Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Editorial

Uno de los tantos problemas de la investigación científica en el ámbito del Derecho penal en la Argentina es la escasez de revistas con un sistema de referato capaz de cumplir con los estándares internacionales. Y es que a pesar de que existen varias (y prestigiosas) revistas jurídicas, la falta de un procedimiento técnico estricto de evaluación de las contribuciones obliga a los investigadores de carrera a publicar sus trabajos en otros países, si desean acceder a becas o simplemente progresar en sus disciplinas. "EN LETRA. DERECHO PENAL" nace justamente como una alternativa semestral para intentar solucionar este inconveniente: se trata de una revista argentina (aunque está abierta a contribuciones de autores de cualquier lugar del mundo), dedicada puramente al Derecho penal, que cumple con los estrictos parámetros de referato doble ciego.[1]

Por supuesto, una cuestión técnica como es la existencia de un sistema de referato serio no ha sido la única motivación que subyace a la creación de esta nueva revista. Los editores intentamos brindar una publicación de excelencia, que permita dar lugar a una discusión penal libre de injerencias políticas o de otro tipo. En este nuevo ámbito para el intercambio de ideas se valoran especialmente las investigaciones serias y la presentación de respuestas innovadoras, orientadas a fortalecer la *ciencia* del Derecho penal.

En este primer número, hemos tenido la oportunidad de contar con contribuciones tanto de reconocidos académicos como de jóvenes juristas, todos ellos guiados por la búsqueda del conocimiento y sin finalidades ulteriores de tipo político o económico. Así, abre este primer número de "EN LETRA. DERECHO PENAL" un homenaje realizado por Marcelo A. SANCINETTI y Patricia ZIFFER al recientemente fallecido profesor Günter STRATENWERTH, uno de los representantes más claros del fino espíritu que permitió el desarrollo contemporáneo de la dogmática penal. Luego, María Laura BÖHM y el ex fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Gabriel MORENO OCAMPO, ofrecen sus opiniones sobre dos de los temas de mayor actualidad en el Derecho internacional penal: la posible punición de la complicidad civil en los actos de criminalidad estatal y la necesidad de fortalecer el vínculo entre los Estados Unidos de Norteamérica y el sistema de justicia internacional.

[1] Es decir, los autores no conocen quién aprueba sus trabajos (quienes además deben ser expertos en el tema con un grado académico equivalente o superior al autor) y viceversa, a los fines de evitar sesgos. Para más detalles, véase *infra*, "Pautas generales para la remisión de trabajos").

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ya en la sección de artículos sometidos a referato doble ciego, Gabriel PÉREZ BARBERÁ presenta sus conclusiones finales sobre la relación entre el principio de reserva de ley, el *nullum crimen sine lege* y el proceso penal, que vienen a coronar una investigación de varios años de trabajo. A continuación, Fernando CÓRDOBA (quien recientemente ha tenido el honor de acceder al cargo de profesor asociado por concurso en la Universidad de Buenos Aires) realiza una precisa conceptualización de los delitos de infracción de deber, a los fines de aclarar esta discutida categoría dogmática e integrarla en un sistema general del Derecho penal. Por su parte, Héctor OLÁSOLO ALONSO analiza la posibilidad de que los actos de criminalidad económica organizada puedan configurar no sólo delitos transnacionales, sino también crímenes internacionales, especialmente crímenes de lesa humanidad. El debate de filosofía moral aplicada al Derecho penal también se ve representado en este número de la revista, gracias al artículo de Gustavo BEADE, quien cuestiona la respuesta del liberalismo clásico a la pregunta "¿debo vivir para ser castigado?", por medio de la noción de comunidad. Finalmente, la joven jurista Antonella DONNES plantea la posibilidad, a partir de una fina argumentación centrada en casos problemáticos, de distinguir entre diferentes etapas del *iter criminis* en el delito de omisión del mismo modo que en el delito de comisión.

Además de las notas de opinión y los artículos sometidos a referato, decidimos incorporar dos secciones adicionales. En la primera de ellas nos encargamos de traducir al español artículos que fueron publicados originalmente en prestigiosas revistas de idioma extranjero y, en este marco, presentamos la más reciente contribución de Máximo LANGER al debate sobre jurisdicción universal (publicado este año en el *Journal of International Criminal Justice* de Oxford). En la segunda, presentamos dos reseñas bibliográficas a tesis doctorales publicadas recientemente, que seguramente harán un aporte a la disciplina: "Delitos impropios de omisión" de Gonzalo MOLINA (a cargo de Carla SALVATORI) y "Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach" de Luis GRECO (a cargo de Leandro A. DIAS).

Finalmente, los editores de la revista deseamos agradecer a los árbitros externos que desinteresadamente participaron del proceso de evaluación de los artículos que integran este número, así como a todos los autores que han confiado en nosotros para la publicación de sus más recientes trabajos. Este agradecimiento se hace extensivo a Alejandro E. COTO, socio fundador y director actual del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Ciencias Jurídicas y Sociales (CEICJUS), por habernos brindado el espacio para desarrollar este proyecto, y a los miembros del Consejo Académico, por haber confiado en nosotros desde un principio.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

In Memoriam

PROF. DR. DR. H.C. GÜNTER STRATENWERTH

Patricia S. ZIFFER* y Marcelo A. SANCINETTI**

El 15/4/2015 falleció en la ciudad de Basilea, Suiza, el gran penalista alemán Günter STRATENWERTH, que el 31 de enero anterior había cumplido 91 años (nacido el 31/1/1924, en Naumburg an der Saalem, Alemania). La causa del deceso fue una enfermedad grave, pero breve, que se desató poco después de su 91.° cumpleaños, y que le permitió despedirse en paz de sus seres más cercanos. También un estricto círculo de familiares y amigos llevó a cabo un oficio religioso en su memoria, en la mañana del 28/4/2015, en la Iglesia de San Pedro, de la ciudad de Basilea (*Peterskirche*, Basel).

STRATENWERTH creció y estudió en su ciudad natal y en la ciudad de Bielefeld; sobrevivió a la Segunda Guerra, tras haberse desempeñado como soldado y haber sido herido. De 1945 a 1949, estudió Ciencias Jurídicas en la Universidad de Göttingen, donde conoció a Hans WELZEL, bajo cuya dirección escribió su tesis doctoral en 1950. En ese mismo año aprobó el primer Examen de Estado; y en 1954, el segundo. En 1952 WELZEL había pasado a ser Profesor de la Universidad de Bonn, y en ésta, STRATENWERTH, nuevamente bajo la dirección de WELZEL, escribe en 1954 su trabajo de habilitación profesoral "*Verantwortung und Gehorsam*" (Responsabilidad y obediencia), en el que investiga los límites del deber de obediencia, tema que fue de intenso interés en los años de la posguerra, y que aún hoy mantiene actualidad. STRATENWERTH fue así el primer discípulo de WELZEL en obtener el rango de *Privatdozent*, adquiriendo su *venia legendi* en Derecho penal, Procesal Penal y Filosofía del Derecho.

* Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora visitante de la Universidad Torcuato Di Tella. Profesora adjunta de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Contacto: patriciaziffer@derecho.uba.ar.

** Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA) y Universidad Complutense de Madrid (UCM). Doctor honoris causa por la Universidad de la Cuenca del Plata (Corrientes). Profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Profesor honorario de la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes). Profesor visitante de la Universidad Torcuato Di Tella. Este homenaje fue originalmente publicado en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, vol. 6, 2015, pp. 1117 y ss. Contacto: sancinetti@estudio.name.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En 1960 fue Profesor ordinario de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Erlangen; en la que sólo dictó tres semestres de enseñanza, pues en 1961 obtuvo un llamado de la Universidad de Basilea, en la que terminó siendo Profesor ordinario de Derecho penal y Filosofía del Derecho por más de treinta años, desde 1961 hasta convertirse en profesor emérito, en 1994 (a pesar de haber recibido, en el ínterin, llamados de las universidades de Bochum, Gotinga y Múnich, que no aceptó). Al estar durante tanto tiempo como profesor activo al frente de su cátedra, STRATENWERTH fue el punto de referencia obligado por generaciones de estudiantes, y se consagró como el maestro de Derecho penal más significativo de toda Suiza. En la universidad solía hablarse de él, con un apodo que expresaba cariño y alto respeto, como "Strati".

En la nota conmemorativa publicada días después de su fallecimiento en *"Neuer Zürcher Zeitung"* se lee:

"Basta un vistazo a la jurisprudencia de los cuatro departamentos del Tribunal Federal para reconocer cuál ha sido la influencia que durante décadas y hasta hoy ha tenido Günter STRATENWERTH en el desarrollo del Derecho penal suizo. Ningún otro en su materia es citado tan frecuentemente en sentencias en Tribunal Federal.

"STRATENWERTH le dio su impronta al Derecho penal en todos los planos: como profesor de la Universidad de Basel y como redactor de la obra estándar, sobre Derecho penal suizo, como miembro de numerosas comisiones de expertos, como impulsor del discurso científico, así como en la investigación. Era prominente, sin con ello darse importancia, por su agudeza intelectual y su retórica de fina espiritualidad".[1]

Ante todo, sus líneas de investigación atañen a la teoría de la imputación. En sus primeros años se dedica a la delimitación entre el dolo y la imprudencia, así como también a los ámbitos de responsabilidad en casos de división de trabajo en tareas hechas en común, lo que hace desarrollar el llamado "principio de confianza"; también contribuye a la teoría del incremento del riesgo.

[1] GERNY, "Feingeist des Strafrechts" (Fino espíritu del Derecho penal), *Neuer Zürcher Zeitung* (Nuevo diario de Zürich), 20/4/2015. Disponible en: http://www.nzz.ch/schweiz/feingeist-des-strafrechts-1.18525651 [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En los procesos de reforma legal alemana de los años '60, STRATENWERTH fue proactivo en el llamado "Proyecto Alternativo", que tuvo una gran incidencia en la Gran Reforma Penal alemana de 1969, que entró en vigor en 1975. La meta de STRATENWERTH residía en no convalidar una alternativa excluyente entre "represión" o "terapia", sino en esforzarse por una compensación práctica de ambas formas de reacción estatal.

Desde el punto de vista del Derecho penal suizo, se esforzó por el estudio y la reforma del Código Penal de 1942. Ese trabajo desembocó en su renombrado *Lehrbuch* suizo, de cuatro volúmenes en total, obra señera en la teoría y en la práctica, que aún hoy es citada como fuente de autoridad en las sentencias judiciales, y de gran influencia, de hecho, en los superiores tribunales. Se trata de su *Lehrbuch*, aparecido en su primera edición en 1982: *Schweizerisches Strafrecht* (Derecho penal suizo), *Parte General*, tomo I (El hecho punible) y tomo II (Sistema de sanciones y medidas jurídico-penales), y *Parte Especial*, tomos I y II;[2] esta obra fue, por más de treinta años, la doctrina estándar de la comunidad jurídico-penal suiza.

Entre 1976 y 1983, STRATENWERTH trabaja en investigaciones empíricas sobre el sistema de sanciones jurídico-penales, lo que tuvo incidencia en la ejecución penal suiza. De hecho, fue convocado en numerosas comisiones de reforma del Derecho penal suizo, también sobre la "Parte Especial" del Código Penal y el sistema de sanciones, respecto de lo cual él abogaba en particular por la supresión de las penas privativas de libertad de corta duración.

En el ámbito hispano-hablante, sin embargo, STRATENWERTH es más conocido por su obra escrita para el Derecho penal *alemán*, aunque sólo en el volumen del "Hecho Punible": *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil I*, *Die Straftat*, 4.ª edición, Carl Heymanns Verlag, Colonia, Berlín, Múnich, 2000, traducida al español por Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI (*Derecho Penal, Parte General I, El hecho punible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; Thomson/Civitas, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005). Una traducción anterior, de la 2.ª edición alemana de 1976, a cargo de Gladys ROMERO (EDERSA, Madrid, 1982), tuvo una gran difusión en los '80 del siglo pasado. Posteriormente, ese *Lehrbuch* tuvo una 5.ª edición, con la colaboración de Lothar KUHLEN (2004), y una 6.ª edición, también de STRATENWERTH/KUHLEN, fue editada en 2011.

[2] Esta obra fue continuada, en parte, por Guido JENNY, quien tenía el propósito de continuar con su publicación en ulteriores ediciones, pero falleció en 2006. A partir de la 6.ª ed., esta obra apareció con la colaboración de Felix BOMMER.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

STRATENWERTH fue expresión básica de un Derecho penal liberal, entendido como *ultima ratio* del control social, allí donde otros medios de conducción social se revelaran como ineficaces. Fue un jurista especialmente comprometido con los derechos del condenado.[3] Desarrolló también gran interés por los bienes jurídicos de carácter *colectivo*, en particular: "el medio ambiente", que consideraba un bien jurídico legítimo. En las jornadas de profesores de Derecho penal llevadas a cabo en la Universidad de Basilea en 1993, que lo tuvo a él como profesor anfitrión,[4] tuvo a su cargo la ponencia de apertura *Freiheit und Gleichheit* (Libertad e igualdad), publicada posteriormente.[5]

En la Argentina son conocidas también sus tomas de posición firmemente contrarias a la vertiente de la Escuela de Armin KAUFMANN y sus discípulos, en la medida en que ésta sostenía que un concepto consecuente de la teoría final de la acción debía conducir inevitablemente a que *sólo el disvalor de acción* constituyera el ilícito; en este punto, STRATENWERTH coincidía con la posición contraria de su maestro, Hans WELZEL. Ya en su lección inaugural de 1962 en la Universidad de Basilea (Disvalor de acción y de resultado en el Derecho penal)[6], STRATENWERTH sostuvo que tanto el disvalor de acción como el disvalor de resultado eran componentes decisivos del ilícito y de la culpabilidad. Y tras la publicación de la disertación del discípulo de Armin KAUFMANN, Diethart ZIELINSKI,[7] en la que el autor sostenía que el disvalor de resultado no podía

[3] Destacado recientemente en un artículo publicado por Sedrik EICHKORN, "Strafrechtsprofessor Günter Stratenwerth 91-jährig gestorben" (El Profesor de Derecho Penal Günter Stratenwerth fallecido a los 91 años) en *SRF* (Schweizer Radio und Fernsehen/Radio y Televisión Suiza). Disponible en: http://www.srf.ch/news/regional/basel-baselland/strafrechtsprofessor-guenter-stratenwerth-91-jaehrig-gestorben [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015]. Esto señala también que en la opinión pública suiza no es "perturbador" que un jurista penal se declare comprometido por los derechos del imputado, acusado o condenado.

