müssig, Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización, traduc. Cancio Meliá, ADPCP, 2006, pp. 93 y ss., quien, por otra parte, sostiene que un sistema del delito inspirado en la teoría social y que parta de un concepto de delito mediado por la comunicación, remite en el marco de la dogmática de la imputación a principios jurídicos generales de organización que suponen una estructura de atribución jurídica de significados conforme a genuinas reglas jurídicas de atribución de responsabilidad, loc. cit., pp. 94 y s.

46 Torío López, Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva, cit., p. 35, el mismo, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, cit., p. 383. Sobre las raíces históricas y el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva, Mir Puig, Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal, cit., pp. 389 y ss. Vid. también, Suárez González/Cancio Meliá, en Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal, Estudio preliminar, Civitas, 1996, pp. 22 y ss. Sobre el ámbito de la teoría de la imputación objetiva, Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, cit., pp. 258 y s.

47 Gimbernat Ordeig, ¿Qué es la imputación objetiva?, en Estudios Penales y Criminológicos, X, 1987, pp. 175 y s., y en Estudios de Derecho Penal, 3ª ed., tecnos, 1990, pp. 212 y s.

Sin embargo, la imputación objetiva no sólo opera como principio metódico general – como tal carente de concreción típica – en la intelección de los tipos penales, sino que puede operar internamente a las características típicas y a la total materia de la prohibición. La teoría de la imputación se alza sobre los cimientos de la vieja interpretación teleológica valorativa y, tras su desarrollo, retorna reforzada e incide en la interpretación de los elementos de los tipos penales. Los criterios de la imputación objetiva se proyectan sobre los elementos (expresos o implícitos) de los tipos penales que describen la (mayor o menor) peligrosidad de la acción o, en su caso, hacen referencia a la materialización de la acción en el resultado típico, o desvaloran (en mayor o menor medida) el comportamiento. Es decir, a medida que se han ido definiendo los elementos de la imputación objetiva, los elementos (expresos o implícitos) de los tipos penales pueden ser entendidos a la luz de las exigencias de dicha teoría, lo que constituye la primera fase de la imputación. La teoría continuaría de esta manera la tendencia a la expansión que se observa desde sus inicios<sup>48</sup>. Acaso quepa ver en ello no otra cosa que la aplicación del viejo método teleológico-valorativo, pero enriquecido, tras un camino de ida y vuelta, con las aportaciones de la teoría de la imputación objetiva moderna.

Dado que el injusto es graduable, la teoría de la imputación objetiva permite entender los elementos de atenuación o, en su caso, de agravación de los tipos desde sus propios presupuestos. El peligro para el bien jurídico puede ser mayor o menor, la acción puede estar más o menos próxima al fin de protección de la norma y, por lo que aquí importa, también puede ser más o menos “antinormativa” dentro del marco del tipo<sup>49</sup> (no vale decir, en el ámbito de la tipicidad, que la acción o está permi-

---

48 Joshi Jubert habla de la “expansión de las teorías de la imputación”, Normas de conducta y juicios de imputación, en Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat, I, Edisofer, 2008, pg. 1077. Acerca de la imputación objetiva como teoría del tipo objetivo, Suárez González/Cancio Meliá, en Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal, Estudio preliminar, cit., pp. 50 y ss.

49 Con carácter metódico general, sobre los componentes desvalorativos de los tipos penales, Sánchez Lázaro, Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de *lege ferenda*, Comares, 2007, pp.10 y ss.

tida o está prohibida, o es conforme a derecho o es antinormativa). La acción prohibida puede hallarse más o menos desvalorada bajo determinados presupuestos<sup>50</sup>.

La “antinormatividad” puede retroceder – o, en su caso, modificarse – por la presencia en el tipo de elementos o características que responden a criterios de utilidad o de justicia, características que pueden ser consideradas como específicas concreciones de riesgo (o lesión) (semi)permitido, elementos del juicio cognitivo, y, también, características típicas de valoración o desvaloración mayor o menor del hecho, de naturaleza fáctica o normativa (por tanto, no necesariamente valorativa), de las que el legislador se sirve, en el uso de la discrecionalidad legislativa, y que constituyen punto de referencia del juicio de imputación, características, en fin, que constituyen criterios positivados de y para la imputación.

Es en este ámbito donde viene en consideración el problema del consentimiento<sup>51</sup>. En el auxilio ejecutivo al suicidio o en la eutanasia activa directa la acción objetivamente peligrosa y que se halle dentro del fin de protección de la norma es menos desvalorado en atención a la aceptación o petición de la víctima. Esto se desprende ya de la mera interpretación literal. Pero, como es sabido, ésta es insuficiente para obtener el sentido último de la regulación. No es que la acción sea adecuada socialmente, ni que con-

---

50 También las causas de justificación que excluyen la antijuricidad pueden presentarse de forma incompleta y disminuir la pena en los términos del artículo 68 del Código penal. En relación con el artículo 143. 4 y el particular contexto eutanásico allí contemplado, sostiene Díez Ripollés que el fundamento de la atenuación reside en el menor contenido de injusto genérico. En su opinión, el artículo 143.4 da entrada a “una específica causa de justificación incompleta de los arts. 20. 5 y 20. 7 en relación exclusiva con los arts. 143. 2 y 3”, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I, cit.*, pp. 224 y 246. En el mismo sentido, Tomás-Valiente Lanuza, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 104. De modo diverso entiendo, como ya señalé antes, que el artículo 143. 4 responde a un doble fundamento, de un lado, al menor contenido de injusto específico, por el menor desvalor de acción, en atención a la petición expresa, seria e inequívoca, y, de otro lado, a la menor culpabilidad, en atención al contexto eutanásico.

51 Problema distinto al de la fundamentación del riesgo permitido en el consentimiento. Sobre ello y, en general sobre la problemática del riesgo permitido, la fundamental obra de Paredes Castañón, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 77 y ss. y 41 y ss.

curra un “riesgo permitido” (más bien habría que hablar de una “lesión atenuada”). Tampoco es que se proteja “menos” la vida o que estemos ante delitos pluriofensivos y falte el ataque a la voluntad. No es tampoco que la acción sea menos peligrosa; antes bien, puede ser muy peligrosa o altamente peligrosa para la vida<sup>52</sup>. Lo que sucede es que la presencia del consentimiento – y la consiguiente ausencia de interés del titular del bien jurídico – tiñe la acción de un limitado o reducido contenido de desvalor, de una menor desaprobación jurídica por razones atendibles de justicia más que de conveniencia, ejercidas en el uso de la discrecionalidad legislativa, de acuerdo con criterios racionales entre los que se halla el principio de autorresponsabilidad<sup>53</sup>. Si concurre la aceptación o la petición expresa, seria e inequívoca, el ataque a la vida se desvalora menos sin que ello implique que la vida se valore menos (a lo sumo puede verse aquí una particular manifestación del carácter fragmentario del derecho penal en virtud del cual se matiza la protección de la vida en atención al – menor – desvalor de acción). Por tanto, no hay una disminución del desvalor de resultado por la menor intensidad del ataque al bien jurídico o la menor protección de la vida (tampoco, como queda dicho, porque no se atente contra un pretendido bien jurídico adicional) sino un menor desvalor de acción. La acción peligrosa que se materializa progresivamente en la lesión de la vida no llega a estar permitida, pero sí se halla menos desvalorada. Es evidente que ello comporta un deslizamiento desde la acción del autor a la intervención de la víctima o, en otras palabras, una mediatización de la conducta del autor por la de la víctima y que el desvalor de acción se decide, en último término, valorativamente atendiendo a la acción de otro.

---

52 Con carácter general, sostiene que si concurre el consentimiento falta la creación de un riesgo típicamente relevante, Pérez Alonso, *Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho Penal*, C.P.C., nº 93, III, 2007, p. 107.

53 Sobre el papel que desempeña el principio de autorresponsabilidad en la formación del injusto, Tamarit Sumalla, *La víctima en el Derecho Penal*, cit., p. 103. Sobre la responsabilidad de la víctima y el dilema victimodogmático, Roperro Carrasco, ¿Hay que “merecer” la protección del Derecho Penal?: Derechos y deberes de las víctimas, en *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Alcácer Guirao (coord.)/ Cuerda Riezu (dir.), Dykinson, 2006, pp. 119 y ss. Sobre el principio de responsabilidad y el consentimiento de la víctima que obra responsablemente, Jäger, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, cit., pp. 22 y ss.

La acción que causa la muerte a petición se halla desaprobada jurídicamente pero menos desaprobada que el simple homicidio o el asesinato. La aceptación o petición de la muerte en el ámbito de los tipos del artículo 143. 3 y 4 -y la correlativa ausencia de interés del titular de la vida- fundamenta la “menor antinormatividad” de la acción del tercero que causa la muerte.

El supuesto se halla próximo a los casos de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste<sup>54</sup>, o de heteropuesta en peligro consentida, aunque va más allá en la medida en que la víctima no se limita a aceptar el peligro sino que acepta la lesión. Por otra parte, no plantea los problemas de fundamentación que suscitan estos casos en los delitos contra la vida<sup>55</sup>, ya que no se trata de negar la imputación objetiva sino de fundamentar, dentro del marco del tipo, la menor gravedad del injusto acudiendo a la menor desaprobación de la conducta y no a un debilitamiento de la protección de la vida.

La presencia de un componente interaccionista en determinados tipos penales -como los que toman en cuenta la contribución de la víctima en una autopuesta en peligro o en una autolesión en relación con los delitos de lesiones y de homicidio- es destacada por Wittig para quien no sólo la conducta del autor sino también la de la víctima y la de terceros pueden tener relevancia para la dogmática jurídico-penal y considera que *la noción de ámbitos de responsabilidad debe ser tomada en cuenta en el desvalor de acción*<sup>56</sup>.

---

54 Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, cit., parágrafo 11, B, I, marginal 121 y ss, pp. 409 y ss., Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español, II, 6ª ed., cit., pp. 107 y s. Acerca de las diferentes propuestas doctrinales sobre el tratamiento dogmático de la conducta de la víctima, Bonet Esteva, La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto), McGrawHill, 1999, pp. 216 y ss.

55 Cancio Meliá, La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”) RDPC, 1998, pp. 55 y ss., y supra nota 28.

56 Wittig se opone al funcionalismo de Jakobs pero entiende que “hay un aspecto de este enfoque que puede proporcionar un importante impulso al modelo tradicional de Derecho penal protector de bienes jurídicos”: allí donde Jakobs sostiene que “la imputación comienza con el reparto de competencia entre el autor, la víctima y los terceros”, Wittig, Teoría del bien jurídico, harm principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad, trad. de Ortiz

Importante consecuencia del retorno desde la imputación objetiva a la intelección de los elementos del tipo de acuerdo con criterios teleológicos y valorativos – falso retorno puesto que, en definitiva, es la reafirmación del viejo método teleológico valorativo nunca del todo abandonado – es el esclarecimiento de las diferentes dimensiones del desvalor de acción. El desvalor de acción no se reduce al dolo o la culpa, en el sentido destacado por el finalismo, ni a la peligrosidad objetiva de la acción, o momento teleológico, situado en primer plano por la moderna teoría de la imputación objetiva, sino que presenta ante todo una dimensión normativa<sup>57</sup> – que no debe confundirse con un exceso de normativización – la que la propia expresión desvalor de acción viene, en el fondo, a significar.

---

de Urbina Gimeno, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, R. Hefendehl (ed.), cit., pp. 342 y ss.

57 Recientemente señala Mir Puig que la norma primaria supone una valoración negativa de los hechos prohibidos por ella y que tal desvaloración se basa, además de en el desvalor de resultado, en el desvalor intersubjetivo de la conducta típica y en el desvalor subjetivo de la conducta típica, Mir Puig, *Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal*, cit., p. 1322. Sobre la introducción de valoraciones jurídicas en la teoría del delito, ya antes Mir Puig, *Valoraciones, normas y antijuricidad penal*, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, 2002, pp. 74 y ss.

## Primeros contactos y Navidad blanca en Friburgo

*Prof. Dr. Miguel Langon Cuñarro<sup>1</sup>*

Debe haber sido en el año de 1981 que, luego de una larga correspondencia epistolar, tuve el honor y el gusto enorme de recibir en mi casa de la calle Berro 1269, al Profesor Kurt Madlener, en el que creo fue su primer viaje al Uruguay.

Desde hacía algunos años yo mantenía comunicación con el antiguo Referat para Latinoamérica del Max Planck Institut für Derecho Extranjero y Penal Internacional,, a sugerencia de Adela Reta, que fue quien me hizo conocer la existencia del mismo, continuando luego esa comunicación a distancia con Kurt Madlener, que sustituyó al anteriormente nombrado en la responsabilidad de atender el área de habla hispana y portuguesa, hasta que finalmente se hizo posible la visita al Uruguay del recordado amigo a quien homenajeamos hoy.

Había invitado a aquella reunión en mi casa de la calle Berro, al Profesor Milton Cairoli y su esposa, donde se conocieron y con los que compartimos momentos gratos, que afirmaron una relación fluida y amistosa, entre el referente para Latinoamérica del Max Planck Institut, de Friburgo y los profesores de derecho penal uruguayos, que se materializó muy luego, en 1982, con el viaje de Milton a Alemania, primer becario que pudo apreciar la generosidad alemana y la de Madlener en particular.

Luego de él seguí yo, en 1983/84, y a partir de allí una gran cantidad de amigos entre los cuales destaco (con sana envidia) al que más oportunidades estuvo en el Max Planck, que fue el Prof. Pedro Montano que viajó tres veces, superando así la marca de Cairoli y la mía propia que alcanzaron a dos viajes de capacitación cada uno.

---

1 Catedrático de Direito Penal da Universidade da República e da Universidade de Montevideo. Ex-Procurador-Geral do Estado.

La relación se amplió también a los profesores uruguayos de Derecho Procesal, con lo que la semilla sembrada en aquellos primeros tiempos por Madlener, puede decirse sin lugar a duda alguna que tuvo una abundante y rica cosecha, que no se detiene hasta el día de hoy, aunque tal vez no todos tengan idea de cómo nació esta interesante complementación e intercambio uruguayo-alemana, alemana-uruguaya, que creo ha sido muy fructífera para la docencia nacional y el enriquecimiento de perspectivas de toda índole, como permite hacerlo el vivir otra realidad, en el caso la de la formidable nación alemana, que además tuvimos el privilegio de ver, literalmente hablando, cumplir el sueño de la unificación.

En el curso de mis viajes tuve ocasión de apreciar la Alemania dividida, y visitar Berlín oriental pasando el muro de la infamia, y luego volver a ella en plena reconstrucción, cuando todo aquel horror era solo pasado y se vivían los días difíciles pero esperanzados de la unión, que transformaron a la vieja capital prusiana, con todos sus tesoros y maravillas, en la esplendorosa realidad de hoy.

En mi segunda estadía, dedicada exclusivamente a temas criminológicos, que ocurrió a fines de 1996 y principios de 1997, ya Madlener culminaba su fecunda labor de referat, continuando siempre en el Max Planck, pero ya con nuevas responsabilidades.

En el ínterin Kurt había contraído matrimonio (con una latinoamericana, como correspondía) con la estimada Selma, con la cual realizó muchos otros viajes a Montevideo, habiéndonos encontrado otras veces por el mundo, siempre por su generosa invitación, destacando especialmente el encuentro de festejo de los 7 años de instalación del Tribunal Superior de Roraima, que acababa de pasar de ser territorio para convertirse en Estado de la República Federativa de Brasil.

Son muchas anécdotas, muchos amigos que pasan por el recuerdo, pero quiero especialmente mencionar una que ocurrió en la noche del 24 de diciembre de 1996.

Parece un relato mágico, tal vez sacado de las amarillentas páginas de un viejo libro de cuentos, de esos que nos hablaban en la infancia, de la misteriosa Selva Negra, con sus frondosos cedros centenarios, los feroces y sanguinarios lobos de sus colinas, siempre persiguiendo a los cándidos venados, los seres fantásticos del

bosque profundo, enanos, gnomos, brujas y hechiceros, espíritus de las aguas y del viento, cabañas perdidas en los claros de la tupida maleza donde inocentes familias de monteros vivían en íntimo contacto con la naturaleza, doncellas acosadas por el mal, princesas encantadas, rutilantes héroes salvadores que aparecían en el momento preciso, jinetes en espléndidos caballos blancos de gran alzada, en fin, toda la tradición europea que nuestros padres trajeron a esta América Latina, y a este Uruguay de suaves praderas onduladas llenas de verdor.

Negó intensamente aquel 23 de diciembre en Baden Wurtemberg, de modo que nos esperaba una Navidad como nunca habíamos vivido, una Navidad blanca.

Los copos de nieve curvaban las ramas de los árboles, que bajo su peso se inclinaban elegantes hacia el suelo, dándole a aquel paisaje y a aquella entrañable y hermosa ciudad, que aún conserva su aire medieval, un aspecto único, de belleza sin par, de pureza inmaculada, escenario propicio para la celebración del Rito ancestral del nacimiento de la Esperanza en la nueva vida, en la resurrección de la naturaleza, luego del crudo invierno que se avecinaba.

Madlener nos invitó a Sara (que había ido a pasar las fiestas conmigo) y a mí para asistir, en la maravillosa Catedral del siglo XI, alrededor de la cual se formó la ciudad del Breigau, a misa de gallo, que a la verdad no concurría desde que lo hacía, en la ya lejana niñez junto a mis padres en la Metropolitana de Montevideo, cuando Monseñor de Santiago oficiaba con su señorial y severo pero amable gesto de pastor.

Primero pasamos por su casa a cenar, un privilegio y un honor raras veces dispensado, porque Madlener no obstante su gran amabilidad, es un hombre reservado, que nos invitó otras veces, en repetidas ocasiones, a restaurantes encantadores, en general en lugares estratégicos de aquel maravilloso entorno que conserva todavía (y es una política estatal) su aspecto rural, dando pruebas de su generosa hospitalidad, pero en contados casos a la intimidad de su hogar, como en esta vez tan especial.

Silma preparó deliciosos platos con los frutos del bosque y ese sabor característico de la comida alemana casera, sabrosísima pero a la vez frugal, vino blanco de las famosas cavas del sur, del lado alemán de Rin, frente a los campos alsacianos, tan franco-alemanas todavía hoy, pero nada en exceso, como quería el filósofo griego.

Y luego por las blancas calles, en su auto, nos dirigimos a la Misa bajo intenso frío (creo que estábamos a unos 10 grados bajo cero o más, porque poco después en viaje a Paris se congeló el anticongelante que había puesto en el Peugeot que alquilaba, el que servía solo hasta los 20 grados bajo cero y llegó a marcar más de treinta)

Un manto blanco inmaculado cubría la ciudad, y tuvimos que dejar el auto a cierta distancia del templo vista la gran concurrencia de fieles en aquellas tierras de arraigado cristianismo romano.

Entramos por el portal lateral, el que da a la Rathaus, el románico, y nos envolvió en seguida el aire tibio, suavemente perfumado de incienso, que subía hacia lo alto como acariciando las elegantes columnas góticas que cual manos en oración o bosque primigenio, sugería la elevación del pensamiento hacia lo trascendente y eterno, en un esplendor de luces, que destacaban la alegría de la recordación del acontecimiento fundamental de la historia humana, el nacimiento del Niño Dios.

Una noche sin par, mágica, que atesoro en la memoria con afecto al buen amigo y su señora que nos permitieron vivir esos momentos inolvidables, del que el presente relato es apenas un pálido reflejo, que quiere ser testimonio de amistad y agradecimiento.

## Derecho penal del enemigo en Uruguay: Un no-derecho

Un derecho penal liberal y democrático, propio de las sociedades avanzadas de occidente, debe garantizar un razonable equilibrio entre la indispensable garantía de los derechos de los ciudadanos y la necesaria seguridad pública, o, dicho en otros términos, entre la libertad y la seguridad.

Ambos bienes son inestimables, y si bien puede considerarse que la libertad representa un valor absoluto del hombre y por tanto se halla en la cúspide de la pirámide de los valores, es también cierto que la seguridad, bien instrumental, resulta indispensable para garantizar el goce de todos ellos.

Es inconcebible lograr la libertad y disfrutarla, sin antes alcanzar y garantizar baremos de seguridad que permitan el pleno desarrollo de toda la potencialidad humana.

Si se pierde el debido equilibrio entre ellos se llega o a la tiranía (cuando se antepone a todo un desmedido deseo de seguridad) o a la anarquía (cuando por falta de seguridad se produce la guerra de todos contra todos, un producto de la libertad sin límites).

Pues bien, el mundo contemporáneo asiste a nuevas manifestaciones de la criminalidad, sobre todo la derivada del crimen organizado en todas sus manifestaciones, que además no se detiene en los límites fronterizos de los Estados haciéndose transnacional, lo que hace pensar en la conveniencia de adoptar nuevos mecanismos de defensa, para enfrentarla con posibilidades de éxito desde las instancias policiales y judiciales.

Ante fenómenos como el que plantean los crímenes de terrorismo, tráfico ilegal de drogas, armas o personas o de lavado de activos, la comunidad internacional postula cambios tanto en el derecho sustantivo (el derecho penal propiamente dicho) como en el adjetivo (el derechos procesal penal), instituyendo una más eficaz cooperación internacional entre los Estados, y en general una flexibilización de las garantías, para estar en condiciones de luchar contra este fenómeno de macro-criminalidad o criminalidad no tradicional.

El derecho penal tradicional va dejando insensiblemente paso a una nueva concepción del mismo, como derecho contra enemigos a los que se busca derrotar, exterminar, destruir totalmente.

El derecho penal deja de ser un instrumento de paz social, para convertirse en un arma de guerra, en un medio de destrucción del otro, al que se considera un “*hostis*” es decir un extraño, alguien al que casi no se considera “persona” porque se declara que el mismo no es capaz de arrepentimiento o cambio, indiferente a cualquier medida de prevención, dispuesto, como el terrorista suicida, a dar su vida por sus ideales, respecto del cual, en consecuencia, no tienen efecto ni las amenazas de castigo, ni las promesas de perdón, por lo que contra ellos solo cabe el castigo, la represión simple y dura.

Esto puede tener su razonabilidad interna, particularmente en cuanto se trata de combatir al terrorismo, tal y como resulta por ejemplo de la *Patriot Act* de los Es-

tados Unidos (2001), una respuesta legislativa al ataque del 11 de septiembre a las Torres Gemelas del World Trade Center, bajo la invocación de que es necesario “restringir los derechos para garantizar la seguridad”.

Pues bien:

El caso es que la eficacia que se logra con el empleo de tales medios, sirve de acicate y aliento para que se pretenda extender estas soluciones a otros campos no necesariamente idénticos a los mencionados, y en última instancia con la idea final de aplicarlos en la lucha contra cualquier delito, en mérito a la tendencia expansiva manifiesta que exhiben estas normas supuestamente de excepción.

Así por ejemplo, en la última ley votada recientemente, relativa a delincuencia organizada y particularmente al delito de lavado de activos y de financiación de actos terroristas (L. 18.494/09), se instituyen (o perfeccionan) mecanismos extraordinarios de prueba que implican, por ejemplo, la adopción de medidas prospectivas tales como las escuchas telefónicas con la consiguiente invasión de la privacidad de las personas, la entrega vigilada, el agente encubierto y la figura del colaborador eficaz, todo ello en un marco de debilitamiento de los derechos de la defensa, correlativos al aumento y primacía de los poderes del acusador público, una figura dependiente del poder político (Ministerio de Cultura) que, por el juego de la realidad va a estar, además, intensamente vinculado al quehacer policial (Ministerio del Interior).

Difícilmente su supuesta independencia técnica, garantizada por la Ley Orgánica del Ministerio Público, pueda garantizar en los hechos a los fiscales respecto de la intromisión en su quehacer del poder político de turno, toda vez que sus carreras, promociones y ascensos dependen de la voluntad de éste.

Pero es en el campo de la indispensable protección de los derechos humanos, donde esta tendencia, que puede ser legítima en su correcta orientación, tiende entre nosotros, a aparecer más como el ejercicio de un modo de venganza que como una serena administración de justicia garantizadora de la paz social.

Es que se pretende juzgar hechos del pasado en forma atemporal, con ignorancia de cómo era el mundo y las circunstancias particulares que se vivieron en el momento

de los hechos y como si no hubieran existido los acuerdos, explícitos e implícitos, que permitieron la normalización del sistema democrático-constitucional, que se había visto alterado por multitud de factores y al que en definitiva todos querían retornar.

El desconocimiento de los pactos y acuerdos a que se llega en un momento de transición da un mensaje muy negativo para el futuro: si Ud. sabe que lo pactado no se cumplirá, que lo firmado es, como se dijo en época napoleónica simple “papel mojado”, sin ningún valor una vez cambiadas las coordenadas del poder, va a ser muy difícil, en el futuro, poder solucionar situaciones excepcionales, que nadie quiere que ocurran pero que la historia indica que en el largo plazo son inevitables, porque en algún momento las sociedades se fracturan y se producen cambios, de uno u otro sentido, porque los detentadores ocasionales del poder, sabrán en el mismo momento de abandonarlo, que estarán perdidos porque nada de lo acordado se cumplirá, y que la venganza será implacable.

Los romanos, en su sabiduría centenaria, sentaron un claro principio rector para regular los acuerdos entre hombres dignos: “*pacta sunt servanda*”, los convenios deben ser cumplidos, entre otras cosas, porque si se quiere preservar la posibilidad de diálogo y pacto en el futuro, deben ser cumplidos los acuerdos de ayer.

La conclusión no podría ser más clara: cuando se tiene el poder no hay que abandonarlo, pues no vale ninguna negociación o pacto, pudiendo eso si perderlo en caso de derrota, lo que no señalará ya entrega negociada del poder, sino pura y simple capitulación o rendición total, a la que se llegara al cabo de sufrimientos sin cuento para la desgraciada sociedad que tenga que soportar un conflicto que solo puede solucionarse con la victoria total de unos sobre otros.

No fue esa la historia patria, desde el discutido “abrazo del Monzón”, pasando por el 8 de octubre de 1851 que puso fin a la Guerra Grande, la Paz de Abril de 1872, el Pacto de la Cruz de 1897, hasta el del Club Naval de 1984, donde la regla fue que, al cabo de los conflictos no hubiera ni vencidos ni vencedores, porque al cabo eran todos hermanos, hijos de la misma Patria.

Siempre, por cruento que hubiera sido el conflicto (¡y vaya que lo fueron los del Siglo XIX, con cientos de muertos en una sola jornada de batalla, como la de Ma-

nantiales!), se salió de ellos por la concordia y el encuentro fraterno, de aquellos ex combatientes que supieron sellar la paz, sin tratar de discriminar entre vencedores y vencidos, porque lo que debía continuar era la Patria unida, el hogar común de todos los orientales.

Y nunca se volvió contra lo pactado, que cerraba una etapa y habría otra por la que corría, sin límites y con esperanza, la vida nacional.

En la actualidad, y luego de las atrocidades cometidas durante el Siglo pasado (matanzas en masa bajo Stalin en la Unión Soviética, exterminio de poblaciones enteras provocadas por el nazismo, guerra de agresión japonesa, etc.), se ha fortalecido en la conciencia de la comunidad internacional la opinión de que es necesario castigar determinados delitos que son tales, aún cuando no hubieran sido descriptos en las leyes vernáculas, por cuanto su atrocidad es de tal naturaleza, que configuran conductas delictivas consagradas por la “costumbre internacional”, crímenes que solo podrían ser juzgados, en todo caso, por Cortes Internacionales de Justicia, tales como fueron los Tribunales de Nuremberg, Tokio, para el juzgamiento de los hechos ocurridos en territorios de la ex Yugoslavia y Ruanda.

Las insuficiencias del derecho penal internacional, la selectividad evidente que demostraba el sistema, su ineficacia para juzgar a los criminales de naciones verdaderamente poderosas, y detener los crímenes juzgando a los responsables en el momento mismo de ejercer el poder y a su amparo cometer sus delitos, fueron aborando el propósito de codificarlo, para darle seguridad y certeza a través de tipificaciones escritas, dispuestas con anterioridad a la comisión de los hechos, proceso que vino a culminar con la aprobación del Estatuto de Roma, ratificado por el Uruguay en 2002, que creó la Corte Penal Internacional de la Haya.

Allí el Uruguay se comprometió a tipificar, para el futuro, los nuevos crímenes contra la humanidad, lo que permitiría su juzgamiento en nuestro territorio, por nuestros tribunales, conforme a nuestra ley procesal, de modo que al dictar justicia dentro de nuestra soberanía, prácticamente no habría posibilidad de utilizar el mecanismo subsidiario del Tribunal Internacional, para delitos de competencia territorial oriental.

Eso hizo el legislador al sancionar la L. 18.026/2006, pero, además, se extralimitó fundamentalmente al establecer: a) “actos asilados” como crímenes de lesa humanidad y b) al excluir que esos delitos pudieran ser cometidos por “organizaciones”, limitando el concepto, selectivamente, respecto de los servidores públicos.

Esto significó una orientación legal marcadamente selectiva, discriminatoria, parcializada y estigmatizante del sector de “agentes del Estado”, concretamente de militares y policías, que luego siguió y amplificó cierta jurisprudencia práctica de algunos tribunales, que vista en su conjunto señala un ejemplo paradigmático y difícilmente superable de lo que puede llegar a ser un derecho penal de enemigos.

El derecho penal liberal, democrático, humanista y garantista se desvanece y pasa a ser un tópico discursivo, mientras que en la realidad se asienta un derecho nuevo que, a mi juicio, puede terminar y termina en un verdadero no-derecho, o dicho de otro modo, en un acto propiciador de la venganza bajo el ropaje encubridor de ser justicia, cuando en la realidad significa su negación.

Es impresionante lo que digo si se mira en su globalidad, a saber:

Se declaran ciertas conductas de jurisdicción universal, permitiéndose el castigo de las mismas aunque se hubieran cometido en otra parte, tratándose tal y como si los hechos hubieran sido cometidos en nuestro país, lo que es absolutamente excepcional por vulnerar el principio de la territorialidad de la ley penal (art. 4.2 L. 18.026), lo que nos puede involucrar, innecesariamente, en graves conflictos que nos son ajenos, con los riesgos que ello implica:

Los sospechosos de tales crímenes no pueden recibir el beneficio del asilo;

Ni pueden refugiarse en parte alguna (art. 6);

No pueden ser sujetos de ninguno de los institutos de clemencia soberana que dispone nuestra Constitución, y así no recibirán ni amnistía;

Ni indultos;

Ni beneficios “similares”, aplicándose una regla antidemocrática de analogía *in malam partem*, violatoria del principio de legalidad;

De modo que no podrán beneficiarse del instituto de la gracia, reservado a la Suprema Corte de Justicia;

Ni de ningún tipo de libertad anticipada, cualquiera sea el tiempo de detención y conducta carcelaria del concernido;

Lo que, en los hechos, significa una pena a perpetuidad, una cadena perpetua prohibida por nuestra Constitución, violando así el principio de resocialización y los fines humanitarios que se supone tiene la pena de privación de libertad;

Los subordinados no pueden ampararse nunca en la idea de la obediencia debida eje troncal de la disciplina militar;

No pueden alegar circunstancias excepcionales, o sea que no pueden probar, y ni siquiera alegar el riesgo que para ellos representaba, en aquella circunstancia específica, el incumplimiento de lo mandado;

Ni la situación de guerra interna, ni la existencia de una grave conmoción interior que justificó la imposición de medidas prontas de seguridad (una forma del “estado de sitio”), ni la declaración de guerra interna, ni la suspensión de las garantías individuales declarada por la Asamblea General podrán ser alegadas por los imputados aunque más no sea para intentar una atenuación de su responsabilidad, que se considera como si nada de ello hubiera ocurrido;

Pero no solo eso, sino que tampoco pueden alegar ni probar haber actuado en situación de legítima defensa (art. 26 C.P.), o de estado de necesidad (art. 27 C.P.), ni bajo una situación que les generó intensa emoción, bajo temor insuperable, de forma que no actuaron conforme a su “verdadera apreciación” (art. 30 C.P.) o que, en definitiva lo hicieron en situación de inculpabilidad, por no serles exigible, en el caso concreto, una conducta alternativa, conforme a derecho, diferente a la cumplida en aquella oportunidad;

Se declara que los suyos no son delitos políticos;

Ni militares, no obstante el sentido que pudiera haber tenido aquella confrontación entre dos modelos de sociedad (la comunista y la occidental, por ejemplo);

Se alteran, siempre *in peius*, los principios de la coparticipación criminal;

Y se estatuye una responsabilidad genérica, por adscripción, fundada simplemente en el cargo que ocasionalmente le tocó desempeñar a la personas, a la que las circunstancias llevaron a estar en el lugar equivocado en el momento erróneo;

De modo que el superior siempre resultará imputado, no obstante no haber tenido conocimiento directo de lo que estaba sucediendo, ni haberlo ordenado personalmente, bajo pretexto de que no pudo ignorar, o que debió haber sabido, o que actuó “con ignorancia intencional”;

Extendiéndose en todo caso el concepto de dolo indirecto o eventual no solo a lo que fuera de probable ocurrencia, sino simplemente a lo meramente posible, lo que, conforme a nuestro Código Penal extiende desmesuradamente el concepto de “delito intencional”;

Los crímenes no punen exclusivamente un hacer humano concreto, que se traduce en el mundo exterior, sino también una presunta omisión de impedir resultados que se tiene la obligación de evitar, conforme a la cláusula de equivalencia prevista en el artículo 3 del Código Penal, que de tal modo se extiende hasta la exasperación, según el alcance que el arbitrio del intérprete considere que tenga la posición de garante del superior respecto del bien jurídico objeto de tutela;

No se pune solo la conducta del que tortura o mata, o del que ordena matar o torturar, sino meramente el hecho de no haberlo impedido, conforme a una mal aplicada teoría de responsabilidad de escritorio, atribuida por algún autor a los que tienen supuestamente dominio de los hechos, dándosele a esta expresión un contenido desmesurado que hace que, en definitiva, se pueda imputar cualquier delito, cometido por cualquier subordinado, al jefe por el simple hecho de serlo, sin que la responsabilidad del superior así condenado, libere la del subordinado que también responderá;

En el afán de estigmatizar se vulneran los conceptos claramente establecidos a texto expreso por la ley penal uruguaya, y se pretende imputar autoría a todos, direc-

ta o mediata, aunque el que cumpla la orden resulte inimputable o imponible, contra el claro precepto del artículo 60.2 C.P., que lo prohíbe;

La falta de garantías se hace insoportable en materia de delitos sexuales, ya que, en tales casos, el acusado no puede probar el consentimiento de la supuesta víctima, una contradicción en los términos, por cuanto si hubo consentimiento queda excluida la violencia y no existirá literalmente una víctima;

En la misma línea, que confunde moral con delito, se interdicta la prueba relativa a la conducta anterior de la víctima, lo que tal vez serviría como circunstancia de atenuación, que permitiría una graduación más adecuada de la pena;

Se disminuyen los derechos y las posibilidades de la defensa ya que no se permite en tales casos la ratificación del testimonio por parte de la víctima, de modo que no se le podrá repreguntar, ni interrogar en modo alguno para tratar de esclarecer los hechos, a lo que tiene derecho cualquier imputado y su representante legal;

Se descarta expresamente la “igualdad de trato” que debe existir en un juicio democrático, impidiéndose que rijan en estos procedimientos lo establecido en el artículo 113 del Código del Proceso Penal que, aunque imperfectamente, por lo menos en el papel lo garantiza.

Con esta base legislativa se potencia al máximo el poder discrecional que de hecho tienen los magistrados, jueces y fiscales, algunos de los cuales han demostrado ser propensos a la arbitrariedad, al capricho, a la pretensión de imponer sus propias convicciones personales, por sobre el sentido sereno y general que indica la Constitución, demostrando una tendencia a manejarse con libre arbitrio, de modo que de cierta manera se advierte un retorno a una situación similar a la vivida antes de la Revolución Francesa, donde la ley no define concretamente los tipos penales, sino vagas aproximaciones a las que se les puede atribuir cualquier contenido, dentro de cuyos confusos paradigmas el juez declara que es delito lo que se le antoja y pone la pena que quiere.

Así se ha pretendido:

- aplicar retroactivamente la ley, violando el principio cardinal de legalidad;
- juzgar dos y más veces por los mismos hechos, basados en especiosos argumentos que hacen del conculcado principio del *non bis in idem* una especie de entelequia que se dice respetar pero que se conculca a veces con verdadera fruición;
- validar la prueba clara y palmariamente ilícita, violando la regla de “no comer del fruto del árbol venenoso”, que termina por legitimar a la tortura;

El tratamiento de la prescripción es paradigmático.

En efecto, en clara violación de la ley que establece el plazo máximo, para los delitos más graves que pueden ser de aplicación en los casos a consideración de la justicia nacional (en la medida en que no se aplique retroactivamente lisa y llanamente la ley posterior), en veinte años (art. 117, 1.a C.P.), la jurisprudencia ha empezado por considerar, sin ley que sustente el aserto, que dicho plazo ha quedado interrumpido durante el período extraordinario que corre entre el 27 de junio de 1973 y el 1 de marzo de 1985, con lo cual en los hechos se amplió el período de prescripción, que es de orden público y de inmediata concesión por el Juez, sin necesidad de pedido de parte, de modo que todos los delitos cometidos durante la llamada dictadura militar o época del proceso cívico-militar, quedaron irremediabilmente prescriptos el 1 de marzo de 2005.

Luego, como habían prescripto los delitos, algunos tribunales entendieron aplicable el artículo 123 C.P., que extiende el período en un tercio, cuando se imputa homicidio, si el juez entiende que se trata de “sujetos peligrosos”.

Esta es una de las expresiones más claras de la transformación, esta vez por decisión jurisdiccional, del derecho liberal que busca la paz a través de la justicia, en un derecho penal contra enemigos que plasma la más cruda venganza contra el hombre, contra todo lo que enseña la doctrina y contra toda racionalidad, tornándose un pensamiento de corte crudamente represivo, totalmente anticonstitucional.