[4] Por razones fortuitas, a saber: que los autores de esta "nota a la memoria" eran en ese entonces huéspedes del *Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn*, dirigido en esa época por Günther JAKOBS, ellos fueron invitados a dichas jornadas.

[5] Presumiblemente en más de una edición, cf. STRATENWERTH, *Freiheit und Gleicheit*, *Ein Kapitel Rechtsphilosophie*, Berna, Stämpfli, 2007.

[6] STRATENWERTH, "Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (Revista suiza de Derecho penal), t. 79, 1963, pp. 234 ss. Existe traducción al castellano de Patricia ZIFFER, revisión de Marcelo SANCINETTI, "Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal", editado en el opúsculo: *Acción y resultado en Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, pp. 21-59; reeditado como *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pp. 19-54.

[7] STRATENWERTH, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff,* Berlín, Duncker & Humblot, 1973 (hay traducción al español de Marcelo SANCINETTI: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

integrar el concepto de ilícito, STRATENWERTH publicó en réplica, en el libro de homenaje a SCHAFFSTEIN, su ácida crítica: *De la relevancia del disvalor de resultado en el Derecho penal*.[8]

En noviembre de 2013, siendo ya profesor emérito desde 1994, Günter STRATENWERTH fue distinguido con el título de "doctor *honoris causa*" por la Universidad de Lucerna, con *Laudatio* a cargo de Felix BOMMER, Decano de la Facultad de Derecho de esa universidad.[9]

STRATENWERTH tuvo un discípulo de origen boliviano, doctorado en Basilea, posteriormente magistrado y profesor, Dr. René BLATTMANN BAUER, que participó, como el propio STRATENWERTH, en el proceso de reforma penal de Bolivia.

Günter STRATENWERTH tuvo tres hijos: Cristoph, Irene y Peter. Su esposa, al momento de su fallecimiento, era Ursina STRATENWERTH.

Patricia ZIFFER y Marcelo SANCINETTI rinden aquí un homenaje personal a la memoria de Günter STRATENWERTH, pues pudieron compartir su nobleza más de una vez en saludables e instructivas conversaciones, tanto a comienzo de los años '90, cuando se conocieron, estando él aún en actividad en la Universidad de Basel (1991), como en 2006 y 2007, compartiendo agradables momentos en su casa de la Selva Negra y en su casa de la ciudad de Basel, respectivamente.

[8] STRATENWERTH, "Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht", publ. en *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Gotinga, Schwartz, 1975, pp. 177 ss.; la versión española, traducción a cargo de Marcelo SANCINETTI, revisión de Patricia ZIFFER, se halla publicada en el opúsculo citado en nota 6, pp. 61/98, y pp. 55/89, respectivamente.

[9] Dicha *Laudatio* es accesible, si bien en idioma alemán, en la página *web*: https://www.unilu.ch/fileadmin/universitaet/unileitung/dokumente/dies_academicus/2013/Dies_2013_Stratenwerth_Laudatio_V2.pdf [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015]. Gran parte de los datos aportados en esta nota están extraídos de la citada *Laudatio* de Felix BOMMER.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Columnas

LOS CRÍMENES DE ESTADO, LA COMPLICIDAD CIVIL Y EL SISTEMA PUNITIVO

María Laura BÖHM*

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2015
Fecha de aprobación: 16 de noviembre de 2015

I. Introducción

Durante mucho tiempo consideré que avanzar en la investigación de complicidades civiles durante la época de la última dictadura argentina era expandir las mallas del sistema penal mucho más allá de lo que sus propios principios y de lo que las garantías constitucionales hacían aconsejable. Hace poco tiempo advertí que estaba muy equivocada.

En todo ese tiempo pensaba y actuaba movida por el espíritu minimalista y hasta abolicionista propio de la criminología crítica de la que soy deudora, y que aspira a reducir y no a ampliar las posibilidades de intervención del sistema penal. Una comprensión y aplicación integral de ese espíritu crítico y sus consecuencias es, sin embargo, el que precisamente exige ver el tema desde otra perspectiva.[1]

Esta perspectiva es la que quiero compartir en las próximas líneas.

* Abogada (UBA), Magister en Criminología (UNLZ, Bs. As.), *Diplom-Kriminologin* y *Doktorin der Philosophie* (espec. criminología) (ambos Univ. Hamburg), investigadora post-doctoral (beca Alexander von Humboldt, Georg-August-Universität Göttingen). Actualmente Profesora adjunta/DAAD, Departamento de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires). Contacto: marialaurabohm@derecho.uba.ar.

[1] Debo mencionar que hubo amigos co-responsables de esta evolución en mis ideas. No quiero comprometerlos con los desatinos que pueda contener esta breve nota de opinión (primera exploración y puesta a discusión de estas inquietudes), por eso prefiero dejarlos en el anonimato. Ustedes saben quiénes son, y les estoy profundamente agradecida por su iluminación, y especialmente por sus agotadoras insistencias e irreverencias intelectuales.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. Poder punitivo *sumiso* y poder punitivo *rebelde*

El avance del sistema punitivo que se pretende reducir es el del sistema punitivo que voy a llamar *sumiso*, si se me permite la expresión. Este sistema punitivo sumiso es la manifestación de un sistema legislativo, ejecutivo y judicial obediente a los mandatos del Estado de policía que actúa sobre y contra los derechos de muchos de sus ciudadanos; siervo y, hasta cierto punto, incluso brazo armado del poder soberano del que hablaba Michel FOUCAULT. Esa sumisión no quita responsabilidad a su actuación, ni mucho menos disminuye su violencia. Muy por el contrario, la aceptación sumisa de órdenes injustos y la participación activa en la perpetuación de esos órdenes, por un lado, y en la represión de los desaventajados, por otro, hacen de esa sumisión una actitud repudiable e imputable. En contraste, el poder punitivo del que se trata cuando se habla de investigación y eventual sanción de partícipes civiles en crímenes cometidos durante un régimen estatal de No-Derecho, es un sistema punitivo que podría llamarse *rebelde*. La intervención penal en el primer caso es sumisa a los vaivenes e intereses de un enorme aparato estatal, económico y político, selectivo desde su origen y obsecuente del orden establecido; es una intervención muchas veces no pensante[2] y complaciente a quienes ejercen el poder desde espacios privilegiados de los más variados ámbitos (políticos, económicos, culturales). En el segundo caso, en cambio, el sentido que se da a la intervención penal es de rebelión contra ese orden establecido, de subversión de prácticas largamente arraigadas de ejercicio selectivo y represor del sistema penal. Se trata de la reivindicación y recuperación del derecho a usar al discurso y al sistema jurídico realmente en favor de los derechos individuales y fundamentales. Podría decirse que es un sistema *rebelde* en el sentido de LOCKE, una rebelión contra el sistema judicial injusto, porque rechaza que ese sistema judicial (actor de la función jurisdiccional del Estado) proteja los intereses del Leviathan y no los de los ciudadanos; el sistema punitivo rebelde, así, se rebela contra un estado de cosas en el que silenciosamente se continúan lógicas y mecanismos de apañamiento institucional en favor de los órganos corporativizados del Estado, y de las estructuras y actores económicos que con y en él se desarrollan y florecen, perpetuando de alguna manera hoy crímenes cometidos en el pasado.

En el sistema punitivo *sumiso*, la finalidad subjetiva es el avance del poder estatal mediante el control social extremo y violento de sujetos y grupos seleccionados y vulnerabilizados. En el

[2] Esta expresión no es propia, como se sabe, sino que es tomada del uso que hace de la misma Raúl ZAFFARONI. Para profundizar en explicación y ejemplos a lo largo de la obra, puede consultarse ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sistema punitivo *rebelde*, la finalidad subjetiva es en cambio la reversión y recuperación de equilibrio luego de la pérdida extrema de derechos individuales y del ejercicio extremo y desbordado del poder punitivo estatal que tuvieron lugar por el ejercicio de la violencia en el orden de No-Derecho sistemático de la última dictadura militar.[3]

Dado que en el sistema punitivo *sumiso* la finalidad subjetiva es el avance del poder estatal, en este caso la función del derecho (penal) es ser dique de contención para disminuir las situaciones de avasallamiento de derechos individuales;[4] su función es pensar para reducir las posibilidades de violación de derechos de los individuos por parte del Estado. Aquí la pregunta que surge es: ¿cuál es la función del derecho (penal) respecto del sistema punitivo *rebelde*? Sin dudas, la función seguirá siendo la misma, pero subjetivamente, la orientación será otra. El derecho en este caso deberá establecer pautas que permitan en la forma más integral posible el restablecimiento del equilibrio; no será, por lo tanto, dique de contención del sistema punitivo rebelde, sino que deberá diseñar y brindar las herramientas para habilitar su actuación. La función del derecho es, aquí nuevamente, pensar para disminuir las posibilidades de violación de derechos de los individuos por parte del Estado, pero eso en este caso significa pensar para permitir que puedan ser debidamente investigados los crímenes cometidos por parte de actores estatales o la colaboración civil prestada a esos actores estatales, que conllevó violaciones de derechos de los individuos.

A su vez, cada investigación respecto de autores y cómplices de los crímenes y avasallamientos violentos de los derechos fundamentales, individuales y sociales, cometidos por los agentes y acólitos de aquel especial Leviathan que fue la dictadura cívico-militar, tiene en este reequilibrio por lo menos dos funciones: en lo intangible, reivindicar y recuperar dignidades, y en lo material, posibilitar resarcimientos y reparaciones.

Una última advertencia para calmar el mal sabor que podría dejar a los minimalistas y más aun a los abolicionistas la idea de ampliar las redes del poder punitivo: no hay contradicción entre abogar por la reducción del sistema penal *sumiso* y al mismo tiempo propiciar el fortalecimiento del sistema penal *rebelde*. Son cara y contracara de una misma preocupación. En ambos casos se

[3] Alessandro BARATTA explicaba que aunque manifiestamente un programa pudiera tener un objetivo, era posible distinguir a veces finalidades (subjetivas) divergentes. Véase BARATTA, "Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos", en *El Cotidiano, Revista de la Realidad Mexicana Actual*, Julio-Agosto 1998, pp. 1-24, aquí p. 1 ss.
[4] Para su consulta, esta idea puede profundizarse desarrollada a en ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 2.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

trata de exigir una actuación estatal respetuosa de los derechos individuales y sociales; una actuación que no avance ni como Estado juzgador, ni como Estado ejecutor, ni como Estado legislativo, violando derechos individuales.

Un viejo amigo, el brillante profesor de criminología de Hamburgo, Sebastian Scheerer, en un intercambio que tuvimos sobre estas ideas, se mostró un tanto preocupado porque aquí se volvía a plantear un incremento de posibilidades para el sistema penal. Su preocupación era, justamente, la que ya en la versión preliminar de este texto estaba planteada en este párrafo del texto principal. El que en la Revolución Francesa el ejercicio *rebelde* del poder para reestablecer la justicia había llevado a muchos a perder su cabeza en la guillotina fue solo uno de los ejemplos que mencionó, alertado, ante la idea de que yo estuviera proponiendo sistemas que generaran violencia. Su alerta fue también un alerta para mí, pero no por considerar errada la idea del sistema penal *rebelde*, sino porque advertí que el espíritu y funcionamiento de este sistema debían quedar suficientemente explicados, para no llevar a erradas interpretaciones. Sobre esto se volverá en próximos párrafos, solo adelanto aquí que si se piensa al sistema penal *rebelde* como forma restauradora de equilibrios y reductora de violaciones de derechos, la comprensión integral de esta idea implica que este Derecho penal *rebelde* bajo ningún concepto podría ser argüido para justificar violaciones de derechos. Investigar e imputar no implica violar derechos individuales. Los fines de esa imputación y de la eventual sanción, son los que orientarán el funcionamiento del sistema penal *rebelde*. Y como se verá, la propuesta que aquí realizo en ese sentido está en el extremo opuesto de cualquier tipo de guillotina.

La rebelión del derecho contra sus formalismos, funcionales al poder estatal selectivo y violento, no es por lo tanto un mal uso del derecho, como se pretende hacer pensar a veces, sino la recuperación y reasignación de un genuino y legítimo sentido de justicia en el marco del aparato jurisdiccional estatal.[5]

[5] La referencia a la fórmula de RADBRUCH, en este contexto, es casi insoslayable. El jurista sostenía que si el derecho positivo tenía un contenido injusto, aunque fuera acorde con la ley, en esta tensión debía ceder la ley positiva ante la justicia, de modo de brindar una solución de justicia material. Esta idea está originalmente publicada en RADBRUCH, "Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht", en *Süddeutsche Juristenzeitung,* vol. 1, 1946, pp. 105-108.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. Investigar la complicidad civil: ¿para qué?

¿Cuál es el sentido de "hurgar" en el "pasado"? ¿Con qué finalidad "involucrar" a ciudadanos "decentes", socialmente "productivos" y "parte tradicional" de la sociedad en los hechos cometidos hace tanto tiempo, por manos militares y durante un régimen de No-Derecho ya "tan superado" en nuestro país?

Esta es una cita ficticia de una pregunta que está en el aire como una de las más frecuentes planteadas ante las propuestas de investigación y juzgamiento de la complicidad civil. Propongo pensar la pregunta con seriedad, abstrayéndola de los peculiares presupuestos de los que muchas veces se parte (por ejemplo la decencia, productividad y tradicionalidad de los sujetos que podrían ser investigados), colocados aquí entrecomillados y solo como ejemplos de muchos de los términos utilizados por quienes formulan estas preguntas y que serían motivo de un largo comentario aparte.

La investigación tiene por objetivo el juzgamiento por parte de órganos del ámbito penal, y el juzgamiento, por supuesto, acarrea la eventual imposición de una sanción penal. La pregunta breve y llana es entonces: ¿para qué esa pena en estos casos?

Ninguna de las teorías de la pena tradicionales (esas explicaciones tan recurrentes como insatisfactorias en el marco del sistema penal sumiso) parece dar una respuesta suficiente.

Ni la prevención especial positiva, aquella prevención dirigida al sujeto sancionado para "resocializarlo", ni la prevención especial negativa, que tiene por objetivo hacer de un sujeto "peligroso" un sujeto "inofensivo", parecen tener sentido cuando se trata de sancionar a individuos en muchos casos octogenarios, que si bien pueden estar aún en uso de sus facultades mentales e incluso continuar en el ejercicio de posiciones de decisión en sus actividades, muchas veces no se encuentran en condiciones vitales (ni físicas ni sociales) que hagan temer una fácil reiteración de las conductas realizadas. La prevención general, dirigida a la sociedad en su conjunto, ya sea para fomentar el cumplimiento de la norma, o para generar el temor a la sanción que podría esperarse en caso de incumplir con tal norma, tampoco parece tener fundamento suficiente. El desarrollo democrático e institucional del país en las últimas cuatro décadas coloca en un contexto nuevo la valoración de estos hechos, por lo que no es trasladable a la sociedad actual la idea de prevención mediante la sanción de actores civiles. El espacio de validez de esta finalidad de la pena queda desde mi punto de vista excesivamente reducido como para justificar su imposición. La mera

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

retribución, es decir, el castigo por el castigo mismo, por el simple hecho de infligir dolor a quien causó dolor, está prohibido explícitamente respecto de la cárcel en el artículo 18 de la Constitución Nacional, por lo que no puede tomarse como fundamento, tampoco para penas distintas a la privación de libertad en una institución carcelaria.

Todo esto daría por cerrada la discusión si se tratase del juzgamiento de delitos ordinarios. Aquí se trata, en cambio, de actos a veces aparentemente neutros pero vinculados directa o indirectamente con crímenes internacionales. Se trata de investigaciones llevadas adelante en el ámbito de actuación del sistema punitivo rebelde. Este sistema punitivo entiende de necesidades políticas[6] y de la subversión de órdenes formales estériles que se vuelven en contra de los derechos que supuestamente deberían proteger.[7] Recordemos y ampliemos la idea: este sistema punitivo rebelde aspira a recomponer estados de equilibro allí donde el régimen de No-Derecho generó estados de desequilibrio estructural. Este fin es distinto al fin del sistema punitivo sumiso. Los fines que se asignen a las penas eventualmente impuestas a los actores civiles colaboradores de los crímenes del régimen dictatorial, por lo tanto, también deben ser pensados en forma diversa.

Entiendo que los fines de la pena del sistema punitivo rebelde son por lo menos tres, no excluyentes, sino acumulativos: visibilización, dignificación y restauración. Con esta enumeración no aspiro a decir nada novedoso, sino que procuro al menos (tal vez para mí misma) ordenarlos y explicitarlos:

Mediante el juzgamiento de la intervención civil en los crímenes de la dictadura, se aspira a la *visibilización* del amplísimo ámbito y número de víctimas, directas e indirectas. Durante el régimen de No-Derecho no solamente se produjeron muertes, desapariciones, torturas y

[6] En un trabajo reciente publicado en Barcelona, se discute la necesidad de ampliar categorías y de comprometer al orden jurídico con soluciones de índole política. Para tratar estas ideas en particular, recomiendo especialmente el texto allí publicado de Luigi FERRAJOLI ("Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea", pp. 81-96), y la conversación que sostienen BERGALLI, ZAFFARONI y MORRISON, con la guía de Iñaki RIVERA BEIRAS ("Diálogos sobre criminología, genocidio y daño social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli", pp. 207-222), ambos en: RIVERA BEIRAS (coord.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014.

[7] Que los penalistas y los criminólogos deben prestar atención e incluso animarse a saltar barreras para poder avanzar en la investigación (entendida ahora en sentido amplio) de los sistemas de macrocriminalidad, fue puesto de manifiesto en una clara admonición del catedrático español Juan Carlos CARBONELL MATEU, en el último seminario del Instituto Brasilero de Ciencias Criminales (IBCCRIM), que tuvo lugar en la ciudad de São Paulo el pasado agosto de 2015: "Cuando se hace más importante discutir el lugar del dolo que las atrocidades cometidas por regímenes dictatoriales, se está siendo cómplice." (Conferencia: La crisis del garantismo penal, día 25 de agosto).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

encierros ilegales fundamentalmente a cargo del aparato estatal represor. El juzgamiento de la complicidad civil tiene por finalidad hacer visibles y audibles a víctimas y familiares de víctimas en casos en que la intervención civil colaboró con esos crímenes en forma directa, pero también tiene por objetivo hacer visibles y audibles a las víctimas de extorsiones, de despidos, de amenazas, por mencionar solo algunas de estas formas.[8] La finalidad de las investigaciones y eventuales sanciones está puesta por lo tanto también en la visibilización de las relaciones existentes en los diversos ámbitos de la sociedad civil, como soporte ineludible de la dictadura y sus crímenes, por ejemplo mediante el silencio y la indiferencia judicial, o tal vez mediante el provecho económico de actores empresariales o financieros, por mencionar solo algunos supuestos. En muchos casos, esa actuación invisible y silenciosa ha facilitado la continuidad de la actividad de estos mismos actores luego del periodo dictatorial, de modo que las instituciones democráticas, lejos de verse libradas de dependencias e intereses espurios, perpetúan y construyen sobre esos beneficios emanados de actividades económicas violentas.[9]

La visibilización, necesariamente, conlleva la *dignificación* de las víctimas, de sus allegados, y de la sociedad en su conjunto. Se trata de la recuperación de figura y voz, mediante la identificación de los hechos y los sujetos que generaron estas formas menos estudiadas de victimización. No se trata entonces del castigo por el castigo en sí, sino de la recuperación de esa parte de la historia todavía no relatada.[10] Si la sanción penal está cargada de simbolismo en el orden sumiso, mucho más simbolismo puede adquirir en el ámbito del sistema punitivo rebelde. Y

[8] Debo mencionar la obra compilada por Horacio VERBITSKY y Juan Pablo BOHOSLAVSKY como material de investigación y consulta obligada sobre este punto, ya que reúne trabajos que describen relaciones entre actores económicos, políticos, militares y civiles, durante la última dictadura militar, en distintos niveles de análisis: del ámbito laboral, del ámbito penal, del ámbito empresarial, etc. Se trata sin duda de un punto de partida para quien quiera comprender la complejidad e implicaciones de la complicidad civil de la que estoy tratando: VERBITSKY/BOHOSLAVSKY (coords.), *Cuentas pendientes – Los cómplices económicos de la dictadura*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

[9] Véanse como ejemplos de estas ideas los trabajos de Vincenzo RUGGIERO sobre economías sucias ("dirty economies"): RUGGIERO, "Criminals and service providers: Cross-national dirty economies", en *Crime, Law & Social Change,* vol. 28, 1997, pp. 27-38; "It's the Economy, Stupid! Classifying Power Crime", en *International Journal of the Sociology of Law* 2007, vol. 24, n.º 4, pp. 163-177; así como de Hans-Jörg ALBRECHT, sobre economía de la violencia ("Gewaltökonomien"): "Internationale Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts", en *Internationale Politik und Gesellschaft*, vol. 2, 2007, pp. 153-169.

[10] Esta idea se ve magistralmente explicada e ilustrada en la película *Laberinto de Mentiras* (original: *Im Labyrinth des Schweigens*, Alemania, 2014, director: Giulio RICCIARELLI), en la cual un joven fiscal alemán en 1958 se propone investigar qué fue y qué sucedió en Auschwitz, y se enfrenta con el silencio, la reprobación y la burla de sus colegas, que ven en sus esfuerzos un circo lejano a cualquier idea seria del derecho, ya que pasado tanto tiempo no llegan a comprender y rechazan expresamente la necesidad de la intervención penal. La finalidad de la investigación, como queda explícitamente dicho, no era la imposición de una pena, sino la visibilización del sufrimiento y la devolución de la dignidad a las víctimas y sus familiares.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

es importante destacar que el simbolismo de la pena no debe entenderse como irrealidad o inutilidad. Mientras que en el ámbito del poder punitivo sumiso ese simbolismo del poder punitivo estatal represor se hace carne por ejemplo en golpizas y humillaciones penitenciarias, en el ámbito del poder punitivo rebelde el simbolismo se corporiza en víctimas que recuperan su perdida dignidad laboral, en empresarios confrontados con que la situación económica de su actividad, beneficiada por la conexión con el régimen dictatorial, puede acarrear un concreto desprestigio empresarial, es decir, que el darle voz a una víctima le quita a su propia persona el monopolio de la voz audible del que hasta ahora gozaba.

A estas dos finalidades, como he llamado, primordialmente intangibles, se suma la finalidad de resultado tangible y material de la *restauración*, en igual nivel de importancia que las anteriores. Utilizo aquí el término restauración en un sentido amplio, para abarcar tanto la indemnización concreta a víctimas y allegados como la estimación y recuperación de valores y activos obtenidos mediante la actividad cómplice, y su utilización en obras de reparación simbólica, como pueden ser las instalaciones de placas y esculturas recordatorias, o la construcción de espacios de estudio y memoria (museos, bibliotecas, etc.) en distintos puntos del país. Se trata de la restauración del daño económico concreto, y del daño social y cultural causado.[11] En este sentido, sí, puede decirse que la prevención general negativa sería un fin también implicado: debe quedar claro que no es redituable hacer negocios o colaborar de alguna forma con regímenes violatorios de derechos fundamentales.[12]

Si estos son los fines, la pregunta obligada es si la pena de prisión debería ser la pena principal a ser considerada por los jueces intervinientes. No parece tener mucho sentido, debo reconocer. Por el momento, sin embargo, aunque la racionalidad y la intención subjetiva de estos procesos del sistema punitivo rebelde sean distintas de las del sistema punitivo sumiso, la realidad es que no hay muchas alternativas a la pena de prisión. Sí se pueden explorar y explotar, no obstante, esas mínimas alternativas que están disponibles. Solo debe observarse, en caso de recurrirse a tales medidas, que la triple finalidad recién explicada quede suficientemente satisfecha. La

[11] Para una lectura panorámica y detallada a la vez sobre la justicia basada en la idea de la reparación véase el trabajo de Pablo GALAÍN PALERMO: *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay/Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

[12] Sobre la cooperación Estado-corporaciones, y las dificultades en la investigación de este vínculo respecto de crímenes internacionales, véanse los trabajos de Wim HUISMAN: "Corporations and International Crimes", en SMEULERS/HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Antwerpen [*et al.*], Intersentia, 2008, pp. 181-211; *Business as Usual? Corporate Involvement in International Crimes*, La Haya, Eleven International Publishing, 2010.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

visibilización, dignificación y la restauración del daño respecto de víctimas individuales y colectivas deben ser la prioridad, ya sea que se trate de la imposición de una pena de prisión, o que se recurra a una forma alternativa a ella.

IV. Discusión

Si se acepta la idea aquí propuesta de que la actuación judicial que avanza en el juzgamiento de cómplices civiles de la dictadura es de por sí rebelde (recordemos: se vuelve contra un poder punitivo formalista, se niega a aplicar selectivamente su poder solo contra los sujetos vulnerables y se propone juzgar a sujetos no vulnerables que colaboraron con los crímenes de un poder soberano salido exageradamente de las ataduras que el derecho le imponía), puede aceptarse que este sistema judicial rebelde recurra a todos los instrumentos que considere aplicables y útiles para la consecución de sus fines. El límite a su actuación estará únicamente dado por principios como el de proporcionalidad o el de culpabilidad, propios de Estados de Derecho regidos con sistemas democráticos de gobierno. Sin lugar a dudas, aquella *rebeldía* viene a reforzar el espíritu que los impregna.

En este sentido, debe resaltarse que entre los posibles instrumentos aplicables no se cuentan solo el código penal y el código procesal penal. Se cuentan (incluso, en primer lugar) también la Constitución Nacional, y la Convención Americana de Derechos Humanos, de igual rango constitucional. Se cuentan también instrumentos internacionales con la consiguiente doctrina y jurisprudencia que dan orientación sobre su interpretación. Este plexo normativo, discursivo y de experiencias, sin lugar a dudas, puede dar inspiración bastante a los jueces actuantes. En muchos casos, estas investigaciones están en curso. En muchos otros, empiezan a sentarse las bases para que puedan llevarse adelante. El pensamiento creativo de un sistema punitivo *rebelde* está llamado a su juego. Estas ideas pretenden hacer su aporte en esa dirección.

V. Bibliografía

ALBRECHT, Hans-Jörg, "Internationale Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts", en *Internationale Politik und Gesellschaft*, vol. 2, 2007, pp. 153-169.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

BARATTA, Alessandro, "Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos", en *El Cotidiano, Revista de la Realidad Mexicana Actual*, Julio-Agosto 1998, pp. 1-24.