Es la plasmación más cruda de un derecho penal de autor, que consiste en punir al individuo no por lo que hizo sino por lo que es, por la condición social que ostenta,

en el caso y concretamente, aunque también se ha aplicado a civiles (gobernantes en la época de los hechos) la condición de policía o militar.

Esta doctrina que proviene del más rancio, superado y criticado positivismo penal, es además mal aplicada por cuanto la peligrosidad en todo caso supone un pronóstico, una prognosis sobre que el sujeto así considerado volverá probablemente a delinquir en el futuro, “en concepto del juez”, lo que es totalmente incompatible por cuanto no existe ya el mundo bipolar en que se desarrollaron los acontecimientos, no hay dictadura en el Uruguay, estas personas se integraron hace decenios a la vida social sin haber vuelto a delinquir, no tienen ningún poder, ni mando, ni ejercen ninguna función pública, estando todos absolutamente retirados de su anterior vida profesional, son personas de avanzada edad, muchos de ellos enfermos, lo que hace realmente vergonzoso que los jueces uruguayos se hayan pronunciado del modo que lo hicieron, pues usaron de una mera potestad discrecional para usarla en el peor de los sentidos posibles, llevando inseguridad precisamente al lugar donde la ley pretendió garantizarla.

Esta interpretación que criticamos está totalmente fuera del ámbito de aplicación que el legislador tuvo hace más de setenta años cuando estableció la disposición mal empleada ahora, que lo hizo seguramente sin pensar que los juicios a los que se aplicaría se desarrollaran dos o tres décadas después de los sucesos que se supone vienen a juzgar con imparcialidad, porque si algún sentido tiene la norma es evidente que lo perdió con el paso del tiempo, porque una cosa es aumentar el plazo de la prescripción por un gravísimo delito cometido hace poco tiempo, que pretender hacerlo para castigar a ancianos por hechos cometidos en su juventud.

Pero eso no es todo, y demostrativo de lo que puede ocurrir cuando los jueces no se limitan a cumplir la ley, sino que lo hacen a su capricho, debo consignar, con verdadero dolor, porque aprecio personalmente al magistrado involucrado en ello (sentimiento que mantengo), que hubo uno que llegó a considerar que el plazo de la prescripción en verdad recién comenzó a correr el 1 de marzo de 2005, cuando asumió el actual gobierno, con el especioso argumento de que los anteriores, con todo lo democrático y libres que fueron, no tuvieron voluntad política de hacer cumplir la ley.

Hemos visto, además que la famosa peligrosidad que ya ha servido para extender el plazo de la prescripción, se vuelve a utilizar, contra todo lo que se ha sostenido desde las cátedras penales del país, nuevamente contra los mismos involucrados, pretendiendo condenarlos a sufrir medidas eliminativas aditivas a las penas, requiriendo penas que claramente exceden con mucho las perspectivas de vida que les resta a los concernidos a los que se quiere ver morir presos.

Estos desvíos y errores solo pueden prosperar cuando nos apartamos de la ley y de su sentido natural y obvio, lo que advierte sobre hasta dónde se podrá llegar de prosperar un derecho de enemigos, en plena construcción y desarrollo, que más allá de sus excesos será interpretado funcionalmente por jueces que, como se dijo en Italia de los defensores ambientales, se transforman en verdaderos “jueces de asalto”, que fallarán según el sentido de los vientos políticos que corran, los que, con la mejor sí que errada intención, terminarán por contribuir al derrumbe del Estado constitucional de Derecho, lo que propiciará el caos.

## Un recuerdo para el Dr. Kurt Madlener

*Milton Cairolí Martínez<sup>1</sup>*

En el año 1982 yo era director del instituto de derecho penal de la facultad de derecho en la universidad de la república.

Unos días antes del mes de octubre, recibimos la noticia de que el referat para asuntos latinoamericanos del Max Planck Institute de Freiburg in Breisgau, dr. Kurt Madlener visitaría nuestro país y obviamente la facultad de derecho donde daría un par de conferencias sobre temas penales de su especialidad.

A fines del mes de setiembre o principios de octubre de ese año, recibimos especialmente al dr. Madlener en el aeropuerto y a los pocos días lo escuchamos con placer en la facultad de derecho.

El trato con él fue muy grato y amistoso, por lo que cuando anunció su regreso a Alemania, le organizamos un asado criollo en la parrillada “el entrevero” en Montevideo.

Después de degustar las viandas servidas que obviamente fueron del agrado del invitado, pues todos sabemos lo sabroso de la carne uruguaya, Madlener me llamó aparte y me preguntó si yo estaría de acuerdo en visitar Alemania, donde concurriría durante las mañanas al Goethe Institute de Freiburg y por la tarde me encargaría de realizar una investigación en la monumental biblioteca del instituto Max Planck, sobre el delito de aborto.

Contesté que estaría encantado, pero que yo no sabía alemán. Me contestó que eso no importaba, que tomara unas clases introductorias en el Goethe de Montevideo pues para fines de noviembre de ese año estaría pronta la beca que financiaría mi estadía en Freiburg y antes de terminar ese mes debería estar en esa ciudad.

---

<sup>1</sup> Catedrático Emérito de Direito Penal da Universidade da República. Ex-Presidente da Suprema Corte de Justiça do Uruguai. Presidente da Comissão de Reforma do Código Penal.

Así lo hice, concurriendo a un curso diario en el Goethe y viajé a Alemania desde Montevideo a Frankfurt. Allí abordé un tren que despues de cuatro horas de viaje me llevó a Freiburg donde me estaba esperando Madlener. Me recibió cordialmente, como es de estilo en él, me alojó en casa del matrimonio weber y al otro día comencé a asistir a las clases de aleman por la mañana y en la tarde, después de una rápida comida en un comedor universitario, empecé a estudiar en la completa biblioteca del instituto Max Planck.

Mi preocupación por superar ambas pruebas era notoria pues era el primer becario uruguayo que concurría en esas condiciones a la hermosa ciudad universitaria. Pero la de Madlener era aún mayor, puesto que había tomado mi presencia en Freiburg como algo propio y en todo momento apoyaba mi investigación y sobre todo mi aprendizaje del idioma alemán.

Cuando después de varios meses tuve que rendir el examen, que constaba de seis pruebas que se tomaban en cuatro días, me preguntó si yo no quería algún profesor particular que intensificara mi conocimiento del alemán y me ofreció una profesora argentina para ello. Me parecio muy generoso de su parte, pero por razones de amor propio le contesté que le agradecía pero declinaba el ofrecimiento.

Me puse a estudiar con ahínco, pues tenía alguna dificultad en el audio y sabía que una de las pruebas consistía precisamente en oír frases en alemán, más bien preguntas y contestarlas.

Lo cierto es que en la prueba me fue muy bien, la aprobé sin dificultad, con una nota media superior a la mínima y obtuve el Certificat. Por supuesto que lo primero que hice fue decírselo a Madlener quien quedó tan contento que no cabía en sí. Desde ese momento pensé que esa gran experiencia que tuve a mis cuarenta y pico años de edad era en gran parte obra de esta gran persona, un verdadero amigo, me permito recordarlo como Kurt.

Mi estadía duró unos cuantos meses, pasé navidad y año nuevo lejos de mi familia pero cerca de grandes amigos en Freiburg que me hicieron no extrañar tanto a los míos, mi madre, mi esposa, mis tres hijas que aún eran pequeñas. Y por supuesto con la amistad de Kurt Madlener.

Cuando terminé mi investigación sobre el delito de aborto, me pidió que me quedara unos días más para que pudiera asistir a un hecho que para mí fue inolvidable, la transmisión de mando, por llamarle de alguna forma, de Jescheck a Esser, que si mal no recuerdo fue el 6 de febrero de 1983.

El día de mi regreso, debía viajar por tren a Frankfurt y desde la estación tomar un metro que me llevaría directamente al aeropuerto. Tenía mucho tiempo, porque el avión, que en aquel tiempo, cumplía un vuelo directo los viernes, desde Frankfurt a Montevideo, salía por la noche.

Pero lo que nunca le conté a Madlener, a pesar de que tuve en varias oportunidades el agrado de volverlo a ver, casi todas ellas en Montevideo, donde nos visitó si mal no recuerdo hasta bien entrada la década del 90 (recuerdo que lo recibí en mi despacho como presidente de la suprema corte de justicia por esos años), fue un hecho que me sucedió durante mi viaje desde Freiburg a Frankfurt en tren y que hubiera hecho sentir mucho orgullo al amigo Kurt.

Bien, cuando abordé el ferrocarril, me ubiqué en un compartimiento sumamente cómodo con todo mi equipaje que había aumentado considerablemente, pues en los meses pasados en Alemania había comprado libros, regalos para mi familia y hasta algún bolso y una valija.

A los pocos minutos subió un señor que tendría entre cuarenta y cincuenta años y comenzó a charlar conmigo, por supuesto en alemán. Yo mismo quedé asombrado de cómo le contestaba y seguía su interesante conversación que circuló por varios tópicos: primero el tiempo, bastante frío, luego asuntos del momento, deporte, etc. Por ese entonces yo hablaba bastante bien el idioma, pues mi larga estadía y la excelencia de la enseñanza en el Instituto Goethe habían hecho de mí un verdadero alemán. Sobre todo y esto lo afirmo sin pudor, yo tenía muy buena pronunciación y además construía gramaticalmente en forma bastante aceptable.

Cuando estábamos por llegar, el compañero de viaje me hizo algunas preguntas que quizás por el cansancio de haber pensado y respondido en un idioma que no era el mío, hizo que no entendiera muy bien lo que me preguntaba.

Le respondí con cierta vergüenza, que me disculpara que no le entendía bien. Quedó muy asombrado, y entonces tuve que confesarle que a pesar de todas las horas de conversacion y de mi aspecto de hombre grande, rubio, muy parecido a un alemán, no lo era.

Me dijo *¡no puede ser, usted me ha seguido una conversación en correctísimo alemán, sin duda más correcto que el que yo hablo!* le conté todo y cómo era que estaba en su país y que me regresaba al mío después de varios meses. Me felicitó y me dijo que sin duda yo había estudiado su idioma en el Instituto Goethe, que se notaba por la precisión de mis frases. Quedé realmente satisfecho y me prometí a mí mismo que eso seguramente lo enorgullecería al dr. Kurt Madlener cuando lo enterara. Pero como sucede muchas veces en la vida, nunca se lo dije, porque lo olvidé, o porque no lo recordé cuando nos volvimos a encontrar o porque quizás pensé que ya se lo había contado.

Lo hago ahora a través de este medio, que me ofrece la publicación que se hará en su homenaje.

Pensé mucho en esta colaboración, al principio me dije que debía enviar un trabajo académico sobre un tema de mi especialidad, el derecho penal, pero después me decidí por este simple recuento de una anécdota que me ocurrió en mis últimos momentos en ese bello país que es Alemania pensé que quizás Madlener apreciará más esta comunicación que un trabajo doctrinario que seguramente de todos modos puedo hacerle llegar en cualquier otro momento. Es decir que me pareció mejor y mas cálido hacerle saber a Madlener que el orgullo que él había sentido cuando aprobé la prueba de idioma, era en ese entonces justificado. Y digo en ese entonces, porque ahora, con el correr de los años he ido dejando involuntariamente de lado el alemán, sobre todo porque no he tenido demasiada oportunidad de conversarlo en mi país.

De todos modos vaya esta modesta colaboracion para el hombre que me hizo vivir una de las experiencias más enriquecedoras de mi vida, gracias a su invitación he podido consultar las mejoras obras de derecho penal, las que aún no sin cierta dificultad leo y que por otra parte, sirvió como introducción a otros colegas y amigos

que han visitado ese hermoso país y el excelente instituto Max Planck, abriendo así el camino a otras personas que sin duda, porque lo he conversado con ellos, recuerdan y agradecen a Kurt Madlener el privilegio de haber podido estudiar en la cuna de la ciencia penal.

Mi deseo es que Kurt Madlener se sienta tan orgulloso de su primer becario uruguayo, como yo me sentí cuando el compañero de viaje me dijo que durante casi cuatro horas no se había dado cuenta de que yo no era alemán.

Un cordial y afectuoso saludo al amigo y tutor, mi más cálido agradecimiento y que viva por siempre.

## El delito de tortura en el derecho uruguayo

### I La dignidad y la integridad de la persona

**1** La dignidad de la persona humana es una característica indisoluble a la condición de hombre, pues sin ella el hombre no existe, no tiene razón de ser, ya que pierde su libertad de autodeterminarse, de realizarse plenamente como verdadero ser humano.

El derecho a la dignidad del ser humano ha sido reconocido expresamente en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. El artículo 11 de este Acuerdo Internacional expresa que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad y nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, lo que quiere decir todo un elenco de manifestaciones del derecho a la libertad.<sup>2</sup>

**2** Autorrealizarse es un derivado del derecho de privacidad que cada individuo posee para hacer lo que quiera y como lo quiera en su vida privada, siempre que ello no coarte ni roce el derecho de los demás. Este derecho inherente a todo sujeto viviente con autonomía propia y fuerte como para autodeterminarse, se hace posible en virtud de la libertad regulada por la ley. Precisamente la libertad es el don de la naturaleza o

---

<sup>2</sup> Cairoli Milton. "El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias". T. III, p. 184.

de Dios, que ha sido confiado al hombre como atributo exclusivo suyo, porque está dotado de razón y ese derecho le confiere una dignidad por la cual se le coloca bajo la dependencia de su propia opinión transformándolo en el dueño de sus actos.<sup>3</sup>

3 Cuando un bien que surge del derecho a la libertad, como la dignidad, es atacado, el orden jurídico no puede reconocer ningún límite, ni siquiera el del propio consentimiento del titular de ese derecho, porque no sólo se trata de defender la violación de la dignidad humana, sino de reafirmar un valor social que sustenta la existencia misma del derecho como propio de todos los hombres libres.<sup>4</sup> Este derecho a la dignidad que posee todo ser humano en realidad tiene muchas manifestaciones, ya que no solo tiene relación con los delitos contra la libertad previstos en nuestro código penal, sino también con el derecho al honor y aun con los delitos o atentados sexuales.

Cuando los hombres sufren numerosos ataques a su dignidad, el derecho desaparece por faltar el ámbito que lo sustenta, así como desaparece también el derecho de propiedad para el recluso que no puede aprovecharse de las cosas que adquirió honradamente. *Si la dignidad viene con la persona desde su nacimiento, deja de ser un patrimonio moral que se conquista para convertirse en sustancia de la individualidad.*<sup>5</sup>

4 Así como la dignidad es un derecho inmanente al hombre libre, también lo es la integridad, tema que interesa fundamentalmente en todo estudio de la tortura por tratarse precisamente de una conducta que altera al hombre tanto en el aspecto físico como en el psicológico.

La integridad, igual que la vida, es una condición esencial para la existencia de la personalidad y por consecuencia se constituye en base de todo derecho. Por esa ra-

---

3 Sánchez Viamonte, C. “La libertad y sus problemas”. Bs. Bs. 1961, León XIII. “Renum Novarum” N° 14, pág. 22.

4 La importancia de la tutela penal contra las conductas que afectan directamente la dignidad humana se advierte en los convenios internacionales que pretenden unificar la política criminal en este tema.

5 Pérez, Luis Carlos. “La dignidad como bien jurídico protegido penalmente”. Revista de Derecho Penal de Colombia. N° VIII, N° 26, pág. 181.

zón es un bien indisponible e inviolable, el hombre no puede disponer de su propio cuerpo, sólo en el muy especial caso de la lesión consensual prevista en el artículo 44 del código penal. Como corolario de ello el hombre debe ser protegido penalmente en todas las conductas que lesionen ese bien jurídico.

5 La objetividad jurídica especial que preside todos los tipos de lesiones es sin duda la defensa a la integridad física personal, que es un interés individual, inmediato y dirigido a la conservación de la propia integridad en el doble sentido de lo material y lo subjetivo. Por ello entiendo que en lugar de “lesiones” hubiera sido más preciso y técnico denominarlos por ejemplo “enfermedad”.<sup>6</sup> Una enfermedad es cualquier alteración de la anatomía o del aspecto funcional del organismo humano, aunque ella no llegue a causar efectos determinantes en general.

La enfermedad del cuerpo alude a la integridad física de la persona y se refiere a las lesiones orgánicas causadas por violencias ejercidas sobre la parte material de la persona, es decir sobre su cuerpo. En cambio, la enfermedad de la mente comprende todas las facultades síquicas, como la inteligencia, la voluntad, la memoria y puede ser ocasionada por un trauma físico o un trauma síquico como el susto o cualquier otra emoción grave.<sup>7</sup>

6 El criterio esencial debe ser proteger al hombre de cualquier acto material que disminuya el goce de los derechos de su personalidad, sin destruirla, causándole un dolor físico o síquico.

---

6 5 Bayardo Bengoa. 170, dice que con el término enfermedad la ley quiere abarcar cualquier hecho lesivo del cuerpo o de la mente, sea local, general, limitado o difundido, agudo o crónico, leve o grave, que constituya o no un proceso morboso, etiológica o sintomatológicamente notorio.

7 Bayardo. 171, agrega que la enfermedad mental puede presentarse como proceso patológico de cierta duración en el tiempo o como desequilibrio mental pasajero, como algunas mentales, pérdidas de memoria, desvanecimiento y en general “toda apreciable alteración morbosa del normal funcionamiento de la psiquis”, es decir de OTTORINO VANNINI.

En contra CARRARA, N° 1404, para quien el desmayo no es ni siquiera una perturbación mental transitoria, sólo es una parálisis momentánea, transitoria, pero en realidad la mente no queda afectada en sus funciones propias.

Es que el daño que puede causar la tortura, puede llegar a ser irreparable, quizás más grave aun en el aspecto síquico que en el físico. Es un problema sumamente preocupante y que aun en la actualidad subsiste tanto en los regímenes dictatoriales, como en aquellos donde la sociedad civil ha conquistado espacios democráticos. Se ejerce en sistema de modo capitalista y se usa también en lugares en los que se gobierna a través de un proyecto socialista.<sup>8</sup> Todos conocemos ejemplos de estos, no viene al caso enumerar cuáles son estos países, en un trabajo que está dedicado al examen dogmático de una conducta que hoy es delito para el derecho penal uruguayo.

## II La tortura en nuestro derecho penal

7 La protección jurídica internacional de la dignidad y la integridad física de la persona, se hizo más palpable después de la segunda guerra mundial, lo que llevó a incluir en la Declaración Universal de los Derechos Humanos un artículo por el cual *nadie será sometido a tortura o a tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes*.<sup>9</sup> Este precepto no definía la tortura ni tampoco decía si era análoga o distinta a los castigos crueles o tratamientos inhumanos o degradantes. Pero, sin embargo, la lógica dice que si esos castigos y tratamientos eran crueles, es evidente que también lo es la tortura. También la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, agregó en su artículo 5 la prohibición de tratos contra la dignidad de los presos y de los detenidos.

8 La tortura es injustificable, es la negación de los fines de la Carta de las Naciones Unidas y una flagrante violación de los derechos humanos. Ningún Estado, aunque invoque circunstancias excepcionales, como puede ser incluso la guerra, puede justificar la tortura o sus análogos. Cualquier acto de tortura debe ser declarado delito, según la Declaración de las Naciones Unidas. El artículo 1º de la Declaración de 1975 define la tortura como *todo acto de dolor o sufrimiento severo físico o mental, infligido a alguien intencionalmente por un oficial público o por su instigación, diri-*

---

8 de la Barreda Solórzano, Luis. "Tortura: los frutos de la ley" en "Criminalia" Revista académica mexicana de Ciencias Penales. Año LVI – Nos. 1 – 12, 1990, pág. 35.

9 V. Asamblea General de ONU, 10/12/1948.

*gido a obtener información o confesión de aquel o de un tercero, a castigarlo por algo que ha hecho o que se sospecha ha perpetrado, o a intimidar al mismo o a terceros.*

**9** La tortura es un acto intencional que persigue fines determinados por la causación de dolores intensos, es más que cualquier trato cruel, más grave, inhumano y degradante. Quienes lo perpetran son sujetos calificados, porque se trata de personas dependientes o cuando menos obedientes al poder estatal. El agente de la tortura tiene pretensiones tales como la de obtener confesiones, informes o declaraciones, intimidar, desacreditar o humillar. Es una actividad deliberada que debe ser castigada en sí y por sí, por sus métodos aborrecibles y sus fines contrarios a la dignidad y libertad de quienes la sufren.<sup>10</sup> Deben incluirse entre ellos no sólo a los que torturan para obtener confesiones o testimonios o informes, sino también a quienes torturan por odio, venganza, resentimiento, soberbia, o que tienen deseos de desacreditar, humillar, menoscabar, etc.

**10** Del Toro ha intentado una definición de tortura a la que designa como *voluntaria administración de un dolor cruel, físico o moral, superior al que por causas personales y sociales puede sufrir normalmente la víctima y dirigida a determinar merced al terror, su actitud o la de terceros en el sentido propuesto por el ofensor.*<sup>11</sup>

Se trata de una pena corporal, dolorosa, más o menos atroz y depende de lo amplio de la imaginación de los hombres en materia de barbarie y crueldad, según Jaucourt.<sup>12</sup> Pero en realidad es parte de un ritual y su objeto es antes que restablecer el equilibrio, demostrar la omnipotencia de quien ejerce su fuerza sobre aquel que ha violado la ley o sobre quien se ha tomado como objeto expiatorio o víctima de la soberbia, venganza, odio, etc. de quien perpetra la tortura.

**11** La información obtenida por vía de la tortura debe ser declarada nula pues nada que se haya logrado por ese camino puede servir como prueba lícita en ningún juicio.<sup>13</sup> No deben permitirse estos tipos de interrogatorios en ningún ámbito ni los

---

10 Del Toro, Alejandro. "El nuevo delito de tortura". *Doctrina Penal*. Año 2. 1979, pág. 670.

11 *Ib.* Pág. 690.

12 *Cit.* por FOUCAULT, Michel. "Vigilar y castigar", pág. 39.

13 La Corte Suprema de Estados Unidos ha dicho: *El conflicto entre dos intereses fundamen-*

judiciales ni los ajenos a ellos. Es necesario que los Jueces con competencia penal comprueben con peritajes médicos de sus Forenses, si las torturas que los detenidos alegan han dejado lesiones que puedan ser apreciables por un médico legista.

12 Nuestro derecho penal positivo no ha sancionado un delito autónomo de torturas. Por lo que el único camino que había para sancionar a los autores de ellas, es la vía del artículo 286 del Código Penal.

En efecto, se trata del delito de Abuso de autoridad contra los detenidos, que castiga con pena de prisión de seis meses a dos años de penitenciaría, al funcionario público encargado de la administración de la cárcel, de la custodia o traslado de una persona arrestada o condenada que cometiere con ellas actos arbitrarios o sometiere a rigores no permitidos por los reglamentos. Claro que no es una norma que abarque todas las distintas manifestaciones de la tortura, porque deja fuera todas las situaciones en las que no estando a cargo de una cárcel aun en el concepto amplio que la doctrina ha dado a esta, una persona tiene detenida a otra y la somete a suplicios crueles y degradantes. Esta hipótesis se manifestó reiteradamente en el Río de la Plata donde grupos parapoliciales se atribuían el derecho de detener a personas sospechosas de delitos contra la seguridad de la Nación y las torturaban hasta arrancarles confesiones que luego ponían al servicio de las autoridades militares pertinentes en una suerte de colaboración voluntaria pero conocida y permitida, aun fomentada. El artículo 286 es limitado, se refiere además a un posible sujeto activo condicionado por la calidad de funcionario público en la noción que nuestro derecho penal concede a esta situación y aun le señala otra exigencia que es la de que sea encargado de una cárcel, o encargado de la custodia o el traslado de una arrestado o condenado. Hay detenciones y privaciones de libertad que no pueden considerarse bajo ningún punto de vista dentro de este tipo penal, pues no son arrestos legales y además no son cometidos por funcionarios públicos encargados de una cárcel o de la custodia o traslado del preso. En fin, la legislación sobre el punto era muy endeble, no servía para atrapar conductas que deberían tener una sanción penal importante. No alcanzaba tampoco la previsión del

---

*tales de la sociedad, su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley, debe resolverse a favor de este último.*

artículo 320 bis, que dice que cuando el delito de lesiones se comete por alguno de los funcionarios públicos en la situación prevista en el artículo 286 (es decir, encargados de cárcel, o custodia o traslado, etc) la pena de la lesión se agrava en un tercio.

**13** Por ello era imprescindible legislar acerca del delito de tortura, creando un tipo penal contentivo de las actividades de todas las personas que, lo crean o no, funcionarios públicos cometen maltratos crueles contra otras personas con el ánimo de arrancarles por la fuerza física o moral alguna información, testimonio o confesión, para una finalidad cualquiera. En este fin deberán incluirse no solo los supuestos donde la tortura sirve para un fin determinado que bien puede ser el de un juicio o el motivo político, como también las hipótesis donde se martiriza por odio, soberbia, venganza, deseos de humillación, etc., sin otra finalidad específica.

El tormento no solo es una acción gravemente repugnante al sentido moral, sino también lo es porque las manifestaciones producidas por su aplicación resultan por eso mismo, muy poco creíbles.<sup>14</sup>

---

14 Dálessio, Andrés José. “Primer fallo de la Corte sobre tortura” en *Doctrina Penal*, Año 6, 1983, 299. En nuestra jurisprudencia las decisiones han invalidado confesiones extraídas con violación de derechos sustanciales con rango constitucional. En una sentencia se declaró sin valor la confesión extrajudicial prestada luego de ocho días de detención, habiendo alegado el detenido haber sido sometido a castigos, los cuales, no obstante no fueron probados. En la sentencia publicada en la *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3, del 85, N° 195, se resta valor a la confesión judicial que estuvo precedida de una legítima privación de libertad, expresándose que “es un error atribuir la calidad de confesión al relato del imputado, reconociéndose autor de un hecho delictivo, porque medió coacción. Tal coacción puede deducirse de la extensa detención sufrida antes de prestar declaración en el Juzgado, situación que además de construir una violación del derecho inalienable a la libertad, constitucional y legalmente protegido (art. 15 de la Constitución y art. 156 del Código de Instrucción Criminal y 125 del Código del Proceso Penal), restando toda espontaneidad al relato, máxime cuando las condiciones de detención, según la experiencia enseña – habitualmente sin ingerir alimentos y sin poder dormir – constituyen por sí mismas una forma de coacción”. Con similar orientación, LDJ T. 93, Caso 10598, “... no se han cumplido en la especie, con las mínimas garantías constitucionales respecto a la incomunicación y trato de los detenidos, con incomunicaciones prolongadas, más allá de lo tolerable en establecimientos militares, en tales condiciones los dichos y declaraciones del imputado carecen de la espontaneidad mínima requerida para apreciar imparcialmente, como debe ser, los hechos atribuidas al mismo”.

**14** Cabe decir que nuestra propia Carta Fundamental no contiene una protección integral contra la tortura, puesto que el único artículo que legisla sobre el punto es el 26, que en su inciso segundo dice que “En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados...” En efecto, la tutela es únicamente contra la tortura o el martirio que puede llegar a producirse en los establecimientos carcelarios, pero no se refiere para nada a los que puedan perpetuarse en otros sitios o locales que no se consideren cárceles. La tutela debió ser más amplia y abarcar a todo lugar en que se practicara el suplicio en contra de una persona privada de libertad.

**15** En la legislación oriental sólo hay un antecedente respecto a la tortura lo constituye la ley N° 1088, de 11 de abril de 1870 que se refiere a la abolición de ella en los ejércitos de la República, expresando que se abolía la pena de azotes o palos y todas las demás penas corporales, cualquiera que sea su denominación y siempre que importen tortura. Si el Estado uruguayo cumple con lo que ha adoptado como ley que es el Pacto de Derechos Humanos firmado en San José de Costa Rica, debe adoptar disposiciones de orden interno sobre todos los derechos previstos en esa convención americana. En efecto, el artículo 2 de ella obliga a cada Estado contratante a adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para garantizar los derechos que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. Para dar cumplimiento a esa convención debía sin más, sancionar una ley que establezca en un tipo concreto y cerrado la sanción punitiva para quien someta a otra persona a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Y ello porque es una obligación que el Estado uruguayo ha contraído con sus pares americanos suscriptores del Acuerdo y un compromiso que ha asumido con la sociedad uruguaya al haber adoptado el Pacto como ley interna.

### III La Convención Internacional sobre la tortura y su proyección en Uruguay.

**16** Lo afirmado, por sí solo sería suficiente fundamento en pos de una legislación específica sobre el tema. Pero, por si esa tesis fuera discutida, la actual ley N° 15.798, de 27 de diciembre de 1985, obliga al Estado uruguayo a impedir la tortura

y hacer de ella un delito penal. En efecto, la mencionada disposición legal ratificó la Convención Internacional sobre la Tortura, que fuera puesta en vigencia el 26 de junio de 1987, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984.<sup>15</sup> La Convención obliga a cada uno de los Estados obligados por ella, a impedir la tortura y legislar penalmente creando una figura delictiva especial. Se exige además que cada Estado investigue toda denuncia de tortura y además indemnice a las víctimas de ella.

En esta Convención, la tortura jamás estará justificada, ni siquiera en casos de emergencia pública o aun de guerra, inestabilidad política interna, o cualquier otra circunstancia excepcional. Tampoco permite invocar una orden de un funcionario superior o de autoridad pública como justificación de ella. Esto último es muy importante pues indica que el torturador, pese a invocar razones de obediencia debida, será de todos modos juzgado y sancionado por su conducta.

17 Los delitos de tortura se considerarán incluidos entre aquellos que dan lugar a extradición en todo tratado sobre el tema, celebrado entre los Estados Partes de esta Convención. Estos, se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de ella que celebren entre sí en el futuro. A los fines de la extradición entre los Estados Partes de esta Convención, se considerará que los delitos se han cometido no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción. Los Estados establecerán su jurisdicción en estos casos: a) cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o buque matriculado en ese Estado, b) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado, c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado y este lo considere apropiado. En resumen, se acepta una jurisdicción obligatoria y universal sobre los torturadores, que serán extraditados y si ello no fuere posible, juzgados y condenados en el Estado donde se encuentren. Finalmente todo Estado se compromete a prohibir otros actos que sean tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura,

---

15 Los veinte Estados que adhirieron a esta Convención son Afganistán, Argentina, Belice, Bulgaria, Camerún, Dinamarca, Egipto, Filipinas, Francia, Hungría, México, Noruega, Bielorrusia, Ucrania, Senegal, Suecia, Suiza, Uganda, URSS y Uruguay.

cuando sean cometidos por funcionario público o similar, o por instigación, consentimiento o aquiescencia de él.

#### IV El Estatuto de Roma (Ley N° 17510)

**18** La realidad jurídica moderna tiene como uno de los elementos más característicos la importancia y presencia del Derecho Internacional cuando un Estado debe sancionar una ley interna. Ese mismo camino ha sido adoptado por las resoluciones jurisprudenciales, pues los tribunales reconocen y recurren cada vez más a las normas del *ius cogens*. Es por esa razón que frente a los acontecimientos que están ocurriendo desde hace un tiempo en el mundo, ciertos preceptos, como por ejemplo la prohibición de la tortura, se han ido plasmando en leyes internas y en fallos judiciales.<sup>16</sup> Esto obedece a la creciente globalización que ha permitido un proceso de humanización del Derecho Internacional Público, que consiste en colocar a la dignidad humana como núcleo de estos comportamientos.

Se ha sostenido que las normas de *ius cogen* contienen principios que refieren a valores superiores para toda la humanidad. Son reglas estructurales del orden internacional que reflejan valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional y que en mérito a su carácter imperativo obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad.<sup>17</sup>

En mi opinión, esto no es así, por lo menos en lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico interno. Desde luego que después de un convenio internacional los Estados que lo firmaron contraen una serie de obligaciones, la primera de ellas es cumplir sus preceptos de buena fe, según la regla *pacta sunt servanda*. En lo que atañe al Estatuto de Roma que crea un tribunal penal internacional permanente, el primero en la historia, debe señalarse que la competencia de este tribunal es subsidiaria respecto a la justicia interna del Uruguay. El propio Es-

---

16 V. Aguilar Caballo, Gonzalo. “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público”. *Ius et Praxis*. 12: 117 – 154, 2006.

17 Carrillo Salcedo, Juan A. “Curso de Derecho internacional Público”. Madrid 1994, pág. 86.

tatuto de Roma define a la competencia del Tribunal Penal Internacional como “complementaria” de la de los Estados nacionales. Es así que el Tribunal Penal solo actuará en aquellos casos en que el Estado parte no pueda o no quiera asumir su competencia propia. Eso ha sido expresamente previsto por el artículo 2º de la ley 18.026, de 25 de setiembre de 2006 que reza: *Artículo 2º. (Derecho y deber de juzgar crímenes internacionales). La República Oriental del Uruguay tiene el derecho y el deber de juzgar los hechos tipificados como delito según el derecho internacional. Especialmente tiene el derecho y el deber de juzgar, de conformidad con las disposiciones contenidas en esta ley, los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por la ley N° 17.510 de 27 de junio de 2002.*

**19** ¿Y cuál o cuáles son las razones por las que un Estado no quiera o no pueda asumir competencia en estos casos?

Refiriéndonos especialmente al Estado uruguayo, debemos convenir que no estamos normativamente (o no lo estábamos antes de la ley N° 18026) organizados para asumir la jurisdicción de estos casos, pues carecíamos de una ley interna al respecto. Pero tampoco teníamos procesalmente, los mecanismos que hicieran posible estos juicios, por ello es que con muy buen sentido, el artículo 3 de la ley 17510 de 8 de julio de 2002, que ratificara el Estatuto de Roma, concedió un plazo de seis meses para dictar una ley que tuviera por objeto establecer los procedimientos que aseguraran la aplicación del Estatuto, tanto en lo que se refiere a la cooperación internacional como a la asistencia judicial. Esos seis meses en realidad no fueron respetados, pues la ley 18026 se aprobó recién en 2006, solucionando los problemas de derecho sustantivo y de derecho procesal. Como ha dicho certeramente el Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR): *...debe tenerse presente que el ER (Estatuto de Roma) es un cuerpo normativo complejo que incluye aspectos sustantivos y procesales, por lo que resulta recomendable que la implementación legislativa regule ambos aspectos.*<sup>18</sup>

---

18 IELSUR. “Proyecto de ley sobre genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y cooperación con la Corte Penal Internacional”. Informe para la Comisión de Constitución y Códigos del Senado. 17/V/06, pág. 5.

Las salvedades fueron cubiertas, el ámbito sustantivo en los artículos 16 a 30 donde se tipificaron los nuevos delitos, entre ellos el de tortura y el procesal y de cooperación y asistencia en los artículos 31 a 77 de la mencionada ley 18026.

## V La tortura como crimen de lesa humanidad

**20** La primera vez que se declaró formalmente la expresión crímenes contra la humanidad, fue en el artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, el 8 de agosto de 1945.

En efecto, la citada norma estatutaria dijo que eran crímenes contra la humanidad: el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos en contra de cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos raciales o religiosos, en la ejecución o en conexión con un crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal.

Desde que la tortura es un grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos diversos con el fin de obtener de él una confesión o como medio de castigo<sup>19</sup> está perfectamente comprendida en la concepción de actos inhumanos.<sup>20</sup>

**21** El Estatuto y los juicios de Nuremberg fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1946 y declarados como parte del derecho internacional.<sup>21</sup> Fuera de toda la discusión que a nivel de los tratadistas de derecho internacional se ha producido sobre la validez del *ius cogens* y sobre su inaceptable preponderancia sobre la norma de carácter interno, de todos modos lo importante es que estos conceptos cristalizaron en el actual artículo 7 del Estatuto de Roma.<sup>22</sup>

---

19 Art. 1º. Declaración Naciones Unidas. 1975.

20 Matus, Jean Pierre. “El informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad...” “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”. Año 2008. ISSN 1695 – 0194 – pág. 07:9.

21 Resolución 360 A III.

22 Matus, Doc. cit.

Ese artículo en su numeral 1, declara como crimen de lesa humanidad en el literal f) a la tortura entendida como la causación intencional de dolor o sufrimientos graves tanto físicos como mentales, a alguien que el acusado tenga bajo su custodia o control. Se aclara que sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o sufrimiento que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.<sup>23</sup>

22 No voy a entrar en la presente entrega, a discutir la calificación de preeminencia de normas del *jus cogen* sobre las de carácter interno, creo que en el caso del Uruguay, el tema está totalmente superado en virtud de la aprobación del Estatuto de Roma por la ley 18026, que tipifica plenamente a la tortura como un delito de lesa humanidad.

## VI El tipo penal del artículo 22 de la ley 18026

23 Dentro del Capítulo II de la ley 18026, titulado “Crímenes de Lesa Humanidad, Actos Aislados”, está el artículo 22 que tipifica el delito de tortura.

Es necesario precisar que el primer artículo de este capítulo, que es el 19, bajo el *nomen iuris* de “Extensión de principios generales” considera crímenes de lesa humanidad a los delitos que se tipifican en el Capítulo y determina que se aplique lo dispuesto en la Parte I de la ley. Por ello aclara que a los efectos de lo dispuesto en todos los artículos del capítulo, se entiende por “agente del Estado” a una persona que actúa en ejercicio de una función pública, revista o no la calidad de funcionario público. Esto determina que el sujeto activo de estos delitos, entre ellos obviamente la tortura, se trate de un agente calificado, por ejercicio de cualquier función pública aunque no se trate de funcionario público.<sup>24</sup> Sin duda, el término es más lato que el definido por el código penal en su artículo 175, pues acá se trata de quien desempeña o ejercita una función pública, aunque no revista esa condición.

---

23 Este concepto es similar al del artículo 1º de la Convención contra tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que entró en vigor el 26/6/87.