FERRAJOLI, Luigi, "Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea", en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014, pp. 81-96.

GALAÍN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay/Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

HUISMAN, Wim "Corporations and International Crimes", en SMEULERS, Alette/HAVEMAN, Roelof (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Antwerpen [*et al.*], Intersentia, 2008, pp. 181-211.

— *Business as Usual? Corporate Involvement in International Crimes*, La Haya, Eleven International Publishing, 2010.

RADBRUCH, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht", en *Süddeutsche Juristenzeitung,* vol. 1, 1946, pp. 105-108.

RIVERA BEIRAS, Iñaki, "Diálogos sobre criminología, genocidio y daño social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli", en *ídem* (coord.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014, pp. 207-222.

RUGGIERO, Vincenzo, "Criminals and service providers: Cross-national dirty economies", en *Crime, Law & Social Change,* vol. 28, 1997, pp. 27-38.

— "It's the Economy, Stupid! Classifying Power Crime", en *International Journal of the Sociology of Law* 2007, vol. 24, n.º 4, pp. 163-177.

VERBITSKY, Horacio/BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (coords.), *Cuentas pendientes – Los cómplices económicos de la dictadura*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL: APRENDIZAJE DE LA REALIDAD

Luis Gabriel MORENO OCAMPO*

Fecha de recepción: 3 de junio de 2015
Fecha de aprobación: 28 de septiembre de 2015

I. Introducción

En setenta años, la justicia penal internacional ha dejado de ser una utopía para convertirse en una realidad. El Estatuto de Roma estableció una red de justicia penal supranacional que, aun sin el liderazgo de Estados Unidos, se ha convertido en una sólida institución del Derecho internacional. Dentro de este marco, este artículo sugiere que Estados Unidos debería reconsiderar su decisión, adoptada tras los ataques del 11 de septiembre, de utilizar tácticas militares para combatir el terrorismo y que podría, sin adherir al Estatuto de Roma, tomar ventaja de este desarrollo independiente respetando al mismo tiempo su propia soberanía.

Muchos académicos estadounidenses consideran que aplicar el derecho internacional es "anómalo" o "contraproducente". David BOSCO, por ejemplo, realizó la primera descripción integral de las actividades regladas por el Estatuto de Roma durante sus primeros años de existencia, en la que dio por sentado que resultaba poco probable que las "grandes potencias" empoderaran o apoyaran materialmente "una institución sin precedentes y designada de forma anómala".[1] En sentido similar, Stephen KRASNER consideró que sólo los Estados poderosos podrían organizar el mundo: "Realistas de todo tipo coinciden en que la visión tradicional del Derecho internacional sostenida por numerosos juristas no solamente ignora o confunde poderes e intereses, sino que puede resultar desestabilizadora y contraproducente (…). El Derecho puede

* Abogado (UBA). Profesor invitado (Harvard Law School). Ex Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) y fiscal adjunto ante la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal en el Juicio a las Juntas de 1985. Traducción del borrador original en inglés a cargo de Antonella DONNES. Revisado por Leandro DIAS y por el autor. Contacto: Luis_Moreno_Ocampo@hks.harvard.edu.

[1] BOSCO, *Rough Justice, the International Criminal Court in a World of Power Politics*, Oxford, University Press, 2014, p. 17.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ser importante para los realistas, pero sólo en la medida en que ayuda a construir un equilibrio de auto-cumplimiento a través del cual se reflejan las preferencias de los poderosos".[2]

Steven PINKER manifestó su sorpresa ante tal razonamiento: "De acuerdo con una influyente teoría, tendenciosamente denominada 'realismo', la ausencia de un gobierno mundial relega a las naciones a un permanente estado de anarquía hobbesiana. Ello significa que los líderes deben actuar como psicópatas y considerar únicamente el propio interés nacional".[3] PINKER también reconoció que "las personas son animales racionales interesados en sí mismos", pero que están "guiados por intuiciones morales sostenidas por emociones, normas y tabúes" y asimismo "animales cognitivos que producen creencias y las utilizan para guiar sus acciones".[4] En un artículo escrito en el año 2003, GOLDSMITH y KRASNER reconocieron que los pueblos y sus naciones están motivados por valores normativos y aspiraciones.[5] No obstante, argumentaron que los Estados poderosos pueden tomar decisiones responsables basadas en "la distribución del poder, los intereses nacionales y las consecuencias de sus políticas".[6] Ellos calificaron a la Corte Penal Internacional como "el viejo sueño" de los idealistas internacionales y concluyeron que los jueces internacionales no respetarían los límites jurídicos (por lo que sólo podría esperarse que la jurisdicción de la Corte se expandiera) y que este tribunal "en lugar de aliviar puede empeorar las catástrofes de derechos humanos".[7]

Doce años más tarde, cuando parecería que se ha perdido el monopolio del "gran poder" de tomar decisiones, muchos académicos norteamericanos todavía rechazan el valor del Derecho para coordinar actores internacionales. Así, en el año 2014, BOSCO revisó once años de actividad de la Corte y descubrió el resultado opuesto al anunciado por GOLDSMITH y KRASNER: el Fiscal y otros funcionarios de la Corte no han tratado de ampliar la jurisdicción de la Corte y reconoció, además, que "existe amplia evidencia de que el Fiscal está dispuesto a rechazar presiones por parte de los Estados poderosos".[8] Pero sus hallazgos no modificaron sus conclusiones "realistas": "La evidencia de la primera década de la Corte no modifica la (más) amplia visión respecto de que las organizaciones internacionales a menudo sirven como vehículos para la influencia de las grandes

[2] KRASNER, "Realist Views of International Law", en *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 96, 2002, pp. 265-268.
[3] PINKER, *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*, Nueva York, Viking Penguin, 2011, p. 291.
[4] Ídem, pp. 290-291.
[5] GOLDSMITH/KRASNER, "The Limits of Idealism" *Daedalus*, vol. 132, 2003, p.47
[6] Ídem, p. 48.
[7] Ibídem.
[8] BOSCO, *supra* nota 1, p. 187.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

potencias".[9] El realismo, por lo tanto, no está consiguiendo diseñar una política estadounidense que incluya una relación respetuosa con las nuevas instituciones legales independientes.

Por esta razón, en el presente artículo invito a los expertos de Estados Unidos a participar de un diálogo interdisciplinario y a desarrollar, en mayor medida, una "gran estrategia" estadounidense sobre la paz y la seguridad internacional que reconozca nuevas realidades y armonice los intereses estadounidenses con otros valores. A tal fin, presentaré una visión general de cuatro fases principales de la justicia penal internacional y demostraré:

a. Cómo se arribó a un consenso sobre algunas normas internacionales bajo el liderazgo de los Estados Unidos;
b. Cómo la creación de tribunales *ad hoc* consolidó las nuevas normas internacionales y estableció el concepto de fiscales y jueces internacionales;
c. Cómo pequeñas y medianas potencias tomaron la iniciativa de crear una corte permanente e independiente; y
d. Cuáles han sido las oportunidades aprovechadas y perdidas durante los doce años de operaciones del Estatuto de Roma.

La utilización del Derecho internacional para gestionar conflictos no es una novedad. Jenny MARTINEZ describió cómo, durante el Siglo XIX, un movimiento olvidado promovido por los cuáqueros y liderado por el Reino Unido constituyó una "exitosa campaña internacional de derechos humanos, de la cual los tratados y tribunales internacionales fueron características centrales".[10] Así, MARTINEZ correctamente concluyó que "muchas teorías contemporáneas no están contemplando el potencial de una relación beneficiosa que se refuerce mutuamente entre el poder del Estado y el Derecho internacional".[11]

Este artículo se basa en esta propuesta y destaca dos contribuciones del Estatuto de Roma; en primer lugar, el compromiso asumido por los Estados que ratificaron el tratado de excluir la comisión de crímenes atroces de sus alternativas políticas; y, en segundo lugar, la posibilidad de utilizar la responsabilidad penal individual para prevenir crímenes y administrar conflictos. En ese sentido, el magistrado Robert JACKSON, quien fue Fiscal General de los Estados Unidos y juez de

[9] Ibídem.
[10] MARTINEZ, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, Oxford, University Press, 2012, p. 13.
[11] Ídem, p. 167.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la Corte Suprema de ese país, elocuentemente presentó este segundo aspecto en la apertura de los juicios de Núremberg:

"Este principio de responsabilidad personal es un principio necesario así como también lógico si el propósito del derecho internacional es prestar real ayuda para el mantenimiento de la paz [...](en el pasado) La única respuesta a la obstinación de un Estado recalcitrante era la impotencia o la guerra. Únicamente las sanciones que alcanzan a los individuos pueden ser pacífica y efectivamente aplicadas".[12]

Centrarse en la responsabilidad individual puede ser útil, no solamente para gestionar problemas clásicos entre Estados, sino también para abordar los conflictos asimétricos del siglo XXI. La absoluta hegemonía militar estadounidense actual reduce la probabilidad de confrontaciones mundiales entre Estados, pero la tecnología moderna está también incrementando el impacto del terrorismo global, los ataques cibernéticos, el crimen organizado y los conflictos mediados por terceros (*proxy conflicts*). Los fiscales y jueces de la Corte Penal Internacional son ahora actores consolidados en este escenario de relaciones internacionales. En lugar de tratar de controlarlos, los Estados Unidos deberían respetar su independencia a fin de beneficiarse de esta nueva institución.

II. Las raíces recientes de los valores normativos globales

Samuel MOYN destaca que la idea de que la dignidad de cada individuo gozará de protección internacional segura es reciente y contingente.[13] MOYN considera que esta agenda "promete penetrar la inexpugnabilidad de las fronteras de los Estados, remplazándolas lentamente por la autoridad del Derecho internacional".[14] Él aclara además que "ciertamente, los derechos existen desde hace tiempo, pero ellos fueron desde el comienzo parte de la autoridad del Estado, no invocados para trascenderlo (...)".[15] Sin embargo, no reconoce que la protección internacional se centra en un conjunto limitado de derechos humanos.

[12] JACKSON, *The Nürnberg Case*, Nueva York, Cooper Square Press, 1971, p. 88.
[13] MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Boston, Harvard University Press, 2010.
[14] Ídem, p. 1.
[15] Ídem, p. 3.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Además, Kathryn SIKKINK muestra que la distinción de MOYN entre protección nacional e internacional es difusa. Enfocándose en investigaciones de crímenes atroces, identificó una "cascada de justicia" que integra tres tipos de actividad judicial: internacional (tal es el caso de Núremberg), nacional (como en el caso de los juicios en Grecia, Portugal y Argentina) y extranjera (como el caso Pinochet).[16] La "cascada de justicia" constituye "una dramática e interrelacionada nueva tendencia en la política mundial de considerar a los funcionarios estatales individuales, incluyendo jefes de Estado, penalmente responsables por graves violaciones de los derechos humanos".[17] Ex jefes de Estado como Jorge VIDELA, Roberto VIOLA y Reynaldo BIGNONE en Argentina, Augusto PINOCHET en Chile, Slobodan MILOŠEVIĆ y Radovan KARADŽIĆ en Serbia, Omar AL-BASHIR en Sudán, Muammar GADDAFI en Libia, Laurent GBAGBO en Costa de Marfil, y muchos otros, son ejemplos de la tendencia identificada por SIKKINK.[18]

Finalmente, Michael HOWARD recuerda que el (concepto de) Estado Nacional con soberanía absoluta es también reciente y contingente.[19] Las organizaciones multilaterales fueron creadas para prevenir la "anarquía", incluyendo la OMC, la Unión Europea y, el más reciente desarrollo, el Estatuto de Roma: un sistema de justicia supranacional para contribuir a prevenir y manejar la violencia masiva.

El Estatuto de Roma es claramente parte de esta "cascada de justicia" arraigada en el pasado: la jurisdicción de la Corte Penal Internacional se basó en la Carta de Núremberg, y esta tomó como punto de partida lo aprendido con el Tratado de Versalles y utilizó el concepto de crímenes de guerra adoptado por las Convenciones de la Haya, el cual, a su vez, se basó en el Código de Lincoln durante la guerra civil Americana, que siguió una tradición estadounidense que se remonta a George Washington. Resulta previsible, entonces, que la justicia penal internacional por crímenes atroces seguirá siendo un factor relevante en el futuro y que los analistas del poder deberían tomar en consideración.

[16] SIKKINK, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, Nueva York, W.W. Norton & Company Inc., 2011.
[17] Ídem, p. 5.
[18] Sobre el tema, véase, en profundidad: LUTZ/REIGER (eds.) *Prosecuting Heads of State*, Cambridge, University Press, 2009.
[19] HOWARD, *The Invention of Peace*, New Haven, Yale University press, 2001.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1. Ganar poder a través del derecho

Fabian WITT demostró que durante la Guerra de Independencia de los Estados Unidos, los revolucionarios combinaron valores normativos y poder: "Las leyes de una guerra civilizada están contenidas en la Declaración de Independencia",[20] y el propósito "fue el de establecer la pertenencia de Estados Unidos al grupo de las naciones civilizadas".[21] Asimismo, "la ley de guerra aprobada por Lincoln en 1863 no fue meramente una restricción de las tácticas de la Unión". Fue una forma "de armar a los 200.000 soldados negros que ayudarían a terminar con la esclavitud de una vez por todas".[22] Los líderes políticos comprendieron el poder del derecho.

2. Del Código de Lincoln a las Convenciones de La Haya

Lo que comenzó como un proyecto estadounidense pronto cruzaría el Atlántico y se convertiría en un fenómeno mundial. El "Código de Lincoln" se convirtió en un modelo para una convención preparada por el Comité Internacional de la Cruz Roja en 1864.[23] En 1870, el ejército prusiano adoptó el código americano como propio y otras naciones europeas rápidamente lo siguieron. Louis MOYNIER,[24] un co-fundador del Comité Internacional de la Cruz Roja, exigió un tribunal internacional independiente para hacer cumplir dichas codificaciones en 1873. Para el año 1899, diplomáticos de veintiséis Estados habían convertido el código americano en el primer gran tratado sobre derecho de la guerra firmado en La Haya[25].

Después de la Guerra Ruso-Japonesa de 1905, la Convención de La Haya de 1907 fue adoptada por cuarenta y cuatro Estados y se lograron diez acuerdos que refinaban el Derecho de la guerra.[26] Durante su discurso de aceptación del Premio Nobel de la Paz en 1909, Theodore ROOSEVELT resumió el impacto de las Conferencias de La Haya y propuso establecer, a través de "los tribunales y conferencias de La Haya, una especie de federación mundial para la paz y la

[20] WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, Nueva York, Simon and Schuster, 2012, p.15
[21] Ídem, p. 17.
[22] Ídem, p. 4.
[23] GARDAM, *Non-combatant Immunity as a Norma of International Humanitarian Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1993, p. 16.
[24] MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne*, Ginebra, J. Cherbuliez, 1870, p.300
[25] Para más detalles sobre la Primera Conferencia de Paz de la Haya en 1899, véase: CARON, "War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference", en *American Journal of International Law*, vol. 94. 2000, pp. 4-30.
[26] MERON, *The Making of International Criminal Justice, a View from the Bench*, Oxford, University Press, 2011, p. 79.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

justicia internacional" apoyada por algún tipo de "poder de policía internacional competente y dispuesto a prevenir la violencia entre las naciones"[27].

3. El Tratado de Versalles y el moderno marco de justicia internacional

La Conferencia Preliminar de Paz de París y el subsiguiente Tratado de Versalles, liderados por el Presidente estadounidense WILSON, crearon el moderno marco para la justicia penal internacional:

(i) Establecieron un órgano de investigación,[28] análogo a las modernas Comisiones de Investigación de las Naciones Unidas, que recomendaron el enjuiciamiento de crímenes de guerra;[29]

(ii) Propusieron el establecimiento de un tribunal penal internacional para juzgar al Kaiser, el individuo considerado como el máximo responsable;

(iii) Implementaron un sistema similar al principio de complementariedad que fue mal aplicado.

El Tratado estableció el derecho de los Aliados de juzgar los crímenes de guerra[30] pero Alemania se negó a entregar a los novecientos sospechosos. Tras (varias) negociaciones, Alemania se comprometió a someter a proceso a un número de personas ante su tribunal en Leipzig. Los aliados decidieron que si la justicia alemana resultaba defectuosa, ellos habrían de reasumir su propia jurisdicción.[31] Sólo seis personas fueron finalmente condenadas, pero casi ninguna de ellas cumplió su condena en prisión.[32] Algunas décadas más tarde, el Fiscal de los juicios de Núremberg se referiría a esto como un fracaso.

[27] Nobelprize.org, "Theodore Roosevelt - Nobel Lecture: International Peace", fecha de consulta: 19 de mayo de 2015. Disponible en: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1906/roosevelt-lecture.html [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].

[28] ALFARO, "Report on the Question of International Criminal Jurisdiction", en *Yearbook of the Internataional Law Commission,* vol. II, documento A/CN.4/15, 3 de marzo de 1950.

[29] ROBERTSON, *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*, Londres, Allen Lane, 1999, p. 210.

[30] Tratado de Versalles, Artículo 228.

[31] FERENCZ, *An International Criminal Court, a Step toward World Peace: A Documentary History and Analysis Vol. 1*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 1980, p.33.

[32] MERON, *supra* nota 26, p. 82.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. El comienzo: tribunales penales internacionales *ad hoc*

Después de la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos lideró el diseño de un nuevo orden mundial que se apartaba del consenso requerido por la Liga de las Naciones y concentraba la verdadera autoridad en los cinco miembros permanente del Consejo de Seguridad de la ONU,[33] coincidiendo en su totalidad con la posición realista descripta por KRASNER. La Carta de la ONU no mencionó a la justicia internacional; por el contrario, estableció la obligación de cada Estado miembro de las Naciones Unidas de abstenerse "de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas".[34] La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada en 1948[35] y, durante los años siguientes, fueron firmados muchos tratados internacionales. Esto expuso un creciente consenso mundial sobre los derechos humanos, pero que —a excepción de algunos mecanismos regionales—, carecían de cumplimiento en el nivel internacional. El año 1945 también marcó el surgimiento de un nuevo concepto: justicia penal internacional por atrocidades masivas.

1) La creación del primer tribunal penal internacional *ad hoc*

Al final de la Segunda Guerra Mundial, el Presidente Franklin Delano ROOSEVELT utilizó la amenaza de las investigaciones penales para proteger al pueblo judío. Él personalmente instó al pueblo de Hungría a registrar las pruebas de las atrocidades Nazis y amenazó a aquellos que habían participado de crímenes contra judíos con la retribución de la posguerra.[36] En octubre de 1943 fue convocada una Comisión para la Investigación de Crímenes de Guerra y en agosto de 1945 fue adoptada la Carta de Núremberg. La jurisdicción personal y territorial del Tribunal fue cuidadosamente definida por las grandes potencias: "para el juicio y el castigo justo y oportuno de los principales criminales de guerra del Eje europeo".[37]

[33] MOYN, *supra* nota 13, 2010
[34] Artículo 2(4) de la Carta de la ONU.
[35] La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
[36] MARTON, *Wallenberg: the Incredible True Story of the Man who Saved Thousands of Jews*, Nueva York, Arcade Publishing, 1982, capítulo 3.
[37] Artículo 1, Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas para el Enjuiciamiento y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra del Eje Europeo (8 de agosto de 1945), Naciones Unidas, Treaty Series (UNTS), vol. 82 (1951), p. 279. El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La dinámica de la Guerra Fría amplió la brecha entre principios internacionales y operaciones nacionales. Tanto Estados Unidos como la Unión Soviética lideraron sus respectivos bandos, denunciaron crímenes cometidos por sus enemigos y encubrieron aquellos cometidos por sus amigos. En virtud del objetivo de balancear un gran poder, el mundo no estaba preparado para transformar a Núremberg en una institución perdurable.

2) La evolución del Consejo de Seguridad de la ONU tras el fin de la Guerra fría

Al final de la Guerra Fría, el Presidente George H.W. BUSH declaró: "[p]odemos ver un nuevo mundo que se perfila […]. Un mundo en donde la libertad y el respeto por los derechos humanos encuentran acogida entre las naciones".[38] El Ministro de Relaciones Exteriores soviético, Eduard SHEVARNADZE, estuvo de acuerdo y durante la discusión de la invasión de Kuwait manifestó: "El hecho de que hoy respondamos a estos desafíos de manera diferente a cómo lo hacíamos ayer es extremadamente importante. Damos prioridad al Derecho, a los actos basados en la Carta de las Naciones Unidas, en el Consejo de Seguridad y a los esfuerzos colectivos".[39]

Sin ningún tipo de modificación de la Carta de la ONU, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas modificó su práctica y, desde los ataques iraquíes contra los kurdos, ha considerado a los crímenes internos contra las minorías como una amenaza para la paz y la seguridad internacional.[40]

El 21 de enero de 1992, tras el bombardeo de Pan Am 103 sobre Lockerbie de 1988, el Consejo de Seguridad de la ONU discutió la necesidad de crear un tribunal penal internacional[41]. Se llegó a un acuerdo y dos sospechosos libios fueron juzgados en los Países Bajos ante jueces escoceses.

(IMTFE) fue creado para el "enjuiciamiento y castigo de los grandes criminales de guerra en el Lejano Oriente" después de la segunda guerra mundial; artículo 1, Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente; United States Treaties and Other International Acts (TIAS), n.º 1589.

[38] REISMAN, *The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-first Century: Constitutive Process and Individual Commitment*, La Haya, Hague Academy of International Law, 2012, p.165.

[39] BOSCO, *Five to Rule Them All: the UN Security Council and the Making of the Modern World*, Oxford, University Press, 2009, p. 162.

[40] Resolución n.º 688 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1991).

[41] Véase el debate de la Resolución n.º 731 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1992).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a) El Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia

A partir de 1991, se produjeron muchos esfuerzos internacionales y regionales para mediar en el conflicto de los Balcanes, pero todos los mecanismos tradicionales fracasaron. Tal como el entonces Secretario General de las Naciones Unidas Boutros-Ghali declaró, las partes en el conflicto "dan la bienvenida a la ONU, pero violan todos los acuerdos que la ONU les ayudó a concluir".[42] Durante el verano de 1992 circularon en los medios de todo el mundo imágenes de campos de concentración que evocaban el régimen nazi y que despertaron la promesa del "Nunca más".[43]

Siguiendo el camino abierto por el Tratado de Versalles, el Consejo estableció una Comisión de Expertos[44] que, bajo el liderazgo de CHERIF BASSIOUNI, recomendó la creación de un tribunal internacional. Los franceses tomaron la iniciativa y mediante Resolución 808 del Consejo de Seguridad de la ONU se estableció dicho tribunal. El Consejo limitó cuidadosamente las jurisdicciones territoriales y temporales del Tribunal para abordar únicamente las violaciones "cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1º de enero de 1991 y una fecha a determinar por el Consejo de Seguridad al restaurarse la paz".[45]

b) El Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Durante las primeras semanas del genocidio en Ruanda, el Consejo de Seguridad de la ONU emitió regularmente convocatorias a negociaciones políticas entre las partes, como si se tratase de un conflicto entre partes mutuamente obstinadas, en lugar de una campaña deliberada de exterminio.[46]

En junio de 1994, las fuerzas de Paul KAGAME tomaron el control del país. En consecuencia, el Consejo de Seguridad de la ONU estableció una Comisión de Expertos y, siguiendo un informe

[42] BOSCO, *supra* nota 39, p. 175.
[43] SCHEFFER, *All the Missing Souls: A Personal History of the War Crimes Tribunals*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2011, p. 15.
[44] Resolución n.º 780 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1992).
[45] Resolución n.º 808 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1993).
[46] BOSCO, *supra* nota 39, p. 195.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

preliminar[47] y actuando a petición del nuevo gobierno de Ruanda, creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) con un voto en disidencia: el de Ruanda.

El nuevo gobierno de Ruanda propuso que la jurisdicción rigiera desde el 1º de octubre de 1990 hasta el fin de la guerra, el 17 de julio de 1994, incluyendo, por lo tanto, los ataques previos contra los Tutsis y restringiendo la posibilidad de investigar las acciones del Frente Patriótico Ruandés contra los Hutus.

El Consejo de Seguridad no sólo limitó las competencias espaciales y temporales del Tribunal a los crímenes cometidos en Ruanda y en Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, sino que también restringió la competencia (personal) a autores del Estado de Ruanda, con exclusión de cualquier otra nacionalidad[48].

c) Los tribunales "mixtos"

Una serie de tribunales "mixtos" que combinan jueces y normas nacionales e internacionales fueron creados subsiguientemente en Timor Oriental, Sierra Leona, Camboya, Bosnia y Herzegovina y en el Líbano. Siguiendo la visión esbozada por KRASNER, las "grandes potencias" definieron en qué casos habría responsabilidad ante la justicia penal internacional.

IV. El liderazgo de pequeños y medianos Estados

En 1948, a pedido de la Asamblea General de la ONU, la Comisión de Derecho Internacional comenzó a trabajar para crear una Corte Penal Internacional. En el año 1993 las grandes potencias estuvieron de acuerdo en la creación de este tribunal y en colocarlo bajo el control del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Pero un grupo de Estados, conocidos como "afines", propuso un diseño anómalo que entró en conflicto con la posición de las grandes potencias: un tribunal independiente para coordinar a los Estados parte en pie de igualdad. Luego de la designación de Robin COOK como Ministro de

[47] Naciones Unidas, "Chapter V - Subsidiary Organs of the Security Council" en *Repertoire of the Security Council*, Supplement, 1993-9. Disponible en: http://www.un.org/en/sc/repertoire/93-95/93-95_05.pdf#page=5 [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].
[48] Véase Resolución n.º 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1994).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Relaciones Exteriores, el Reino Unido se unió al grupo de países afines, rompiendo las filas del P-5.[49]

Lloyd GRUBER observó que "los Estados poderosos pueden utilizar su 'poder de actuar en soledad' para presentarle a los Estados más débiles un *fait accompli* que los deja en peor situación de la que poseían en el *status quo*".[50] Pero lo que GRUBER no anticipó es que un grupo de Estados más débiles también puede hacer uso de su "poder de actuar en soledad" y presentarle a los Estados más fuertes un *fait accompli* propio. Un ejemplo de un grupo de Estados más débiles ejerciendo el "poder de actuar en soledad" se dio en 1997 con la Convención sobre la prohibición de minas antipersonales[51], que fue firmado por 122 Estados en contra de la voluntad de EE.UU., China y Rusia. Una situación similar se repitió al año siguiente con el Estatuto de Roma. En ambos casos, la votación por mayoría, en lugar del consenso, le impidió a las grandes potencias ejercer efectivamente un veto.