24 Para la definición de funcionario público deberá estarse al artículo 175 del Código Penal.

**24** El tipo penal de la tortura está legislado en el artículo 22.1 que dice que *El que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado impusiere cualquier forma de tortura a una persona privada de libertad o bajo su custodia o control o a una persona que comparezca ante la autoridad en calidad de testigo, perito o similar, será castigado con veinte meses de prisión a ocho años de penitenciaría.*

En el 22.2 define que debe entenderse por tortura: A) *Todo acto por el cual se inflija dolores o sufrimientos graves, físicos, mentales o morales.* B) *El sometimiento a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.* C) *Todo acto tendiente a anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental aunque no cause dolor ni angustia física o cualquier acto de los previstos en el artículo 291 del Código Penal realizado con fines indagatorios, de castigo o intimidación.*

Y finalmente en el 22.3 aclara que *No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.*

## A Parte objetiva del tipo

### a) Objetividad jurídica

**25** Indudablemente la ley se ha pronunciado expresamente por incluir este delito dentro de los crímenes de lesa humanidad, por lo que el bien jurídico tutelado por esta norma es precisamente ese, de modo que me remito al significado que se expuso en V.

### a') Sujeto activo

**26** La titularidad de la acción se ha reservado a un sujeto activo muy especial, que puede ser cualquiera que desempeñe o ejercite una función pública, dándole a esta categoría del tipo penal una calificación de corte funcional. No tiene por qué ser un funcionario público, sino que puede tratarse de un particular que ejerza la función pública.

Esa titularidad la señala expresamente la norma del artículo 22.1 cuando se refiere a que puede ser un Agente del Estado o también a quien no lo es, pero que cuenta

con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado. La explicación de esta declaración del legislador está dada sin duda por la necesidad de atrapar dentro de la categoría de sujeto activo de la tortura aun a los particulares que ejerzan funciones con el apoyo de agentes del Estado, o simplemente con su aquiescencia, que es lo mismo que decir autorización, venia, permiso o mero asentimiento. Esto fue precisamente lo que sucedió en la época del gobierno de facto en Uruguay, donde grupos paramilitares o parapoliciales se atribuían funciones y con aquiescencia de algunas autoridades públicas (Agentes del Estado) sometían a detenidos a torturas varias. La definición es suficientemente amplia como para abarcar en ella a todos esos individuos que por una u otra razón perpetren este tipo de sufrimientos en el futuro.

**27** Es importante señalar que el artículo 9º de la ley 18026 afirma que no se podrá invocar la orden de un superior como justificación de los crímenes tipificados en los Títulos I a III de su parte II, lo que obviamente debe considerarse en el estudio de la tortura. Significa que la obediencia debida no será causa de justificación, para la ley, aunque en realidad en la actualidad todos sabemos que la obediencia debida no es una causa justificante, sino que ha sido considerada casi sin disidencias, como causa de inculpabilidad. He dicho antes de ahora que para mí se trata de una causa de múltiple naturaleza jurídica aunque por razones didácticas se sigue estudiando dentro de las causas de inculpabilidad.<sup>25</sup>

Pero esta exención decretada por la ley 18026 va mas allá de una simple consideración de la obediencia debida, se trate de la naturaleza de que se trate, sino que agrega que además no pueden invocarse la existencia de circunstancias excepcionales tales por ejemplo, como una amenaza o estado de guerra, inestabilidad política o cualquier otra emergencia pública real o presunta, como justificación de los crímenes tipificados en esta parte, obviamente referida también al delito que se esta ´considerando.

**28** El artículo 10 de la ley cristaliza la conocida opinión de Roxin sobre el aparato organizado de poder, pues responsabiliza al superior jerárquico, sea funcionario

---

25 Cairolí. "El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales". Tomo I, pág. 322.

civil o militar, de cualquier cargo oficial o de gobierno, como responsable por los crímenes previstos en esta parte a que se refiere la ley. Ello sucederá siempre que fuesen cometidos por aquellos que estén bajo su autoridad, mando o control efectivo, cuando en razón de su investidura, cargo o función, hubiere sabido (se refiere al superior que dio la orden) que estaban participando de cualquier manera en la comisión de esos ilícitos. La responsabilidad del jerarca se produce cuando habiendo podido adoptar todas las medidas razonablemente necesarias y a su alcance, para impedir, denunciar o reprimir la comisión de ellos.

### **a”) Sujeto pasivo**

**29** Debe tratarse de personas que estén privadas de libertad o se encuentren bajo la custodia o control de los eventuales sujetos activos del delito. También a quienes comparezcan ante la autoridad en calidad de testigo, perito o similar.

Veamos por su orden cada una de las situaciones:

-Personas privadas de libertad: se trata sin duda de cualquiera que tenga su libertad restringida, se trate de una privación de libertad legítima como ilegítima, pues la ley no aclara nada al respecto. El término empleado es amplísimo y contiene por ello a privaciones de libertad tanto de tipo legal como ilícito. Evidentemente no puede discutirse que la tortura pueda aplicarse delictivamente tanto a quienes se encuentren detenidos por orden de la autoridad administrativa o judicial como a aquellos que son sometidos a esa privación por un motivo ilegítimo.

-Personas que estén bajo custodia o control: la custodia es una forma de guarda, resguardo o protección, es decir aquel que se encuentre bajo cuidado de otra; el control en cambio es una vigilancia destinada a verificar, examinar, inspeccionar o comprobar algún hecho o elemento en poder de la víctima. También en este caso, la norma ha querido que el espectro de situaciones sea lo más amplio posible como modo de abarcar casi cualquier relación que se tenga con la persona que será objeto de la tortura.

-Persona que comparezca ante la autoridad en calidad de testigo, perito o similar: se trata de la autoridad administrativa o judicial, comprendiéndose dentro de la primera a cualquier repartición de la Administración Pública y dentro de la segunda a

cualquier ámbito judicial de la materia que se trate. Entiendo que se debe tratar de una autoridad de carácter público y no privado, pues la categorización que hace la norma respecto a la finalidad de la comparecencia enerva la posibilidad de que se trate de un ámbito de carácter privado. En efecto, la presentación de la persona ante la autoridad debe estar motivada por la aclaración que hace el dispositivo respecto a su calidad de testigo, perito o similar. Las dos primeras situaciones (testigo o perito) no necesitan explicación, lo de “similar” incluye a mi juicio la calidad de auxiliar, intérprete, asistente, etc.

### a”) Verbo nuclear

**30** Consiste en imponer cualquier forma de tortura, o sea infligir dolores o sufrimientos graves, físicos, mentales o morales. Someter a la víctima a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes e imponerle todo acto que tienda a anular su personalidad o disminuir su capacidad física o mental aunque no cause dolor ni angustia física. Finalmente, cualquiera de los actos previstos en el delito de incapacidad compulsiva previsto en el artículo 291 del código penal, siempre que sean realizados con fines indagatorios, de castigo o de intimidación.

Veamos cada una de las situaciones:

- Infligir dolores o sufrimientos graves, físicos, mentales o morales. El dolor es una sensación molesta y aflictiva de una parte del organismo a través de estímulos externos y nocivos. El sufrimiento es un padecimiento del cuerpo o de la mente producido por agentes externos y ajenos a la voluntad del paciente o al desarrollo de su organismo. Debe ser de carácter grave, según la ley y puede ser físico, mental o moral. Dentro de los primeros sin duda se sobrepone el dolor, pero puede existir un sufrimiento sin dolor, como el producido a través de mentiras que se le dicen al paciente, relacionadas con un familiar, un amigo, un compañero de trabajo o simplemente alguien a quien aquél estime. Si se le amenaza con un daño que sufrirá alguno de esos seres queridos, evidentemente se siente un sufrimiento de carácter moral o mental. Del mismo modo si se le anuncia cualquier otra circunstancia que lo prive por ejemplo de una propiedad, un título, un trabajo, o cualquier otra ocupación que desempeñe el paciente y que sea necesaria para su subsistencia o medio de vida.

Como se advierte entonces, se trata de una definición que abarca una gran cantidad de situaciones, creo que no ha sido nada dejado de lado por parte de los legisladores de esta ley 18026.

- Sometimiento a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La pena debe ser de tal magnitud que represente un trato inhumano o menoscabante, es decir que someta a la persona que la sufre a una condición por debajo de la de hombre, como si se tratara de un animal, imponiéndole una condición que lo torne en escalas inferiores a de su característica de humano.

- Actos que tiendan a anular su personalidad o disminuir su capacidad física o mental, aunque no tenga como consecuencia ningún tipo de dolor o angustia física. No entiendo por qué en este caso no se recurrió además a la angustia de carácter moral. La tortura sin duda puede crear un estado de ánimo que coloque a quien la sufre en una situación en que sienta disminuida su característica de persona en el aspecto físico o en el mental. Es en cierto sentido una reafirmación de lo dicho anteriormente respecto a la condición menoscabante o degradante.

- Cualquier acto de los previstos en el artículo 291 del Código penal que sean realizados con fines indagatorios, de castigo o intimidación. El artículo citado se refiere al delito de incapacidad compulsiva, un reato ubicado en el Título que tutela los delitos contra la libertad, y que consiste en colocar a alguien en un estado hipnótico, letárgico o que le suprima su inteligencia o su voluntad. En este tipo penal lo que se sanciona es únicamente esa situación, sin que la ley requiera ningún fin especial. En cambio, en el tipo de tortura que estamos examinando debe ser realizado con fines intimidatorios, indagatorios o de castigo. La del artículo 291 quedaría en una situación subsidiaria de la de la ley 18026, porque cuando se utiliza alguno de estos medios simplemente por cualquier otro motivo, como puede ser por ejemplo la soberbia, el odio, la venganza, se aplica el art. 291. Si en cambio, esos medios se usan para indagar a la persona, para intimidarla o para castigarla, estamos frente al tipo penal de la tortura.

**31** Los medios para perpetrar la tortura son amplios, puesto que la ley dice *de cualquier manera*.

## B Parte Subjetiva del tipo penal

### b) El dolo

32 El dolo en el delito de tortura se encarta en la intención de imponer cualquier forma de tortura a los sujetos pasivos que se determinan en el tipo penal, incluyendo claro está todos los actos que son definidos como tal, por el art. 22.2 de la ley 16028.

Actuar con dolo no requiere un simple conocimiento del tipo penal, pues es necesario además el querer realizarlo, es decir si el autor ha creído que en ese caso concreto puede realizarse dicha posibilidad. Debe pues existir una relación interna entre una decisión y un acto de voluntad, puesto que en el querer hay una dirección interna experimentada por el autor hacia el fin determinado de causar la tortura.<sup>26</sup> Para poder cumplir con esa decisión que siempre *ex ante*, es decir: previa a accionar, la ejecución de los actos debe estar orientada a los que han sido planeados y decididos de antemano cuando se tomó la resolución de cometer el delito, de modo que se trata de la identidad de los actos cumplidos con los decididos previamente.<sup>27</sup> Cuando se comienza a ejecutar el hecho propio de la tortura se está cumpliendo un mandato subjetivo interno que surge del plan que el autor se haya trazado en el caso concreto.<sup>28</sup>

### b') Referencias subjetivas

33 ¿Existen referencias subjetivas en el tipo penal sancionatorio del delito de tortura?

La ley se refiere a...*por cualquier motivo...* lo que lleva a la conclusión de que no hay una exigencia normativa respecto a ningún elemento subjetivo que deba cumplirse en el ánimo del sujeto activo para que pueda darse por perpetrado el delito.

Sin embargo, cuando el literal C) del artículo 22.2 se refiere a la comisión de la tortura mediante cualquiera de los actos previstos en el artículo 291 del código penal, parecería que no debe tratarse de cualquier acto simplemente considerado, sino solo

---

26 V. Fiedler, Herber. "Vonhabeu und Versuchim Strafrecht" 1967, pág. 58.

27 Ib. Pág. 64.

28 V. Struensee, Eberhard. "Dolo, tentativa y delito putativo". Buenos Aires, 1992, pág. 42.

de aquellos que dentro de los que están previstos en esta norma citada últimamente, sean tendentes a indagar, castigar o intimidar. En esta parte pues, aparece una verdadera tendencia, no se trata de cualquier acto de incapacidad compulsiva motivado por odio, soberbia, venganza, etc., sino solo de aquellos actos previstos en el artículo 291 del C.P. que tengan **finés indagatorios, de castigo o de intimidación**.

Esa es la diferencia que a mi juicio existe entre esta última forma de tortura del literal C) del 22.2 de la ley 18026 con el artículo 291 del Código Penal.

34 ¿Qué sucede con otros sufrimientos o dolores que no son considerados como tortura por la ley?

El art. 22.3, dice que *No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.*

En mi opinión quiere decir, por ejemplo, que todos aquellos actos que se inflijan al detenido en virtud de una sanción lícita o que sean un corolario normal o fortuito de esa, no serán considerados delito de tortura.

Pero el problema a mi juicio se plantea con lo dispuesto en el artículo 286 del Código Penal, que se refiere a los actos de abuso de autoridad contra los detenidos por parte del funcionario encargado de la administración de la cárcel, de la custodia o del traslado del arrestado o condenado que la someta a actos arbitrarios o a rigores no permitidos por los reglamentos. ¿Por qué? Porque indudablemente el artículo 286 se refiere a un arranque lícito del que se derivan consecuencias ilícitas. Deben diferenciarse de las previstas en el 22.3 de la ley 18026, que trata también de “sanciones lícitas” aunque se refiere a actos de dolor o sufrimientos que derivadas de ellas sean su consecuencia normal o fortuita. ¿Qué es una consecuencia normal? Se me ocurre que puede ubicarse dentro de esta categoría a alguna equimosis, raspadura, pequeño traumatismo derivado del esfuerzo lícito que hace el funcionario para someter al paciente al cumplimiento de esa sanción “lícita”. ¿Y cuando estamos frente a una consecuencia fortuita? Pienso que cuando del ejercicio del poder lícito se deriva algún dolor por mera casualidad, es decir concausal.

Esa entonces sería la diferencia entre la exención de la calidad de tortura que hace el 22.3 con los abusos cometidos a raíz de la sanción lícita prevista en el artículo 286 del código penal.

## VII Imprescriptibilidad

**35** El artículo 7 de la ley 18026 declara imprescriptibles estos delitos así como sus penas.

En ocasión de ser consultado por la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, opiné que debería quitarse de la norma que se había proyectado lo siguiente: *...cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido...* porque entendí que la imprescriptibilidad no podía ser retroactiva.<sup>29</sup> La Comisión recogió mi petición y suprimió del proyecto esa última parte, por lo que debe entenderse que la imprescriptibilidad se aplicará a partir de la vigencia de esta ley, como no podía ser de otro modo.

## VIII Penas y agravantes

**36** La sanción específica para el delito de tortura oscila entre los veinte meses de prisión y los ocho años de penitenciaría, a estar a lo que prescribe el artículo 22.1 de la ley 18026.

Pero existe otra sanción para los autores de este ilícito que es el de la pena de inhabilitación absoluta, prevista por el artículo 12 de la citada ley para todos los ciudadanos uruguayos que hayan sido condenados por los delitos previstos en los Títulos I a III de la Parte II de la ley, obviamente, para la tortura. Esta pena de inhabilitación es considerada como pena accesoria para ocupar cargos, oficios públicos y derechos políticos, por el tiempo de la condena.

**37** No sé si hubiera sido necesario este artículo 12.1 pues parece una repetición de lo ordenado por el artículo 67 del Código Penal, que dice que son penas accesorias: *La inhabilitación absoluta para cargos, oficios públicos, derechos políticos, profesiones académicas, comerciales o industriales.* Quiere decir que por lo menos en la parte

---

<sup>29</sup> Informe del 17/V/06 en Proyecto 380/05.

relacionada con los cargos, oficios públicos y derechos políticos, habría a mi juicio una innecesaria repetición.

En efecto, las penas accesorias, son las que dependen de una pena principal y se aplican como consecuencia jurídica de ella, su imposición es obligatoria, lo que quiere decir que el juez no tiene por qué señalar que las aplica, desde el momento que sanciona con una pena principal, la consecuencia será que ella lleva ínsita la aplicación de la accesoria.<sup>30</sup>

**38** Además, reza el artículo 12.2 de la ley, que si el condenado fuese un profesional o idóneo en oficios de la medicina condenado por crímenes previstos en los Títulos mencionados, se le impondrá además, la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión u oficio por el tiempo de la condena.

También me parece una innecesaria doble repetición, pues el propio artículo 67 mencionado, se refiere a la inhabilitación para profesiones académicas, y la medicina sin duda lo es.

**39** El artículo 12.3 expresa que si la condena fuese dispuesta por la Corte Penal Internacional, regirán las inhabilitaciones previstas en los numerales anteriores.

La competencia de la Corte Penal Internacional está prevista en el artículo 4.4 de la ley 18.026.

**40** En cuanto a las circunstancias agravantes especiales previstas por esta ley para los delitos previstos en ella, están previstas en su artículo 15.

Son específicas para los delitos en que se aplican, pero ello es sin perjuicio de las demás circunstancias agravantes que sean de aplicación, como dice la ley, refiriéndose obviamente a las previstas en el artículo 47 del Código Penal.

**41** Y bien, se agrava entonces específicamente la responsabilidad de los autores de estos delitos, obviamente la tortura, que es el que tratamos en esta comunicación, cuando se

---

30 V. mi obra cit. T. II, pág. 161. También Langón, Miguel “Curso de Derecho Penal y Procesal Penal”, 2001, T. III, Pág. 147: están implícitas en la pena principal no obstante es conveniente su explicación a las sentencias de condena.

cometan respecto de niños, adolescentes,<sup>31</sup> mujeres embarazadas, personas con limitaciones en su salud física o mental a causa de edad o enfermedad o cualquier otra causa. Y además también cuando se cometan contra grupos familiares, que son definidos por la ley como el conjunto de personas unidas por un lazo de matrimonio o parentesco, así como por el hecho de cohabitar o mantener una forma de vida en común.<sup>32</sup>

Respecto a los limitados en su salud física o mental, puede determinarse que la ley se refiere a cualquier tipo de causa que la origine, por lo que parece superabundante la referencia que hace la ley antes a la causa de edad o enfermedad. Sobre todo en el caso de la edad, porque es sabido que muchísimas personas de edad avanzada, no están limitados siempre.

**42** En cuanto a las formas de extinción del delito y de la pena, la ley también hace precisiones importantes.

En efecto, el artículo 8° determina la improcedencia de amnistía, indulto, gracia ni otro instituto de clemencia soberana o similar que en los hechos impida el juzgamiento de los sospechosos o el efectivo cumplimiento de la pena por parte de los condenados.

Se ha legislado de ese modo con una absoluta severidad para estos casos, en los que lógicamente entra la tortura, pues no se permite que los autores de ese delito sean beneficiados por cualquiera de los institutos que están previstos como formas de extinción del reato o de la pena por razones de clemencia soberana.

## IX Víctimas

**43** El artículo 13 de la ley 18.026 se refiere a la Intervención de la víctima en los delitos previstos en los Títulos I a III de la Parte II, o sea a la tortura.

---

31 Para la definición de niños y adolescentes ver el Código de la Niñez y Adolescencia.

32 Sin duda y con buen criterio se ha adoptado la concepción de familia en función de un vínculo voluntario (V. Gelsi, Adolfo. “Madurez personal y responsabilidad familiar”. Facultad de Humanidades, 1964, pág. 16; Camaño Rosa, Antonio. “Tratado de los delitos”, pág. 320.

Expresa que tanto el denunciante, como la víctima o sus familiares podrán acceder a la totalidad de las actuaciones, proponer pruebas, poner a su disposición las que tengan en su poder y participar de todas las diligencias judiciales. A dichos efectos, establece que tendrán el derecho a constituir domicilio y a ser notificadas de todas las resoluciones que se adopten.

44 Entiendo que se trata de una disposición que debe ser bienvenida, ya que en nuestro sistema penal, el abandono de la víctima ha sido prevalente ya que ella siempre fue la gran olvidada del sistema.

Por víctima debe entenderse a mi juicio, al perjudicado por el delito, que en general no ocupa un papel destacado en las reflexiones que se formulan dentro de la teoría del delito. En la mayoría de los casos se la margina, se le limita a un papel secundario, en una palabra se le “neutraliza”, como lo ha destacado el profesor Hassemer.<sup>33</sup> Esa neutralización ha llegado al punto de que parecería que puede describirse el conflicto penal prescindiendo totalmente de su figura.<sup>34</sup> La víctima no controla el delito, esa tarea pasa a ser trabajo del Estado que se convierte en exclusivo controlador de la reacción penal, como si se tratara de un verdadero monopolio.<sup>35</sup> Lo único que puede hacer la víctima es defenderse frente a una agresión ilegítima en el caso de legítima defensa, pero sin traspasar los límites que la ley le fija para ello.

45 El derecho penal, tradicionalmente, siempre ha reservado una atención secundaria a la víctima<sup>36</sup> al punto que esta ha llegado a ser también una *víctima de la dogmática de la teoría del delito*<sup>37</sup>.

---

33 Hassemer, Winfried. “Fundamentos del Derecho Penal”. Bosch, Barcelona 1984, pág. 90 y ss.

34 En materia penal siempre hay dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad que tiene su derecho de castigar y el del acusado que tiene el derecho de defenderse. ( Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española”).

35 Hassemer, ob. cit. pág. 93.

36 Concepto de Torio López reproducidas por Manuel Cancio Meliá. “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima”. Universidad Externado Colombia”. Bogotá.1998, pág. 10 y 11.

37 Alvin Eser,. Cit. por Cancio Meliá en loc. cit.

En los últimos años se ha producido el “redescubrimiento de la víctima” por parte de las ciencias penales, lo que se manifiesta en la Política Criminal, donde se nota una tendencia a su mayor protección, también en el derecho procesal donde se acepta una mayor participación de ella en el proceso. Y fundamentalmente ese redescubrimiento se nota en el propio derecho penal donde se acepta la indemnización o reparación a la víctima como una verdadera sanción.

Todo ello se nota, sin duda en la revalorización que a la víctima le ha conferido la ley 18026.

**46** Pero como la víctima no es solo quien sufre el daño del delito <sup>38</sup>, el artículo 13 de la ley establece además, con muy buen criterio, que “el denunciante” también puede intervenir, lo mismo que los familiares.

Esto es trascendental, respecto a los familiares es obvio, pues la víctima puede estar muerta después de la tortura, en cuanto a los denunciantes, a mi juicio son todos aquellos que enterados de la situación delictiva, ponen el hecho en conocimiento de las autoridades obteniendo así el derecho a intervenir en el proceso.

**47** En caso de que se hubiese dispuesto el archivo de los antecedentes o si después de transcurridos sesenta días desde la denuncia, aun continua el juicio en etapa de instrucción o indagación preliminar, el denunciante, la víctima o sus familiares, pueden formular ante el juez competente la solicitud fundada de reexamen del caso o solicitud de información sobre el estado del trámite. (art. 13.1 segundo inciso).

Es algo parecido a lo dispuesto por el artículo 33 de la ley de Prensa, Nro. 16.099, cuando el Ministerio Público pide el sobreseimiento, lo que faculta en ese caso al ofendido a ejercer por sí la acción dentro de un plazo perentorio de cuarenta y ocho horas a partir de la notificación de la solicitud de sobreseimiento. Pero como se ha dicho, solo parecido, pues en la instancia correspondiente a la ley 18.026, el plazo es mayor, el punto de partida no es la solicitud de sobreseimiento, sino el archivo y los benefi-

---

<sup>38</sup> En parte de la doctrina se usa “perjudicado” en lugar de víctima porque el tema aflige también a familiares, compañeros de trabajo, socios, amigos, etc., quienes sufren moral y económicamente las consecuencias del delito. (Quintero Olivares, Gonzalo; “Curso de Derecho Penal. Parte General”. 1996, pág. 511).

ciarios no son solamente la víctima, sino los denunciantes y los familiares de aquella. En este caso, si la petición de reexamen del caso se presenta por haberse dispuesto el archivo de los antecedentes, se dará intervención al Fiscal subrogante quien reexaminará las actuaciones en un plazo de veinte días. Es una disposición lógica que tiende a evitar un nuevo pronunciamiento de quien ya dictaminó en el expediente. (art. 13.2)

**48** La ley incursiona aun más en lo que tiene que ver con la protección a la dignidad de las víctimas pues faculta al juez a adoptar medidas adecuadas y necesarias para proteger su seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de víctimas y testigos. (Art. 13.4)

Cuando se trate de temas relacionados con la violencia sexual (art. 24) a efectos de la protección de la víctima, no se admitirá la corroboración de su testimonio, ni ninguna evidencia relacionada con su conducta sexual anterior tanto de ella como de los testigos, tampoco se aceptará usar como defensa el argumento de consentimiento.

**49** Respecto a las víctimas secundarias, de modo excepcional y con el fin de proteger a las víctimas, los testigos o el indagado, el magistrado podrá disponer por resolución fundada la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios técnicos especiales tendientes precisamente a prevenir la victimización secundaria. En este caso, se aplicarán estas medidas para víctimas de agresión sexual y menores de edad, se trate de víctimas o de testigos. Para estos casos se aplicará lo dispuesto en el artículo 18 de la ley 17.514 de 2 de julio de 2002.<sup>39</sup>(Se trata de la ley de violencia doméstica).

**50** El artículo 14 trata de la reparación de las víctimas, haciendo responsable de ella al Estado.

La reparación debe ser integral y comprenderá indemnización, restitución y rehabilitación y se extenderá también a sus familiares, grupo o comunidad a la cual pertenezca la víctima. Como ya se dijo,<sup>40</sup> el art. 14.2 define a familiares como el conjunto de personas unidas por un lazo de parentesco, así como por la cohabitación o mantenimiento de una vida en común.

---

<sup>39</sup> Esa norma se refiere a la prevención de la victimización secundaria como principio orientador.

<sup>40</sup> V. parág. 41, nota 31.

## De Montevideo a Friburgo, a través de los libros

*Pedro Montano Gómez<sup>1</sup>*

Durante un cierto período me tocó trabajar como asesor letrado en el Ministerio de Justicia, poco tiempo después de haberme graduado de abogado. Varios funcionarios del Poder Judicial habíamos sido trasladados a esta dependencia del Poder Ejecutivo a raíz de su creación. Su primer Ministro fue el Prof. Dr. Fernando Bayardo Bengoa, ilustre penalista, que tuvo el mérito de escribir la primera obra que abarcó todo el Derecho Penal Uruguayo. Ese es, además, el nombre del libro. También por entonces empecé mi carrera docente, primero con el profesor Cairoli y luego con el profesor Bayardo, en condición de aspirante a adscripto a la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de la República.

Recuerdo que un día en una reunión del Instituto de Derecho Penal, en la Facultad, se comentó que vendría un profesor alemán a visitarnos. El Profesor Bayardo, en su condición de Ministro de Justicia, y quien a la sazón era también su Director, se ofreció a auspiciar su venida y, en tal sentido, dispuso que su chofer y yo fuésemos a buscarlo al aeropuerto y que luego lo llevásemos a la casa del Dr. Cairoli, donde con su señora Teresa, los docentes y colaboradores de Derecho Penal, participaríamos de la bienvenida al profesor alemán.

En cumplimiento de mi encargo, fui con el chofer del Dr. Bayardo al aeropuerto. Invocando un pedido del Ministro de Justicia, logré salir a la pista de aterrizaje para recibir al Dr. Madlener al pie del avión, quizás el Dr. Cairoli y el Dr. Langón componían también la embajada.

---

1 Professor agregado de Direito Penal da Universidade da República, Montevideo, Uruguai. Doutor europeu pela Universidade de Navarra. Membro da Comissão de Reforma do Código Penal.

Mis dudas en aquel momento eran lógicas: ¿cómo será el Dr. Madlener? ¿Debo llevar un cartel con su nombre para ubicarlo? ¿Hablará alguna otra cosa que alemán?

Con mis veintipocos años, sentía vergüenza de no conocer a nuestro huésped. Además, me parecía poco elegante ir con un cartel, como si fuera un empleado de agencia de viajes. Corrí el riesgo y salió muy bien: el Dr. Madlener tenía el inconfundible aspecto del clásico científico alemán: barba blanca y muy erguido, de traje formal, impecable, y con el pequeño equipaje del que sabe viajar. Por lo menos esa era la imagen que yo tenía. Luego conocería también a otros profesores alemanes, con aspecto muy diferente.

Inmediatamente después de los saludos de rigor, momento en que me di cuenta de que hablaba un perfecto castellano –para mi alivio-, aun al pie del avión él me hizo dos preguntas: ¿estamos lejos de FCU [2]? ¿Y de Amalio Fernández? En parte condecía con la idea que tenía de los alemanes: “ir directo al grano” para no perder tiempo, pero no imaginaba que pudiera tener un conocimiento tal del Uruguay, como para saber cuáles eran en aquel entonces las principales librerías jurídicas. Le contesté que no, que si quería ir con gusto lo llevaría, pero que de inmediato tenía instrucciones de llevarlo a la casa del Prof. Cairoli, donde nos recibiría con su señora, para darle la bienvenida con un brindis al que asistirían los demás colegas. Aceptó gustoso, a pesar de que lo lógico hubiera sido que me pidiera para ir primero al hotel. Era la primera vez que el Dr. Madlener venía al Uruguay. Siempre recordaría como una agradable sorpresa ese recibimiento. Prácticamente sin conocerle, había sido invitado a la casa de un profesor uruguayo. Me lo comentó varias veces.

Ya en la casa del Dr. Cairoli y señora en la calle Joanicó, donde habían dispuesto un cóctel de bienvenida, oía lo que en perfecto castellano decía el Dr. Madlener a los otros profesores y comprobé que conocía perfectamente nuestra literatura jurídica, algunas peculiaridades de nuestra legislación e –incluso- preguntó por alguno de los autores contemporáneos más conocidos. Sobre todo, en el ámbito del Derecho Procesal, recuerdo que preguntó por el Prof. Vescovi y por el Prof. Gelsi Bidart. Yo iba de asombro en asombro.

Al día siguiente recuerdo que debí brindar información al Departamento de Relaciones Públicas del Ministerio para preparar un comunicado de prensa con ocasión de la visita del Dr. Madlener. Mi asombro se incrementaba cuando vi su *curriculum vitae résumé*: Doctor *utriusque iuris* (Ph.D.), Universidad de Freiburg, Licenciado en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid; Diplôme de Droit Comparé, Universidad de Paris; Gradué de l'Institut de Criminologie, Universidad de Paris; Master of Comparative Law, Columbia Law School. Acreditaba dominio de inglés, francés, español y portugués, y ¡también tenía publicaciones en farsi!

Fundador y Presidente de la Asociación de Derecho Africano, responsable del anuario del mismo nombre; integrante de varias misiones en representación de la Comisión Internacional de Juristas y de Amnesty International; docente en las Universidades de Freiburg, San Pablo, Autónoma de Madrid, Puerto Rico, procesalista y estudioso en derechos humanos. ¿Qué hacía un especialista en derechos humanos en un país donde entonces se decía que no se los respetaba? Era audaz.

Todo reflejaba circunstancias difícilmente coincidentes en una sola persona: la internacionalidad, lo exótico, lo académico formal, el trabajo especializado, abundante y profundo, una vasta cultura. Con el correr del tiempo, tuve ocasión de conocer a muchos penalistas de distintos países –sobre todo latinoamericanos y españoles- y era difícil encontrar a uno que no hubiese conocido al Dr. Madlener de quien no guardase un cálido recuerdo.

Continuando con mi tarea de *cicerone*, recogí al día siguiente al Dr. Madlener en su hotel para ir a visitar las librerías FCU y Amalio Fernández, tal como había pedido. Hicimos el recorrido a pie. El Dr. Madlener, sin embargo, no parecía satisfecho: había adquirido solo un par de libros. Entonces me pidió que lo llevara a una “librería de viejo”, donde pudiera adquirir libros antiguos. Recorrimos todas las que estaban en la Ciudad Vieja de Montevideo, pero tampoco colmaron sus expectativas. Me decía que quería ver una librería de libros más viejos aun. Lo llevé entonces a la zona de Tristán Narvaja, donde los domingos tiene lugar la conocida feria de cosas viejas y usadas al mejor estilo del Mercado de las Pulgas, o del Rastro. Pero tampoco encontraba lo que quería. Agotados de caminar, quedamos para continuar nuestra búsqueda al día siguiente. Le prometí que iríamos –por fin- a una librería de libros viejos *comme il faut*. Yo mismo no me había animado antes a proponerle visitar la

famosa librería. Se trataba de un tradicional local frecuentado también por estudiantes en busca de libros de segunda mano, pero verdaderamente caótica.

Recogí al Dr. Madlener en el hotel según convenido y nos dirigimos a la librería. Advertí que esta vez traía un maletín.

Al ingresar al local, la impresión inicial es fuerte. No se ve a nadie, simplemente pilas de libros en el suelo, y estantes abarrotados en las paredes. Para poder desplazarse dentro del local había que contonearse para pasar entre las columnas de libros en precario equilibrio, por el temor de provocar un derrumbe. La pulcritud del Dr. Madlener contrastaba con el polvo acumulado en el lugar. Una señora salió silenciosamente a nuestro encuentro, en lógico guardapolvo azul. Las preguntas de mi huésped eran muy concretas. Se interesaba por bibliografía específica en Derecho Público, Procesal y Penal. La señora indicó que el material se encontraba en unas estanterías, para las que sería necesario utilizar una escalera y le ofreció subir. Rápidamente, el Dr. Madlener abrió su maletín, sacó unos guantes y se los colocó. Le pidió a la señora un guardapolvo, y se lo trajo: en este caso blanco. Y se subió a la escalera, convertido en cirujano dispuesto a disecar estante por estante, libro por libro. Se le notaba que disfrutaba, muy concentrado en lo que hacía. Por fin había dado con el tipo de librería que buscaba para sus propósitos. Sacó una lista de su maletín y empezó una operación de descarte que parecía no tener fin. Libro por libro, me los iba dando para que yo los fuese poniendo a su vez en nuevas pilas en el suelo, donde buenamente cupiesen: “este me interesa”; “este no interesa”; “este no lo sé”, cotejando todo con la lista que llevaba. Luego me enteré de que parte de su misión consistía en adquirir libros antiguos y clásicos de Derecho para nutrir la biblioteca del Instituto Max-Planck. Acabada la “operación”, devolvió amablemente la escalera y guardapolvo a la señora. Le pidió que le hiciera una lista con los libros integrantes de las dos enormes pilas que había apartado, con indicación del respectivo precio. Eran francamente muchos. Quedamos en que se la haría llegar a Friburgo, donde se resolvería –en definitiva- qué libros se comprarían. Agradeció de manera muy correcta y cortés a la señora, y nos retiramos. Por cualquier cosa, dejé mi tarjeta de visita a la vendedora.

A la salida, el Dr. Madlener me comentó que había quedado muy conforme, y que sólo había conocido una librería más sucia que esta: estaba en Santo Domingo.

Por la noche tuvimos una cena, a la que invitó el Ministro Bayardo Bengoa, que compartimos con los demás colegas en una conocida parrillada de Pocitos, que se llama “El Entrevero”, como un famoso monumento que hay en la ciudad. Recuerdo que en esa cena planteó al Dr. Cairolí una invitación para ir a estudiar al Instituto Max-Planck. Sería el primer uruguayo al que el Dr. Madlener abriría camino en Friburgo.

Al día siguiente cumplí con mi encargo de dejar a nuestro visitante en el aeropuerto. Me di cuenta de que en poco tiempo, le había tomado afecto. Luego nuestra relación continuaría con ocasionales encuentros tanto en Friburgo, como en Montevideo. Además de facilitarme sesiones de investigación en el Instituto Max-Planck, tuvo la gentileza de escribir uno de los “*Gutachten*” necesarios para poder sostener mi tesis para el doctorado europeo y pudimos discutir muchos temas jurídicos que me permitieron aprender mucho de él.

Al día siguiente, en mi oficina del Ministerio de Justicia, se presentó sorpresivamente la dueña de la última librería que habíamos visitado. Era la misma persona que nos había atendido. Se mostraba muy desconfiada. Pensaba que habíamos representado una comedia para hacerle una broma: los guantes, el guardapolvo, las listas de libros, el tiempo insumido, el aspecto impecable de Madlener... Todo le había parecido raro. Quería asegurarse, en confianza, de que el enorme trabajo que significaba para ella hacer los listados, algún sentido tenía. La tranquilicé, le dije que todo era verdad, le expliqué quién era el Dr. Madlener y le dije que seguramente iba a hacer una muy buena venta. Insistí en que le debía mandar todo tal como se lo había pedido. Y así lo hizo. Al cabo del tiempo, volvió para agradecerme porque había hecho una muy buena venta, y para disculparse porque había desconfiado de nosotros.

Al cabo del tiempo, habiendo aprendido ya algo de alemán, me postulé para ir a estudiar una temporada al Instituto Max-Planck. La referencia natural fue el Dr. Madlener y todo salió perfectamente. Logré una beca y el permiso en mis trabajos para poder ausentarme durante unos meses. En Freiburg, tuve ocasión de conocer al Dr. Madlener en su *hábitat* natural. Orgulloso del Münster, me contaba cómo se había salvado de la destrucción del bombardeo aliado durante la II Guerra Mundial, que él también había padecido. Según se dice, sólo un hecho del “dedo de Dios” puede explicar que haya quedado incólume esta magnífica catedral, conoci-

da como “la más bonita torre de la cristiandad”. Todo era muy diferente a lo que yo estaba acostumbrado a ver en el Río de la Plata: mucha nieve, Selva Negra, *Brezeln* y *Spargeln* y, sobre todo, una impresionante biblioteca en el Instituto Max-Planck, incluso con libros uruguayos que nunca soñé que pudieran estar en Europa, y que se explicaba por la minuciosa labor de búsqueda y compra en el extranjero que yo mismo había presenciado. Gracias a él, también pude conocer a ilustres personalidades del Derecho Penal y la Criminología, y a numerosos colegas provenientes de distintos países y culturas.