1. La Conferencia de Roma

La Conferencia de Roma comenzó en junio de 1998 con representantes de 160 Estados. El embajador Bill Richardson presentó la posición de Estados Unidos: "Debido a las responsabilidades jurídicas del Consejo de Seguridad para mantener la paz y la seguridad internacional, Estados Unidos considera que el Consejo debe desempeñar un papel importante en el trabajo de un tribunal permanente, incluyendo el mecanismo de activación del tribunal".[52] Sin embargo, el Estatuto de Roma, votado por 120 Estados, contradijo la propuesta de EE.UU. y autorizó al Fiscal y a los jueces a accionar independientemente la jurisdicción de la CPI en el territorio de los Estados parte. Estos Estados tomaron la decisión soberana de reducir su propia soberanía pero respetaron la de los otros Estados: la jurisdicción universal fue rechazada. El Estatuto también respetó las prerrogativas de las grandes potencias, reconociendo la capacidad del

[49] Al principio el grupo de "afines" era un grupo pequeño de Estados incluyendo los Escandinavos, Canadá, Australia, Países Bajos, Alemania, Argentina, Costa Rica y Grecia. Este grupo fue creciendo rápidamente (cf. LEONARD, *The Onset of Global Governance: International Relations Theory and the International Criminal Court*, Farnham, Ashgate Publishing, 2005, p. 92).
[50] GRUBER, *Ruling the World: Power politics and the rise of Supranational Institutions*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2000.
[51] Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (1997).
[52] Comunicado de Prensa USUN # 108 (98), 17 de junio de 1998.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Consejo de Seguridad de la ONU de remitir situaciones y la autoridad para suspender cualquier investigación de la CPI durante un año.

Los pequeños Estados continuaron ejerciendo su "poder de actuar en soledad" y, en sólo cuatro años, alcanzaron el umbral de ratificación de sesenta países. Ellos crearon una red formal de cooperación internacional horizontal y vertical[53] basada en la complementariedad y tomaron la decisión soberana de aceptar la intervención de una Corte Penal Internacional permanente e independiente, en caso de que no investigasen o enjuiciasen los delitos por sí mismos. Por primera vez en dos siglos, el Estado más poderoso no estaba liderando.

Pero una nueva gran estrategia estadounidense se estaba gestando: "en lugar de generar alianzas, el Vicepresidente Dick CHENEY y su equipo estaban desarrollando planes para actuar unilateralmente y evitar las instituciones internacionales".[54]

2. La reacción de Estados Unidos frente al Estatuto de Roma

Los ataques del 11 de septiembre en el año 2001 exacerbaron la oposición de los Estados Unidos frente a las organizaciones internacionales y desencadenaron una reacción militar contra el terrorismo. Durante décadas el gobierno norteamericano había visto oficialmente al terrorismo internacional como un problema judicial.[55] Pero la mañana del 11 de septiembre el Presidente Bush "decidió que el conflicto con el terrorismo islámico debía ser visto como una guerra".[56] En octubre de 2001, el senador Jesse HELMS introdujo la "Ley de Protección de los miembros del Servicio Americano", que prohibía la cooperación con la Corte Penal Internacional[57]. Asimismo, los Estados Unidos hicieron aun más activa la campaña en contra del Estatuto de Roma, por medio de presionar a los Estados de todo el mundo a firmar acuerdos bilaterales y adoptar resoluciones

[53] SLAUGHTER, *A New World Order*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2004, conceptualiza "un nuevo orden mundial" basado en una intrincada y tridimensional red de vínculos entre las instituciones de estados disgregados. El Estatuto de Roma es uno de los mejores ejemplos de dicho concepto

[54] Cf. LEMANN, "The Next World Order," *The Nueva Yorker*, vol. 1, 2002, pp. 42-48.

[55] GOLDSMITH. *The Terror Presidency: Law and Judgment inside the Bush administration*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 2007, p. 102.

[56] Ibídem.

[57] Véase la Ley de Protección de los Miembros del Servicio Americano, 22 U.S.C. § 7401 (2002), que ordenaba que Estados Unidos no podría (1) cooperar con el tribunal; (2) desempeñar un papel en las misiones de paz; (3) proporcionar ayuda estadounidense a los aliados a menos que ellos también firmaran acuerdos para proteger a las tropas estadounidenses en su territorio en caso de ser entregadas a la Corte; y autorizó al Presidente a tomar medidas para rescatar a los miembros del servicio americano en custodia de la Corte.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del Consejo de Seguridad de la ONU que proporcionaban inmunidad a los ciudadanos estadounidenses. El embajador John NEGROPONTE lo explicó muy claramente: "Nuestro gobierno fue fundado por los estadounidenses para proteger su libertad. La historia del Derecho estadounidense es en gran parte la historia de ese equilibrio entre el poder del gobierno y los derechos de las personas (…). No vamos a permitir que aquel equilibrio sea desbaratado por la imposición a nuestros ciudadanos de un sistema jurídico novedoso que no han aceptado ni aprobado nunca, y que el gobierno ha rechazado en forma explícita (…). Se puede confiar en el sistema de justicia de Estados Unidos para castigar delitos, incluyendo crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, cometidos por un ciudadano estadounidense; y nosotros nos comprometemos a hacerlo".[58]

V. El Estatuto de Roma en marcha

Entre marzo y junio de 2003, los jueces de la CPI y el Fiscal General asumieron sus funciones. Existían dudas acerca de la viabilidad del Estatuto de Roma en su totalidad. ¿Cómo podría funcionar un sistema liderado por agentes independientes de una organización internacional, que estaba integrado además por los Estados más débiles?

1. El Estatuto de Roma en relación con los Estados parte

De los setenta y ocho Estados que designaron al Fiscal General en 2003, ninguno de ellos se ha retirado. Por el contrario, cuarenta y cinco Estados adicionales han ratificado el Estatuto de Roma, lo que constituye el sesenta y tres por ciento de los miembros de la ONU. Desde entonces, los Estados parte han estado financiando las operaciones de la Corte, cooperando con las investigaciones, protegiendo testigos y ejecutando órdenes de arresto. La mayoría han ajustado sus estándares militares y han tenido éxito en la prevención de la comisión de delitos en su territorio. Colombia condujo cientos de investigaciones en cumplimiento de sus obligaciones frente al Estatuto de Roma y así evitó la intervención de la Corte. Cinco Estados parte han remitido sus propias situaciones a la Corte: Uganda, la República Democrática del Congo (RDC), la República Centroafricana (en dos ocasiones), Mali y Comoros.[59] Costa de Marfil y Palestina aceptaron la

[58] NEGROPONTE, *Remarks at Stakeout following U.N. Security Council Vote on Resolution 1422* (12 de Julio de 2002), fecha de consulta: 19 de mayo de 2015. Disponible en: http://2001-2009.state.gov/p/io/rls/rm/2002/11846.html [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].
[59] BOSCO, *supra* nota 1, p. 104.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

jurisdicción de la Corte y Kenia aceptó la decisión independiente de la Corte de abrir las investigaciones en su territorio. La Fiscalía llevó a cabo un examen preliminar en más de veinte conflictos en el territorio de los Estados parte. Se decidió no abrir investigaciones en Irak, Venezuela y Corea y se desestimó una petición previa de Palestina, por no cumplir con los pre-requisitos jurisdiccionales. Durante sus primeros doce años la Corte abrió investigaciones en ocho situaciones diferentes, acusó a treinta y seis personas (incluyendo tres jefes de estado), y concluyó sus primeros juicios.

2. La interacción entre el Consejo de Seguridad de la ONU y el Estatuto de Roma

Inesperadamente, el Consejo de Seguridad de la ONU pasó de una profunda desconfianza al apoyo de la CPI.

En diciembre de 2004, una Comisión de investigación de la ONU recomendó remitir los crímenes que estaban siendo cometidos en Darfur a la CPI; incluso un "realista" como Jack GOLDSMITH apoyó tal demanda.[60] Bajo el liderazgo de Francia, el Reino Unido y seis miembros del Consejo que eran también parte del Estatuto, así como también Rusia, Japón y Filipinas, el Consejo remitió la situación de Darfur a la CPI. Hubo compromisos de todas las partes: EE.UU. se abstuvo, debido a la inclusión de las salvaguardas impuestas por la Ley de protección de los miembros del Servicio Americano, que fueron aceptadas por los Estados parte del Estatuto de Roma (ausencia de fondos de la ONU, menciones de los acuerdos del artículo 98 del Estatuto de Roma e inmunidad para el personal de los Estados que no eran parte).[61] China, aislada, no ejerció su derecho de veto.

En 2011 el Consejo de Seguridad de la ONU remitió la situación de Libia a la CPI tan sólo nueve días después del comienzo de la revolución contra el régimen de Gaddafi y antes de que la Comisión de investigación de la ONU iniciara las investigaciones.[62] La resolución incluyó las mismas salvaguardas adoptadas en la situación de Darfur. Esto facilitó un consenso luego de sólo cuatro días de discusiones.

[60] GOLDSMITH, "Support War Crimes Trials for Darfur", en *Washington Post* (24 de enero de 2005). Disponible en: http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A31594-2005Jan23.html [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].
[61] La abstención de Brasil expresó su desacuerdo con las concesiones de Estados Unidos.
[62] Véase la Resolución n.º 1970 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2011).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Desde entonces, los conflictos en Siria y Ucrania han exacerbado la división entre Rusia y Estados Unidos, afectando la capacidad del Consejo de Seguridad de la ONU para alcanzar acuerdos entre grandes potencias. Esto fue ilustrado por el veto de Rusia y China respecto de la decisión de remitir la situación de Siria a la CPI.

VI. Integración de esfuerzos internacionales

A diferencia de cualquier otro tribunal, las decisiones de la CPI repercuten en los ciudadanos y en las instituciones de 123 Estados y también más allá. La "sombra" de la CPI podría tener un alcance global y podría prevenir la violencia, pero depende de los actores internacionales el aprovechar la oportunidad y de los académicos internacionales el presentarles las opciones. La ratificación del Estatuto de Roma es un compromiso para excluir la comisión de crímenes atroces del conjunto de acciones políticas aceptables. Los Estados que demuestran este compromiso quieren actuar bajo la "sombra" de la CPI. Colombia es un gran ejemplo del impacto de este compromiso, desde que desmovilizó miles de "paramilitares" y está en este momento negociando con las guerrillas y, al mismo tiempo, respetando sus obligaciones legales bajo el Estatuto de Roma. Del mismo modo, la decisión de Palestina de convertirse en parte del Estatuto de Roma no debe interpretarse como un asalto a Israel. La decisión de Palestina podría ser un compromiso y una invitación a poner fin a la comisión de cualquier nuevo delito, creando una oportunidad de utilizar el Estatuto de Roma para incrementar la seguridad de Palestina y de Israel. Una falta de comprensión de las implicancias de este movimiento y de las nuevas opciones que ofrece conspirará contra su éxito.[63]

Quienes median en los conflictos sólo están comenzando a desarrollar estrategias aptas para armonizar los límites jurídicos con sus tácticas de negociación para ponerles fin.

Los hechos demuestran que la intervención de la Corte en conflictos en curso como el de Uganda y Darfur, en lugar de interrumpir las negociaciones por la paz, las favoreció. En ambas situaciones, las negociaciones comenzaron luego de la solicitud de órdenes de arresto. Pero el resultado de tales negociaciones varió según la actitud de los dirigentes políticos y de los

[63] MORENO OCAMPO, "Palestine's Two Cards: A Commitment to Legality and an Invitation to Stop Crimes", en *Just Security* (12 de enero de 2015), fecha de consulta: 19 de mayo de 2015, disponible en: http://justsecurity.org/19046/palestines-cards-commitment-legality-invitation-stop-crimes/ [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

diplomáticos. En 2008, el propio Presidente Bush amenazó con vetar cualquier intento del Consejo de Seguridad de la ONU de detener el caso contra al-Bashir[64]. Su enviado especial, el embajador Richard Williamson, utilizó la amenaza de la acusación para desplegar la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur (UNAMID) e incrementar la asistencia humanitaria. Al mismo tiempo, el Presidente AL-BASHIR y sus seguidores acusaron a la Corte de ser una institución colonial. Así, lograron encubrir el genocidio cometido en Darfur con una narrativa sobre un supuesto sesgo antiafricano. MOYN y muchos otros académicos estadounidenses cayeron en esta trampa.[65] El Presidente Obama usó la orden de arresto como palanca en las negociaciones por la independencia de Sudán del Sur.

Existen muchos otros casos de esta índole para analizar, pero basta con remitir al estudio empírico realizado por Hyeran JO y Beth A. SIMMONS, quienes han demostrado "que la CPI puede disuadir a algunos gobiernos y a aquellos grupos rebeldes que buscan legitimidad".[66] Estados Unidos, sin embargo, ha tenido dificultades para moverse sistemáticamente bajo la "sombra de la Corte". En el año 2010, el Presidente Obama reconoció que "Estados Unidos aún carece de un marco político global y un correspondiente mecanismo interinstitucional para prevenir y responder a las atrocidades masivas y al genocidio, una responsabilidad que comparten todas las naciones".[67] Sin embargo, ni el gobierno de Estados Unidos ni la mayoría de los académicos estadounidenses propusieron revisar la decisión de utilizar estrategias militares para combatir el terrorismo y desatendieron el uso del Derecho internacional penal como una nueva forma de gestionar los conflictos. Por el contrario, cuando Siria estaba utilizando armas químicas contra la población civil, EE.UU. no apeló a "todas las naciones", sino que propuso bombardear selectivamente y desestimó la opción de la justicia. Apartándose de la práctica del Presidente Franklin ROOSEVELT, la embajadora Samantha POWER declaró: "¿Qué podría hacer realmente la Corte Penal Internacional, incluso si Rusia o China fueran a permitir una remisión? ¿Afectaría realmente un proceso legal interminable las consideraciones inmediatas de ASSAD y de aquellos

[64] China Signals It Will Not Introduce Resolution to Defer Bashir Indictment," *Sudan Tribune*, November 2008 (3 de noviembre de 2008). Disponible en: http://www.sudantribune.com/spip.php?page=imprimable&id_article=29137 [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].

[65] MOYN, *Human Rights and the Uses of History*, Londes/Nueva York, Verso, 2014.

[66] JO/SIMMONS, "Can the International Criminal Court Deter Atrocity?", 2014. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2552820 [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].

[67] Oficina de la Secretaría de Prensa, *Fact Sheet: President Obama Directs New Steps to Prevent Mass Atrocities and Impose Consequences on Serious Human Rights Violators*. Disponible en: http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/08/04/fact-sheet-president-obama-directs-new-steps-prevent-mass-atrocities-and [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que ordenaron los ataques de armas químicas?".[68] Un año más tarde, Estados Unidos estaba promoviendo el uso de fuerzas paramilitares en Siria, luego de buscar un acuerdo con ASSAD. Recientemente, Steven WALT afirmó que "el enfoque estadounidense hacia el Medio Oriente ha constituido una costosa serie de pasos en falso, razón por la cual algunos de nosotros hemos llamado a reconsiderar a fondo el enfoque de Estados Unidos en su totalidad".[69] Pero no propuso al Derecho internacional penal como parte de ese nuevo enfoque.

VII. Conclusión

La red de justicia creada por el Estatuto de Roma podría ser considerada "anómala" o "contraproducente", pero es parte de la realidad, no humanitarismo; no es utopía y no va a desaparecer. El análisis histórico anterior ilustra cómo las normas sustantivas del Estatuto de Roma se encuentran profundamente arraigadas en la tradición estadounidense y combina intereses y poder con valores normativos, según lo exigido por GOLDSMITH y KRASNER.[70] Su enfoque en los crímenes atroces se refiere a un conjunto particular y restringido de derechos, que lo distingue de otros mecanismos de abordaje de las violaciones de derechos humanos, que permanecen bajo la jurisdicción de los Estados nacionales y, eventualmente, bajo organizaciones regionales. Como tal, podría ser adoptada como una "segunda cultura" global: "[e]l orden mundial no puede ser alcanzado por ningún país actuando por sí solo. Para lograr un orden mundial genuino, sus componentes, manteniendo al mismo tiempo sus propios valores, necesitan adquirir una segunda cultura que sea global, estructural y jurídica —un concepto de orden que trasciende la perspectiva y los ideales de cualquier región o nación—".[71]

Durante los últimos veintitrés años, el Consejo de Seguridad de la ONU ha expresado esta "segunda cultura" al reconocer que los crímenes atroces de carácter nacional constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacional. El debate sobre los beneficios de tratar de controlar a la CPI es contraproducente, lo que impide una discusión más importante acerca de cómo construir un sistema jurídico internacional funcional para lidiar con el crimen organizado, el

[68] POWER, *Remarks by Ambassador Samantha Power, U.S. Permanent Representative to the United Nations, on Syria at the Center for American Progress, Washington D.C. (*6 de septiembre de 2013). Disponible en: http://usun.state.gov/remarks/5793 [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].
[69] WALT, "Just Say No" *Foreign Policy* (31 de marzo de 2015). Disponible en: http://foreignpolicy.com/2015/03/31/just-say-no-us-war-on-terror-yemen-iraq/ [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].
[70] GOLDSMITH/KRASNER, *supra* nota 5.
[71] Cf. KISSINGER, *World Order*, Nueva York, Penguin Press, 2014.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

terrorismo y los ataques cibernéticos. Algunas agencias de inteligencia comporten información con sus pares extranjeros, pero no están proporcionan evidencia a la policía o a los fiscales nacionales. La red creada por el Estatuto de Roma podría ser el comienzo de un nuevo y más eficiente sistema de mecanismos internacionales de aplicación de la ley, y la única manera de crear una opción válida para la guerra contra el terrorismo.

Recientemente, el Director de la CIA John Brennan advirtió al pueblo estadounidense que es de esperar que la guerra contra el terrorismo "continúe por milenios".[72] La advertencia del magistrado JACKSON arroja luz sobre las implicancias de esta guerra sin fin contra el terrorismo y sobre la necesidad de Estados Unidos de considerar formas alternativas de manejar los conflictos:

"Debería estar claro a esta altura que la libertad personal… es incompatible con un estado de militarización para una guerra. La consciencia del efecto de la guerra en nuestra ley fundamental debe hacer comprender a nuestra gente el carácter imperativo y práctico de nuestra lucha por un Estado de derecho entre las naciones".[73]

VIII. Bibliografía

ALFARO, Ricardo, "Report on the Question of International Criminal Jurisdiction", en *Yearbook of the Internataional Law Commission,* vol. II, 1950.

BOSCO, David, *Five to Rule Them All: the UN Security Council and the Making of the Modern World*, Oxford, University Press, 2009.

— *Rough Justice, the International Criminal Court in a World of Power Politics,* Oxford, University Press, 2014.

CARON, David, "War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference", en *American Journal of International Law*, vol. 94. 2000, pp. 4-30.

[72] ZENKO, "CIA Director: We're Winning the War on Terror, But It Will Never End", en *Council on Foreign Relations* (8 de abril de 2015). Disponible en: http://blogs.cfr.org/zenko/2015/04/08/cia-director-were-winning-the-war-on-terror-but-it-will-never-end/[Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].
[73] JACKSON, "The Rule of Law Among Nations", en *American Bar Association Journal*, vol. 31, n.º 6, 1945, pp. 290-294.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

FERENCZ, Benjamin, *An International Criminal Court, a Step toward World Peace: A Documentary History and Analysis*, vol. 1, Dobs Ferry, Oceana Publications, 1980.

GARDAM, Judith, *Non-combatant Immunity as a Norm of International Humanitarian Law,* Leiden, Martinus Nijhoff, 1993.

GOLDSMITH, James/KRASNER, Stephen, "The Limits of Idealism", en *Daedalus*, vol. 132, 2003, pp. 47-63.

GOLDSMITH, James, *The Terror Presidency: Law and Judgment inside the Bush administration*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 2007.

— "Support War Crimes Trials for Darfur", en *Washington Post* (24 de enero de 2005). Disponible en: http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A31594-2005Jan23.html [Enlace verificado el día 29 de noviembre de 2015]

GRUBER, Lloyd, *Ruling the World: Power politics and the rise of Supranational Institutions*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2000.

HOWARD, Michael, *The Invention of Peace,* New Haven, Yale University Press, 2001.

JACKSON, Robert, "The Rule of Law Among Nations", en *American Bar Association Journal*, vol. 31, n.º 6, 1945, pp. 290-294.

— *The Nürnberg Case*, Nueva York, Cooper Square Press, 1971.

JO, Hyeran/SIMMONS, Beth, "Can the International Criminal Court Deter Atrocity?", 2014, fecha de consulta: 19 de mayo de 2015. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2552820 [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].

KISSINGER, Henry, *World Order*, Nueva York, Penguin Press, 2014

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

KRASNER, Stephen, "Realist Views of International Law", en *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 96, 2002, pp. 265-268.

LEMANN, Nicholas, "The Next World Order", en *The Nueva Yorker*, vol. 1, 2002, pp. 42-48.

LEONARD, Eric, *The Onset of Global Governance: International Relations Theory and the International Criminal Court*, Farnham, Ashgate Publishing, 2005.

LUTZ, Ellen/REIGER, Caitlin (eds.) *Prosecuting Heads of State,* Cambridge, University Press, 2009.

MARTINEZ, Jenny, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, Oxford, University Press, 2012.

MARTON, Kati, *Wallenberg: the Incredible True Story of the Man who Saved Thousands of Jews*, Nueva York, Arcade Publishing, 2011.

MERON, Theodor, *The Making of International Criminal Justice, a View from the Bench*, Oxford, University Press, 2011.

MORENO OCAMPO, Luis Gabriel, "Palestine's Two Cards: A Commitment to Legality and an Invitation to Stop Crimes", en *Just Security* (12 de enero de 2015). Disponible en: http://justsecurity.org/19046/palestines-cards-commitment-legality-invitation-stop-crimes/ [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].

MOYN, Samuel, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Boston, Harvard University Press, 2010.

— *Human Rights and the Uses of History*, Londres/Nueva York, Verso, 2014.

MOYNIER, Louis, *From Solferino to Tsushima: History of the International Committee of the Red Cross* (traducción del inglés al francés a cargo de Pierre BOISSIER), Ginebra, Henry Dunant Institute, 1963.

NEGROPONTE, John, *Remarks at Stakeout following U.N. Security Council Vote on Resolution 1422* (12 de julio de 2002), fecha de consulta: 19 de mayo de 2015. Disponible en: http://2001-

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2009.state.gov/p/io/rls/rm/2002/11846.html [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].

PINKER, Steven, *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*, Viking Penguin, Nueva York, 2011.

POWER, Samantha, *Remarks by Ambassador Samantha Power, U.S. Permanent Representative to the United Nations, on Syria at the Center for American Progress, Washington D.C. (*6 de septiembre de 2013) Disponible en: http://usun.state.gov/remarks/5793 [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].

REISMAN, Michael, *The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-first Century: Constitutive Process and Individual Commitment*, La Haya, Hague Academy of International Law, 2012.

ROBERTSON, Geoffrey, *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*, Londres, Allen Lane, 1999.

SCHEFFER, Dadvid, *All the Missing Souls: A Personal History of the War Crimes Tribunals*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2011.

SIKKINK, Kathryn, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 2011.

SLAUGHTER, Anne-Marie, *A New World Order*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2004.

WALT, Stephen, "Just Say No", en *Foreign Policy* (31 de marzo de 2015). Disponible en: http://foreignpolicy.com/2015/03/31/just-say-no-us-war-on-terror-yemen-iraq/ [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].

WITT, John, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, Nueva York, Simon and Schuster, 2012.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ZENKO, Micah, "CIA Director: We're Winning the War on Terror, But It Will Never End", en *Council on Foreign Relations* (8 de abril de 2015). Disponible en: http://blogs.cfr.org/zenko/2015/04/08/cia-director-were-winning-the-war-on-terror-but-it-will-never-end/ [Enlace verificado el día 19 de noviembre de 2015].

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Artículos

RESERVA DE LEY, PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROCESO PENAL*

Gabriel PÉREZ BARBERÁ**

Fecha de recepción: 13 de octubre de 2015
Fecha de aprobación: 20 de octubre 2015

Resumen

En este trabajo se analiza cuál es el principio que gobierna el ámbito de las injerencias estatales en el marco del proceso penal. Con este propósito, se presentan el principio general de reserva de ley y el principio de legalidad propio del Derecho penal material. Luego, se evalúan las razones en las que se apoya la tesis que sostiene que en el Derecho procesal penal debe regir este último, para, finalmente, demostrar por qué existen mejores motivos para considerar, en cambio, que en el marco del proceso penal debe gobernar el principio general de reserva de ley.

Palabras clave: Reserva de ley – Principio de legalidad – Injerencias estatales – Derecho procesal penal – Derecho penal material – Proporcionalidad

Title: Legality, *Nullum Crimen Sine Lege* and Criminal Procedure

Abstract

This paper analyzes the question of what principle regulates the scope of state interferences in the Criminal Procedure. With this purpose in mind, the general principle of legality and the nullum crimen sine lege principle are presented. Then, the underlying rationale of the thesis that

* Pude llevar a cabo este trabajo —que forma parte de una investigación más extensa— gracias a una beca posdoctoral para científicos experimentados de la Fundación Alexander von Humboldt, a quien expreso aquí mi gratitud. Agradezco también a tres evaluadores anónimos sus sugerencias y observaciones.

** Profesor titular (catedrático) por concurso de Derecho penal en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesor de Derecho procesal penal profundizado en la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Contacto: gperezbarbera@gmail.com.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

stipulates that the nullum crimen sine lege should be applied in the Criminal Procedure is evaluated in order to, lastly, demonstrate why there are compelling reasons to consider that in the criminal process the principle of legality should prevail.

Keywords: Principle of legality – Nullum crimen sine lege – State interferences – Criminal Procedure – Criminal Law – Proportionality

Sumario

I. Introducción; II. El principio general de reserva de ley en Alemania; III. Explicación del *nullum crimen sine lege* conforme a un modelo constitucional; IV. El principio de legalidad del Derecho penal material como reserva de ley especial y su relación con el principio general de reserva de ley; 1. Ventajas del acercamiento dogmático entre ambas reservas de ley; a) Vinculación de la reserva de ley penal a los principios democrático y del Estado de derecho; b) Vinculación de la reserva de ley penal al mandato de proporcionalidad; c) Vinculación de la reserva de ley general al más robusto desarrollo teórico de la reserva de ley penal; 2. Resumen; V. ¿Vigencia del principio general de reserva de ley también en el Derecho penal?; VI. ¿Vigencia del principio de legalidad del Derecho penal material también en el Derecho procesal penal?; 1. Introducción; 2. El plano normativo: menor flexibilidad para las leyes penales materiales; 3. El plano fáctico: la jurisprudencia constitucional alemana respecto a la forma y contenido de las leyes restrictivas de derechos fundamentales; a) La prohibición de retroactividad contraindividual; b) El mandato de determinación; c) La prohibición de analogía contraindividual; d) El mandato de proporcionalidad; e) La prohibición del derecho consuetudinario o de la costumbre como fuente legislativa; f) Reflexión final; a) El origen histórico del principio de legalidad; b) La formulación literal del principio de legalidad penal en Alemania; c) La ratio legis del principio de legalidad penal; d) La supuesta imposibilidad de separación estricta entre Derecho penal material y Derecho procesal penal; VII. Conclusión

I. Introducción

En otro lugar me he ocupado de analizar si la actividad probatoria del Derecho procesal penal está sujeta (total o parcialmente) a alguna reserva de ley, esto es, a la existencia de ley previa y formal que expresamente la autorice en forma taxativa. La conclusión fue que dicha sujeción a ley previa es, en efecto, obligatoria —y por imperio constitucional— si la medida probatoria de que se trata importa una injerencia no bagatelaria en un derecho individual de carácter fundamental.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En esos términos interpreté la cláusula del art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), que exige precisamente autorización legal previa, formal y expresa para toda injerencia estatal que restrinja o afecte derechos fundamentales.[1]

El art. 30 de la CADH consagra, en efecto, una reserva de ley general, válida para todo el ordenamiento jurídico. Ahora bien, el Derecho penal material tiene, como es sabido, su reserva de ley específica: el principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), consagrado en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional argentina (en adelante CN) y en el art. 9 de la CADH, entre otros textos convencionales que en Argentina tienen jerarquía constitucional. Es sabido que este último principio goza no sólo de una notable reputación y tradición, sino que ha sido objeto de un examen dogmático muy riguroso, el cual, al menos en el ámbito hispanoparlante, es notoriamente más detallado que el que —en la dogmática constitucional— se le ha dedicado a aquella reserva de ley general (en Argentina, de hecho, la dogmática del principio general de reserva de ley es casi desconocida en el ámbito penal e incluso en el procesal penal). Seguramente ese ha sido un motivo para que, entre nosotros, algunos procesalistas hayan sostenido que la reserva de ley que rige en el Derecho procesal penal es la del Derecho penal material. Dicho de otro modo: que el *nullum crimen sine lege* rige también en el Derecho procesal penal.