El Dr. Madlener vivía en su casa, muy cerquita del Instituto Max-Planck. Compartía los espacios con estudiantes. Era como el patriarca de una gran familia. Al cabo de los años, su vida cambió al contraer matrimonio con Silma y el *Studentenheim* se transformó en hogar conyugal. De ahí en más, no se puede disociar a Kurt de Silma, ni a Silma de Kurt, una combinación bien opuesta: Silma bien morena y Kurt bien rubio, brasileña y alemán, la calidez y el rigor, fueron, sin embargo, desde entonces, una unidad de perfecto complemento, de modo que los amigos de Kurt también ganamos una muy buena amiga más: Silma.

**¡Muchas gracias a los dos!**

## Compensación de culpas y concurso culposo en el derecho penal uruguayo<sup>2</sup>

### *Un caso*

Un *ejemplo*<sup>3</sup> nos ayudará de guía para el planteo de los problemas.

Dos jóvenes mayores de 18 años, y por lo tanto imputables, suben a un automóvil deportivo, muy veloz, último modelo, que acaba de regalarle el padre

---

2 Por el Dr. *européus* Dr. Esc. Pedro J. Montano, Prof. Agr. de Derecho Penal, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.

3 CAIROLI Milton, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, T. II, FCU, 1987, pág. 99, citando a ANTOLISEI.

ese día –lluvioso- a uno de ellos. Toman la Rambla y el acompañante le dice insistentemente: “dale, acelera, vamos a probarlo a fondo”. Exceden la velocidad permitida<sup>4</sup>, derrapan en una curva, y terminan atropellando a un peatón que cruzaba en una zona en la que está expresamente indicado “prohibido cruzar”. Del peritaje de la Policía Técnica resultó que el derrape se produjo por impericia e imprudencia del conductor, que no tomó en cuenta la humedad de la calzada a exceso de velocidad.

Aquí tenemos cuatro sujetos: a) el padre que regala el automóvil; b) el conductor; c) el acompañante y d) la víctima, el peatón arrollado.

## PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

Quizás la terminología “compensación de culpas” no sea la más adecuada, pero sí la más tradicional<sup>5</sup>. Se refiere más bien a “tomar en cuenta” la conducta de la víctima a los efectos de determinar la magnitud de la responsabilidad de quien es considerado autor. Hay distintas maneras en que se presenta la culpa en quehaceres colectivos: de manera concertada, como en el ejemplo sucede con los ocupantes del vehículo<sup>6</sup>, o de manera independiente, como en el ejemplo sucede entre la víctima y el conductor del vehículo.

### *Los dogmas*

Es una máxima que la imprudencia de la víctima en derecho penal uruguayo, ni excusa ni se compensa porque el art. 59 inc. 2º dice que “*En los delitos culpables, cada uno responde de su propio hecho*”.

---

4 Dejamos de lado la objeción posible que tiene que ver con el “arranque lícito de la culpa” en el Código Penal uruguayo. Entendemos que “jurídicamente indiferente” quiere decir “no importando si la conducta es lícita o no”.

5 CORNACCHIA Luigi, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Turín, 2004, pág. 122.

6 Tradicionalmente se admite el acuerdo tácito como fuente del concurso de delincuentes. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale Italiano, Parte Generale*, 2ª Ed., Zanichelli, Bologna, 1985, pág. 373; CAIROLI, op. cit, n. 393., pág. 99.

También, en base a la misma disposición, se afirma tradicionalmente que no hay concurso imprudente porque la intención de participar -el dolo- es esencial al concurso de delincuentes<sup>7</sup>.

Sin embargo, pensamos que puede haber otra forma de ver las cosas.

## EL HECHO DE LA VÍCTIMA

El hecho de la víctima debe ser tenido en cuenta para reducir la responsabilidad del autor<sup>8</sup>.

De lo contrario, no es una solución acorde con la Justicia: el injusto es menor cuando hay una ilegítima autopuesta en peligro de la víctima<sup>9</sup>.

Y si el injusto es menor, necesariamente el castigo debe ser menor: es menos reprochable la conducta del sujeto activo, y como en un sistema penal como el nuestro, en el cual hay tanta pena como culpabilidad, también habrá tanta culpabilidad como injusto.

Necesariamente deberá disminuir la responsabilidad. Las culpas en este sentido, se deben compensar.

Un segundo argumento a favor de la compensación se concreta en una crítica a la interpretación “individualista” del texto del art. 59 inc. 2. De acuerdo a ella, en un hecho culposo deben ser consideradas las conductas aisladamente, como si cada ser humano fuese una entidad autárquica y aislada, olvidando su carácter social y social<sup>10</sup>.

---

7 IRURETA, nota a artículos 59 a 62. CAIROLI, op. cit, n. 393., pág. 99.

8 El § 59 StGb permite aplicar la “*amonestación con reserva de pena*” en casos de homicidio imprudente o lesiones imprudentes provocadas en el ámbito de la circulación vial cuando la culpabilidad del autor es notablemente reducida y la del ofendido en el accidente es alta. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª Ed., Comares, Granada, 2002, pág. 926

9 Hay autopuestas en peligro legítimas, por ejemplo aquellas a las que está obligado el sujeto en razón de la profesión o de las circunstancias (bombero, asistente lego en accidentes: el *buen samaritano*, etc. Esa autoexposición al peligro no habilita, sin embargo, a que los terceros actúen de cualquier manera hacia él.

10 “Carece de sentido axiológico y sería una incongruencia semántica descartar al hombre

Esta interpretación se basa en un *criterio liberal*, no de Derecho Penal liberal y mucho menos antropológico.

Un tercer argumento surge de la ubicación de la disposición en el Código Penal. Está dentro del Título IV, Capítulo II, que refiere al concurso de delinquentes<sup>11</sup>. Sin embargo, se ha interpretado como que se debe excluir la consideración de la conducta de la víctima en los hechos culposos<sup>12</sup>.

La lectura tradicional de este artículo sostiene que no existe concurso si no hay *acuerdo* entre los copartícipes (esencia de la coparticipación criminal), y no puede haber acuerdo si no hay dolo<sup>13</sup>. La concurrencia de actitudes culposas quedaría excluida. Sin embargo, a nuestro modo de ver *este artículo puede también imponer tomar en cuenta la conducta de la víctima*.

En efecto, también podría concluirse de su lectura que *nadie debe responder por la culpa de otro en los delitos culposos*. Si así fuera, es necesario “descontar” la responsabilidad del otro interviniente, porque si no, se estaría respondiendo por la culpa de ese tercero. En los delitos de resultado, en la medida que éste podría atribuirse a la culpa de dos o más sujetos, no debe atribuírsele “*in totum*” a uno solo.

Lo contrario sería una injusticia. El artículo impone tomar en cuenta la culpa de la víctima.

---

en su íntegra concepción como objeto de análisis al abordar cuestiones sociales”.. “Una disciplina jurídica como el Derecho Penal, quizá la más humana de las ramas del árbol del Derecho, mal podría apartarse de estudiar al hombre como fin en sí mismo”.. Cfr. ALLER, Germán “El Derecho penal antropológico: un camino hacia la pacificación y el perdón” in LANGÓN-ALLER, *Criminología y Derecho Penal*, Tomo 2, Montevideo, Del Foro, 2006, págs. 223-224.

11 Como bien lo destaca Gonzalo FERNÁNDEZ.

12 LANGON, Miguel “*Código Penal y Leyes Penales Complementarias*”, ed. UM, Montevideo, T. I, año 2003, pág. 212.

13 Este tema era muy discutido en doctrina en la época de elaboración del Código Rocco y se pretendió zanjarlo a través del art. 113 del CP italiano. FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, págs. 419-420.

Por otro lado, también lo impone el principio de responsabilidad personal consagrado en el artículo 18<sup>14</sup>, y en el artículo 3º, en el cual se regula el nexo de causalidad, cuando expresa que: “*Nadie* puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito no resulta ser la consecuencia de *su* acción o de *su* omisión”. La expresión “nadie”, reiterada en el art. 18 inc. 1º, designa a contrario a “alguien”, un ser personal, sujeto de derecho, una individualidad.

Ambos artículos derivan del principio constitucional conocido como de legalidad, o de libertad, cuya contracara es el de responsabilidad personal<sup>15</sup>.

Para que excepcionalmente se responda por la conducta de otro, la ley genera mecanismos de garantía, *ad hoc*, como lo es en el ámbito civil el contrato de seguros o la responsabilidad por el hecho del dependiente, o en el ámbito penal cuando surgen las posiciones de garante en la omisión impropia.

Como dice LANGÓN, *se abre camino recientemente la opinión que compartimos, de que puede haber compensación de culpas en materia penal, al punto de que el hecho exclusivo de la víctima puede transformar en atípica la conducta del autor, cuando se trata de casos de “competencia” exclusiva de la víctima, cuyo ejemplo paradigmático es el del suicida, que se arroja con esa intención frente al auto que, con exceso de velocidad, se aproxima al lugar en que se encuentra aquél*<sup>16</sup>.

---

14 CPU Art. 18 inc. 4º “En ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico, distinto o más grave que el querido, que no haya podido ser previsto por el agente”. Y también el inc. 1º, que hace referencia a la responsabilidad personal, de “alguien”, cuando utiliza la expresión a contrario “nadie”: “Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además con conciencia y voluntad”.

15 Co. Art. 10º. “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

16 LANGÓN, “Código...” op. cit., pág. 212. Destacado nuestro.

## Valoración del hecho de la víctima

El hecho de la víctima no es indiferente para el Derecho Penal. Este puede ser de tal entidad que haga decaer el delito totalmente por *falta de acción*. Hecho de la víctima, caso fortuito y fuerza mayor impiden el elemento acción. La diferencia es que en el hecho de la víctima hay normalmente ejercicio de libertad por parte de ésta. En el caso fortuito y fuerza mayor hay imprevisibilidad absoluta, o irresistibilidad absoluta.

Para que exista hecho de la víctima debe haber acción y, por lo tanto, “acto humano”. Si hay *acto humano*, éste podrá ser calificado desde el punto de vista de la intencionalidad y por eso queda habilitado el análisis del elemento culpabilidad. El *acto* de la víctima podrá ser doloso, culposo o ultraintencional. Y, de acuerdo a criterios de *imputación objetiva*, si su conducta supuso la creación ilícita de un riesgo o su incremento, y luego se concretó en los hechos, debe responder<sup>17</sup>.

Así, por ejemplo, si la víctima optó por suicidarse, tirándose justo en *ese* sitio y en *ese* momento bajo las ruedas del automóvil que circulaba a alta velocidad, habría actuado *dolosamente*. De probarse, estaríamos frente a un suicidio y no frente a un homicidio, a pesar de la violación del límite de velocidad por parte del conductor. Igualmente podríamos concluir si el conductor no era portador en ese momento de su licencia de conductor, o si estaba vencida. La ilicitud *antirreglamentaria* no es necesariamente idónea o causal, del resultado muerte, como veremos más adelante.

Pero puede ser que simplemente optó por cruzar ahí, para acortar camino, y terminó siendo arrollado. Aquí actuó de manera *imprudente*: sabía que no podía cruzar porque el cartel indicador era visible y conocido por él, pero igualmente *asume el riesgo*. Hubo culpa de su parte. Procede el mismo razonamiento desde el punto de vista de la causalidad: si su conducta supuso creación o incremento ilícito de riesgo que luego se concretó en el daño, debe responder.

---

<sup>17</sup> Obviamente, si hay un acto reflejo de la víctima, un acto involuntario, no estamos propiamente ante acción humana, y por lo tanto ese “*hecho*” habrá de ser tomado como una causa, prevista en el CPU art. 4, y quien así actúe no podrá ser sometido a responsabilidad.

También por criterio de justicia material llegamos a la misma conclusión. ¿Es justo que el sujeto activo del homicidio sea castigado de la misma forma que si el peatón hubiese estado parado en la acera, o que estuviese cruzando por una cebra? Si queremos actuar con Justicia, tratándose de situaciones diferentes, también habrán de ser tratadas de manera diferente. Por lo tanto, la conducta imprudente de la víctima –no dolosa- deberá ser tomada en cuenta porque el injusto es menor.

## Valoración del hecho de la víctima en otros elementos del delito

Pero la actitud de la víctima también puede determinar la inexistencia del mismo delito (art. 116 CPU)<sup>18</sup>, una justificación de éste, o una reducción de pena, una inaplicabilidad de la pena facultativa o forzada para el Juez.

El régimen de *circunstancias atenuantes* contiene frecuentes referencias a la situación de la víctima. También hay disminución del injusto en caso de “provocación”, otra atenuante.

En la legítima defensa incompleta, se puede tomar en cuenta la agresión por parte de la víctima (art. 46,1 CPU, la víctima es quien agrede y origina esa situación).

En la intervención de terceros en el estado de necesidad, puede verse afectado el agresor del tercero extraño, y sin embargo, la responsabilidad del sujeto activo debe ser aminorada (art. 46,2 CPU). Y lo mismo podemos decir con respecto a las *causas de justificación*. Por ejemplo, en el caso de la legítima defensa. El agresor ilegítimo resultará muerto o herido, pero no se dará el tipo de lesiones ni el de homicidio.

Pero también el injusto disminuye en hipótesis calificadas de *causas de impunidad*, en que la pena puede quedar totalmente abolida, según si se trata de hipótesis de perdón judicial o excusas absolutorias.

La pasión provocada por el adulterio puede resultar en la afectación de la integridad física o de la vida de quien lo protagoniza; la ley otorga al juez la facultad de exonerar de pena por los delitos de homicidio y lesiones (art. 36 CPU).

---

18 Refiere a la extinción del delito de violación y otros, por casamiento de la mujer ofendida con su ofensor, supuesto actualmente derogado por L.17.938.

Lo mismo sucede en el caso del homicidio piadoso (art. 37 CPU), con la lesión consensual (art. 44 CPU), con la retorsión y provocación en delitos contra el honor (art. 40 CPU) y con el aborto (art. 328 CPU).

Pero en todos estos casos hay que distinguir los casos en que la víctima actúa de *forma lícita o ilícita*. Sólo estos últimos interesan a nuestro análisis puesto que estamos estudiando la compensación de *culpas*. Y la compensación de culpas, sin ilicitud de todos los intervinientes, no tiene sentido. Por lo tanto, no nos interesará el matrimonio del violador con la violada (art. 116 CPU), ni tampoco la remisión (art. 111 y ss. CPU), ni la lesión consensual (art. 44 CPU)<sup>19</sup>.

Continuando con el análisis del caso, observamos que en la actitud del peatón hay imprudencia, y en la actitud del conductor hay también impericia e imprudencia. La imprudencia está pues, en la base del comportamiento antirreglamentario de ambas partes, por lo que estamos sin ninguna duda en el ámbito de la culpa y, por imposición del art. 59, “en los delitos culpables, cada uno responde de su propio hecho”.

La culpa de la víctima, como vemos, es tenida en cuenta prácticamente en toda la estructura del delito. Parece extraño que justo en el elemento culpabilidad no haya de ser tenida en cuenta.

## Excursus. La culpa antirreglamentaria. Causalidad

La culpa antirreglamentaria como, por ejemplo, la derivada de *la falta de libreta* de circulación en el chofer efectivamente da lugar a una contravención que se traduce en ilícito administrativo, pero tal ilicitud no tiene necesariamente *relevancia causal* con respecto al resultado muerte del peatón. Efectivamente el sujeto suscita o incrementa un riesgo ilícitamente, pero no necesariamente el riesgo que suscita es el de homicidio. La falta de libreta debe asociarse a otra conducta de por sí idónea para causar la muerte. Por eso, no por el mero hecho de carecer de libreta será imputable de homicidio.

---

<sup>19</sup> En la medida que también prevé supuestos de ilicitud que la invalidan.

Se requerirá siempre la culpa en la base de la ilicitud porque nuestro sistema no debe admitir la responsabilidad objetiva<sup>20</sup>. La violación o inobservancia del reglamento es sólo un *indicio de la culpa* porque entre la infracción y el resultado debe existir una relación.

La previsibilidad objetiva del resultado es insuficiente. Debe haber una *conexión interna (subjctiva) entre el desvalor de la acción y el resultado*, que permita concluir que éste se produjo como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (culpa).

Acreditada la violación del reglamento, en el caso concreto -y de acuerdo a la teoría de la imputación objetiva *llevada al ámbito de la culpabilidad*<sup>21</sup>- deberá analizarse posteriormente, si ella ha implicado un aumento del riesgo permitido por la norma, su determinación del resultado disvalioso y su previsibilidad, para poder concluir que el sujeto obró con culpa.

Ambos -chofer y víctima- generaron con su respectiva conducta antirreglamentaria un riesgo que luego se concretó en el resultado lesivo.

Según la *causalidad adecuada*, ambas conductas imprudentes son causalmente idóneas para causar el resultado producido.

También acudiendo a la *conditio sine qua non* llegamos al mismo resultado: si suprimimos mentalmente cualquiera de ambas conductas el resultado dañoso no se hubiese producido.

---

20 ROXIN, Claus “*Derecho Penal-Parte General*”, TI, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito” Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 1000. También sería inadmisibles sostener que la falta de libreta constituye una presunción absoluta de culpa.

21 CARRARA, *Programa del curso de derecho criminal*, T.I., Ed. Reus, 1925, pág. 40, y los clásicos hablaban de *causalidad subjetiva* para referir a culpabilidad aplicando la noción de imputación. Hoy se prefiere hablar de *reprochabilidad*, en base a la concepción normativa. En realidad no estaría mal decir que “la culpabilidad es la *causalidad subjetiva reproachable*”, combinando ambos criterios. La culpa es la reprochabilidad por violación de la obligación del cuidado objetivamente debido.

De modo que -tanto desde el punto de vista de la acción, como de la culpabilidad- tenemos conductas que no pueden ser indiferentes al Derecho Penal<sup>22</sup>. El resultado homicidio o lesiones aparece tipificado también a título de culpa (arts. 314 y 321 CPU).

## El principio de la confianza. ¿Homicidio por la propia víctima?

La vida actual en sociedad supone asumir una serie de riesgos que son considerados lícitos, aunque no se deben generar de cualquier manera ni tampoco en cualquier medida. La utilización de energía y del automóvil, o la práctica de deportes, son un ejemplo.

El *principio de la confianza* opera dentro del ámbito del riesgo socialmente permitido. Encuentra apoyo en las posiciones de garante, el deber de autoprotección y en la solidaridad humana.

Es connatural a la persona defenderse de los peligros. Por lo tanto, en las relaciones sociales es razonable pensar que cada uno se protegerá suficientemente a sí mismo<sup>23</sup>, así como que no todos somos agresores del prójimo<sup>24</sup>.

---

22 De todos modos, cuesta a nuestra jurisprudencia condenar por homicidio culposo a quien cruzó antirreglamentariamente provocando una maniobra que determinó la muerte del conductor. O a quien se le escapó un animal a la ruta, con el mismo resultado, aun cuando además, sea víctima desde el punto de vista patrimonial por la pérdida del animal que también resultó muerto. Estrictamente correspondería imputar el homicidio en ambos casos (art. 3° in fine CPU, para el último: ¡*comisión por omisión culposa!*). La comisión por omisión -y más en el ámbito de la culpa- es de aplicación muy excepcional por nuestros tribunales.

23 La excepción es que la persona no pueda bastarse a sí misma, y en ese caso el Derecho instrumenta soluciones que garanticen su protección: la patria potestad, la curatela, la tutela, el mandato y otros negocios jurídicos. Estas soluciones no impiden la existencia de los deberes genéricos de solidaridad vinculados normalmente a delitos de omisión pura (ej. art. 332 CPU).

24 Contrariamente a posturas tan escépticas como irreales, como la sostenida por Hobbes en su *Leviatán* refiriéndose al *homo lupus homini*, el hombre lobo del hombre. Si bien la sociedad puede presentar muchos aspectos salvajes, *son detectados* y denunciados por el sistema como situaciones anormales y se procura ponerles remedio. Obviamente, tampoco la sociedad es el Paraíso, ni todos somos ángeles.

Debe objetarse que, por razones de tipicidad, el homicidio no puede ser cometido por la víctima porque consiste en dar muerte *a otro*. El homicidio propio se considera suicidio y tiene otro régimen jurídico establecido en el art. 315 CPU<sup>25</sup>. En el ejemplo propuesto la víctima no dio muerte a otro, aunque *sí contribuyó a su propia muerte*<sup>26</sup> *a través de una conducta que es culposa, aunque esta culpabilidad sea calificada por el derecho administrativo*.

Tanto el conductor como la víctima violaron el *objetivo deber de cuidado* requerido por la situación<sup>27</sup>, colocándose fuera del riesgo social permitido.

Obrando ambos de manera antirreglamentaria *no es posible invocar el principio de confianza*: yo obro mal, pero como espero que el otro obre bien, asumo el riesgo. Esa asunción de riesgo es ilícita. Precisamente mi conducta está prohibida porque puede generar en el otro la imposibilidad de comportarse reglamentariamente. Así por ejemplo, si cruzo la banda amarilla para evitar arrollar al sujeto, genero grave peligro para el tránsito que viene de frente<sup>28</sup>.

La doctrina denomina esta situación ejemplificada por la conducta del conductor y de la víctima, *concurso de hechos culposos independientes*<sup>29</sup>. No hay concurso porque falta toda conexión psicológica entre ellos, pero sí hay pluralidad de responsabilidades culposas<sup>30</sup>.

---

25 ¿Y si el resultado hubiese sido la lesión, podría ser una lesión consensual? ¿Cabría la aplicación del art. 44 CPU? No parecería razonable consentir la autolesión provocada por una conducta “culposa” de un tercero.

26 Distinta sería la situación, si el piloto o el acompañante hubiesen muerto como consecuencia del accidente. Si el peatón quedó vivo, su acción imprudente habrá de ser tenida en cuenta desde el punto de vista causal del homicidio. LANGÓN, *op. cit.*, pág. 213.

27 Baremo más preciso -según la doctrina más reciente- que el del “buen padre de familia” o del “sujeto avezado y prudente en la situación concreta”, etc.

28 En la medida en que constituya un hecho inevitable de consecuencias dañosas, -un reventón, por ejemplo- cabría invocar una concausa, o propiamente una falta de acción por *acto reflejo*.

29 Por todos, CORNACCHIA, Luigi, *op. cit.*

30 CAIROLI, *Op. cit.*, pág. 100

## El consentimiento de la víctima. ¿Autoexposición al peligro equivale consentimiento?

Otro argumento posible es a través de la equiparación de la autopuesta en peligro –asunción del riesgo– con el consentimiento de la víctima. En el caso de participar de la existencia del consentimiento como causa supralegal de justificación, el conductor podría quedar exonerado de responsabilidad.

Sin embargo, no nos parece posible.

El consentimiento otorgado por la libre asunción del riesgo está viciado por ser ilícito su objeto: generar el riesgo ilícito para sí o para terceros. Aun cuando se admitiese la validez del consentimiento como causa supralegal de justificación, y se entendiese que la propia vida es disponible en toda circunstancia<sup>31</sup>, todavía quedaría el riesgo que supone para terceros, como ilicitud suficiente porque –por principio– no se puede consentir en perjuicio de otros.

Por consiguiente, la conducta de la víctima debe ser tomada en cuenta y también calificada penalmente.

## ¿Concurso culposo de delincuentes? Los ocupantes del vehículo.

Nos ocuparemos ahora de rebatir la segunda parte del dogma que afirma que no es posible el concurso culposo. IRURETA explica en sus notas que *no se concibe la participación criminal sin el dolo; la responsabilidad criminal en los delitos culpables es individual y no solidaria; si el delito es compatible con la culpa, cada uno responde de su propia imprudencia o negligencia*<sup>32</sup>. Sin embargo, al igual que lo interpretamos para admitir “descontar” la culpa de la víctima, la última parte de su comentario –que coincide con el texto legal– *impone tomar en cuenta la real entidad de cada contribución al ilícito causado*. Por lo tanto, no todo contri-

---

31 Cosa que negamos en *Eutanasia y Omisión de asistencia*, FCU, 1994.

32 Nota a los artículos 59 a 62 CPU.

buyente al delito culposo habrá de ser considerado necesariamente autor. Será posible también contar con las figuras del coautor y del cómplice. De hecho, esto es denunciado por ROXIN, como el punto más interesante en el ámbito de la coautoría: *el imparable avance de la coautoría culposa*. La *“coautoría imprudente –dice- debe considerarse muy en serio*<sup>33</sup>.

Esta interpretación supone dos consecuencias prácticas: se podrá atrapar ciertas conductas a través del mecanismo amplificador de la participación, pero la penalidad ya no dependerá de la pena que corresponda al autor, sino que cada uno responderá según su propio hecho.

En el ejemplo propuesto, la conducta del chofer constituye autoría de homicidio culposo, sin dudas<sup>34</sup>. Pero la conducta del acompañante no puede dejar de ser tenida en cuenta. Ayudó a tomar la decisión de acelerar más allá de lo permitido y en ruta mojada; animó al conductor, y él también lo quería. Existe pues un acuerdo –aunque *tácito*- que surge entre ambos, característico del concurso, que arranca en la figura del instigador<sup>35</sup>. Pero estamos ante una conducta culposa: ambos no previeron lo previsible, por imprudencia juvenil<sup>36</sup>.

En realidad, *el art. 59, inc. 2º CPU obliga a tratar esta situación como si no fuera un concurso a los efectos de la responsabilidad (responde cada uno por su propia culpa), pero no dice que no sea concurso*. Dispone que ambos deben ser castigados según el

---

33 ROXIN, Claus *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*, in ROXIN, JAKOBS, SCHÜNEMAN, FRISCH, KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 176.

34 Dejando de lado, reiteramos la posible objeción de que el sujeto no estaba realizando algo ni penalmente (art. 365,6 CPU) ni “jurídicamente indiferente”, como lo reclama el art. 18 CPU, porque actuaba antirreglamentariamente.

35 La doctrina se divide entre quienes entienden que puede haber participación en los delitos culposos y quiénes no. Por todos, vide CAIROLI, *Op. cit.*, pág. 99 y 100.

36 ¿O estamos ante un *autor mediato de delito culposo* de homicidio? No, el acuerdo previo - o aun simultáneo - nos ubica en el ámbito de la participación.

grado de reprochabilidad de la conducta y no de acuerdo al criterio impuesto por los arts. 88 y 89 del CPU para el caso del concurso<sup>37</sup>.

De modo que en el ejemplo, el conductor podrá ser considerado autor del delito de homicidio y el acompañante podrá ser considerado coautor del delito de homicidio. La pena del coautor podrá, sin embargo, ser inferior a la del autor, en función de lo dispuesto por el art. 59 i. 2, a pesar de lo dispuesto por el art. 88 CPU que impone la misma pena.

En efecto, cabe distinguir en ambos personajes un grado diferente de participación en este concurso culposo. El conductor es quien detenta el volante del vehículo, así como sus demás controles. Además, pudo haber resistido la influencia de su acompañante. Es quien tiene el *dominio del hecho*. En cambio el copiloto parece más bien cumplir con la descripción del instigador, en la medida que se demuestre que determinó a otro a cometer el delito (art. 61.1 CPU).

Ambos sujetos acordaron –aunque tácitamente– crear el riesgo ilícito, que luego se transformó en el resultado muerte. En ambos sujetos *faltó la previsión del previsible resultado típico*. Para definir la autoría en el ámbito del delito culposo hay que ver quién *omitió el cuidado objetivamente debido*. En este caso corresponde a quien tenía *el dominio del hecho*, o sea, el conductor<sup>38</sup>.

Con la interpretación tradicional del art. 59 i.2 cada uno debería ser considerado autor de un delito de homicidio culposo<sup>39</sup>, aun cuando el magistrado *pudiera* ha-

---

37 Artículo 88. Penalidad de los coautores. Individualización.

La pena que corresponde a los coautores es la misma de los autores, salvo las circunstancias de orden personal que obligan a modificar el grado.

Artículo 89. De la penalidad de los cómplices. Individualización.

Los cómplices de delito tentado o consumado serán castigados con la tercera parte de la pena que les correspondería si fueran autores, pero el Juez podrá elevar la pena hasta el límite de la unidad, cuando en su concepto el agente, por la forma de participación, los antecedentes personales y la naturaleza de los móviles, acuse una visible mayor peligrosidad.

38 JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, T. II, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 900.

39 Otros autores hablan de la autoría accesoria, aunque reconocen que la distinción no tiene más interés que el didáctico. Cfr. HURTADO POZO, José *Droit Pénal, Partie générale II*, Schulthess, Zurich, 2002, n° 774.

ber fijado penas diferentes. Sin embargo, según la interpretación que sometemos a consideración del lector, la diferencia de tratamiento en cuanto al monto de la pena quedaría fundada dogmáticamente y se llega a una solución más justa: que cada uno responda por el grado de reprochabilidad de su conducta.

## La responsabilidad del padre. La prohibición de regreso

Con la interpretación que proponemos, el mecanismo amplificador del concurso culposo permitiría atrapar la conducta del padre que regaló el automóvil.

Se le podría criticar diciendo que es una forma de regreso *ad infinitum* y que no respetamos la prohibición de regreso (*Regreßverbot*)<sup>40</sup>. Si no ponemos un límite hacia atrás en la causalidad podríamos llegar al absurdo de considerar responsable al fabricante del automóvil o al abuelo del menor conductor.

Entendemos, sin embargo, que su conducta no puede ser indiferente al Derecho Penal: es quien entrega por primera vez un vehículo deportivo al hijo, en día lluvioso, sin tomar ninguna precaución elemental como acompañarlo en esa primera vez para ver si realmente lo domina y para recomendarle la necesaria prudencia, o para hacerlo conducir inicialmente en lugar solitario, etc. Su conducta refleja un acuerdo tácito con su hijo en suscitar el riesgo.

El padre ingresa al círculo de responsables en el nivel de *complicidad* porque –al menos<sup>41</sup>– *cooperó moral o materialmente al delito por hechos anteriores o simultáneos a la ejecución, pero extraños y previos a la consumación* (CPU art. 62).

Precisamente, la posibilidad de considerar la existencia del concurso culposo permite amplificar el tipo para atrapar conductas como esta que, o quedaría fuera

---

40 CORNACCHIA, Op. cit., pág. 275 ss.

41 Podría incluso considerarse si no se trata de una comisión por omisión (CPU art. 3 in fine). El padre asumió la posición de garante por su injerencia o actuar precedente: creó un riesgo que no conculcó y que terminó en daño. Así, por ejemplo, debería haber subido con el hijo al automóvil para cerciorarse de que manejase con prudencia, o de que tomase conocimiento de los controles del vehículo recién estrenado, etc.

totalmente del círculo de posibles responsables, o debería ser considerado plenamente autor<sup>42</sup>. De esta forma, *a través de la complicidad, la pena puede resultar más justa*. El Juez aquí tampoco estará atado por la magnitud de la pena que impone el art. 89 CPU, y podrá fijarla con libertad, atendiendo a la reprochabilidad de su conducta. Pero la garantía de la defensa consistirá en que tal pena deberá ser necesariamente inferior a la de los considerados autores o coautores en la medida en que el injusto cometido, y, por lo tanto, la reprochabilidad de su conducta, parecen ser de menor entidad.

---

42 Y considerar –normativamente– que el padre también mató.

# Política Criminal Contemporânea

*Roque de Brito Alves<sup>1</sup>*

1 – Atualmente, a Política Criminal somente deve existir e ser aplicada em função de uma ampla Política Social planejada, programada, não pode existir independentemente desta, é um capítulo importante dela, não podendo ser algo isolado de uma Política Geral do Estado, sob pena de falhar em sua finalidade. Situa-se, assim, em 1º lugar, como uma prevenção social da criminalidade antes de sua formulação em termos científicos ou jurídicos, seja em termos de prevenção geral e especial da delinquência, seja nos seus aspectos práticos de legislação e de ciência penitenciária (ou Penologia), de execução da pena.

Em consequência, em seu significado mais amplo, agora, a Política Criminal tem como objeto todos os instrumentos ou medidas culturais, sociais, jurídicas e científicas que visem ao controle da criminalidade, com o objetivo de sua prevenção e não de sua repressão, como predominantemente ainda ocorre em nossos dias. Ciência não somente empírica (de fatos) ou normativa pura, mas possuindo sobretudo um caráter finalístico, qual seja a atividade que uma sociedade politicamente organizada deve desenvolver para o devido controle da criminalidade, com um conteúdo, portanto, prático e teleológico.

Então, é ciência eminentemente política e sob tal natureza, a Política Criminal deve entender-se como um sistema coordenado e coerente, simultaneamente, de princípios teóricos e de ações concretas, com a união de fórmulas teóricas indispensáveis a meios objetivos, utilitários reais.

2 – No momento, a reação social ante o crime, em termos de prevenção e de repressão ao delito não pode mais ser “passional”, de caráter apressado, superfi-

---

1 Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Penal da Faculdade Maurício Nassau (Recife). Vice-Presidente Regional da Associação Internacional de Direito Penal (sediada em Paris). Advogado.

cial, e sim “racional”, tendo-se em vista, sobretudo, o conhecimento profundo e progressivo que a moderna Criminologia vem oferecendo sobre o fenômeno do delito como uma realidade humana e social, em sua objetividade natural e histórico-social, ao lado do apurado e mesmo refinado aperfeiçoamento técnico de natureza normativa e dogmática que o Direito Penal contemporâneo apresenta sobre o fato punível. Assim, a atual Política Criminal não deve ser entendida ou aplicada somente como Política Anticriminal, não de força dissuasiva ou intimidativa da pena privativa de liberdade, numa excessiva tipificação, criminalização ou penalização de fatos, e sim deve buscar e apelar para ações ou instrumentos de prevenção (geral e especial), e ainda principalmente para as medidas substitutivas das penas detentivas, como agora ocorre com as denominadas “penas alternativas” de nossa vigente legislação penal.

Se inserida dentro de ampla Política Social, a Política Criminal tem de ter em vista a própria planificação do desenvolvimento social e econômico da nação, ao lado da necessária liberdade política, do respeito aos direitos humanos como princípio maior das democracias, tudo relacionado com a produção e distribuição da riqueza, com a urbanização planificada (a criminalidade moderna é predominantemente urbana, não é rural), a industrialização, a revolução tecnológica, a segurança social etc. e sem tal planificação, irá falhar a Política Criminal pois falha é a Política Social do Estado. Então, o precário ou deficiente desenvolvimento econômico e social, em termos puramente materiais, objetivos, surgirá como fator criminógeno, com efeitos nocivos sobre a vida nacional.

3 – Cientificamente, no amplo esquema da Enciclopédia das Ciências Criminais, a Política Criminal deve relacionar-se e receber sempre as contribuições da Criminologia e do Direito Penal, situando-se como ciência e arte entre estas duas ciências que estudam o fenômeno do crime sob aspectos distintos, como fenômeno humano e social e como fenômeno jurídico, respectivamente ético.

4 – Por outra parte, a Política Criminal por melhor que seja planejada ou estruturada (como uma outra forma de controle social da criminalidade) irá falhar em sua missão se as outras políticas, instituições ou sistemas de controle

social, como o sistema normativo penal, o judicial, o cultural, ou familiar, o educacional, o de comunicação de massas, o legislativo, o policial etc. não estiverem relacionados ou coordenados positivamente com a Política Criminal. Se um desses sistemas estiver em crise em tal missão racional (não passional) de prevenção e repressão ao delito, também insuficientes serão as medidas puras de Política Criminal. Então, a prevenção e a repressão do crime para atingir os fins desejados ou visados devem ser enfrentadas dentro de uma estratégia global da programação geral da Política Social do Estado, mesmo que qualquer proposição ou medida da sociedade para a prevenção ou combate da delinquência seja da competência privativa da Política Criminal, inclusive o tratamento ou recuperação social do delinquente.

5 – Assim sendo, em síntese, é ilusão ou mesmo utopia a pretensão de eliminação ou extinção da criminalidade pois o delito é um fenômeno constante desde o início da humanidade (basta lembrar o homicídio de Abel por Caim). Em 2º lugar, outra ilusão é a de que medidas legais mais severas (aumento de pena, progressiva tipificação, recurso à pena de morte, etc.) reduziriam a criminalidade, eliminariam, por seu falso ou pretenso efeito intimidativo ou exemplar, a delinquência. Penas mais rigorosas, novos tipos penais, medidas processuais para dificultar a defesa acusados, etc. têm sido inúteis – exemplos em nosso país com leis penais recentes para tal objetivo. Em verdade, o crime é efeito de certas causas ou fatores e somente eliminando-se tais é que o delito será extinto ou reduzido e não com tais medidas apressadas, emocionais que nunca resolverão definitivamente a problemática da criminalidade. O médico não procura combater a febre doença e sim procura descobrir ou combater as causas ou causa da febre, pois a mesma é um efeito ou sintoma, não é causa de si mesma e do mesmo modo a criminalidade sempre existirá e aumentará sem a eliminação de suas causas.

6 – Cientificamente, prevenir é o conhecimento antecipado de probabilidade de conduta criminosa, empregando-se, então, as medidas adequadas para evitá-la. Ainda: a prevenção não seria somente isso mas também a preparação, o aparelhamento e a disposição de providências ou medidas necessárias para a obtenção da maior finalidade da Política Criminal que seria a de evitar a criminalidade.

7 – Particularmente em relação à execução da pena, destacamos:

Sem dúvida, é inegável que poucas prisões nosso país cumprem com o preceito da Constituição Federal de 1988 que assegura ao condenado (e mesmo ao simplesmente detido, preso) o respeito à sua integridade física e moral, o que existe ou ocorre por várias razões:

1ª – Inexistência de uma real política penitenciária que capacite os seus agentes ao cumprimento de sua missão;

2ª – O comprometimento do sistema penitenciário nacional pela crescente superpopulação carcerária;

3ª – Nos últimos anos, a não construção de novas penitenciárias;

4ª – A não execução real, positiva da Lei de Execução Penal (Lei n. 7210/1984, sobretudo no que se refere ao dever estatal de oferecer a devida assistência material, jurídica, social, à saúde e à educação do condenado.

Numa tentativa desesperada de solução dos problemas que afligem o nosso sistema penitenciário, procura-se fora do mesmo o remédio das denominadas penas alternativas que por melhor que sejam são apenas medidas paliativas, que não resolverão o essencial da problemática.

Acima de qualquer outra consideração, preliminarmente seria necessária uma Política Nacional de eliminação ou de redução das causas ou fatores do crime, de atuação decisiva em sua prevenção, em termos de saúde, educação, emprego e habitação, uma política mais eminentemente Social que puramente Anticriminal.

8 Ainda especificamente, salientamos:

a - O atual crime organizado (agora já realmente globalizado) tem conduzido a uma especialização na delinquência, buscando-se o crime como uma solução de sobrevivência na sua terrível luta diária, sobretudo do habitante das grandes cidades pois a profissionalização em termos de trabalho está cada vez mais difícil, principalmente para os pobres na vida atual;

b - Tal necessidade de sobrevivência adquire aspectos particulares, peculiares nas penitenciárias, quando o condenado (para sobreviver, reafirme-se) busca

organizar-se em grupos ou facções internas para o controle da prisão, para dominar o tráfico de drogas (existente atualmente em todas as prisões do mundo), de sequestros, de motins ou mesmo de fugas sensacionais, de *show* para a televisão. Se nas penitenciárias não existem, em geral, nem trabalho e nem educação, geralmente somente a ociosidade dos presos, tal situação favorece ou é o clima propício para tais ocorrências. O código de tais organizações criminosas, a sua estrutura, e o seu planejamento revelam-se hoje inegavelmente mais eficientes que os estudiosos, os legisladores ou os órgãos da Justiça Criminal, que são os responsáveis pela execução da pena, os quais ultimamente oferecem medidas paliativas (que são úteis e necessárias, repita-se) o exemplo das penas alternativas e não providências fundamentais para a solução definitiva do problema.

Sem o amplo, correto, devido enfrentamento teórico e prático das causas do crime (individuais e sociais e não somente estas últimas como muitos pensam apressadamente ou superficialmente), a solução do problema penitenciário não será atingida, a partir de causas ou fatos mais simples como a impossibilidade ou importância até hoje em nosso país da repressão à fabricação, uso e comercialização da arma de fogo (conforme a estatística da ONU em 2003, o Brasil é o 1º país do mundo em homicídio cometido com arma de fogo).

9 - Portanto, reafirmamos que sem ampla e profunda Política Social que venha a atuar nas causas do crime (e que agirá assim em termos de uma real prevenção do crime), o nosso terrível, vergonhoso, desumano e injusto sistema penitenciário continuará como escola de crime, como utopia em termos de ressocialização de criminoso, sendo uma negação viva da finalidade maior da pena conforme a doutrina penal contemporânea e a melhor legislação penal dos nossos dias.

10 – Por outra parte, a estrutura (a sistemática) dos códigos penais mais recentes – o da França de 1994, o de Portugal de 1995, o da Espanha de 1996 – é idêntica à dos mais importantes diplomas penais do Séc. XIX, que foram o francês de 1810, o da Baviera de 1813 (obra de Feuerbach), o de Nápoles de 1819, o do Brasil de 1830, o da Alemanha de 1871 e o da Itália de 1885. A mesma

estrutura em suas divisões, entre Parte Geral e Parte Especial, assim como em sua problemática referente à lei penal, ao crime, à responsabilidade penal, às sanções criminais etc. e particularmente acerca de cada figura criminosa, aos fatos puníveis específicos.

Assim sendo, indagamos ou argumentamos: Será que tecnicamente tal estrutura é eficaz para a prevenção e repressão da criminalidade contemporânea, sobretudo da organizada, já realmente globalizada?

Atenderia ou ajustar-se-ia, ainda, a uma das finalidades da Política Criminal moderna, qual seja o devido controle social da delinquência? Ou, também, será que um Código Penal assim estruturado, sistematizado como antigamente estaria conforme com a nova realidade política, social e cultural de uma nação do Séc. XXI? Poderia tal modelo repetido de código solucionar devidamente os problemas jurídico-penais em seus aspectos técnicos ou dogmáticos, assim como o aspecto científico da criminalidade sob a perspectiva da Criminologia, tão necessária em sua relação com a Ciência Penal?

Perante tais indagações, dúvidas ou preocupações em face da problemática geral da criminalidade e de uma sadia e eficiente Política Criminal, entendemos e sustentamos que deveria haver necessariamente uma nova formulação, estrutura ou modelo para os novos estatutos penais hodiernos para que não sejam tão impotentes para a prevenção ou repressão do crime como foram os diplomas penais do passado que ainda lhes servem de exemplos ou de modelos.

11 - Também, sob outro aspecto, argumentamos que o conceito de soberania no mundo jurídico atual ainda é essencialmente ou predominantemente o mesmo conceito do Séc. XVII; o Poder Judiciário ainda está institucionalizado ou seguindo as mesmas diretrizes do Séc. XVIII; a Política Criminal moderna ainda adota os mesmos métodos, meios e fins de combate ao delito usados no Séc. XIX, ou seja, ainda é mais repressiva que preventiva, não se preocupa primacialmente com o devido controle social da criminalidade através de uma preventiva Política Social do Estado, tudo, tudo isso não se ajustando a estes novos tempos, à nova compreensão ou nova solução da problemática geral da delinquência. Por tais razões,

por tais deficiências, por sistemas ou modelos superados, ultrapassados por uma compreensão incompleta ou imperfeita entendemos, em nossa modesta opinião, que este novo milênio que começa, que o Séc. XXI, que se inicia, irá presenciar a vitória do crime organizado, da criminalidade multinacional ou transnacional já globalizada como um dos efeitos de um mundo globalizado em sua economia, finanças e comércio.

Infelizmente, tal vitória no momento já é inegável em se tratando especificamente do tráfico de drogas sobre o direito, a legislação e a justiça das nações.

## Concepto de Bien Jurídico-Penal como Límite del *Ius Puniendi*

Santiago Mir Puig<sup>1</sup>

### I

Entre los límites que hoy suelen imponerse al *Ius puniendi* del Estado, ocupa un lugar destacado el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Se hace hincapié en la exigencia de que el Derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos. Ello es una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global: el que parte de la necesidad de postular un uso lo *más* restrictivo posible del Derecho penal. Supone la concepción del Derecho penal como un *mal menor* que sólo es admisible en la medida en que resulte del todo *necesario*. Pero ¿cuándo ha de reputarse *necesaria* la intervención del Derecho penal? Aquí aparece el concepto de bien jurídico: el Derecho penal es necesario cuando lo exige la protección de los bienes jurídicos. Soy de los que han subrayado en nuestro país la función limitadora que ello atribuye al concepto de bien jurídico, pero también estoy convencido de que dicho concepto no basta para decidir cuándo es necesaria su protección por el Derecho penal. No todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo *bien jurídico* ha de convertirse en un *bien jurídico-penal*. La doctrina no ha contemplado normalmente este último concepto, sino que se ha limitado a referirse al de bien jurídico. Aquí quisiera llamar la atención sobre la conveniencia de distinguir claramente el concepto de bien jurídico-penal. Querría reflexionar sobre las condiciones que han de concurrir para que un bien jurídico merezca ser un bien jurídico-penal.

---

1 Catedrático de Direito Penal da Universidade de Barcelona (Espanha).

## II

Son conocidas las dificultades que a lo largo de su historia ha encontrado el concepto de bien jurídico para ofrecer un límite al *Ius puniendi*. La insistencia con que se enarbola la bandera político-criminal del bien jurídico no puede obviar dichas dificultades. No es éste el lugar para recordar la evolución histórica del concepto de bien jurídico. Sí procede un brevísimo balance de las posibilidades limitadoras que hoy cabe reconocer al bien jurídico a la vista de sus más importantes concepciones históricas.

Es evidente, por de pronto, que la menor capacidad limitadora corresponde al concepto dogmático de bien jurídico, según el cual importan los bienes efectivamente protegidos por el Derecho. Así formulado, dicho concepto ni siquiera podría servir para exigir que la protección penal se redujera a la de aquellos bienes reconocidos por alguna norma jurídica previa al Derecho penal, a la de los bienes jurídicos que el Derecho penal *se encuentra* procedente de otras ramas del Derecho. Pues, si el Derecho penal *también* es Derecho, bastaría que reconociese *ex novo* cualquier objeto no anteriormente protegido, para que dogmáticamente debiera considerarse un bien jurídico. Tal vez no fuera ésta la intención última de la concepción de Binding del bien jurídico. Al referir la protección penal a los bienes jurídicos, quizás buscaba Binding una coherencia con su atribución al Derecho penal de una naturaleza meramente sancionatoria de normas preexistentes a la ley penal. Como estas normas, los bienes jurídicos serían, entonces, previos al Derecho penal. Asignar a éste la función de tutela de bienes jurídicos equivaldría a limitar el Derecho penal a sancionar los ataques a bienes reconocidos en otros sectores del Derecho. Ahora bien, una tal concepción del bien jurídico sería tan discutible como el entendimiento meramente sancionatorio del Derecho penal. No es éste el momento de insistir en ello, pero sí conviene resaltar que una Política criminal restrictiva de la intervención penal exige subordinar ésta a valoraciones específicamente jurídico-penales, que permitan seleccionar con criterios propios, especialmente estrictos, los objetos que merecen amparo jurídico-penal y no sólo jurídico *in genere*. Como experiencias recientes hacen plausible, concebir el Derecho penal como apéndice sancionador del ordenamiento jurídico puede conducir, por el contrario, a la tendencia a buscar

continuamente el apoyo sancionador del Derecho penal. Sobre esto me extendí en una Ponencia que presenté en esta misma Universidad el año pasado.

Del concepto dogmático de bien jurídico no cabe esperar, pues, la esperable función limitadora del *Ius puniendi*. Pero tampoco es suficiente la capacidad de limitar al legislador que puede tener un concepto *político-criminal* de bien jurídico. Aunque tal concepto pretende decidir qué es lo que *merece* ser considerado como bien jurídico – y no sólo describir lo que el legislador de hecho reconoce como tal –, no sirve por sí solo para resolver la cuestión de cuándo lo que merezca dicha consideración de bien jurídico exige, además, la protección jurídico-penal. Ello no significa que sea inútil la aproximación político-criminal al bien jurídico, sino sólo que no es suficiente si no va acompañada de un concepto político-criminal de *bien jurídico-penal*.

Desde el prisma de un Estado social y democrático de Derecho, no es inútil reclamar un concepto político-criminal de bien jurídico que lo distinga de los valores puramente *morales* y facilite la delimitación de los ámbitos propios de la Moral y el Derecho; no es ocioso situar los bienes merecedores de tutela jurídica en el terreno de lo social, exigiendo que constituyan condiciones de funcionamiento de los sistemas sociales, y no sólo valores culturales como pretendió el neokantismo; y, finalmente, es ciertamente conveniente postular que el bien jurídico no sólo importe al sistema social, sino que se traduzca además en concretas posibilidades para el individuo. Todo ello sirve para determinar la materia de lo jurídicamente tutelable, y siendo el Derecho penal también Derecho, también ofrece la sustancia básica de lo protegible jurídico-penalmente. Pero no todo cuanto posea dicha materia – de interés social relevante para el individuo – podrá, obviamente, elevarse a la categoría de bien merecedor de tutela jurídico-penal, de bien jurídico-penal.

La señalada necesidad de acompañar la teoría del bien jurídico, de la concreción ulterior de lo que merece considerarse bien jurídico-penal, se advierte claramente cuando se pretende utilizar la concepción político-criminal del bien jurídico para determinar hasta dónde debe llegar la intervención del Derecho penal para proteger nuevos intereses colectivos o sociales, también llamados «difusos» porque se caracterizan por hallarse difundidos entre amplias capas de la población. La Reforma del Código penal de 1983 amplió la tutela penal en el ámbito de intereses de este tipo,

como la seguridad en el trabajo, la salud pública, el medio ambiente, la libertad sindical y el derecho de huelga. En un Estado social no cabe discutir la importancia de esta clase de intereses, y por supuesto se trata de bienes que merecen protección jurídica. Pero ello, suficiente para afirmar que reúnen los requisitos de un concepto político-criminal de bien jurídico como el que creemos defendible, no basta para decidir el importante debate actual acerca de los criterios que han de decidir qué límites deben presidir la intervención del Derecho penal en este ámbito.

### III

En lo que sigue trataré de esbozar algunos criterios que pueden utilizarse para hallar la diferencia específica del concepto que postulo de bien jurídico-penal. Como es obvio, con ello sólo pretendo introducir de forma muy esquemática en una problemática que aquí únicamente cabe insinuar.

Para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también en sentido político-criminal), cabe exigir de él dos condiciones: suficiente *importancia social* y *necesidad de protección por el Derecho penal*. En lo que sigue me ocuparé especialmente de analizar el alcance que ha de corresponder a la primera de estas dos condiciones y concluiré con una breve referencia a la segunda.

1. La importancia social del bien merecedor de tutela jurídico-penal ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal. Permítaseme que reproduzca aquí unas líneas de la Ponencia que presenté en esta misma Universidad sobre el principio de intervención mínima: «El uso de una sanción tan grave como la pena requiere el presupuesto de una infracción igualmente grave. Al carácter penal de la sanción ha de corresponder un carácter también penal de la infracción. El Derecho penal no puede usarse para sancionar la infracción de una norma primaria merecedora de naturaleza penal. Sólo las prohibiciones y mandatos fundamentales de la vida social merecen adoptar el carácter de normas penales. Sólo las infracciones de tales normas merecen la consideración de “delitos”». Reclamar una particular «importancia social» para los bienes jurídico-penales significa, pues, por de pronto, postular la autonomía de la valoración jurídico-penal de

aquellos bienes. Y significa erigir en criterio básico de dicha valoración específica el que tales bienes puedan *considerarse fundamentales para la vida social*. Lo primero – la autonomía valorativa del Derecho penal – supone el rechazo de una concepción de éste como instrumento meramente *sancionador* de valores y normas no penales. Lo segundo – la exigencia de que los bienes jurídico-penales sean fundamentales para la vida social – obliga a precisar de algún modo el sentido de esta exigencia.

En realidad, las divergencias ante la cuestión de si hay que *criminalizar, o no*, determinado interés empezarán en este punto. Será fácil el acuerdo hasta aquí, pero será mucho más difícil coincidir en la apreciación de cuándo un interés es fundamental para la vida social y cuándo no lo es. Hasta cierto punto ello es inevitable, pues se trata de una cuestión valorativa, pero es bueno tratar de hallar criterios que puedan auxiliar en la discusión *racional* (intersubjetiva) del problema. Personalmente intentaré alguna reflexión al respecto.

a) Es innegable, por de pronto, que el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal. Sin embargo, la cuestión no puede resolverse de plano con el *solo* recurso a la Constitución, que tampoco en este punto constituye la varita mágica que algunos creen. Ello se debe a diversas razones.

En primer lugar, aunque según el artículo 9 de la Constitución ésta obliga a los ciudadanos y a los poderes públicos, no cabe olvidar que la función *primordial* de la Constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino establecer las claves fundamentales del ejercicio del poder político. El reconocimiento de bienes y derechos que se efectúa en la Constitución tiene *ante todo* por objeto fijarlos como límites que deben respetar los poderes públicos. Aunque, además, también se imponga el respeto de tales derechos a los ciudadanos, el criterio primario de selección de los mismos sigue siendo el de orden político mencionado. Sólo en algún caso parece predominar la voluntad de dirigirse a los ciudadanos: así en el artículo 18, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen – y aun aquí habrá movido seguramente al legislador la voluntad de proteger estos derechos frente a medios de comunicación que de hecho ostentan una dimensión pública.

En segundo lugar, no puede entenderse que la Constitución imponga al Estado no sólo el deber de respetar los derechos fundamentales, sino también el de sancionar penalmente su vulneración. No cabe olvidar que la intervención penal supone también lesión de derechos del condenado. Ello exige una ponderación de intereses no resuelta expresamente por la Constitución.

Por último, aunque la Constitución reconozca un determinado bien, sería evidentemente contrario al principio de proporcionalidad protegerlo penalmente de todo ataque, incluso ínfimo, sin requerir un mínimo de afectación del bien. Precisamente, en la práctica, el problema suele ser qué grado de afectación de un determinado interés es suficiente para hacerlo objeto de tutela jurídico-penal. Luego pondré un ejemplo relativo a los límites de la protección penal de la salud.

Ahora bien, insisto en que ello no significa que el reconocimiento constitucional de un derecho o bien no deba tomarse muy en consideración para valorar su grado de importancia en orden a su posible tutela jurídico-penal. Pero tal dato no basta por sí solo, sino que ha de acompañarse de otras consideraciones específicamente orientadas a la finalidad político-criminal aquí perseguida. A continuación esbozaré alguna.

*b)* Para decidir la cuestión de si ha de ampararse penalmente un determinado interés social que hasta ahora no lo es, o la de si debe o no despenalizarse un bien hasta ahora penal, puede ser útil partir de la comparación con los bienes jurídico-penales que integran el núcleo del Derecho penal. Se advierte, entonces, fácilmente que los bienes jurídico-penales más indiscutidos, los que han calado más hondo en la conciencia social y han perdurado a lo largo de los siglos, son aquellos que afectan en mayor medida y más directamente a los individuos. Es cierto que en épocas anteriores el poder político otorgó la máxima protección penal a valores estatales y religiosos, pero también es evidente que ello responde a concepciones superadas en nuestro ámbito de cultura, concepciones que no decidían el contenido del Derecho penal con arreglo al criterio de los intereses fundamentales de la sociedad. En el Estado social actual vuelve a plantearse la cuestión de si el conjunto social merece tanta o mayor protección jurídica que los individuos. Es en este contexto en el que hoy se debate la tutela penal de nuevos intereses colectivos.

Hay dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno, es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos. El primero es el adoptado por el Estado social autoritario, caracterizado por subordinar el individuo al todo social. El Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos *en la medida* en que condicionen la vida de los individuos. La razón es obvia: se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema.

Desde este punto de vista, la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración. El problema que se plantea en este punto es el de si la extensión del interés a amplias capas de la población ha de conducir a afirmar la suficiente importancia de dicho interés para que pueda convertirse en objeto del Derecho penal. Puede suceder que un interés muy difundido en la sociedad no afecte a cada individuo más que en forma leve. El Estado social no puede desconocer la significación que por sí misma implica la extensión social de un determinado interés, pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo.

Creo que ésta es una vía de razonamiento que debe atenderse si se quiere evitar la peligrosa tendencia que posee todo Estado social a hipertrofiar el Derecho penal a través de una *administrativización* de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del *orden* colectivo.

Sólo pondré un ejemplo. No cabe negar que la salud pública es un interés colectivo que afecta a cada individuo, pero habrá que exigir un determinado grado de lesividad individual para que importe al Derecho penal, y, por otra parte, la protección penal que merece depende también de esa lesividad individual. Hasta ahora no se ha creído que el alcohol o el tabaco afecten suficientemente a la salud como para criminalizar su venta o su consumo. Respecto al tabaco, el punto de vista del orden colectivo va conduciendo a incrementar la prohibición de su consumo en lugares públicos. Ello es admisible – yo lo admito – en la medida en que se trate de prohibiciones meramente administrativas. La indudable extensión social del problema

no ha de bastar, en cambio, para legitimar la intervención del Derecho penal. Esta misma línea de argumentación afecta a una problemática mucho más seria: la de los límites de la punición en materia de drogas. Es preciso insistir en la diferenciación de las drogas según su distinto efecto lesivo para el individuo. También hay que tener en cuenta que la lesividad individual viene en este caso acompañada del consentimiento de la víctima. No debe atenderse únicamente al aspecto de orden general que, sin duda, predomina en la actitud del Derecho penal frente a las drogas.

c) En este ejemplo de la salud que hemos propuesto se advierte no sólo la mencionada tensión entre lo colectivo y lo individual, sino también que no basta constatar la importancia abstracta del bien, sino que es exigible una importancia del concreto *grado de afectación* de dicho bien. No basta que la salud sea en abstracto un bien social fundamental para proteger penalmente cualquier pequeña merma de la salud. He aquí un peligro que encierra la concepción abstracta de los bienes jurídicos que es usual. Según la misma, se clasifican los bienes por la clase genérica de interés a que afectan, sin atención al diferente *grado* de implicación de tal interés. Se incluyen así dentro del bien jurídico *salud* desde sus más importantes manifestaciones, hasta sus más insignificantes. Lo mismo sucede con otros muchos bienes *graduables*, como el de la propiedad. Ahora bien, si se prescinde de sus diferentes manifestaciones cuantitativas, de poco puede servir para la delimitación de lo penalmente protegible la sola alusión a géneros tan amplios como la salud o la propiedad. Habría que concretar más, en función de los diferentes grados de afectación del interés. Que una gran cantidad de dinero deba constituir un bien jurídico-penal no significa que una pequeña suma deba considerarse necesariamente un bien merecedor de tutela penal. Si para una teoría del bien jurídico general no es tan necesario el grado de concreción que estoy propugnando, el mismo resulta imprescindible para una teoría del bien jurídico-penal que pretenda ofrecer criterios útiles para la delimitación de los objetos de protección del Derecho penal. Es evidente que en buena parte de los casos los problemas de decisión de si procede, o no, la intervención penal dependen de que se estime suficiente o no la *concreta entidad* del bien afectado.

2. Esta exigencia afecta al requisito de importancia social del bien, pero conecta ya con el segundo requisito de *necesidad de protección penal* del mismo. Sobre este otro

elemento que debe concurrir en el concepto político-criminal del bien jurídico-penal, no puedo extenderme aquí. Me limitaré a dejar planteado el tema.

No basta que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente. Es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos: si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico-penal. Lo que sucede es que con frecuencia será necesaria la protección penal de un bien frente a algunas formas de ataque especialmente *peligrosas* y no frente a otras. Aquí hay que referirse, también, al problema de en qué medida es necesario que los ataques penalmente sancionables produzcan un resultado efectivamente lesivo o en qué medida basta que pongan en peligro los bienes jurídico-penales. Ahora bien, en cuanto la falta de necesidad de protección frente a ciertas formas de ataque no dependa de la importancia abstracta del bien ni de su concreto grado de afectación, no podrá decidirse con el solo criterio de la entidad del bien. Ello pone de manifiesto algo con lo que llegamos a los límites de la función político-criminal del bien jurídico-penal, y con ello también el objeto de mi intervención, a saber: que el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales es sólo uno de entre los distintos principios que deben limitar el *Ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho.

# Reforma da Lei de Execução Penal Brasileira

*Sidnei Agostinho Beneti<sup>1</sup>*

## 1 A lei de execução penal

A Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11.7.1984) significou relevante avanço no tratamento do tema em meio à legislação internacional. Com efeito, disciplinou o caótico sistema anterior, que alimentava o surgimento de esparsas regras estaduais. Tais regras tornavam absolutamente imponderável o tratamento de direitos e obrigações de condenados, seja para corrigir desvios no cumprimento das penas privativa de liberdade e de multa, seja para disciplinar as obrigações relativas ao *sursis* e ao livramento condicional.

Ademais, não havia, à época, na legislação material, regramento atinente aos regimes de progressão no cumprimento da pena, especificamente regimes fechado, semiaberto e aberto. Não se cogitava de medidas alternativas à pena privativa de liberdade e a multa não recebia tratamento mais detido em nenhum diploma legal de natureza processual penal, sendo tratada apenas no âmbito do Direito Administrativo e Tributário.

## 2 A melhoria do sistema

Sem dúvida, caminhou muito o sistema de execução penal sob a vigência da Lei n. 7.210, de 11.7.1984.

---

1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Doutor em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP. Professor Titular aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo-SP. Presidente da Comissão de Reforma da Lei de Execução Penal nomeada pelo Senado Federal Brasileiro. Ex-Presidente e Presidente Honorário da União Internacional de Magistrados – UIM (Roma).

Além de regredirem-se pormenores atinentes às penas, a Lei estatuiu normas procedimentais relativas às diversas sanções penais. Disciplinou o título executivo penal e os meios de correção do excesso de execução.

As normas procedimentais, entretanto, provocaram a judicialização excessiva da execução penal no País. Inspirada na moderna penologia e ciência penitenciária, a Lei n. 7.210, de 11.7.1984, viu-se, ademais, somada dos meios judicializantes da nova Constituição brasileira de 1988, passando a garantir, ao lado da necessária preservação de renovado rol de direitos de sentenciados, o uso incidental de variados meios de invocação da atividade jurisdicional na execução, inclusive por intermédio do *habeas corpus*.

Em suma, além de prescrever direitos básicos aos condenados, a legislação franqueou-lhes, de forma ímpar, o acesso à via judicial. Esse acesso, em verdade, deu-se de forma praticamente geral, irrestrita e ampla, como não se vê na experiência internacional.

O agravo de instrumento, fundado na regra da recorribilidade interlocutória, enseja, a rigor, a possibilidade de judicialização maciça em meio ao cumprimento da pena. E o alargado uso do *habeas corpus*, nos novos termos da Constituição Federal, admitido não só diante da ofensa direta e concreta ao direito de ir e vir, mas também da pura e simples ameaça a esse direito, judicializou o cotidiano da execução penal.

Os resultados negativos não custaram a vir. Surgiu considerável quantidade de pleitos judiciais incidentais no já complexo tratamento da execução da pena, execução esta, como sabido, de trato sucessivo por intermédio, muitas vezes, de obrigações de fazer incidentais, como a acarretada pelo dia a dia das prisões e pelo fracionamento das medidas alternativas, como a prestação de serviço à comunidade.

### 3 Números judiciários da Execução Penal brasileira

Interessante realçar a situação judiciária da irrestrita judicialização da execução penal no País. Com efeito, à época da promulgação da Lei de Execução Penal, era de marcante raridade a vinda de processos de recursos de *habeas corpus* a julgamento dos Tribunais. Na atualidade, esses números chegam a escalas astronômicas nos Estados e também no sistema federal.

## 4 Falência da pena de multa

Por outro lado, a pena de multa passou à condição de quase inutilidade no sistema, pois, destinada a multa ao Estado, o inadimplemento dessa relevante modalidade sancionatória passou a levar à burocratização administrativa e processual do sistema que acarreta pura e simplesmente o inadimplemento em todo e qualquer caso, no aguardo puro e simples das anistias tributárias.

É que, diante da aplicação da multa pelo juízo da condenação penal, expede este a certidão para a inscrição da dívida e, posteriormente, deve o Estado ajuizar ação de execução fiscal perante os juízos da Fazenda Pública, seguindo-se a tramitação normal do processo de execução fiscal na competência dessas, e podendo o aludido processo trilhar todos os caminhos atinentes à jurisdição cível, com a admissão de embargos do devedor, exceção de pré-executividade, penhora e seus incidentes, exceções processuais de incompetência do juízo e tantos outros incidentes típicos da jurisdição processual cível.

O que se tem como resultado é a formação de acervos de execuções de multas penais perante as Varas de Fazenda Pública, os quais se movimentam infrutiferamente, até porque a maioria, para não dizer quase a totalidade dessas execuções, lida com pessoas absolutamente desprovidas de recursos financeiros. Daí se segue que essas execuções terminam, após longa paralisação, por ser extintas em razão de anistias fiscais concedidas às execuções de pequeno valor.

Essa consequência é extremamente nociva para o sistema processual penal, reforçando, por um lado, a imagem pública da impunidade; e, por outro, incentivando os destinatários dessa ação penal, que deveriam receber a medida afliitiva para que não voltassem a delinquir, um verdadeiro incentivo à delinquência, diante do fato de concretamente experimentarem a ineficácia da sanção penal.

## 5 Sentido geral da reforma

A reforma de uma lei deve nortear-se pela busca da clareza preceptiva, simplicidade executória, fluidez procedimental e concretibilidade efetiva. Tanto melhor

a lei quanto mais simples e efetivo o caminho de seu preceito abstrato ao resultado concreto.

No tocante à execução penal, esses objetivos devem permear todo o sistema, desde a imposição da medida sancionadora penal até o efetivo exaurimento do seu cumprimento, formando um sistema integral, quer dizer, um conjunto coordenado de proposições dirigidas à consecução de um fim comum, que é o cumprimento da pena. Deve-se buscar a operacionalidade dos efeitos de todo e qualquer sistema penal, quais sejam: a) a prevenção específica individualizada quanto ao transgressor, para que não volte a cometer infrações penais diante da antevisão das consequências sancionatórias para si, e b) a prevenção geral, que consiste em infundir na sociedade o sentimento claro de que o cometimento de delitos acarreta punições efetivas segundo a lei.

Passa-se a alinhar uma série de propostas a serem levadas em consideração na reforma do sistema, propostas essas que, naturalmente, deverão merecer reflexão para adequação aos pormenores práticos para a inserção no sistema e para a efetivação.

## 6 Central de controle da medida concreta das penas

Um bom sistema de efetividade da execução penal pressupõe um banco de dados atinentes às condenações a penas privativas de liberdade aplicadas no país, de maneira que, atualizado esse banco de dados *on line*, em *real time*, todos os envolvidos no sistema de execução da pena tenham a exata compreensão do desenvolvimento no cumprimento da pena e, especialmente, das datas precisas dos passos para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Destacam-se, entre esses passos, as datas exatas em que, cumpridos os lapsos temporais para a progressão de regimes, os acréscimos pela somatória de novos tempos de pena decorrentes de condenações em outros processos, os abatimentos de penas consequentes a incentivos à ressocialização e ao bom comportamento carcerário (como o trabalho no presídio, a frequência a cursos, a prestação de serviços comunitários etc.) e, por fim, a data efetiva em que deva ocorrer a soltura ou a colocação do condenado em regime de livramento condicional.

É preciso pensar em controle central de registros de penas, para acompanhamento *on line* de informações atinentes aos dados de interesse para a soma e diminuição de tempos de pena, de direitos e obrigações intercorrentes, e totalização dos dados, de modo a saber exatamente, a cada momento, qual a data de recebimento de progressão para regime menos severo ou a data do efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade.

Note-se que o sistema deve adequar-se às complexidades da execução da pena como a remissão e as saídas progressivas ao se aproximar o tempo da soltura, para gradual retorno ao convívio social.

## 7 Extinção do alvará de soltura

Corolário da existência de uma data precisa para a soltura, constante de um registro central, cuja capilaridade informativa forçosamente deve atingir os computadores do estabelecimento prisional em que serve o condenado, estará a absoluta desnecessidade de expedição de alvará de soltura na data para a colocação em liberdade do cumprimento da pena.

A soltura do condenado que cumpre a pena, direito sagrado de todo prisioneiro, infelizmente violado amiúde no País pela praga nacional da *pena vencida*, razão de ser da desmoralização do sistema prisional e de sucessivas rebeliões noticiadas ao público, resta assegurada, por consequência, diante do fato de, no dia anotado para o cumprimento da pena, o diretor do presídio simplesmente colocar em liberdade o apenado, fazendo-o sob pena de cometimento de delito de abuso de autoridade.

Com toda certeza, a instituição de um registro central e a marcação da data precisa de cumprimento da pena privativa de liberdade – com a soltura automática pelo diretor do presídio, sem necessidade de trilhar um longo processo de expedição de alvará de soltura nas varas de execuções penais – por si sós, já seria avanço suficiente para uma reforma realista da Lei de Execução Penal, a qual, a rigor, já se recomendaria ainda que contivesse um só dispositivo legal, um único artigo nesse sentido.

## 8 Prazo para as prisões processuais

O sistema da medida processual penal privativa de liberdade consistente na prisão (temporária, em flagrante e preventiva), com seus antídotos de liberdade provisória, com ou sem fiança, veio caminhando entre nós, com passos seguros no sentido dos princípios da necessidade e da proporcionalidade.

Com efeito, ao tempo da promulgação do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante por delito apenada abstratamente com a pena de reclusão implicava responder por todo o processo preso, apenas se liberando o acusado diante da sentença absolutória ou da sentença que lhe impusesse pena não privativa de liberdade ou não qualificada pela reclusão (para cuja apelação, recorde-se, ainda que em liberdade, era necessário recolher-se preso – Súmula n. 9 do STJ: *A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência* – Relator: Ministro Assis Toledo). Ademais, crimes punidos, em tese, com pena de reclusão de medida superior a oito anos levavam, na pureza do sistema do Código de Processo Penal, à prisão preventiva obrigatória.

Posteriormente, abolida a prisão preventiva obrigatória pela extensão da pena (oito anos), o sistema manteve a vedação à concessão de liberdade provisória nos casos de prisão em flagrante e de denúncia por delito punido com reclusão (aí inseridos delitos de relevo, do tipo que atualmente afligem em muito a sociedade brasileira, como o roubo, o homicídio, o latrocínio, o estupro, o atentado violento ao pudor, o furto qualificado e o estelionato – seguramente delitos responsáveis pelos maiores números nas estatísticas penais e pelo maior temor para a sociedade).

Mais tarde, nos idos de 1967, com a denominada “Lei Fleury”, que passou a permitir ao acusado de delitos graves, como o homicídio, aguardar o julgamento em liberdade, implantou-se o sistema de autorização para responder o acusado em liberdade pelos graves delitos antes apontados.

Como se vê, do sistema derivava um regramento rigoroso do tempo de permanência na prisão por motivo processual, pois a jurisprudência era maciça e pacífica em exigir o encerramento da instrução criminal pelo juízo, com a ouvida de todas as

testemunhas de acusação, no prazo de 81 dias (situado, aliás, entre os mais exíguos do mundo – p. ex., a prisão preventiva alemã é por prazo de seis meses, prorrogável, mas pelo Tribunal; a prisão preventiva francesa é por período inicial de um ano, também prorrogável tanto quanto necessário, em casos determinados; a prisão preventiva norte-americana e do Reino Unido é a regra geral, temperando-se, é certo, os sistemas, pela possibilidade de prestação de fiança, de acordo com as possibilidades econômicas do acusado e da gravidade do delito, mas sabidamente de valor elevado, a fim de se criar, no acusado, sentimento de que, de fato, resta “presa” uma quantidade de patrimônio próprio ou alheio, que praticamente corresponde à aflição da privação da liberdade pessoal).

No sistema brasileiro atual, a prisão propriamente preventiva (não a prisão temporária) não está submetida a prazo, orientando-se, exclusivamente, pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade ao delito.

Necessária a instituição de medida máxima de tempo para a persistência da prisão processual. Havendo medida de tempo para a prisão processual, seguir-se-á a submissão de toda a vasta gama de prisões processuais de todas as espécies, a um limite temporal máximo, com uma data precisa máxima para a soltura. Daí se segue que também a prisão, por si só, poderá ser inserida em sistema como o antes apontado para um controle geral computadorizado de prisões processuais, com a consequente abolição do alvará de soltura.

Igualam-se, pois, na objetividade de datas concretas, as restrições à liberdade aos condenados definitivos e de presos provisórios. Até porque, do ponto de vista do ser humano preso e da sociedade que lhe restringiu a liberdade, pouco importa a denominação técnico-processual do aprisionamento a que submetido.

## 9 Temporalização objetiva das progressões prisionais

A fim de que o sistema de cumprimento da pena com as suas progressões seja o mais objetivo possível, de maneira a se garantir a previsibilidade para os condenados e para a sociedade, deve-se dar mais importância ao requisito temporal do que a avaliações subjetivas das mais variadas espécies, como a psicológica, a social e outras.

O sistema deve prever os tempos e as datas em que o condenado seja colocado, por progressão, em regime mais brando, de modo que, chegando a essa data tal, efetivamente se realize, independentemente de exames e decisões judiciais que os avaliem.

É claro que tais exames podem e devem ser realizados, mas se para restringir o direito, que se realizem antes do marco temporal objetivamente fixado, sabendo todos, agentes da execução penal, magistrados, condenados, peritos psicológicos sociais, promotores e defensores, que, naquela data, será efetivada a progressão.

## 10 Pena de multa

A pena de multa deve alterar-se fundamente para permitir mais fácil e fluida execução, para trazer proveito social efetivo e para fornecer ao condenado a noção de efetividade punitiva.

Quanto à destinação, sem dúvida que melhor do que destinar ao Estado as pequenas importâncias, que são a maioria, de forma a se tornarem incobráveis pela execução fiscal e anistias tributárias, será destiná-las a instituições de benemerência social, como creches, estabelecimentos para idosos, abrigos, hospitais e instituições semelhantes, como se dá em grande parte dos países que bem executam essa modalidade pecuniária.

A execução da pena de multa deve ser realizada pela forma mais simples possível, que é a seguinte: aplicada a multa, deve o próprio apenado ser incumbido de levar o dinheiro até o representante da entidade de benemerência anteriormente escolhida, e, lá, pagar contra recibo, voltando com ele ao juízo da própria condenação, para juntada aos autos.

É claro que tal sistema possui, por corolário, a sanção efetiva para o caso de descumprimento, o que nos países acima assinalados se dá com a aplicação da pena privativa de liberdade substituída pela multa. Assim ocorre até mesmo nos casos de pessoas desprovidas de bens e mesmo desempregadas, para as quais, naturalmente, as multas se fixam em quantias ínfimas, quase irrisórias, dessas que podem ser obtidas por intermédio da rede social de relacionamento simples, mas mediante o encargo imposto ao condenado de ter o trabalho de diligenciar e procurar meios para realizar a satisfação da obrigação.

## 11 Medidas alternativas à prisão

As medidas alternativas à prisão devem ser orientadas para cumprimento em um só ato, jamais se aplicando aquelas que impliquem obrigação de fazer em trato continuado, sucessivamente, como certas medidas genericamente prodigalizadas sob a modalidade de prestação de serviço à comunidade. Isso porque a obrigação de fazer de trato sucessivo, como é bem sabido, é a mais difícil de se cumprir a cumprimento, até mesmo no âmbito cível, tornando-se, em grande quantidade de casos, inexecutável especialmente no âmbito criminal.

Com efeito, a imposição de medida de trato sucessivo longa, por exemplo, prestação de serviço para hospital, repartições públicas e outras, acaba por levar a evidente má vontade tanto da parte do apenado como do destinatário da aludida prestação, como diretores e dirigentes de hospitais, repartições públicas etc., redundando, não raro, em mera assinatura de comparecimento fictício (até porque é regra da vida que, se todo trabalhador novo implica dificuldade para o seu treinamento, com muito mais razão o trabalhador episódico, que não continuará no sistema, prestando serviço depois do treinamento e aprendizagem, mormente quando presumivelmente realiza a prestação de má vontade, em virtude de condenação criminal).

Deve-se sugerir a criação de listagem exemplificativa de atividades alternativas à prisão e à multa, como o pagamento imediato de quantia em dinheiro, ainda que módica, a entrega de algum bem concreto, a prestação de uma tarefa de poucos dias, como pequena construção, confecção de utensílio e atividades semelhantes compatíveis com as condições laborativas do condenado.

## 12 Atribuição de competência para medidas não privativas de liberdade ao juízo da condenação.

Um dos maiores problemas da execução penal brasileira, na atualidade, situa-se no açambarcamento das varas de execução penal por numerosos processos, que alcançam, por vezes, à centena de milhar, relativos a cumprimento de penas não privativas de liberdade.

Essas penas, como a multa, a prestação social alternativa e semelhantes, se organizadas de forma facilmente exequível, como as propostas acima, podem ficar a cargo do juízo da condenação, conhecedor, este, pelo fato de haver proferido a sentença condenatória, das condições pessoais dos condenados e, portanto, mais apto a adequar a consequência sancionatória a essas condições pessoais.

Com isso, com o trabalho da execução a cargo do juízo da condenação, evitar-se-á a despersonalização da execução individual, perdida em meio aos números exacerbados das varas de execuções.

### 13 A especialização de câmaras de execução penal

É claro que a especialização do juízo da execução da pena em primeiro grau para as penas privativas de liberdade é recomendável, e tal já se realiza, como regra, na organização judiciária brasileira.

Impõe-se dar um passo à frente e especializar Câmaras de Execução da Pena, nos tribunais. Com a especialização nos tribunais, evitar-se-á a dispersão na interpretação da Lei de Execução Penal em unidades julgadoras diversas, câmaras diversas que podem manter orientações diferentes relativamente a instituto de maior importância concreta para a execução, como, por exemplo, o caráter continuado ou não dos delitos cometidos, ou a configuração de concurso material ou formal, ou, ainda, a progressão de regime, ou, por fim, aos sucedâneos da colocação em regime prisional mais brando, como são os albergamentos em instituição pública e em prisão domiciliar.

Unificada a orientação, evitar-se-á o tratamento desigual em situações absolutamente idênticas, como do cometimento de delitos por vários condenados pertencentes ao mesmo grupo e que venham, afinal de contas, a ver-se condenados, beneficiados ou não, de forma diversa. Jamais agentes do mesmo delito compreenderão que um tenha recebido pena menor, em virtude de reconhecimento de concurso formal e o outro, pena maior, por declaração judicial de concurso material.

Essa desigualdade, que se registra no dia a dia do Judiciário brasileiro atual, incentiva o descrédito à Justiça e torna impossível aos julgadores de primeiro grau, aos

promotores e aos defensores públicos a previsão segura da qualidade e da medida das penas aplicadas.

Afinal, como se exigir de juízes de primeiro grau, promotores e defensores o atendimento à diretriz jurisprudencial, se esta não se forma nos Tribunais, cuja variedade de entendimento, na realidade, impossibilita a exigência de uniformidade de tratamento no primeiro grau e o entendimento dos próprios condenados.

## 14 Varas de Execução Penal

As varas de execução penal de primeiro grau devem concentrar-se, a fim de que se evite a dispersão de tratamento dos condenados pelos diversos presídios, segundo a orientação mais tolerante ou mais rigorosa dos juízes e demais participantes do processo de execução.

Ademais, essas varas devem reservar-se, precipuamente, àquilo que, no âmbito penitenciário, é de valor nobre e, portanto, mais relevante, ou seja, ao tratamento do ser humano preso, de modo que devem ter competência, em princípio, tão somente para a pena de prisão e para a execução das medidas de segurança privativas de liberdade.

Demais medidas punitivas ou de tratamento que não impliquem a privação da liberdade devem ser reservadas para os juízos da condenação, evitando-se a formação de aglomerados imensos de processos que, como já antes salientado, levam à impessoalização do enfrentamento da situação individual de cada apenado e às consequências das decisões padronizadas, diante da impossibilidade de dedicação pessoal e personalizada a cada caso e a cada condenado.

O corolário dessas observações é o de que, em um Estado da Federação, deve, em princípio (ressalvados casos em que se imponha a divisão territorial ante a massa de processos de execução), haver apenas uma vara de execução penal situada na capital, com decisões que, por provirem de apenas um órgão julgador, serão iguais para todos os estabelecimentos penais situados no Estado. Com isso, evitam-se conhecidos problemas, como o da rebeldia de condenados, provocando levantes e mortes, no caso de transferências de agentes do crime especialmente poderosos de presídios

cujos Magistrados Corregedores sejam mais tolerantes para outros submetidos a rigor maior.

Lembre-se que a triste crônica judiciária registra mesmo casos de atentados de morte a Magistrados Corregedores de estabelecimentos prisionais de maior rigor, como o conhecido caso de homicídio de Juiz Corregedor da Comarca de Presidente Venceslau, no Estado de São Paulo.

## 15 Conclusão

As considerações acima são notas de destaques para o início do estudo da reforma da Lei de Execução Penal.

São observações estritamente do ponto de vista técnico-processual, visando a conferir maior fluidez do sistema de execução penal, garantindo-se os direitos aos condenados e a efetividade da prevenção criminológica para a sociedade.

Não se ocupa o presente escrito com várias outras facetas do direito da execução penal, as quais interessam à criminologia, ao tratamento, à preservação fática de direitos fundamentais, ao atendimento psicológico e social e outras facetas semelhantes, que, por certo, encontrarão reflexão dos profissionais das respectivas áreas. São por ora apenas considerações iniciais para o necessário novo debate a respeito de um novo sistema de execução penal.

A verdade é que o sistema, tal como se encontra, não atende, nem de longe, às necessidades da sociedade brasileira atual. Quanto à matéria, as necessidades da sociedade e os meios tecnológicos disponíveis mudaram muito. Cumpre promover um “*aggiornamento*” da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11.7.1984) e, em alguns casos, do Código Penal e do Código de Processo Penal, preservando-se os avanços de humanização e civilização realizados, mas dotando-se o regramento de maior fluidez e efetividade, para que o próprio sistema penal cumpra a finalidade de prevenção geral e especial pela qual anseia a sociedade.

# El Recurso de Apelación y la Doble Instancia Penal

*Víctor Moreno Catena<sup>1</sup>*

## 1 Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico hay ciertas impugnaciones que deben decidirse por el propio tribunal que ha dictado una resolución, impugnaciones que algunos autores han denominado “remedios”, y que pretenderían una reconsideración de lo decidido, introduciendo argumentos o poniendo énfasis en aspectos que no hubieran sido tenidos en cuenta por el juzgador; son la reposición, la reforma o la súplica, los denominados recursos no devolutivos, por cuanto, de acuerdo con la antigua concepción de la jurisdicción, es el propio tribunal quien debe decidir sobre la solicitud impugnatoria de una parte procesal, conservando así la jurisdicción, evitando remitirla a los tribunales superiores.

Comúnmente la decisión sobre la impugnación de las resoluciones judiciales que se dictan en un proceso se residencia en un órgano superior y, por lo general, con mayor experiencia del tribunal de donde procede; esa impugnación puede alcanzar tanto la revisión del procedimiento seguido como del juicio expresado, permitiendo la confirmación de la decisión o su modificación, anulación o sustitución por otra.

Deben hacerse inicialmente algunas precisiones sobre las impugnaciones: en primer lugar, parece claro que la decisión del órgano que resuelve el recurso no evita absolutamente el acierto o error de la resolución que en definitiva prevalezca, aunque desde luego mediante el doble examen, o el examen de los defectos denunciados por el recurrente, se puede lograr un mayor acierto en la decisión.

---

1 Catedrático de Direito Processual da Universidade Carlos III, Madri (Espanha).

En segundo término, el sistema de recursos permite un control interno de las resoluciones dentro del propio aparato judicial, pues la instancia superior podrá revisar la motivación de la resolución recurrida, que es un elemento capital de la legitimación de la potestad jurisdiccional en el Estado de Derecho, además de formar parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, en relación con el art. 120.3), derecho fundamental que comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, prohibiendo las actividades de deducción y de decisión internas o secretas, de modo que lo resuelto debe aparecer expresado y fundado en toda su extensión, dando a conocer que la actuación del juzgador no ha sido arbitraria, irracional, o absurda.

En tercer lugar, al propio tiempo, la instauración de los recursos contra las decisiones judiciales incorpora al sistema de justicia un factor relevante de pacificación social en la solución de los conflictos jurídicos que representa una de las finalidades de la jurisdicción; con la interposición de un recurso, la parte que no ha visto reconocidos o satisfechos sus derechos del modo en que los había planteado en el proceso, aquel a quien la resolución le produce un gravamen, tiene la oportunidad de acudir a otro tribunal para obtener exactamente sus pretensiones.

## 2 Apelación y segunda instancia

La apelación ha sido concebido tradicionalmente como el recurso ordinario por antonomasia, porque, en general, puede interponerse contra todas las resoluciones definitivas dictadas por el tribunal de la primera instancia y porque no responde a unos concretos motivos en los que deba sustentar la apelación el recurrente, sino que se abre a examinar cualquier infracción cometida por el órgano inferior.

La apelación es una impugnación que se plantea contra una resolución perjudicial para el apelante y que se solventa por un órgano superior que resuelve de nuevo, en una segunda decisión que puede declarar la nulidad o la invalidez de la primera, por apreciar un vicio procesal, o bien puede modificar el juicio del órgano inferior por considerarlo erróneo, aun cuando la decisión se haya adoptado válidamente; es decir, la apelación sirve tanto para denunciar los defectos de la actividad procesal (medio de impugnación) como para evidenciar y corregir los errores o desviaciones en el juicio lógico (medio de gravamen).

Por lo tanto, su carácter ordinario y devolutivo (devuelve la jurisdicción al superior en aquello que se ha impugnado –*tantum appellatum quantum devolutum*–), implica que el órgano de la apelación tiene la misma competencia que el de la primera instancia para conocer del litigio en los términos en que el recurso se ha planteado; su decisión tiene como presupuesto el gravamen de quien recurre y como límites los términos en que el apelante formula su impugnación.

El recurso de apelación abre también la segunda instancia, es decir, la posibilidad de que el tribunal de apelación se pronuncie sobre la totalidad de las cuestiones que fueron objeto de debate en la primera instancia ante el tribunal inferior. Esto supone que, sin motivos tasados, se puedan revisar tanto el cumplimiento de las normas procesales en las actuaciones de la instancia como la totalidad de la sentencia, comprendiendo no sólo la aplicación del Derecho sino también las cuestiones de hecho, con la posibilidad de practicar nuevas pruebas.

Para eso debe haberse impugnado una resolución definitiva, que decida y cierre la primera instancia; por tanto, no hay segunda instancia cuando se impugnan, aunque sea a través del recurso de apelación, resoluciones interlocutorias o incidentales que no pongan término al proceso, porque entonces la competencia del órgano de apelación no podrá alcanzar el pleno conocimiento del asunto.

En algunos ordenamientos jurídicos se ha concebido la segunda instancia como un nuevo juicio, la llamada apelación plena, en la que el tribunal superior recibe *ex novo* todos los materiales de hecho de la primera; se permitiría aportar ante él cualquier material nuevo, completar las pretensiones planteadas en la primera instancia e incluso ejercitar nuevas pretensiones, de modo que ocupa la misma posición frente al asunto que el de la primera instancia.

En el derecho español la apelación y la segunda instancia se han diseñado tradicionalmente como una apelación limitada, es decir, una *revisio prioris instantiae*, de modo que sólo cabe la denuncia de la resolución impugnada a partir de los mismos materiales de la primera instancia, aunque se permite con carácter excepcional la aportación de nuevos elementos de prueba.

Así pues, el tribunal superior se halla constreñido al examen y crítica de la actividad desarrollada por el órgano de la primera instancia, de modo que se revisan los hechos, las pruebas y la motivación de una manera mediata o indirecta.

Ahora bien, la posibilidad de que el apelante pretenda en el recurso un pronunciamiento del órgano superior sobre cualquiera de los defectos en que se hubiera incurrido en el procedimiento o en la resolución recurrida, no obsta para que se pueda exigir que el recurso sea fundado, es decir, que el apelante dé a conocer desde el primer momento cuáles son los puntos por los que pretende que la decisión de primera instancia sea revocada, aunque la ley no establezca motivos tasados para referir solamente a ellos la impugnación, puesto que se trata de un recurso ordinario<sup>2</sup>.

### 3 El principio de la instancia única en el proceso penal

La instauración en la Francia revolucionaria del enjuiciamiento penal por jurados a finales del siglo XVIII (1791), tomado del derecho inglés, provocó una auténtica convulsión en el modo de concebirse y desarrollarse el proceso penal, pues decidiendo de acuerdo con lo sucedido en el juicio, además de introducir la publicidad, la oralidad, la inmediación en la práctica de las pruebas y la libre valoración de las mismas, rompió con el viejo sistema de las sucesivas instancias en todos los procedimientos.

Como consecuencia de la instauración del jurado se consagró el principio de la instancia única, como principio rector del proceso penal, en el *Code d'instruction criminelle* (1808) y luego en todos los Códigos procesales penales del siglo XIX. Se entendía que una segunda instancia, en la que se pudiese revisar o controlar la decisión de los jurados, no era admisible, pues de una parte resultaba inviable la fiscalización de una decisión que era inmotivada por su propia naturaleza y por el modo de adoptarse, debido a que las pruebas se debieron haber apreciado en conciencia; de otra parte, no era posible la revisión de la decisión de fondo porque la segunda instancia produciría entonces una suerte de fraude a la participación popular en la justicia, ya que no se respetaría la soberanía popular, manifestada en el veredicto

---

2 Sobre la apelación penal, VARELA GÓMEZ, *El recurso de apelación penal*, Valencia, 1997.

de los jurados, si se permitiera que un tribunal superior pudiera revocar la decisión soberana de éstos, y a este propósito resultaba indiferente que el tribunal superior estuviera formado por magistrados profesionales, cuyo criterio hubiera de prevalecer sobre el de los ciudadanos, o por otros ciudadanos jurados, que no tendrían mayor legitimación que los primeros.

En el juicio por jurados se estableció la posibilidad de la “devolución del veredicto” por error grave o manifiesto, por incongruencia o por oscuridad; asimismo se introdujo el recurso de revista, una especie de recurso de nulidad del veredicto, cuando éste fuera manifiestamente injusto en la declaración de culpabilidad o inocencia, en opinión unánime del tribunal de derecho, en cuyo caso había que volver a constituir un nuevo jurado.

Con carácter general, incluso después de desaparecer la forma inglesa de jurado en Francia, se mantuvo el principio de la instancia única en el proceso penal, como uno de los logros del nuevo sistema de enjuiciamiento (así lo pondera de modo entusiasta la exposición de motivos de nuestra LECRIM de 1882) con lo cual, ante la falta de un recurso ordinario contra las sentencias dictadas en instancia única se ampliaron los motivos de un recurso extraordinario como el de casación.

#### 4 El derecho a los recursos y la impugnación de la sentencia condenatoria

La jurisprudencia constitucional española ha elevado el derecho a los recursos, es decir, el derecho a la impugnación de las resoluciones judiciales gravosas para un litigante, al rango de derecho fundamental, formando parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Se trata, como sostiene el Tribunal Constitucional, de un derecho de configuración legal, que no exige establecer impugnaciones en todos los casos, sino que impone el acceso a los recursos solamente cuando la ley procesal los hubiera previsto para un proceso en concreto, dejando al criterio del legislador ordinario la fijación del fijar el ámbito de las resoluciones recurribles, los presupuestos de interposición del recurso, el órgano competente para resolver, o el procedimiento que deba seguirse.

Como expresaba a este propósito la STC 214/03, de 1 de diciembre (FJ 3):

*Desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, este Tribunal viene manteniendo de modo constante en el tiempo que, así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse al mencionado derecho fundamental proclamado en el citado art. 24.1 CE en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, con la excepción del orden jurisdiccional penal, en razón de la existencia en él de un derecho del condenado al doble grado de jurisdicción. De esa circunstancia extrajimos a partir de la STC 119/1998, dictada por el Pleno de este Tribunal el 4 de junio de dicho año, las siguientes conclusiones:*

*Mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el fundamento jurídico 5 de la STC 37/1995, 'ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). En fin, no puede encontrarse en la Constitución -hemos dicho en el mismo lugar- ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)' (STC 37/1995, FJ 5).*

Ahora bien, esta libertad para el legislador ordinario no es omnímoda, pues el derecho a los recursos se debe entender vulnerado cuando en un determinado orden jurisdiccional no se estableciera recurso alguno contra la totalidad de las resoluciones dictadas; cuando la admisibilidad de un recurso se hiciera depender de presupuestos meramente formalistas, o cuando los órganos judiciales interpretaran las normas impidiendo de hecho la utilización del recurso (entre otras, SSTC 59/84,

5/88, 20/91 y 161/92). Sin embargo, no se vulnera ese derecho cuando la ley no los hubiera establecido frente a una determinada resolución.

Estas consideraciones, que tienen sentido y alcance general, han de ser matizadas respecto del proceso penal, pues entonces hay que tener en cuenta que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 (PIDCP), reconoce que *toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito en la ley*. Y que, en el artículo 2.1 del Protocolo Adicional nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 22 de noviembre de 1984, aun cuando todavía no ha sido suscrito por España, se dispone que *toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior*.

Por lo tanto, aunque con carácter general la Constitución española no reconoce un derecho al recurso, dejando libertad al legislador para diseñar el sistema de impugnación que considere oportuno, parece que en el proceso penal el derecho a recurrir debe entenderse incluido en el artículo 24 de la CE, pues interpretado desde la perspectiva del PIDCP, en aplicación del artículo 10 de la propia CE, el derecho a la tutela judicial efectiva exige ese reconocimiento.

Eso significa que existe una sustancial diferencia entre el orden penal y el resto de órdenes jurisdiccionales, pues debe entenderse que el derecho al recurso en el proceso penal –al menos el derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias– forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 (STC 116/88) o, como en alguna ocasión ha sostenido el propio Tribunal Constitucional, del conjunto de garantías y derechos procesales del artículo 24.2 (STC 42/82), existiendo en cualquier caso un auténtico deber constitucional de prever un recurso (SSTC 42/82, 76/82, 3/83, o 230/93).

Así pues, es preciso abordar el encaje en nuestro ordenamiento de los mandatos de los textos internacionales citados, aunque durante más de un siglo ha regido en España pacíficamente el sistema de instancia única en el proceso penal.

A pesar de eso, el principio de la instancia única no ha operado en nuestro país de forma absoluta, pues en la actualidad tanto las sentencias dictadas en los juicios de faltas como en los procedimientos abreviados que se siguen ante los Juzgados de lo Penal, que representan con gran diferencia el mayor número de resoluciones de la justicia penal, así como las sentencias dictadas por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado<sup>3</sup>, pueden ser recurridas en apelación; por lo tanto, se mantiene la instancia única para las sentencias dictadas en los procesos por delitos más graves, que sólo pueden recurrirse en casación.

La situación no puede ser más paradójica, pues el condenado por delito más grave ve reducidas sus posibilidades de impugnación, pues sólo se abre para él al recurso de casación, limitándose la amplitud de la revisión del órgano *ad quem*.

## 5 Las exigencias constitucionales de la impugnación de las sentencias penales

Desde luego que no resultan pacíficas las exigencias de nuestro ordenamiento jurídico acerca de la amplitud con que hayan de concebirse las disposiciones de los textos internacionales sobre derechos humanos que rigen en España y, por lo que aquí interesa, el recurso al que se refiere el PIDCP, tanto en lo referente a los hechos, como a la actividad probatoria o a la valoración de los resultados de la misma. No cabe duda de que esas disposiciones integran las propias garantías constitucionales españolas –por imperativo del artículo 10 de la CE–, y son aplicables actualmente en nuestro sistema procesal. Por consiguiente, deberá esclarecerse si la norma del

---

3 Como es conocido, a pesar de que en la LECRIM se denomine “recurso de apelación” al que puede interponerse contra las sentencias dictadas por el magistrado-presidente en el juicio por jurados, en puridad se trata de un recurso extraordinario. Como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal* (con Moreno Catena), 3ª ed., Valencia 2008, pág. 538, “la necesidad de fundar el recurso exclusivamente en alguno o algunos de los motivos recogidos en el art. 846 bis c) nos pone de frente a un medio de impugnación extraordinario ciertamente parecido al recurso de casación. No hay en este recurso ningún signo de apelación en el sentido técnico jurídico de medio de gravamen; no se busca un segundo conocimiento de la causa, sino determinar si el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado ha cometido alguna de las violaciones legales que pueden incluirse dentro de algunos de los motivos que se recogen en el citado art. 846 bis c)”.

Pacto impone una doble instancia penal generalizada, o se deja en manos del legislador nacional la configuración del recurso procedente.

El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000 (CCPR/C/69/D/701/1996, caso Cesáreo Gómez Vázquez), por el que se estimaba una reclamación contra el Estado español, parece sostener que el artículo 14.5 del PIDCP exige una segunda instancia generalizada, una “revisión íntegra del fallo y la condena” (apartado 11.1), expresión que utiliza para describir el significado del “sometimiento a un tribunal superior” que establece el referido artículo 14.5. El Comité sigue diciendo que “la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto” (en el mismo sentido, se pronuncia el Comité en la comunicación CCPR/C/78/D/986/2001, caso de Joseph Semey, Dictamen de 30 de julio de 2003).<sup>4</sup>

### A) Los procesos penales de instancia única

El sistema español de recursos en el orden penal parte del principio de única instancia, estableciendo en el enjuiciamiento de los delitos más graves el recurso de casación como única vía de impugnación de las sentencias dictadas en estos procesos, mientras que se abre la apelación en los procesos por delitos menos graves, en los juicios de faltas y en los procesos de jurado<sup>5</sup>.

Eso significa que en España existe un tratamiento diferente del derecho al recurso penal, porque en unos casos se permite una nueva cognición más o menos amplia

---

4 GÓNZALEZ CANO “El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español”, en *Tribunales de Justicia*, num.2, febrero 2001.

5 Vid. lo señalado antes (nota 2) respecto de la naturaleza del recurso de apelación en el juicio por jurado, que representa en realidad un supuesto de recurso extraordinario.

(como la apelación) y en otros, precisamente cuando se trata de delitos más graves, sólo puede interponerse un recurso extraordinario (como la casación), por lo que la garantía procesal es inversamente proporcional a la gravedad de la pena. Debe hacerse notar que, a diferencia de lo que han hecho otros países, que han excepcionado la aplicación del artículo 14.5 del PIDCP a ciertas infracciones, España ratificó el Pacto de Nueva York sin reserva ni declaración alguna, por lo que deberá atenerse a sus previsiones.

Pues bien, el órgano de interpretación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha entendido que las exigencias del texto internacional no autorizan el sistema de recursos que el derecho español establece en el orden penal, y ha sostenido en el Dictamen de 7 de agosto de 2003 emitido en la comunicación CCPR/C/78/D/1007/2001 (apartado 7) que, como el Tribunal Supremo indicó explícitamente que no forma parte de sus funciones la realización de una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador en primera instancia para dictar su fallo de condena, y no pudo revisar nuevamente las pruebas presentadas en primera instancia, ello equivalió a una violación del artículo 14, párrafo 5, al habersele denegado al autor la revisión íntegra de la sentencia y del fallo condenatorio (caso Manuel Sineiro Fernández; en el mismo sentido, Dictamen de 1 de noviembre de 2004, CCPR/C/82/D/1101/2002, caso José María Alba Cabriada).

Argumentaba el Dictamen del caso Gómez Vázquez que resulta incontestable la posibilidad de preguntarse si el sometimiento a un tribunal superior implica revisión íntegra del fallo y la pena, o se habilita a los legisladores para optar por un tipo de recurso más o menos amplio en cuanto al conocimiento del tribunal, ya que el propio precepto reconoce que ese sometimiento se hará “conforme a lo prescrito por la ley”, concluyendo que la obediencia al mandato del Pacto sólo se produce con una revisabilidad íntegra del fallo y de la pena.

Pues bien, en todo caso parece claro que el aludido precepto del texto internacional parte de un modelo procesal en el que habría de reconocerse al condenado el derecho a un recurso, con independencia de lo que se prevea para las partes acusadoras, que podrían resultar excluidas de la posibilidad de impugnación en caso de sentencia absolutoria o condenatoria sólo parcialmente. Claro es que la referencia

exclusiva al condenado y a la sentencia de condena (“la revisión del fallo y de la pena impuesta”) evidentemente no limita en el orden interno de los Estados signatarios ni el derecho al recurso para el resto de partes procesales, ni la posibilidad de recurrir la sentencia absolutoria.

## B) La apelación contra sentencias absolutorias. La condena en apelación o en casación

Precisamente la posibilidad de articular un recurso contra sentencias absolutorias por parte de las acusaciones, con el resultado de una condena por el tribunal superior, ha llevado a algunos a sostener que una interpretación literal del artículo 14.5 del PIDCP obligaría a arbitrar un nuevo recurso para quien resultara condenado por vez primera en segunda instancia o en casación, lo que resultaría, según ellos, un absurdo irresoluble.

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU parte de esa necesidad, considerando que la condena dictada por el tribunal de segundo grado supone una violación del PIDCP, si no se articula una nueva impugnación contra esa decisión. Así en el Dictamen de 22 de julio de 2005 (CCPR/C/84/D/1095/2002, caso Bernardino Gomaríz Valera), se sostenía que *la circunstancia que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado Parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior* (apartado 7.1).

Esta doctrina se reitera en la Decisión de 31 de octubre de 2006 (CCPR/C/88/D/1325/2004, caso Mario Conde Conde), en la que se observó que *el Tribunal Supremo condenó al autor por un delito de falsedad en documento mercantil, cargo del que había sido absuelto en primera instancia, y que recalificó el delito de apropiación indebida como delito continuado, por lo que se consideró que no procedía la prescripción del mismo. Con base a estas consideraciones, dicho tribunal revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y aumentó la pena impuesta, sin posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena fueran revisados por un tribunal superior conforme a la ley. El Comité considera que los hechos que tiene ante sí constituyen una violación del párrafo 5 del artículo 14.*

Con toda claridad lo afirma también el Comité en el Dictamen de 31 de octubre de 2006 (CCPR/C/88/D/1332/2004, caso Juan García Sánchez y Bienvenida González Clares), cuando sostiene que el artículo 14.5 *no sólo garantiza que la sentencia sea sometida a un tribunal superior como ocurrió en el caso de los autores, sino que la condena sea también sometida a una segunda instancia de revisión, lo que no ocurrió en el caso de los autores. El hecho de que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior* (apartado 7.2).

Esta doctrina, y las consecuencias que derivan para los sistemas jurídicos del *civil law*, obliga a integrar lógicamente el artículo 14.5 del PIDCP en los ordenamientos nacionales de la Europa continental, en los que el sistema de recursos, garantizando la igualdad de las partes en el proceso, autorizan la impugnación de la sentencia por todas las partes, lo que implica no sólo que el condenado pueda recurrir, sino que el acusador pueda impugnar también la sentencia absolutoria.

A este respecto sostenía la STC 120/99 que *contra la previa absolución en primera instancia, ninguna vulneración comporta per se la declaración de un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia, sin que por ello resulte constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión de condena que podría no tener fin*.

Es verdad que la STC 50/92 expresaba que la exclusión de recurso a quien fue condenado por vez primera en la apelación –absuelto antes en la instancia– no entraña vulneración de la presunción de inocencia, pero esa doctrina no resulta amparada por el órgano encargado de la interpretación del PIDCP. Esta doctrina fue modificada por Sentencia 167/02 del Pleno del Tribunal Constitucional, y que ha sido reflejada posteriormente en otras sentencias del mismo Tribunal, como la 28/04, de 4 de marzo, en la que se prevé que *en efecto, la Sentencia 167/2002, que invocan los demandantes, revisó en sus fundamentos jurídicos 9, 10 y 11 la doctrina de este Tribunal relativa a la proyección de los principios de inmediación y contradicción sobre la segunda instancia en el proceso penal, en aquellos casos en que la Sentencia absolutoria dictada en la instancia es revocada en la apelación y sustitui-*

*da por una Sentencia condenatoria. Tras examinar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, §§ 24 y 27-; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia, §§ 31 y 32-; 8 de febrero de 2000 -caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino-; 27 de junio de 2000 [PROV 2000\178341] -caso Constantinescu contra Rumanía, § 53-; y 25 de julio de 2000 -caso Tierce y otros contra San Marino-) el Pleno del Tribunal Constitucional llegaba a la conclusión de que «si bien no cabe afirmar que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre... el derecho a una audiencia pública en segunda instancia... sin embargo, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas».*

En este contexto, para salvar sus propios sistemas nacionales, algunos Estados europeos, como Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Noruega, han planteado en sus respectivas ratificaciones al PIDCP unas Declaraciones y Reservas, que se refieren a la innecesariedad de que en todos los casos pueda interponerse un recurso por el hecho de que el acusado, habiendo sido absuelto por el tribunal inferior, sea condenado por primera vez por el tribunal de apelación.

Pero, como el propio Comité razona, España, al constituirse en parte del Pacto en el Protocolo Facultativo, ha reconocido la competencia del Comité para decidir si se ha violado el PIDCP y, de conformidad con el artículo 2 del mismo, se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el mismo. La ratificación española no contuvo reserva ni declaración alguna, como se cuidaron de hacer los

cinco países europeos antes referidos y, por lo tanto, España asumió en su integridad el Pacto y aceptó la jurisdicción y la competencia del Comité de Derechos Humanos para decidir sobre el cumplimiento en nuestro país de los preceptos de la disposición internacional, incluyendo lo dispuesto en el artículo 14, debiendo ahora estarse a ello.

### C) La apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por el Tribunal Supremo

Similares problemas plantea la compatibilidad del artículo 14.5 con el sistema de aforamientos, por la imposibilidad orgánica de acudir a un tribunal superior en estos casos, justificada por la garantía que supone el aforamiento (STC 51/85).

España, como se ha dicho, no planteó reserva ni hizo declaración alguna en el momento de la ratificación del PIDCP, a pesar del rango constitucional de algunos de los aforamientos (diputados y senadores y miembros del Gobierno), lo que habría justificado sobradamente una reserva, tal y como hicieron a este respecto algunos países de nuestro entorno con las oportunas Declaraciones y Reservas al Pacto, como ha sucedido con Bélgica, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza, que excepcionan la aplicación del precepto a los casos en los que el acusado sea sometido directamente a un Tribunal superior en un solo grado.

Pues bien, a este respecto también ha tenido ocasión de pronunciarse el Comité respecto de la situación española, concluyendo que con la vigente regulación se produce una vulneración del Pacto. Así lo ha decidido en la comunicación CCPR/C/82/D/1073/2002, en la que recayó el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 (caso Jesús Terrón), rechazando los argumentos del Estado español según los cuales *en situaciones como la del autor, si una persona es juzgada por el más alto tribunal ordinario en materia penal, no es aplicable la garantía establecida en el artículo 14, párrafo 5 del Pacto, y que la circunstancia de no tener derecho a una revisión por un tribunal superior se compensa con el juzgamiento por el tribunal de mayor jerarquía y que ésta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto*. Entiende el Comité que *si bien la legislación del Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada*

*por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal y concluye, por tanto que se ha violado el artículo 14.5 del Pacto.*

En el mismo sentido, en el Dictamen de 11 de julio de 2006, recaído en la comunicación CCPR/C/87/D/1211/2003 (caso Luis Oliveró Capellades), el Comité, aun cuando *toma nota de los argumentos del Estado Parte en el sentido que la condena por el tribunal de más alta jerarquía es compatible con el Pacto y que esta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto*, considera sin embargo, que *el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*, y que se ha producido la violación del Pacto.

Claro es que si ha sido el propio acusado quien ha insistido en repetidas ocasiones en ser juzgado directamente por el Tribunal Supremo, eludiendo el enjuiciamiento por el Tribunal Superior de Justicia, el Comité considera que ha renunciado a su derecho de apelar, como sostiene en el Dictamen de 25 de marzo de 2003, en la comunicación CCPR/C/77/D/1004/2001 (caso Luis Pascual Estevill).

## **6 La respuesta de nuestro sistema de recursos a las exigencias del PIDCP**

Como fácilmente puede apreciarse, las soluciones normativas españolas y la interpretación jurisprudencial de nuestros tribunales no se acomodan a las exigencias impuestas por el intérprete del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos.

El nuevo sometimiento del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior implica no sólo someter a otra instancia la aplicación de la norma jurídica, sino también la motivación fáctica de la sentencia, los hechos que de forma expresa y terminante se estimen probados y las pruebas en las que el tribunal se ha basado, es decir, la revisión de la actividad probatoria y la valoración probatoria de la instancia, lo que evidentemente no permite el recurso de casación ni siquiera a través del

motivo del artículo 949.2° LECRIM (error en la valoración de la prueba), si no es despojándolo de su auténtico sentido y adulterando su esencia.

Éste es el sentido de la garantía impugnatoria reforzada que para el condenado establece tanto el artículo 14.5 PIDCP como el artículo 2.1 del Protocolo adicional 7° al CEDH.

A pesar de todo, el Tribunal Constitucional ha reiterado que la casación es suficiente formalmente para cumplir con la exigencia del Pacto, que no impone la naturaleza del recurso ni su contenido o amplitud y admisibilidad (SSTC 42/82, 76/82, 61/83, 51/85, 60/85, 88/85, 110/85, 140/85, 7/86, 57/86, 58/87, 79/87, 154/87, 37/88, 20/89), independientemente de la conveniencia de establecer la doble instancia generalizada en materia penal (SSTC 140/85, 79/87, 154/87, 6/89, 157/89, 50/90, 160/93), que, además de no chocar frontalmente con nuestro modelo procesal penal, y de la posibilidad hoy en día de articularlo, superadas ya las dificultades de reproducción del juicio oral y la inexistencia de órganos intermedios entre las Audiencias Provinciales y el TS, satisface, y esto es lo más importante, en mayor medida las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva del condenado.

El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo, a partir de la STC 42/82, que el mandato del artículo 14.5 del PIDCP *no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes*; por lo tanto, no sería admisible un recurso de apelación que se interpusiera exclusivamente al amparo de este precepto, si no viene establecido por las leyes procesales penales. Eso no quita para entender que el referido artículo 14.5 *obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un tribunal superior y que en consecuencia deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de este género todas las normas del proceso penal de nuestro ordenamiento.*

Por lo tanto, queda claro que constitucionalmente se garantiza como mínimo un segundo pronunciamiento, o el doble grado de jurisdicción; no obstante, de acuerdo con lo que se mantiene en la STC 76/82, el artículo 14.5 del PIDCP *no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la ley, por lo que ésta en cada país fijará sus modalidades.*

Así las cosas, ese recurso “aplicable en todo caso”, que permitiría revisar *el fallo condenatorio y la pena impuesta* (art. 14.5 PIDCP), habría de permitir la revisión con suficiente amplitud de la sentencia de primera instancia, incluida la posible revisión de los hechos en mayor o menor medida, por lo que la limitación de motivos para acceder a los recursos extraordinarios, como la casación, no sería suficiente para satisfacer las exigencias del Pacto.

En efecto, no parece aceptable que baste para cumplir las exigencias del artículo 14.5 del PIDCP y, en el futuro, del Protocolo 7º del CEDH, un recurso como la casación española, a pesar del empeño y el esfuerzo desplegado por el Tribunal Constitucional en presentar una interpretación de nuestro sistema de recursos en el orden penal como en todo conforme con las exigencias de las normas internacionales. Por mucho que se empeñe nuestro Alto Tribunal, la casación española no permite satisfacer en todos los casos las garantías del derecho a recurrir ante un tribunal superior, porque no siempre puede cumplir con una función revisora y garante de los derechos del justiciable como exige el PIDCP.

La casación penal está concebida como un recurso extraordinario, de modo que se abre sólo por motivos tasados y su finalidad no es otra que la de controlar la aplicación del derecho a los hechos definitivamente preestablecidos en la instancia, de modo que sólo se autorizaba a impugnar en casación la sentencia con absoluto respeto a los hechos probados. Es verdad que en la reforma de la casación penal de 1949 se introdujo como motivo el “error de hecho en la apreciación de las pruebas” (art. 849.2º LECRIM), lo que supuso una ruptura radical con la finalidad propia del recurso de casación; sin embargo, tampoco esta vía permite revisar los hechos incondicionalmente, de modo que se pueda discutir con amplitud ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el fallo condenatorio y la pena impuesta.

Es verdad que el propio Comité de Derechos Humanos de la ONU en un buen número de dictámenes desestima diversas comunicaciones partiendo de que el tribunal de casación había examinado con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el tribunal de instancia; que el Tribunal Supremo había examinado la cuestión de la admisibilidad de las pruebas presentadas por el autor a la luz de los principios jurisprudenciales de pertinencia y relevancia; o que “el Tribunal Supre-

mo se ocupó de las cuestiones de fondo en profundidad, examinó detalladamente el análisis que hizo de las pruebas la Audiencia Nacional, y explicó pormenorizadamente los motivos por los que consideraba que las pruebas contra el autor eran suficientes para darles mayor peso que a la presunción de inocencia”. En el Dictamen de 31 de octubre de 2006 (comunicación 1305/2004, caso Víctor Villalón Ventura), si bien se dice que el Comité toma nota de que la decisión del Tribunal Supremo no permitió realizar una nueva valoración de la prueba, limitándose el Tribunal a revisar la valoración efectuada por el tribunal de instancia (párrafo 6.6), pero *Por otra parte, el Comité observa que del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó atentamente cada uno de los argumentos del autor, en particular el de que las declaraciones de sus familiares demostraban la imposibilidad de que los hechos se hubieran producido de la forma descrita en la sentencia. A este respecto el Tribunal consideró que el argumento de la defensa no tenía en cuenta la distinción que existe entre los criterios de credibilidad de los testigos y la prueba de indicios, concluyendo que en el caso se había respetado las reglas de lógica y experiencia en el sentido.*

Así las cosas, hasta que no se aborde la reforma de la LECRIM en este punto, resulta imprescindible obtener directamente de la CE y de su artículo 24, como dice el TC, todas las consecuencias posibles para interpretar la actual regulación en función del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es verdad que la actual situación normativa no ayuda mucho, porque el propio designio del legislador ha sido el de restringir el ámbito de la casación, como confiesa en la Exposición de Motivos de la Ley 21/1988, reformadora de la casación penal, en la que se permite la inadmisión del recurso cuando *carezca manifiestamente de fundamento y cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales* (art. 885.1º y 2º LECRIM).

En este sentido, y entre los criterios que, según la Sala Segunda del TS, deben inspirar la posible reforma de ese Alto Tribunal para potenciar su primordial función de unificar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, se encuentra la generalización de la doble instancia en el orden penal, con un recurso de apelación contra las sentencias dictadas actualmente en única instancia por las Audiencias Provinciales

y la Audiencia Nacional, del que conocerían los Tribunales Superiores de Justicia, en el primer caso, y un órgano creado “ad hoc” (Sala de Apelación) en el segundo caso.

Con todo, en el Auto de 14 de diciembre de 2001, el Tribunal Supremo ha rechazado el recurso interpuesto por el que fue demandante ante el Comité de Derechos Humanos, aduciendo que el PIDCP no obliga a los ordenamientos nacionales a establecer un recurso basado en la decisión del Comité, ni autoriza a fundar la nulidad por la vía de un recurso de casación, ni la creación de un motivo de revisión de sentencias firmes. Pero, además, la Sala agrega que, en el caso concreto, la apelación del procedimiento abreviado (art. 795 LECRIM) hubiera tenido el mismo alcance de la casación, pues no hubiera habido lugar a nueva prueba. Desde luego que el argumento es endeble, y no puede compartirse que el control del error en la apreciación de las pruebas encuentre una vía hábil de acceso al recurso de casación en la actualidad, ni siquiera desde el fundamento de la prohibición de la arbitrariedad, porque error y arbitrariedad no pueden considerarse como conceptos sinónimos o equivalentes, de modo que una cosa es habilitar en aplicación del artículo 9.3 de la Constitución que se ataje la arbitrariedad y otra distinta que se pueda revisar por un tribunal superior el error padecido en la apreciación de las pruebas.

## 7 La reforma de la LOPJ por la LO 19/2003

No parece posible discutir a estas alturas que todas las disposiciones constitucionales, y mucho más aquellas que reconocen los derechos fundamentales, son normas de directa aplicación y, por tanto, vinculan a todos los poderes públicos sin necesidad de desarrollo ulterior alguno.

La definición constitucional de los derechos fundamentales comprende el precepto que reconoce cada uno de ellos, interpretados e integrados de la manera en que se establece en el artículo 10.2 de la CE: de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos fundamentales suscritos por España.

Ahora bien, cuando la Constitución delinea algunos derechos fundamentales puede remitir expresa o tácitamente a la ley para configurarlos, de modo que sea una

norma de este rango la que establezca algunos perfiles relevantes para su ejercicio, si bien respetando ese contenido esencial que en todo caso resulta contenido en la norma constitucional. De este modo, sentada la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, su ejercicio podrá ser regulado por medio de una ley orgánica; si bien esa norma de desarrollo deberá respetar siempre el contenido esencial de tales derechos (art. 53.1 CE), que resulta ya preconfigurado y definido en el propio texto constitucional.

A partir de estas premisas conviene analizar el alcance de las modificaciones introducidas en la LOPJ por la LO 19/2003, en lo que respecta a la atribución de competencias para el conocimiento de la apelación penal a la Sala de lo Penal (y Civil) de los Tribunales Superiores de Justicia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional para conocer los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal de ese tribunal, en la medida en que pueden representar un hecho absolutamente determinante para el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El 15 de enero de 2004 entró en vigor una modificación de la LOPJ efectuada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que dio nueva redacción a más de cien artículos de la LOPJ. Esa reforma sigue las pautas marcadas por la propia jurisprudencia, y precisamente en la Exposición de Motivos de la LO 19/2003 se dice que: *En el libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal, potenciándose las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional. Con ello, además de la previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

El contenido de esta reforma trasciende con mucho su carácter de mera norma procesal, esencialmente porque se refiere a lo que debe considerarse la esencia de un derecho fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva. Ni la doctrina ni la ju-

risprudencia pueden desconocer la trascendencia de la modificación legal, pues su aprobación significa nada menos que el legislador español ha entendido que hasta el presente en nuestro ordenamiento existía un déficit en las garantías de ese derecho fundamental, y por esa razón introduce la apelación penal en la LOPJ.

Por tanto, no se puede considerar como una simple mejora del procedimiento; ni siquiera como un cambio más o menos relevante en el modelo de proceso penal, dado que modifica una de sus tradicionales señas de identidad más importantes: se desecha el sistema de la instancia única en el caso del enjuiciamiento de delitos y se cambia por la implantación de la doble instancia, por más que para los delitos menos graves y para las faltas hace bastantes años que en nuestro país se hubiera abierto el recurso de apelación.

Al afectar el derecho al recurso al contenido esencial de un derecho fundamental insuficientemente regulado y garantizado no puede dejarse al criterio del futuro legislador su desarrollo. La reforma de la LOPJ subsana un déficit de garantías, y eso significa que, hasta la entrada en funcionamiento del nuevo sistema de impugnación, el proceso penal español no está respetando el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta circunstancia no puede dejar indiferente a los órganos del poder judicial, llamados a aplicar la ley y a garantizar los derechos fundamentales; porque ha sido la ley la que ha venido a reconocer el aludido déficit en la salvaguarda de un derecho fundamental, de modo que las normas que determinan el contenido esencial del derecho deben ser de directa aplicación

Es verdad que la aprobación de la LO 19/2003 supuso avanzar en el diseño del proceso penal sin acompañarlo de las oportunas modificaciones en las leyes procesales para poder ejercitar adecuadamente los derechos. La solución solamente habría necesitado unas líneas, si lo que se pretendía era “salir del paso” y paliar los defectos del vigente proceso penal, como por ejemplo declarando que al nuevo recurso de apelación que se reconoce en la LOPJ contra las sentencias de instancia de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional les son de aplicación las disposiciones de alguno de los dos recursos de apelación contra sentencias que en la actualidad están previstos: contra las dictadas por el Juzgado de lo Penal en el procedimiento abreviado o, con alguna precisión, contra las sentencias dictadas en el

juicio por jurado<sup>6</sup>, del que conoce precisamente la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Así las cosas, el problema reside en valorar el hecho cierto de que el legislador español haya omitido regular el procedimiento para preparar, interponer y sustanciar el recurso, señalar los plazos para tramitarlo, establecer el cauce de oposición de la parte apelada, etc. En estas circunstancias, adoptando una posición puramente formalista, cabría entender que, al no venir determinado el procedimiento del recurso de apelación, sería preciso esperar a una ulterior decisión legislativa para que el derecho al recurso sea efectivo, lo que convertiría entonces al derecho a la apelación de las sentencias de instancia única en el proceso penal en una suerte de “promesa” con una incierta exigencia de cumplimiento, que sólo se podría ejercer cuando en el futuro a las Cámaras se les ocurra regularlo, o puedan hacerlo.

La situación que ha estado vigente hasta el 15 de enero de 2004 no puede sostenerse. Ni siquiera con una apertura del recurso de casación a la revisión de los hechos, a partir de una inteligencia más laxa de la vía impugnativa del artículo 849.2º de la LECRIM, y actuando el propio Tribunal Supremo como tribunal de segunda instancia en atención a la especial protección que el derecho fundamental a los recursos en materia penal exige, permitiría resolver el problema, contando incluso con el gran esfuerzo que ese proceder haría recaer sobre la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo.

Esta solución, que en una ocasión anterior he alentado, se ha visto definitivamente superada por el designio del legislador que, al reconocer la carencia esencial de nuestro proceso penal en lo que hace a la garantía del derecho a la segunda instancia, e introducir las pertinentes modificaciones en la LOPJ, considero que ha dado un paso definitivo e irreversible, en la medida en que se trata de unas normas que conforman y dan vida al contenido esencial de un derecho fundamental. Esta circunstancia desdibuja cualquier intento de “empaquetar” el derecho a la apelación

---

6 Que, como ya se ha sostenido, la apelación en el juicio por jurados no constituye en realidad un supuesto de recurso de apelación que dé paso a una segunda instancia, sino que integra un recurso extraordinario más próximo a la casación que a la apelación, a pesar de que la ley denomine de este modo.

penal, de modo que sólo pueda ser abierto o usado en un momento ulterior, sometido a la decisión soberana del poder legislativo.

Por todo ello, no parece que quepan muchas dudas en lo que respecta a las sentencias penales que estén dictando en única instancia las Audiencias Provinciales, o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, puesto que se trata de resoluciones que han recaído cuando ya está en vigor un sistema procesal en el que la segunda instancia penal se reconoce y garantiza por la ley. Por consiguiente, la parte que hubiera visto desestimada total o parcialmente su pretensión –de absolución o de condena- tiene derecho a que se sustancie un recurso de apelación, de modo que un tribunal superior revise la totalidad de la sentencia dictada en instancia, y no puede ser compelida a aquietarse con el contenido de la sentencia o interponer un recurso de casación en el que la vía para el examen de los hechos es sumamente estrecha y, lo que es más importante, no garantiza de acuerdo con el criterio del propio legislador, el derecho a la tutela judicial efectiva.

En resumen, la LOPJ ha creado un problema grave al reconocer el derecho a la apelación de las sentencias dictadas en un proceso penal en instancia única por las Audiencias Provinciales para ante la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y contra las dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para ante la llamada Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. Como significa el reconocimiento palmario de una carencia básica en las garantías procesales, que integran el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, la falta de aprobación de las normas que regulen el desarrollo y la sustanciación del recurso no pueden impedir el ejercicio del derecho a la apelación, ni entenderse como un derecho subordinado o condicionado a una posterior decisión del propio legislador, que todavía no llega y tiene visos de demorarse hasta la próxima legislatura.

## **8 La generalización de la segunda instancia penal. Más problemas que soluciones**

El Gobierno ha presentado en la legislatura que acaba de concluir (2004-2008) un proyecto de ley (Serie A nº 69) en el que se regula, entre otras cosas, el recurso de apelación penal, como venía exigido desde 2003; sin embargo, esta iniciativa legislativa ha decaído en su tramitación por la disolución de las Cortes Generales.

Pues bien, el texto gubernamental proyectado, de acuerdo con lo previsto en la Exposición de Motivos de la LO 19/2003, pretende generalizar la segunda instancia en el proceso penal, abriendo un recurso de apelación contra todas las sentencias definitivas dictadas tanto por los Juzgados de lo Penal como por las Audiencias Provinciales (como también por el Juzgado Central y la Sala de la Audiencia Nacional), cualquiera que sea el tipo de procedimiento en que la resolución se dicte (ordinario o abreviado), dando nueva redacción a los arts. 790 a 792, e introduciendo un nuevo art. 846 bis. Por lo tanto, esta modificación normativa con una segunda instancia generalizada, como se diseñó en la LO 19/2003, legitima a todas las partes para la interposición del recurso, sin atender al contenido de la sentencia impugnada, permitiendo recurrir tanto contra las sentencias condenatorias como contra las absolutorias.

La regulación proyectada no resulta satisfactoria porque no responde en realidad a los problemas con los que se enfrenta el proceso penal español vigente, ni desde la perspectiva de la estructura y organización de los tribunales, ni, lo que es más importante, desde el punto de vista de las garantías que el proceso penal debe respetar en el Estado democrático de Derecho, pues éste es el referente de su propia legitimación.

Después de lo que con anterioridad se ha apuntado, resulta evidente que un proceso penal de instancia única, como el diseñado por nuestra LECRIM de 1882 en su originaria concepción, no satisface las garantías asumidas por nuestro país al ratificar el PIDCP, ni las previstas en el Protocolo nº 7 del CEDH. Es preciso sin duda articular un recurso contra las sentencias condenatorias penales, de modo que al condenado se le permita promover, ante un tribunal superior, un nuevo examen de la sentencia donde se le impone una sanción penal.

Pues bien, si éste es el objetivo que hay que cumplir, la generalización de la segunda instancia penal no puede ser la solución de los problemas derivados de la falta de revisabilidad de las sentencias condenatorias, sino que, muy al contrario, puede generar conflictos mucho mayores de los que pretende solventar.

## A) La pretendida igualdad de las partes en la impugnación

La primera cuestión a la que habría que responder es la de si la apertura de un recurso contra las sentencias condenatorias exige inexorablemente que también las sentencias absolutorias puedan ser recurridas. Por lo general la solución a esta cuestión se plantea en términos afirmativos, invocando el respeto al principio de igualdad de armas y aludiendo al equilibrio o a la simetría de las posiciones de las partes en el proceso, de modo que se acepta de forma natural que, si se abre la segunda instancia contra las sentencias condenatorias, también debe abrirse un recurso para que las acusaciones puedan impugnar las sentencias absolutorias o contra las que no condenan por los delitos o a las penas que solicitó la parte actora.

Esta respuesta en clave de absoluta igualdad no puede asumirse en el proceso penal, porque no son idénticas las posiciones de las partes a lo largo de todo el procedimiento, ni la labor del juez según el sentido de su resolución.

Por una parte, la intervención de un órgano público, como el Ministerio Fiscal, que debe promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, ejerciendo sus funciones con sujeción al principio de imparcialidad (art. 124 CE), introduce relevantes particularidades en la fase de investigación de los delitos, pues no le afecta la declaración de secreto de las actuaciones (art. 302), o el juez debe atender su petición de diligencias para formular acusación (art. 780.2), y le sitúa en una posición diferente al resto de los acusadores en el momento de formular y de sostener las acusaciones.

Pero tampoco responde a un estricto sentido de la simetría la propia actuación judicial en el proceso penal, pues la sentencia, dependiendo de su sentido, habrá de justificarse o fundamentarse de manera distinta. En efecto, el derecho a la presunción de inocencia, que es el principio rector del proceso penal, de tal manera que el ciudadano al que se le atribuye la comisión de un delito debe ser tratado como inocente a lo largo de todo el procedimiento y sólo puede ser condenado si el juzgador se convence de su culpabilidad más allá de toda duda razonable, y motiva esta convicción en la sentencia. Por el contrario, la absolución procede en todos los demás casos, es decir, cuando por cualquier motivo no se ha alcanzado la convicción del

juez acerca de la culpabilidad, de modo que la justificación en la sentencia absolutoria puede y debe reducirse a la expresión de la simple duda, sin necesidad de razonar sobre los diferentes elementos probatorios que se hubieren practicado (VIVES<sup>7</sup>).

Sentado que el sistema penal asume que existen asimetrías tanto en su estructura como en la intervención de los distintos sujetos (en la mayoría de los ordenamientos el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de la acción penal), nada obstaría para que en el régimen de recursos se establecieran también diferencias entre las distintas partes del proceso en la legitimación para impugnar.

## B) El sentido y finalidad de los recursos en el proceso penal.

### Los límites del tribunal *ad quem*

En todo caso, la premisa de la que debe partirse es el sentido y la finalidad de los recursos; es decir, el propósito que se persigue cuando se acepta en todos los ordenamientos jurídicos, con más o menos restricciones o salvedades, que las resoluciones judiciales puedan ser revisadas por un tribunal superior.

Está claro que las impugnaciones contra resoluciones judiciales se establecen intentando salir al paso de la falibilidad humana y corrigiendo los errores en que haya podido incurrir el juez, de modo que se acabe con los defectos padecidos y la decisión del proceso sea estrictamente ajustada a la ley, respetando todas las garantías.

Pues bien, cuando se trata de impugnar la sentencia que ha puesto fin a la instancia, y que sólo puede haberse pronunciado por la condena del acusado cuando el juez haya obtenido la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable, o por la absolución en todos los demás casos, cabría articular una impugnación amplia, sin sujeción a motivos previamente establecidos en la ley, que permita al tribunal superior examinar todo lo que se ha actuado hasta entonces, abriendo una segunda instancia. En tal caso, el tribunal de apelación podría controlar toda la actividad procesal desarrollada ante el tribunal inferior, así como pronunciarse sobre la totalidad de las cuestiones que fueron objeto de debate en la primera instancia,

---

7 VIVES ANTÓN, “Más allá de toda duda razonable”, en *Teoría&Derecho*, 2/2007.

revisando en toda su integridad la sentencia dictada, lo que comprendería no sólo la interpretación y aplicación del Derecho sino que se podría extender también a las cuestiones de hecho, con la posibilidad de practicar nuevas pruebas.

Nuestro sistema jurídico tradicionalmente ha desechado en todos los órdenes la llamada apelación plena, es decir, la repetición del juicio ante el órgano de la segunda instancia, sin que cupiera alzarse contra la sentencia perjudicial sin más causa que el gravamen padecido por el recurrente. Ahora bien, el tratamiento del recurso de apelación como un medio de gravamen y su naturaleza de recurso ordinario no autorizaba a que se establecieran motivos concretos para sustentar el recurso, e incluso permitía al recurrente que no expresara en el momento inicial en que se interponía las razones del mismo ni el alcance de la sentencia que se solicitaba al tribunal superior. De este modo, en unas pocas líneas el apelante se limitaba a afirmar que la sentencia le era perjudicial y que la apelaba, y no tenía que fundamentar su recurso hasta el momento de la vista ante el órgano de la apelación, exponiendo entonces las razones por las que la sentencia de instancia debía ser anulada o revocada.

Modificaciones normativas producidas a finales del siglo XX introdujeron en las leyes procesales las grandes categorías de cuestiones por las que se podía plantear el recurso de apelación, estableciendo diferentes grupos y exigiendo una concreta formulación en la ley, y reclamando al propio tiempo la necesidad de fundamentar el recurso desde el momento mismo de la interposición.

Como desde siempre el recurso de apelación ha funcionado como recurso de nulidad, y el tribunal de segundo grado tiene la competencia para controlar y depurar los vicios que se pudieran haber padecido en la primera instancia, el primero de los grandes capítulos de la apelación ha sido la denuncia de los defectos de procedimiento que implican merma de garantías.

Aunque se comprende en las infracciones procesales, el segundo de los apartados en que se pueden concretar las denuncias contra la decisión de primera instancia hace referencia al momento de la decisión, a la formación y expresión de la sentencia, esencialmente en lo que hace a la motivación.

Tradicionalmente se ha podido impugnar siempre la interpretación y aplicación del derecho material que el juez *a quo* plasma en la sentencia, es decir, si se produce una infracción de la ley sustantiva por inaplicación, interpretación errónea o indebida aplicación de un precepto de naturaleza penal.

Junto con estos tres primeros grupos, el caballo de batalla en relación con la impugnación de las resoluciones judiciales ha estado en el control y la revisión de los hechos; es decir, si el tribunal superior tiene facultad para establecer el elemento fáctico de la sentencia de modo contrario o diferente a como lo hizo el de instancia, lo que le permitiría una valoración de los elementos probatorios incorporados al proceso en sentido distinto a la realizada por el juez *a quo*.

## 9 Los motivos de impugnación de las sentencias penales

Como se ha dicho, el recurso de apelación, por mucha amplitud que se le haya querido conceder, ha estado siempre sometido en nuestra tradición jurídica a la alegación de un motivo concreto por el que el apelante solicita del órgano *ad quem* la anulación o la revocación de la resolución apelada. Estos motivos pueden agruparse de distinta manera; es sobradamente conocida la vieja formulación del recurso de casación, que distinguía entre vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*, equivalentes a los errores en el procedimiento y los que pueden cometerse en la decisión; pero, habida cuenta de los diferentes modos de razonar en el recurso y de las consecuencias que deparan en el órgano que debe resolver, se ha preferido diferenciar en razón del control que el tribunal de apelación está llamado a realizar, del contenido de la resolución que estimara el recurso y de la legitimación para interponerlo.

### A) El control de los defectos en el procedimiento y en las garantías procesales

Es preciso tener en cuenta que la actividad judicial es formalizada, que se rige por el principio de legalidad, de modo que el juez y las partes habrán de sujetarse a las normas de procedimiento que las leyes hayan establecido, desde el primer momento de las alegaciones de las partes a la sentencia, pues precisamente la fijación de los distintos trámites procesales incorporan garantías, que operan como un elemento

primordial de legitimación de la función judicial. A diferencia de lo que sucede con otros modos de solución de conflictos, que carecen de normas rígidas y previas que regulen la actuación de los sujetos que intervienen, pues en ellos se impone la libertad de configurar el procedimiento, la decisión de los tribunales de justicia en el derecho continental europeo responde a una previsión normativa que va marcando en cada momento lo que pueden o deben hacer los sujetos procesales.

Por lo tanto, el principio de legalidad en la actuación procesal tiene como lógica consecuencia que la infracción de estas normas debe ser corregida, bien durante la instancia en que el defecto se comete, si fuera posible, o bien al final de la misma. En este último caso, es evidente que el recurso habrá de comprender la denuncia de los vicios del procedimiento, cometidos por el juez o por las partes, y que no hayan sido oportunamente subsanados.

Es evidente que el estricto cumplimiento de las normas reguladoras del procedimiento, en la medida en que todas ellas incorporan garantías para la adecuada resolución del litigio, representa un elemento primordial en la actividad judicial, y el quebrantamiento de estas normas del procedimiento se podrá sin duda denunciar y podrá ser examinado por el tribunal *ad quem*.

Ahora bien, no todas las disposiciones que regulan el procedimiento tienen la misma virtualidad, esencialmente porque no todas tienen la misma trascendencia como normas de garantía, lo que permite diferenciar según la disposición infringida, anudando a cada una de ellas consecuencias diferentes.

La LOPJ se refiere a las nulidades de pleno derecho (art. 238), que se produce cuando los actos se han realizado con falta de jurisdicción o competencia, o bajo violencia o intimidación, o se vulnera alguna otra de las formalidades que la propia LOPJ o las leyes procesales consideren esenciales y, entre ellas, cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. Pero también son nulos los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión (art. 240.1 LOPJ).

Ambos quebrantamientos se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que estable-

zcan las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ). Esto significa, de un lado, que han de tener cabida en el régimen de recursos las impugnaciones que denuncien los defectos de procedimiento, se trate de nulidad de pleno derecho o de otros vicios que hagan irreconocible el acto procesal tal y como ha sido realizado o produzca indefensión; de otro lado supone que, salvo los casos de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o de violencia o intimidación al mismo órgano que resuelve (art. 240.2 LOPJ), esos defectos no pueden ser apreciados ni reparados en vía de recurso salvo que el recurrente los hubiera denunciado, de modo que el tribunal superior sólo puede actuar dentro de los límites de la impugnación.

Uno de los puntos más relevantes es determinar los efectos que habrá de producir la estimación de esta impugnación, que como regla general será el reenvío al órgano *a quo*. Como se trata en este apartado de infracciones producidas durante la tramitación del proceso y hasta la sentencia, si se considera que ha existido una nulidad de pleno derecho o se ha producido indefensión, eso significaría que se habría llegado a la resolución de la instancia con un defecto que debe repararse, declarando la nulidad del acto viciado y de todo aquello que sea consecuencia de él (art. 243 LOPJ).

Así pues, la estimación del recurso debe llevar aparejada la remisión de las actuaciones al órgano competente, si éste fuera distinto del que dictó la resolución recurrida, o la reposición del procedimiento al momento en que la falta se cometió, aunque de ese modo pudiera padecer la celeridad del procedimiento, con la remisión de las actuaciones al órgano inferior para que termine sustanciándose el procedimiento con arreglo a derecho, debiéndose subsanar en la instancia el acto o actos nulos, o eliminar la actuación insubsanable ante el tribunal *a quo*. No es posible atribuir al tribunal de apelación la facultad de subsanar los defectos que lo admitan, o de excluir el acto que no sea susceptible de subsanación, y de resolver en consecuencia, salvo que se trate de la falta de jurisdicción o de competencia, en cuyo caso se archivará el procedimiento o se remitirán las actuaciones al órgano competente.

Mayores problemas podría suscitar la nulidad de un acto procesal cuya eliminación del proceso pudiera llevar aparejada directamente el dictado de una sentencia absoluta, como sucedería si, v. gr., se estima que la jurisdicción española no fuera competente para el enjuiciamiento de la conducta de que se trate, o se declara la

ilicitud del único medio probatorio de cargo que se hubiera practicado en el juicio. En esos casos cabría sostener que fuera el tribunal de apelación el que en la misma sentencia decidiese, en aplicación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o, más genéricamente, del principio de economía procesal, poniendo fin a toda actuación procesal.

Es evidente que en algunos casos, para declarar la nulidad de un acto y ordenar la reposición de las actuaciones, el tribunal *ad quem* no sólo habrá entrado a examinar el acto singular cuya nulidad se ha denunciado, sino también su trascendencia para el conjunto del proceso y de la decisión, porque sólo entonces podría estar en disposición de pronunciarse sobre el fondo. Esta extensión de las facultades del órgano de apelación en el caso de apreciar una nulidad del procedimiento no parece la mejor solución al problema, pero como el reenvío implica una demora en la finalización del proceso, cuando se trate de supuestos claros no será necesario mantener la facultad del tribunal de la primera instancia para resolver el proceso o, dicho en otros términos, en tales casos se deberá atribuir al tribunal de apelación la decisión sobre el fondo, precisamente cuando se trata de una decisión de absolución.

En conclusión, el control de los defectos en el procedimiento y en las garantías procesales debe hacerse a través del recurso de apelación, si es que no se hubieran subsanado o declarado en la instancia. Por lo tanto, como ordena la LOPJ, si las partes no interponen el recurso denunciando tales vicios de nulidad quedarán éstos convalidados sin posibilidad de evidenciarlos ulteriormente, salvo en dos casos: por un lado, que el tribunal de apelación apreciara de oficio la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional (art. 240.2 LOPJ, precepto que se refiere también al supuesto, ajeno al que aquí se plantea, de que el acto se hubiese producido con violencia o intimidación que afectare a ese tribunal); por otro lado, que la nulidad tuviera cabida en alguna de las causas de revisión previstas en la ley procesal.

## B) El control de la interpretación y aplicación de la ley penal

Tradicionalmente se ha venido diferenciando en las impugnaciones entre las infracciones en el procedimiento, los llamados vicios *in procedendo*, y los defectos en la decisión de fondo, los vicios *in iudicando*, que equivalen a la tradicional formulaci-

ón de las leyes españolas referidas a los recursos de casación, por quebrantamiento de forma o por infracción de la ley.

Originariamente se pretendió impedir que con la aplicación de las normas los jueces se pudieran convertir en legisladores, de modo que se articuló un recurso por *contravention expresse au texte de la loi*. La correcta interpretación y aplicación de las leyes, que obviamente deben realizar todos los tribunales, es materia que permite y exige la revisión por un tribunal superior, hasta llegar al que tiene como esencial cometido lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley y, en definitiva, preservar la unidad del ordenamiento jurídico: el tribunal de casación.

Así pues, cuando se trata de controlar esta actividad interpretativa y de aplicación del derecho, el órgano superior se limita a tomar como los dos puntos de la comparación la norma aplicada, de un lado, y su adecuación a los hechos, de otro, dando por válidos e intangibles todos los demás elementos de la sentencia; es decir, lo que se denuncia y sobre lo que se decide es acerca de un error en la aplicación o interpretación de la norma, sin alterar en lo más mínimo la base fáctica de la sentencia, puesto que en todo caso se habrían de respetar los hechos declarados probados por la resolución de instancia.

Por lo tanto, con este motivo de impugnación no se enjuicia en realidad sobre las pretensiones de las partes (aunque muchas veces el tribunal superior tienda a practicar la justicia del caso concreto), sino sobre el error padecido por el tribunal *a quo*, de acuerdo con lo que se denuncia en el recurso, sin posibilidad de introducir hechos nuevos ni de modificar aquellos que vienen sentados por el inferior; el tribunal *ad quem* ha de partir de la alegación de que se ha aplicado indebidamente la norma jurídica, o que se ha dejado de aplicar la norma oportuna, ya sea en su modalidad de aplicación errónea o en la inobservancia del precepto cuyo error se denuncia.

Desde luego la infracción debe ir referida a un precepto de Derecho penal material, de los que determinan las acciones u omisiones que constituyen delito, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, o la punibilidad, de modo que no se comprenden en esta impugnación los errores o infracciones de normas procesales, que habrán de encontrar acomodo, por su naturaleza y por sus efectos, en otros de los apartados de los posibles grupos de defectos que cabe denunciar en apelación.

En lo que se refiere a los efectos que debe producir la estimación por el tribunal superior de una infracción de esta naturaleza puede sostenerse tanto que el órgano *ad quem* dicte sentencia de fondo, de acuerdo con la interpretación o la aplicación de la ley penal que considera adecuada, como que se acuerde el reenvío para que, respetando la decisión del superior, el tribunal de la instancia sea quien dicte la oportuna sentencia. Puede parecer que la primera solución contraviene las exigencias de las normas internacionales, porque si se acogiera la impugnación de la parte acusadora sería en segunda instancia cuando por primera vez se dictara una sentencia condenatoria que no podría ser entonces revisada, pero en realidad esta objeción decae no sólo porque se trata de la simple aplicación de criterios jurídicos, sin modificar los hechos, con lo cual todavía sería posible acudir a la casación para fijar el criterio jurisprudencial en la inteligencia de la ley penal, sino sobre todo porque la exigencia internacional no deriva del Protocolo nº 7 del CEDH, sino del PIDCP, al que España debiera plantear las oportunas reservas si no se modifica el rígido criterio del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

### C) El control de la motivación de la sentencia

Uno de los aspectos más relevantes en cuanto a la impugnación de las sentencias se concreta en la posibilidad de controlar su motivación, pues en la medida en que a través de ella se expresa el fundamento de la decisión del juez y se justifica el relato de los hechos que éste considera probados, la motivación integra el derecho a la tutela judicial efectiva.

La motivación de la sentencia puede ser analizada desde dos perspectivas bien diferentes: de un lado, analizando desde luego que la sentencia contenga motivación de la decisión y que, además, se cumplen los requisitos de racionalidad, razonabilidad, coherencia y suficiencia de esa motivación; de otro lado, examinando si, con independencia de todo ello, el juzgador en ese momento procesal ha podido incurrir en un error que invalide la motivación y, por lo tanto, la decisión.

No parece necesario extenderse mucho en la explicación de los tradicionales requisitos de la motivación, dando por reproducidas las acertadas consideraciones

de Colomer Hernández<sup>8</sup> a este propósito, de modo que el tribunal *ad quem*, dentro de los límites de la impugnación, podrá examinar el contenido de la sentencia de instancia y establecer si se cumplen las exigencias de la motivación y se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva.

#### D) El control sobre los errores de hecho

En el mismo orden de cosas debe analizarse la impugnación sobre los errores cometidos en la sentencia que, aun no implicando un defecto o una insuficiencia de la motivación, representan una equivocada apreciación de la prueba que puede invalidar la decisión. Es claro que de este modo se está reviviendo el viejo motivo de casación del “error de hecho en la apreciación de la prueba”, que tantos problemas generó en su momento y que sin duda, de no haber existido un desliz de traducción al regular el recurso de casación civil, habría tenido menor discusión jurisprudencial y doctrinal; pues el recurso de casación se abría en nuestra ley por error de hecho derivado de “documento o acto auténtico” que demostrara la equivocación evidente del juzgador, cuando en la norma francesa se hacía referencia a *documents ou actes authentiques*, es decir, a documentos o actas auténticas. Sea como fuere, es evidente que aquí se está haciendo referencia a unos errores que deben conducir a la anulación de la sentencia dictada en instancia.

Por lo tanto, si se logra una adecuada formulación normativa, y se aplica debidamente la norma por los tribunales, cuando el juez estableciera el supuesto de hecho de la sentencia partiendo de elementos probatorios erróneos, la resolución debe anularse con reenvío al tribunal *a quo* para que, apreciando la prueba de acuerdo con lo sucedido realmente, dicte una nueva sentencia.

Si la sentencia afirma un hecho basándose en la declaración de un testigo que en realidad no fue preguntado por esa cuestión, o rechaza el testimonio de otro por haber incurrido en contradicción cuando declaró exclusivamente sobre un solo aspecto concreto, u omite toda referencia al valor de un acta notarial de constancia

---

8 COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, 2003.

que no ha sido discutida por ninguna de las partes..., la resolución no puede mantenerse en los términos en que fue dictada. Como se ve, se trata exclusivamente de impugnaciones con un sentido negativo, de exclusión de aquellos elementos de prueba que fueron o no tenidos en cuenta erróneamente por el juzgador, por lo que el tribunal *ad quem* debiera limitarse a este pronunciamiento.

Estaríamos ante equivocaciones en la percepción o en la apreciación material de elementos probatorios, esto es, en el contenido de la prueba, porque el juez haya tomado como acontecido aquello que no se produjo; por lo tanto, no cabe impugnar a través de este motivo los errores que se hubieran podido padecer en la valoración de los medios de prueba, que responden a otros presupuestos que luego se analizan. Este motivo de impugnación solamente pretendería suprimir de la sentencia aquellos elementos que de un modo evidente, grosero e incontestable, revelan error en el juzgador porque la decisión judicial ha partido de unos medios de prueba que no se corresponden con la realidad.

Los errores en la apreciación de la prueba, a los que se está haciendo referencia, han de derivar de los términos de la propia sentencia, sea porque en ella se contenga la falsa apreciación del resultado de un concreto medio probatorio, sea porque se aluda en la sentencia a que no se practicó prueba alguna sobre un determinado hecho, siendo así que en el juicio se hubieran introducido elementos de prueba válidos para acreditarlo, resultando pues evidenciados con la simple comparación de la sentencia con el documento o el acta.

En todo caso, la estimación de este motivo de impugnación, sea por defectos en la fundamentación de la sentencia, sea por error en la apreciación de la prueba, habrá de tener como lógica consecuencia el reenvío al tribunal *a quo*, para que éste dicte una nueva resolución tomando en consideración los argumentos de la sentencia de apelación. No parece posible que el tribunal *ad quem* llegue a sustituir el criterio del inferior, dictando la sentencia definitiva de acuerdo con su propia doctrina, sino que será el órgano de instancia, que formuló la sentencia anulada y presenció la totalidad de la prueba, quien deberá dictar la resolución que considere más adecuada, con plenitud de jurisdicción, y sin posibilidad de repetir el juicio.

Por último, el error en la apreciación de prueba que pretenda sustentar el recurso debe ser trascendente, lo que significa que, si fuera apreciado, podría acarrear la modificación del sentido de la sentencia; por consiguiente, un error que con toda evidencia haya de mantener en sus propios términos el fallo, que se refiera a cuestiones accesorias o irrelevantes para la condena o absolución, o para la cuantificación de la pena, no autorizará la anulación de la sentencia recurrida.

Como es evidente, encomendar la decisión sobre este punto al tribunal de apelación le exige analizar no sólo la existencia del defecto de motivación, o del error en la apreciación de la prueba, sino también la relevancia que estos defectos tengan en la decisión final del proceso; sin embargo, un elemental principio de conservación de los actos y de economía procesal no permite la anulación de resoluciones judiciales, con la consiguiente reposición de las actuaciones al momento de la sentencia, por simples defectos que carezcan de la relevancia suficiente como para llegar a modificar el sentido de la decisión.

Es cierto que este motivo de impugnación no fue bien entendido históricamente, y ha servido como vía para intentar llevar a la consideración del órgano judicial superior el reexamen de los hechos probados y la valoración que el juez *a quo* hizo de los distintos medios de prueba. Esta desviación no puede volver a repetirse pues, como se ha dicho antes, no cabe pretender por esta vía que el tribunal superior revise la valoración de la prueba que hizo el órgano de instancia, sino de analizar la existencia de errores objetivos de apreciación de lo realmente acontecido en la ejecución de la actividad probatoria, habida cuenta de que la ley procesal penal no establece medios de prueba de valoración tasada, porque en tal caso ese defecto se hubiera podido denunciar como una infracción de normas procesales.

### E) El control sobre la valoración de la prueba

El principio de libre valoración de la prueba penal inspiró desde un primer momento la ruptura con el proceso inquisitivo del Antiguo Régimen, pues con la importación a la Francia revolucionaria del jurado inglés, y la intervención de ciudadanos legos en derecho para decidir sobre los hechos en el proceso acusatorio formal, era obligado suprimir la vigencia de las interminables reglas legales de valoración probatoria.

Por lo tanto, el convencimiento del juzgador, sea de los jurados o del tribunal de magistrados, debía obtenerse libremente, ponderando “según su conciencia” (art. 741 LECRIM) las pruebas practicadas en el juicio. La ausencia de normas que impusieran el valor que haya de darse a cada uno de los medios probatorios practicados, no eximía de la necesidad de motivar las resoluciones, expresando las fuentes de la convicción judicial y el razonamiento seguido para llegar a la condena, o bien que no se había logrado alcanzar la convicción más allá de toda duda razonable para llegar a una sentencia absolutoria.

Fuera de la estricta motivación de la sentencia, que ha debido seguir los parámetros de racionalidad, razonabilidad, coherencia y suficiencia ya enunciados, el control de la valoración por parte de un órgano superior resulta una tarea de difícil articulación; las decisiones de los jurados acerca de la culpabilidad o la inocencia, el crédito que haya alcanzado un testigo en el ánimo del juez, o la duda que ha generado en el tribunal el perito con dificultades de expresión oral, son factores cuyo control por un tribunal superior resulta tarea poco menos que imposible o, dicho en otros términos, el acierto del tribunal *ad quem* es un empeño que se aleja de la realidad, pues la apreciación del medio de prueba por el mismo que decide no sólo otorga un crédito excepcional a la valoración del medio de prueba, sino que incorpora una garantía esencial del procedimiento<sup>9</sup>.

Ahora bien, todo ello no quita para que se puedan producir errores o deficiencias en la valoración de la prueba, es decir, equivocaciones del juzgador en el crédito y en la relevancia que otorgue en la sentencia a un concreto medio probatorio. Precisamente aquí, más que en ningún otro momento del procedimiento, puede acudirse al argumento de la falibilidad y permitir, al menos en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, que se pueda revisar la valoración de la prueba ante decisiones sostenidas en pruebas poco fiables<sup>10</sup>.

---

9 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, “Facultades de valoración del tribunal ad quem (especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 167/2002)”, en *Los recursos de apelación y casación en el orden penal*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2007.

10 En general, sobre la prueba en la apelación penal, cfr. CALDERÓN CUADRADO, *La prueba en el recurso de apelación penal*, Valencia, 1999.

Es cierto que este tipo de recurso se enfrenta con el problema esencial de que así se reconoce la facultad del órgano *ad quem* para corregir la valoración de las diferentes pruebas realizada por el inferior, permitiéndole dispensar un diferente crédito a los elementos que sirven para formar convicción de condena o de absolución; de este modo, el tribunal superior podría dar más importancia a la prueba que había sido despreciada por el juzgador de instancia, o negar el rotundo crédito que el juez le hubiera concedido a un medio probatorio.

La primera aproximación a esta cuestión ha de ser de rechazo, salvo que se repita el juicio, solución que abocaría a considerar irrelevante la primera instancia y centrar todos los esfuerzos en el segundo juicio. En efecto, si el tribunal (y, sobre todo, el jurado) ha de formar su convicción de las pruebas practicadas en el juicio, es decir, de lo que en primera persona han podido apreciar, y sólo con ese material pueden decidir, no tiene sentido un recurso que pueda revisar el valor que se le ha dado a cada medio de prueba. Como es evidente, si la resolución se ha dictado a base de un veredicto, la revisabilidad por un juez haría perder autoridad y contenido al propio jurado popular, y si la revisión se insta de otro jurado sería necesario repetir el juicio. Pero el rechazo a la posibilidad de revisar la valoración de la prueba y, por lo tanto, de modificar los hechos probados, viene sobre todo de la falta de garantías de acierto en las decisiones posteriores, sean de apelación o de casación, cuando los jueces se hallan cada vez más alejados de la práctica del medio probatorio que quieren valorar de un modo distinto del juez ante quien se practicó. Así pues, la garantía procesal de la inmediatez, que preserva un mayor acierto en el fallo o, al menos, en la valoración de la prueba por el juzgador, se vería seriamente despreciada o amenazada, de admitirse un recurso de apelación con esta finalidad.

Sin embargo, esta aproximación no puede hacernos olvidar que en determinados casos, o determinadas pruebas, permiten al órgano judicial *ad quem* colocarse en idéntica posición que el juzgador de instancia. Así ocurre con la prueba documental o con el dictamen pericial cuando no se ha llamado al perito a ratificarse en el juicio; en ambos casos el tribunal de apelación puede valorar libremente, con un criterio distinto del inferior, considerando que el contenido del escrito es o no vejatorio o injurioso, en idéntica posición respecto de la prueba que tuvo el juez *a quo*.

Precisamente ésta parece ser la conclusión a que ha llegado el Tribunal Constitucional cuando se ha enfrentado a unos supuestos de valoración de pruebas por un tribunal de segundo grado. En la STC 170/05, de 20 de junio, se establece que *este Tribunal también ha afirmado expresamente que existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de inmediación (SSTC 198/2002, de 28 de octubre, F. 5; 230/2002, de 9 de diciembre, F. 8; 119/2005, de 9 de mayo, F. 2; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, F. 3; 80/2003, de 10 de marzo, F. 1). Y desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, F. 15, venimos sosteniendo que no es aplicable la doctrina sentada por la STC 167/2002 a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la Sentencia de instancia también consideraba acreditados) para cuya resolución no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Allí recordábamos que el Tribunal europeo (SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia y caso Fedje c. Suecia, precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia), ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación en los supuestos en que «no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos». Doctrina aplicada posteriormente en las SSTC 113/05, de 9 de mayo, FF. 3, 4 y 5, y 119/05, de 9 de mayo, F. 3.*

Pero algo bien diferente sucede con las llamadas pruebas personales, es decir, aquellas que consisten en la manifestación oral de una persona ante el tribunal, trasladando una declaración de conocimiento sobre los hechos, o un criterio científico, artístico o técnico sobre el dictamen que hubiera presentado el perito; sólo la apreciación inmediata, directa y completa por el juez que debe formarse su propia convicción en el acto del juicio, sin interposición de imágenes o de voces grabadas, o de referencias escritas, es respetuosa con la garantía procesal en la valoración de la prueba, pues la grabación sólo sirve para poner de manifiesto errores de percepción, no de valoración.

En este sentido se pronuncia la STS núm. 879/05 (Sala de lo penal), de 4 de julio, cuando afirma que *en el ámbito de la segunda instancia - cuando existe- las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 170/2002, de 30 de septiembre; 199/2002, de 28 de octubre y 212/2002, de 11 de noviembre de 2002, han modificado la doctrina anterior del Tribunal Constitucional para reconocer que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e inmediatez, dado que el recurso de apelación penal español, como sucede con la casación, no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la instancia.*

Esta consideración no es contradictoria con la celebración de una prueba por videoconferencia durante el juicio oral, no sólo porque el juez puede intervenir en la práctica de la prueba, ordenando incluso diferentes enfoques de la cámara o reclamando lo que precise para satisfacer el mejor contacto con la persona que declara, sino porque podrá pedir directamente aclaraciones y mantener la comunicación directa con el declarante, aunque se encuentre lejos y, por último, el juez estará en condiciones de ponderar este medio probatorio en el marco del arsenal de prueba practicado en el juicio para intentar lograr su convicción.

En cualquier caso, según ya se ha dicho, la sentencia penal no opera en un contexto de igual, de equilibrio o de simetría, pues el juez sólo puede dictar una sentencia de condena cuando haya obtenido la convicción sobre la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, a base de pruebas de cargo válidamente celebradas, debiendo en todos los demás casos dictar una sentencia de absolución. Por eso con buen criterio ha exigido el Tribunal Constitucional, en el marco del respeto de las garantías del proceso penal, que las sentencias de condena se fundamenten en una actividad probatoria que el tribunal haya examinado directa y personalmente en debate público y con contradicción (SSTC, entre otras, 167/02, 202, 203, y 208/05).

Esta exigencia constitucional se ha pretendido paliar o sustituir (en concreto a través de la modificación de la LECRIM en el proyecto de ley Serie A nº 69, presentado el 26 de diciembre de 2005, que ha decaído con la disolución de las Cortes Generales) con la previsión de la grabación de todos los juicios orales.

Sin embargo, documentar la práctica de pruebas personales a través de medios de grabación y reproducción, que es la opción por la que se decantaba el Proyecto del Gobierno, no soluciona el problema de la falta de inmediación en el tribunal de apelación, ni autoriza, por tanto, en esta ulterior instancia a revocar lo decidido por el juez *a quo* y dictar una sentencia condenatoria. Como bien se sostenía en el auto del TS de 16 de febrero de 2004, *ni siquiera la grabación videográfica del juicio de instancia sería suficiente, porque son imágenes del pasado que sólo permiten conocer el escenario, pero no las vivencias directas e intransferibles de los protagonistas, por lo que es suficiente con una dirección y análisis de la adecuación del criterio de la Sala a las pautas exigidas por la lógica y la experiencia.*

Más recientemente, la STC 144/2009, de 15 de junio (FJ 2) sostenía que *es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y seguida en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 115/2008, de 29 de septiembre, y 49/2009, de 23 de febrero), que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. Por ello, se ha apreciado la vulneración de este derecho fundamental en los supuestos en los que, tras ser dictada una sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y dictada una sentencia condenatoria justificada en una diferente valoración de pruebas, como las declaraciones de los acusados o declaraciones testificales que por su carácter personal no podían ser valoradas de nuevo sin su examen directo en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. Más en concreto, y por lo que se refiere a la rectificación de conclusiones derivadas de pruebas de carácter personal, también ha reiterado este Tribunal que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando, en la segunda instancia, y sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano de primera instancia, sin examinar directa y personalmente dichas pruebas (por todas, STC 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2).*

En el mismo sentido, la STC 173/09, de 9 de julio (FJ 3) afirmaba que *constituye ya doctrina consolidada de este Tribunal, que parte de la Sentencia de Pleno 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9 a 11, y es seguida en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 28/2008, de 11 de febrero; 80/2009, de 23 de marzo; 103/2009, de 28 de abril), que el derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) exige que la valoración de las pruebas de naturaleza personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen, y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad [...] la exigencia de inmediación de la práctica de este tipo de pruebas “perdería su finalidad de garantía de la defensa efectiva de las partes y de la corrección de la valoración si una instancia superior pudiera proceder a una nueva consideración de los testimonios vertidos en el juicio a partir de la fundamentación de la Sentencia recurrida o de la sola constancia documental que facilita el acta del mismo” (SSTC 105/2005, de 9 de mayo, FJ 1; 111/2005, de 9 de mayo, FJ 1; 112/2005, de 9 de mayo, FJ 2; 185/2005, de 4 de julio, FJ 2; 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 3; 28/2008, de 11 de febrero, FJ 3).*

Con independencia de que la fórmula se extienda no sólo a los recursos interpuestos por el condenado, que pretendan su absolución o la imposición de una pena inferior a base de una valoración diferente de la prueba de carácter personal, sino que pretenda comprender también las impugnaciones de las sentencias absolutorias, lo cierto es que la visión y la escucha de la grabación no proporciona la misma impresión que la realidad objeto de la grabación, y se corre el riesgo cierto de que se saquen de contexto pasajes de la prueba (no es lo mismo ver la luna que estar en la luna). En definitiva, la reproducción de la grabación de un juicio no satisface la inmediación.

En todo caso, la preservación de la garantía constitucional de la inmediación viene exigida cuando se pretende que el tribunal *ad quem*, modificando la valoración de la prueba del inferior, dicte una sentencia de condena, por lo que, en principio, nada se dice cuando es el condenado quien pretende la revisión a su favor de la valoración probatoria de instancia para obtener una sentencia de absolución.

Es claro que si la apelación se plantea por la acusación contra una sentencia absolutoria, y el motivo de la impugnación se refiere a cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena

o absolución, resulta necesario celebrar una vista pública en la segunda instancia para que el órgano *ad quem* pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

Pero también es claro que cuando sea el condenado quien recurra pretendiendo que se haga una distinta valoración del crédito y de la relevancia en la determinación de los hechos probados de las llamadas pruebas personales, deberá celebrarse una vista pública para que el tribunal de apelación llegue a resolver con inmediación. Así puede leerse en la STS núm. 153/04 (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre, que *cuando los jueces a quibus han formado esencialmente su convicción en base a pruebas de naturaleza personal como son los testimonios de los acusadores y las manifestaciones de los acusados que han sido valoradas con la insustituible ventaja de la inmediación y la contradicción con que se practicaron a presencia de los miembros del Tribunal, de suerte que el juicio de credibilidad obtenido por éstos no puede ser revisado en casación por quienes no hemos gozado de esos beneficios de inmediación y contradicción que son factores determinantes para la valoración de esas pruebas, y, así, únicamente podrá ser revisado el resultado valorativo a que llegó el Tribunal a quo cuando ese resultado se evidencia contrario a las reglas de la lógica y opuesto al racional discurrir, atendido el contenido de los elementos probatorios objeto de valoración o estos elementos probatorios permitan otra alternativa valorativa igualmente racional y lógica sin que el Tribunal haya argumentado jurídicamente su rechazo. A este respecto -como recuerda la STS de 25 de febrero de 2003- cabe subrayar que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania-, que un Tribunal superior que no ha apreciado los testimonios prestados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir su culpabilidad prescindiendo del pronunciamiento absolutorio en primera instancia, salvo, ha de entenderse, que resuelva exclusivamente cuestiones jurídicas o ajenas a la valoración de dicha declaración.*

La perspectiva de tener que celebrar una nueva vista ante el tribunal de apelación cuando se impugne la valoración de pruebas personales plantea serios inconvenientes para la implantación de esta solución; porque, en efecto, para preservar la garan-

tía de la inmediación esa vista de apelación habrá de ser completa. No puede bastar con la repetición de la declaración del testigo cuya veracidad se cuestiona, o con la declaración del acusado al que se argumenta que el juez *a quo* ha dado credibilidad indebidamente. En la vista de apelación habrán de practicarse todos los medios probatorios que, indicados por las partes en el recurso, puedan situar al juzgador de segundo grado en una posición diferente de la que tuvo en la primera instancia (esencialmente, medios de prueba personales) o, cuando menos, se habrán de traer ante el tribunal *ad quem* todos los elementos probatorios que, propuestos por las partes, hayan incidido o puedan incidir en el hecho impugnado.

Como antes se señaló, la STC 167/02 la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen de la declaración de culpabilidad del acusado por el Tribunal de apelación exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas

## 10 Un recurso de apelación limitado en el orden penal. La valoración de la prueba de instancia

Probablemente la extensión del recurso de apelación y la apertura de la segunda instancia a todos los procesos penales por delito, conforme se dispone en la LO 19/2003 y en el texto gubernamental proyectado (ahora decaído), intente dar satisfacción al principio de igualdad de las partes, permitiendo tanto a la defensa impugnar las sentencias condenatorias como a la acusación alzarse contra las sentencias absolutorias o de condena a pena menor de la pedida. Sin embargo, como se ha venido exponiendo, esta generalización de la segunda instancia penal, no es la solución preferible para atender al cumplimiento de todas las garantías procesales.

Parece evidente que debe instaurarse con urgencia un recurso de apelación limitado, es decir, que establezca motivos de impugnación y que llegue a restringir las facultades cognitivas del órgano de apelación.

Pueden y deben atribuirse al superior las facultades para controlar y revisar, de acuerdo con el sentido y alcance del recurso, los defectos en el procedimiento y en

las garantías procesales que se hubieran podido cometer en la instancia, así como la motivación de la sentencia, incluyendo los errores de hecho en la apreciación de la prueba, y en estos casos el tribunal de apelación ordenará el reenvío de las actuaciones al juez *a quo* cuando considere que se ha producido la infracción denunciada. También debe atribuirse al órgano de la apelación el control y revisión de la interpretación y aplicación de la ley penal en la sentencia de instancia.

Sin embargo, cuando se trata de disconformidad con la valoración y apreciación de las pruebas practicadas, instando un pronunciamiento contrario al de instancia a base de conceder un crédito diferente a algún medio de prueba, el recurso de apelación, como el recurso ordinario e incondicionado, no resulta adecuado.

Prueba de ello es la ambigüedad con la que se expresa el Tribunal constitucional al delimitar el ámbito que le corresponde al tribunal *ad quem* a la hora de valorar la prueba y que se traduce en los siguientes términos: *La segunda vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías que, en opinión de los demandantes de amparo, habría resultado vulnerada por la Sentencia de la Audiencia Provincial se refiere a la necesidad de que las pruebas en las que el órgano judicial se basa para pronunciar una condena penal se practiquen ante él si, por su naturaleza y circunstancias concretas, su adecuada valoración así lo exige, de acuerdo con la doctrina constitucional que se inicia en la STC 167/02, de 18 de septiembre, seguida luego en otras muchas hasta constituir ya un cuerpo de doctrina consolidado.* Tal doctrina, en los términos expresos del FJ 2 de la STC 272/05, de 24 de octubre (seguida luego en otras, como las SSTC 15/07, de 12 de febrero; 336/06, de 11 de diciembre; y 80/06, de 13 de marzo), puede sintetizarse así: *[Resulta] contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido*

*absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su Sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia. Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano “ad quem” deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionarán la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas. En este análisis casuístico, además del examen riguroso de las Sentencias pronunciadas en instancia y apelación por los Tribunales ordinarios, resultará imprescindible la consideración de la totalidad del proceso judicial para situarnos en el contexto global en el que se produjo el debate procesal, y así comprender primero y enjuiciar después la respuesta judicial ofrecida. Y es que, con*

*frecuencia, la respuesta global dada por los órganos judiciales no puede entenderse en su verdadero alcance sin considerar las alegaciones de las partes a las que se da contestación y el curso procesal al que las Sentencias ponen fin. No debemos perder de vista que, aun cuando sólo en la medida en que así resulta preciso para proteger los derechos fundamentales, en el recurso de amparo se enjuicia la actividad de los órganos judiciales y que, precisamente por ello, el acto final que es objeto de impugnación en amparo no es sino el precipitado de todo el proceso, aunque con frecuencia no todas sus incidencias se hagan explícitas en la resolución final».*

Así las cosas, los problemas que plantearía una necesaria repetición de la práctica totalidad del juicio podrían solventarse acudiendo a alguna de las siguientes soluciones: en primer lugar, cabría prohibir con carácter general una segunda valoración de la prueba a través del recurso de apelación, con independencia del contenido de la sentencia y del sentido de la impugnación, y a salvo los errores de hecho. En segundo lugar, podría excluirse de la apelación la solicitud de una nueva valoración de las pruebas personales, inadmitiendo los recursos que se basen en error en la valoración de estos medios de prueba, y permitiendo la revisión de la valoración de las pruebas cuando el tribunal *ad quem* se encuentre en la misma posición que el de instancia respecto del medio probatorio de que se trate. En tercer lugar, cabría establecer la irrecurribilidad de las sentencias absolutorias cuando la apelación se base en error en la valoración de la prueba personal, de modo que se podrán recurrir en apelación todas las sentencias por cualquier otro motivo y también por error en la valoración de pruebas respecto de las cuales el tribunal *ad quem* se encuentre en la misma posición que el de instancia. Por último, podría implantarse una apelación en la que cupiera impugnar la valoración de cualquier medio probatorio, lo que exigiría repetir todas las pruebas cuya valoración deba revisarse.

Aunque las cuatro soluciones apuntadas tendrían encaje en nuestro sistema procesal, parece preferible acoger la tercera, de modo que sea posible reparar los defectos o errores cometidos por el juzgador de instancia, tanto en el procedimiento como en la sentencia, salvo cuando el motivo de impugnación se sostenga en un diferente criterio de valoración de las pruebas personales practicadas en el juicio y la sentencia sea condenatoria. Si se trata de sentencias absolutorias, no se podrá intentar

cambiar el juicio del tribunal *a quo*, si bien eso no impide a la acusación disconforme impugnar la resolución por cualquier otro motivo, incluido el de los defectos en el razonamiento o los errores de apreciación, que puedan dar como resultado una condena; lo único que se impide es el recurso contra las sentencias absolutorias por errores de valoración.

Es evidente que de este modo se produce una asimetría en las posiciones de las partes procesales, que no es desconocida en el proceso penal pero que, si bien fue antes enunciada, debe ser explicada ahora con mayor extensión. Eso no significa que a la acusación se le prohíba denunciar los errores padecidos por el juez de instancia, ni se desvirtúen sus funciones de asegurar la correcta aplicación de la ley penal y defender los intereses de la sociedad, sino que se introduce una limitación para las acusaciones de articular un concreto motivo de impugnación contra la sentencia de primera instancia.

Como primera reflexión ha de sostenerse que el respeto al principio de igualdad entre la acusación y de la defensa no implica atribuir a ambas partes poderes y facultades procesales idénticos, de manera que el ordenamiento podrá establecer un tratamiento desigual cuando resulte debidamente justificado y razonable, de acuerdo con los intereses que cada una de ellas defiende en el proceso. Pues bien, desde la perspectiva del respeto al principio de igualdad, habrá de justificarse, en términos de adecuación a un fin constitucionalmente legítimo y de proporcionalidad, la excepción que se sostiene, prohibiendo la impugnación de la acusación cuando se pretenda que el órgano de apelación realice una valoración diferente de los medios de prueba practicados ante el juez *a quo*<sup>11</sup>.

Por un lado, no cabe duda de que, como sostenía la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos del caso *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957), *al Esta-*

---

11 En Italia, la Ley n. ° 46/2006, de 20 de febrero, llamada ley Pecorella, modificó el art. 503 del CPP, prohibiendo con carácter general la apelación contra las sentencias absolutorias; sin embargo la sentencia n. ° 26/2007, de 6 de febrero, de la Corte Costituzionale declaró la ilegitimidad constitucional del precepto en ese extremo. Cfr. sobre los límites a la apelación del Ministerio Fiscal, GUALTIERI, “Il secondo grado di guidizio: ambito e limiti”, en *Cassazione penale*, abril 2007.

*do, con todos sus resortes y su poder, no se le debería autorizar a realizar reiterados intentos de condenar a un individuo por un mismo delito, haciéndole pasar por una situación de dificultad que no sólo le hace incurrir en gastos, sino que le somete a la terrible experiencia del proceso obligándolo a vivir en un estado de continua ansiedad e inseguridad, incrementando la posibilidad de que, si bien ha sido declarado inocente, pueda terminar siendo declarado culpable,* en aplicación de la garantía constitucional de la prohibición del doble riesgo para el acusado (*double jeopardy*) que fuera sometido a un doble enjuiciamiento, derivada de la 5ª Enmienda de la Constitución de los EE.UU. Por eso, para el acusado la sentencia absolutoria es el final, dando por terminado el periodo en que ha estado expuesto al riesgo de la condena, de modo que el Estado no puede abrir un nuevo juicio a través de la apelación contra una sentencia absolutoria, aunque ésta pueda parecer errónea<sup>12</sup>.

Por otro lado, fuera de los errores materiales de apreciación o los defectos en la motivación, con la solución apuntada desde luego que se impide la posibilidad de verificar que la valoración del juez *a quo* sobre los medios de prueba sea incorrecta; ahora bien, eso no significa que en todo caso se presuma que la decisión de primer grado es la correcta y no se pudieron producir equivocaciones, sino que la revisabilidad de la sentencia condenatoria se limita, tanto por la posición del Estado y de las acusaciones en el juicio oral, como porque la certidumbre que derive de la decisión del órgano de apelación no se puede garantizar salvo que exista inmediación, ya que éste no ha podido presenciar las pruebas y su percepción es indirecta o mediata.

De ahí que en la STC núm. 123/05, de 12 de mayo, pueda leerse que *en este contexto legal dual, la determinación de si el actual sistema de recursos contra las sentencias penales responde al modelo de repetición íntegra del juicio o de mera revisión, no tiene por qué tener una respuesta necesariamente unívoca y común para ambos recursos ni, incluso dentro de cada uno de ellos, para circunstancias tan dispares como pueden ser que la impugnación se dirija contra una sentencia absolutoria o condenatoria, o que el fundamento de la impugnación aparezca referido a los hechos, la calificación jurídica*

---

12 En este sentido la sentencia de *Green v. United States* cita las siguientes: *United States v. Ball*, 163 U.S. 662 (1896); *Peters v. Hobby*, 349 U.S. 331 (1955); *Kepner v. United States*, 195 U.S. 100 (1904); *United States v. Sanges*, 144 U.S. 310 (1892).

*o la eventual concurrencia de determinados defectos procedimentales; sino que, en cada caso, puede responder a un modelo diferente, con todas las implicaciones que ello supone, y que sólo cabe determinar a la vista de su concreta configuración legal. Así, por lo que respecta a la apelación contra sentencias absolutorias en que el objeto de impugnación se refiera a cuestiones de hecho a partir de la apreciación de la prueba por el órgano judicial de primera instancia, el Pleno de este Tribunal en la reciente STC 167/2002, de 18 de septiembre, F. 11, ya ha señalado que en estas circunstancias el recurso de apelación penal «tal y como aparece configurado en nuestro Ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal “ad quem” para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho» y que «[s]u carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de “novum iudicium”, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el juzgador “ad quem” asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez “a quo”, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez “a quo”» (reiterado después, entre otras muchas, en las SSTC 10/04 y 12/04, de 9 de febrero, FF. 6 y 3, respectivamente), de lo que se ha concluido la necesidad de que el órgano judicial de apelación sólo pueda corregir la valoración y ponderación de pruebas personales respetando los principios de inmediación y contradicción a partir de su práctica a su presencia en la celebración de una vista oral.*

En este caso no se evita la falibilidad del enjuiciamiento sino que un criterio (el del órgano inferior) se sustituye por el de otro (el del superior) con el único argumento de la autoridad, pues significaría motivar una sentencia condenatoria sobre un mismo material probatorio destruyendo esta vez sí la presunción de inocencia.

Sin embargo, cuando es el acusado quien pretende recurrir una sentencia condenatoria lo podrá hacer por cualquiera de los motivos, incluido el del error de valoración de la prueba, que por supuesto habrá de fundamentar con precisión, para evitar una incondicional apertura de la actividad probatoria en apelación; si el condenado sostiene con fundamento que debe cambiarse el valor o la credibilidad de un medio de prueba deberá celebrarse vista ante el órgano *ad quem*, practicándose la que corresponda.

## 11 Nueva prueba en apelación

No es éste, con todo, el único caso en que cabe plantear cuestiones acerca de la prueba en el recurso de apelación. En la actualidad se admite la práctica de la prueba cuando éstas no pudieron proponerse en primera instancia (por desconocimiento, porque son de fecha posterior, o se refieren a nuevos hechos con incidencia directa en los hechos debatidos); cuando las pruebas propuestas en instancia fueron indebidamente inadmitidas, y cuando las pruebas admitidas no fueron practicadas por causas no imputables a las partes.

De acuerdo con lo que se ha apuntado anteriormente, la indebida inadmisión o la existencia de causa no imputable a la parte que propuso la prueba para que se hubiera practicado la prueba en el juicio oral, cualquiera que sea la causa, ha de considerarse como un defecto procesal y, si fuera estimada la impugnación, deberían reponerse las actuaciones para que la prueba se practique ante el tribunal *a quo*.

Sin embargo, entiendo que cuando se trata de un medio de prueba que no pudo proponerse en la instancia, es preciso discriminar según se plantee por la parte acusadora o por el condenado.

La acusación, que ha solicitado las diligencias de investigación que consideró oportunas durante la instrucción y ha formulado acusación y ha propuesto la prueba que entendía iba a conseguir la convicción del juzgador, no puede en un momento posterior articular otros medios probatorios para intentar una condena que, con la prueba practicada en el juicio, no consiguió, de modo que si la acusación adquiriera o descubriera un nuevo medio probatorio de cargo después de dictada la sentencia de instancia, no debería admitirse su práctica aunque sea de fecha posterior. El juicio y la sentencia cierran toda posibilidad a la acusación, que en interés de la sociedad, ha presentado sus elementos para alcanzar la sentencia condenatoria, sin que se puedan autorizar ulteriores intentos de lograr la revocación de la absolución; precisamente este principio es el que impide instar la revisión de la condena por parte de la acusación, y sólo se legitima contra las sentencias condenatorias.

Por el contrario, si fuera el condenado quien obtuviera una prueba de descargo después de la sentencia condenatoria de instancia, debería admitirse el medio probatorio si se encuentra en alguno de los casos referidos (porque no se pudo proponer, por desconocimiento, por referirse a nuevos hechos o por ser de fecha posterior al juicio). Propuesto este medio de prueba, debería examinarse por el tribunal *ad quem* exclusivamente su pertinencia y utilidad, comprendiendo un juicio sobre la relevancia para la decisión; de considerarse que se cumplen los requisitos exigidos, se debería ordenar la reposición de las actuaciones para que se practique ante el juez *a quo* y que éste dicte la sentencia que corresponda.

## 12 El recurso de apelación limitado y el respeto de las garantías constitucionales

En el planteamiento que se ha expuesto sobre el recurso de apelación en el orden penal se han tomado en consideración las garantías fundamentales que se deben respetar en España de acuerdo con los compromisos derivados de los textos internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país.

Es evidente que tanto el art. 2 del Protocolo nº 7 del CEDH como el art. 14.5 del PIDCP, este último ratificado desde hace mucho tiempo por España, imponen que se abra un recurso contra las sentencias condenatorias para que un tribunal superior pueda revisar el fallo dictado y la pena impuesta. Asimismo es evidente que el recurso de casación no cumple de modo satisfactorio con esa exigencia, y que el incumplimiento se produce precisamente en el caso de los delitos más graves, que son enjuiciados en primer grado por las Audiencias Provinciales y, en su caso, por la audiencia Nacional.

Así las cosas, parece imprescindible introducir en nuestro proceso penal un recurso de apelación a través del cual se puedan impugnar tanto las sentencias condenatorias como las que absuelvan al acusado o le condenen a una pena menor que la pedida por las acusaciones o por un título diferente. Este recurso encontraría una excepción relevante, pues se limitaría el recurso para las partes acusadoras cuando se funde en la modificación de la valoración que se hubiera realizado en la primera instancia de las pruebas personales practicadas ante el tribunal *a quo*, que no podría ser ya revisada.

Como autoriza el art. 2.2 del Protocolo nº 7, el derecho a un doble grado de jurisdicción para el condenado se puede excepcionar cuando se trate de infracciones menores, cuando el interesado hubiera sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal, o cuando hubiera sido declarado culpable y condenado como consecuencia de un recurso contra su absolución.

Sin duda que la introducción de estos supuestos de exclusión del derecho al recurso en nuestro sistema supondría un notable alivio a la organización de tribunales en el orden penal y responden a un razonable equilibrio de las partes procesales en la tradición jurídica española.

Es verdad que estas excepciones del sistema europeo de derechos humanos no tienen encaje en el PIDCP, tal y como viene siendo interpretado por el Comité, de modo que en el caso español tanto los aforamientos ante la Sala Penal del Tribunal Supremo, previstos en la CE y en la LOPJ, como la posibilidad de condena estimando un recurso de la acusación podrían merecer algún reproche futuro del aludido Comité.

Sin embargo aparece un punto de inflexión en los Dictámenes del Comité, tomando en consideración estas circunstancias en el voto particular que en el Dictamen del caso Gomariz (CCPR/C/84/D/1095/2002) formuló la Sra. Ruth Wedgwood, miembro del Comité, para quien *el criterio de la mayoría, de ser aplicado como una norma con carácter amplio, podría trastocar los sistemas judiciales de muchos países de tradición jurídica romanista en los que una absolución dictada por un tribunal de primera instancia puede ser declarada nula y ser sustituida por una condena por un tribunal de segunda instancia reunido para revisarla, y puede no existir posibilidad de interponer nueva apelación, de pleno derecho, contra la decisión de ese tribunal de segunda instancia... En una cuestión tan fundamental para la estructura de los sistemas judiciales nacionales en los países de tradición romanista, deberíamos prestar cierta atención a las opiniones de los Estados Partes, así como a su práctica generalizada. Ello es especialmente aplicable a la interpretación del texto de una disposición del Pacto cuya redacción ha sido históricamente ambigua, y en relación con la cual algunos Estados han mantenido explícitamente su derecho a continuar con esas prácticas, sin que otros Estados Partes hayan presentado objeciones al respecto.*

Cabe esperar que el Comité termine considerando que los países que integran el Consejo de Europa, que han abanderado históricamente la lucha por los derechos humanos junto con EE.UU., no aprueban y aplican una disposición como el Protocolo nº 7 para vulnerar el PIDCP, sino que su tradición jurídica les lleva a garantizar de otro modo distinto al que es propio de los EE.UU. los derechos de impugnación contra una sentencia condenatoria, sin que eso represente una suerte de rebeldía o de traición al sentido y a la finalidad del Pacto.

En todo caso, desde el momento en que la solución legislativa española se concrete, esperemos que en la próxima legislatura, se pueda ratificar el Protocolo 7º del CEDH, pues España es uno de los siete países que aún no lo han ratificado (junto a Alemania, Andorra, Bélgica, Holanda, Reino Unido y Turquía). De este modo se dará cumplimiento a uno de sus mandatos más importantes: que la ley regule el ejercicio del derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias, incluyendo los motivos por los que se puede interponer, y, al propio tiempo, se satisfarán esencialmente las exigencias del PIDCP.

A este respecto cabe sugerir que, de continuar el Comité con la interpretación literal del art. 14.5, puede resultar oportuno plantear una Declaración o una reserva relativa a ese texto internacional, como han hecho la práctica totalidad de los países europeos, recogiendo alguna de las excepciones que luego se reflejaron en el Protocolo nº 7; así resulta de las reservas al PIDCP formuladas por Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Holanda o Luxemburgo<sup>13</sup>. De este modo se salvarían las especificidades del ordenamiento jurídico español, en el marco de las disposiciones de los países de nuestra misma tradición jurídica, en cuanto a los aforamientos ante la Sala Penal del TS, y a la posibilidad de que se dicte una sentencia de condena como consecuencia de un recurso de la acusación contra una sentencia absolutoria.

---

13 Cfr. en [http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty5\\_asp.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty5_asp.htm) España, cuando ratificó el PIDCP no formuló declaración o reserva alguna, probablemente por haberlo ratificado más tardíamente, en abril de 1977, y por el lógico afán de incorporarse de inmediato al sistema internacional de derechos humanos tras una dictadura tan prolongada.

## 13 El encaje del recurso de apelación penal en la organización judicial

Como último punto en el análisis de la posible introducción de un recurso de apelación en nuestro proceso penal, que se aplique no sólo a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, sino las que pronuncian órganos colegiados, es preciso apuntar algunas consideraciones, a la luz del texto legal proyectado, modificando la LOPJ, en razón al cumplimiento del objetivo de generalizar la segunda instancia penal.

En primer lugar, entiendo que debe mantenerse el enjuiciamiento de los que, por mandato de la CE o de la LOPJ, se encuentran aforados ante la Sala de lo Penal del TS, como una resolución no susceptible de revisión, al amparo de lo previsto en el Protocolo n° 7 del CEDH. Desde luego que quedarían a salvo los errores o defectos advertidos en la sentencia del órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes que supusieran al propio tiempo una infracción de derechos constitucionales; en este caso se podría acudir al planteamiento de un incidente de nulidad de actuaciones y, caso de ser desestimado, interponer un recurso de amparo.

La solución contenida en el Proyecto de Ley, creando en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dos secciones, una de enjuiciamiento y otra de apelación, no resulta acertada y posiblemente trajera más problemas que los que pretende solucionar. De una parte, habría que constituir *ad casum* la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, es verdad que con reglas preestablecidas en el ámbito de la Sala de Gobierno, pero las Secciones habrían de estar funcionalmente subordinadas al establecerse un órgano *a quo* (la Sección de enjuiciamiento) y otro *ad quem* (la Sección de apelación) en el mismo órgano y, por lo tanto, ambas Secciones se encuentran en el mismo nivel jerárquico.

En segundo lugar, y por lo que hace a los aforamientos ante la Sala de lo Penal (y Civil) de los Tribunales Superiores de Justicia, encomendando la decisión del recurso de apelación a la Sala Especial del art. 77 LOPJ, tampoco parece la mejor de las soluciones, porque esa Sala, formada por el Presidente del Tribunal, los Presidentes de Sala y el Magistrado más moderno de cada una de ellas, tiene sentido

para resolver las recusaciones, pero es más que dudosa su aptitud para decidir una impugnación en materia penal. La ausencia de especialistas en esta materia puede ser un serio inconveniente para atribuirle esta competencia, puesto que, dado el modo en que se conforma el Tribunal Superior de Justicia, formarán la Sala del art. 77 el Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo, el de la Sala de lo Social, así como el magistrado más moderno de cada uno de estos dos órdenes jurisdiccionales, junto con el Presidente del TSJ y el magistrado más moderno de la Sala de lo Civil y Penal.

En tercer lugar se plantea el problema de las apelaciones contra sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La solución proyectada ha sido la de crear una Sala de Apelación dentro de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal, así como del recurso de revisión que la ley establezca contra los decretos del secretario judicial (art. 64 bis.1). Parece que se trata de una Sala situada en una posición de cierta preeminencia sobre el resto: así, aparece la primera en la proyectada modificación de la Ley de demarcación y planta, y a su presidente se le exige mayor antigüedad para su nombramiento (art. 333.1 del Proyecto), pues frente a los diez años que se exigen para la presidencia del resto de las Salas, para la de Apelación se exigen quince años. No parece que esta medida sea desacertada, aunque resulta extraño concebir un mismo órgano con Salas de distinto grado, y subordinadas a una de ellas.

La solución que se ha proyectado, para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, atribuyendo la competencia a la Sala de lo Penal (y Civil) de los Tribunales Superiores de Justicia, si bien no presenta problemas de encaje en la organización judicial española, aparecen sin embargo serias dudas sobre la oportunidad de esta decisión. Salvo que se modifique la composición de ese órgano, que se integra por el Presidente y dos o cuatro magistrados, de los que uno o dos son designados a propuesta de la Comunidad Autónoma, resulta evidente que la materia penal puede ser totalmente ajena al conocimiento y especialización de los magistrados de esta Sala. Por ello cabría pensar en varias soluciones alternativas: por una parte, divi-

dir la Sala de lo Civil y Penal en dos, una integrada en el orden jurisdiccional civil y otra en el penal, cada una de las cuales obviamente integradas por magistrados especialistas en esas materias; por otra parte, incrementar la planta de esa Sala con los magistrados especialistas en penal allí donde sea necesario. Una tercera vía, que no parece la más acertada, pasaría por establecer en las Audiencias Provinciales unas Secciones de Apelación, a las que se encomendaría el conocimiento de estos recursos sea contra resoluciones de los Juzgados de lo Penal, sea contra resoluciones de las Secciones “ordinarias” de la Audiencia.