Existen, sin embargo, considerables reparos a la idea de que el principio de legalidad del Derecho penal material rija también en el Derecho procesal penal. Y buenas razones para pensar que, si se insiste en esa tesis no obstante tales reparos, es porque por algún motivo se desconfía de la fuerza normativa que la reserva de ley general podría tener en un ámbito tan delicado como lo es el del proceso penal. En ese sentido, podría plantearse a modo de hipótesis que la tradición que rodea al *nullum crimen sine lege* es tan fuerte que parecería que, desde el Derecho procesal penal, se prefiere acudir a él para someter a determinadas injerencias estatales producidas en ese contexto a las exigencias de ley previa, cierta, estricta y escrita, aun cuando ello implique forzar los límites de la reserva de ley específica del Derecho penal material.

Es verdad que, en Argentina, esa es una propuesta todavía algo aislada. Pero en Alemania, pese al notable desarrollo dogmático del que —en el derecho constitucional— goza allí también el principio general de reserva de ley, existen algunas voces (minoritarias pero prestigiosas) que

[1] Cf. PÉREZ BARBERÁ, "A prova como informação e a 'autodeterminação informacional' como direito", en prensa, en AA.VV., *Ciência penal em perspectiva comparada: ensaios e reflexões*, Birigui, Boreal, 2015.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sostienen que la reserva de ley que rige en el Derecho procesal penal es la del Derecho penal material, y ofrecen en apoyo de ello razones interesantes. Es claro entonces, a mi modo de ver, que esta opinión —que considero equivocada— merece atención, y un examen minucioso. Rebatir esa tesis exige, en efecto, un esfuerzo crítico bastante más considerable que el que *prima facie* podría parecer suficiente a partir de la idea simple de que, en el Derecho procesal penal, no tiene por qué regir una reserva de ley *especial* (la del Derecho penal material) si hay una de carácter *general* que, precisamente en virtud de ese alcance amplio, la abarcaría sin mayores inconvenientes.

En lo que sigue describiré, desde la óptica que interesa a este trabajo, las características centrales tanto del principio general de reserva de ley (II) como de la reserva de ley especial del Derecho penal material o *nullum crimen, nulla poena sine lege* (III). Luego mostraré que, por razones metodológicas, es muy conveniente el acercamiento dogmático entre ambas reservas de ley (IV). Posteriormente argumentaré a favor de que la reserva de ley general pueda tener alguna aplicación en el Derecho penal material (V), y en contra de la tesis de que la reserva de ley penal pueda tener aplicación fuera del Derecho penal material (VI). Con respecto a esto último mostraré, en primer lugar, por qué puede decirse que, en principio, hay buenas razones para pensar que el *nullum crimen* rija también en el Derecho procesal penal, es decir: por qué esta tesis es seria y merece atención (VI.1). Pero, en segundo lugar, procuraré demostrar por qué, no obstante, hay mejores razones que muestran que, en rigor, la reserva de ley que rige en el Derecho procesal penal es la general (art. 30 CADH, art. 20.III de la Constitución alemana [CA]) y no la especial del Derecho penal material (VI. 2, 3). La argumentación tendrá como base al derecho positivo alemán y a la doctrina y jurisprudencia de ese país, porque allí es donde este problema ha sido abordado con particular detalle. Sus resultados, sin embargo —y como se verá— son enteramente aplicables a los derechos positivos de nuestra región.

II. El principio general de reserva de ley en Alemania

En Alemania, la formulación clásica del principio general de reserva de ley reza: la injerencia estatal *en la libertad o en la propiedad* de los ciudadanos debe estar expresamente autorizada por ley.[2] "Reserva de ley" (*Vorbehalt des Gesetzes, Gesetzesvorbehalt*)[3] significa fundamentalmente que "la

[2] Cf. KLOEPFER, "Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel", en *JZ*, 1984, pp. 685 ss.; HUSTER/RUX, "Art. 20", en *GG-Epping/Hillgruber*, Múnich, C.H. Beck, 2009, n.º m. 159; KREBS, "Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes", en *Jura*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1979, pp. 304 ss.; GRZESZICK, "Art. 20, VI: Die

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

administración, en determinadas constelaciones, sólo puede actuar a partir de una fundamentación que tenga por base una ley".[4] Se lo denomina principio "*general*" de reserva de ley porque se diferencia, precisamente por su mayor generalidad, de otras reservas de ley específicas, como las reservas de ley especiales para los derechos fundamentales[5] y la reserva de ley especial del Derecho penal material.[6] Su desarrollo central —en Alemania— ha tenido lugar dentro del ámbito del derecho constitucional y, también, en el del derecho administrativo. Con este principio general, al menos en relación con algunos temas, la *ley* (en sentido formal o material, según los casos) ha logrado imponerse como un límite rígido para ciertas competencias de las tres funciones estatales.[7]

Si esa autorización previa debe ser dada por una ley en sentido formal, entonces allí la reserva de ley se intensifica y se trata ya de una "reserva de Parlamento", que es la que resulta exigible cuando la actuación estatal consiste en una injerencia en un derecho fundamental o constitucional. En este caso, la reserva de ley obliga a que la medida estatal en cuestión esté autorizada en forma previa y taxativa, es decir, a través de una norma ya vigente al momento de tomarse esa medida y que se refiera a ella de manera expresa y clara,[8] además de escrita y proporcional. Para esas constelaciones queda excluida, por tanto, la posibilidad de que la autorización legal previa sea inferida a partir de una norma que sea una mera cláusula general (como por ejemplo el denominado "principio de libertad probatoria"), o que mantenga una relación de analogía con la medida concreta en cuestión, o que esté fundada en la costumbre o que sea desproporcionada. Del principio *general* de reserva de ley se infieren entonces las prohibiciones de retroactividad (*lex praevia*), de analogía (*lex stricta*) y de la costumbre como fuente (*lex scripta*), así como el mandato

Verfassungsgrundsätze des Art. 20 Abs. 3 GG", en *GG-Maunz/Dürig*, Múnich, C. H. Beck, 2007, n.° m. 75; OSSENBÜHL, "*Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*", en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, *Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen*, 3.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2007, § 101, n.° m. 21; RUDOLPHI, "Vorbemerkungen vor § 94", en *SK-StPO*, Múnich/Unterschleissheim, Luchterhand, 1994, n.° m. 14, p. 9, con más referencias bibliográficas.

[3] ROGALL (*Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1992, p. 12), entre otros, aclara expresamente que emplea las expresiones "*Vorbehalt des Gesetzes*" *y* "*Gesetzesvorbehalt*" de modo equivalente: ROGALL, Informationseingriff (1992), p. 12.

[4] GRZESZICK, *supra* nota 2, n.° m. 75.

[5] Como por ejemplo la reserva de ley especial establecida por la CN en el art. 18 para la restricción a la garantía de la inviolabilidad del domicilio: "*una ley* determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

[6] Cf. al respecto ya MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., Múnich/Leipzig, Duncker & Humblot, 1914, t. I, p. 71; cf. también KREBS, *supra* nota 2, p. 306; KLOEPFER, *supra* nota 2, p. 687; RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.° m. 16.

[7] Así, por todos, GRZESZICK, *supra* nota 2, n.° m. 75.

[8] Cf. al respecto, por todos, OSSENBÜHL, *supra* nota 2, § 101, nm. 14 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de determinación (*lex certa*) y el de proporcionalidad.[9] Dichos corolarios no son, pues, exclusivos del principio de legalidad del Derecho penal material, sino de toda reserva de ley que tenga la fuerza de una reserva de Parlamento.

En Argentina rige una reserva de Parlamento de estas características en virtud de lo dispuesto por el art. 30 de la CADH,[10] y tiene por tanto rango constitucional. Si, en cambio, para autorizar la actividad estatal se exige ley previa, pero basta con que dicha autorización provenga incluso de resoluciones generales y abstractas del Poder Ejecutivo porque no está en juego un derecho fundamental, entonces se trata de una "simple reserva de ley".[11]

Es importante señalar, finalmente, que el principio general de reserva de ley (en especial en su forma de reserva de Parlamento) tiene en Alemania una importante tradición *también en el ámbito específico que aquí interesa, que es el del Derecho procesal penal*. Así, el gran comentarista de la Ordenanza Procesal Penal alemana, Hans-Joachim RUDOLPHI, sostiene: "Desde siempre, el principio según el cual las injerencias estatales en la libertad y en la propiedad del ciudadano requieren de una autorización legal, conforma un componente constitutivo de nuestro orden constitucional democrático y propio de un Estado de derecho".[12] De todas formas, las fuentes muestran que también los procesalistas alemanes, para determinar el campo de aplicación del principio de reserva de ley en relación con el proceso penal, acuden ante todo a los desarrollos teóricos elaborados sobre él en la dogmática del derecho constitucional y administrativo.[13]

[9] Ibídem. La cuestión de la vinculación del principio de proporcionalidad con el principio de reserva de ley se abordará con detalle más adelante.

[10] Dicha norma reza: "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en la Opinión Consultiva 8/86 del 09/05/1986, ha sostenido que el término "leyes" de ese texto convencional debe ser entendido como *ley en sentido formal*, esto es, emanada del Parlamento de conformidad con el pertinente procedimiento establecido por la Constitución. De acuerdo con esto queda claro, pues, que, según la CIDH, el art. 30 de la CADH establece una *reserva de Parlamento*.

[11] Se ofrece un abordaje detallado de toda esta problemática en PÉREZ BARBERÁ, *El principio general de reserva de ley (o principio general de legalidad) en la doctrina alemana*, en RIVERA/ELIAS/GROSMAN/LEGARRE (dir.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. I, pp. 330 ss.; cf. asimismo KREBS, *supra* nota 2, pp. 311 s.

[12] RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 14.

[13] Cf., entre otros, RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 14 ss.; ROGALL, *supra* nota 3, pp. 11 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. Explicación del *nullum crimen sine lege* conforme a un modelo constitucional

El principio de legalidad del Derecho penal material está previsto en Alemania tanto en la Constitución (art. 103.II) como en el Código Penal (§ 1), con el mismo tenor literal en ambos preceptos: "un hecho sólo puede ser penado si su punibilidad está ya determinada por ley con anterioridad a su comisión". Llama la atención, sin embargo, que el tratamiento que recibe este principio por los penalistas alemanes es muy diferente al que le prodigan los constitucionalistas de ese país, en especial en la literatura de comentarios. Esta peculiaridad, ciertamente muy evidente, fue tematizada en Alemania sin embargo recién en 2007, en un artículo de KUHLEN.[14] Allí este autor observa —y con razón— que los comentaristas del Código Penal, por lo general, se limitan a destacar la tradición estrictamente *jurídico-penal* de este principio, y a explicar en forma separada cada una de sus ya mencionadas consecuencias: prohibición de la retroactividad (*lex praevia*), mandato de determinación (*lex certa*), exclusión de la costumbre como fuente del Derecho penal (*lex scripta*) y prohibición de la analogía (*lex stricta*). Los comentaristas de la Constitución, en cambio, además de abordar esos temas, se preocupan especialmente por destacar el contexto general, de base *constitucional*, del cual el principio de legalidad penal forma parte como una manifestación simplemente especial.[15]

Es precisamente ese punto de vista propio de los constitucionalistas alemanes el que permite explicar al principio de legalidad del Derecho penal material *como una reserva de ley específica*, que la CA ha consagrado expresamente para el ámbito particular del Derecho penal material en el art. 103.II, pero que participa de las mismas notas conceptuales que caracterizan al *principio general de reserva de ley* consagrado implícitamente en el art. 20.III de esa misma Ley Fundamental.[16]

[14] Cf. KUHLEN, "Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot", en *FS-Otto*, Berlín, Heymanns, 2007, pp. 89 ss. Hay, no obstante, literatura jurídico-penal previa —de todos modos minoritaria— que, sin tematizar la cuestión, opta por el punto de vista de los constitucionalistas para referirse al principio de legalidad, por considerarlo más fructífero (y de hecho llega a conclusiones no usuales para la doctrina penal dominante): así, entre no muchos otros, KREY, "Parallelitäten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt", en *FS-Blau*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1985, pp. 123 ss.

[15] Cf. KUHLEN, *supra* nota 14, pp. 89 ss.

[16] Este es, en efecto, el punto de vista claramente dominante en la literatura constitucional: cf., entre otros, SCHMIDT-ASSMANN, "Art. 103.II", en MAUNZ/DÜRIG (comps.), *Grundgesetz. Kommentar*, Múnich, C. H. Beck, 1992, n.º m. 163, 183; RADTKE/HAGEMEIER, "Art. 103", en *GG-Epping/Hillgruber*, Múnich, C. H. Beck, 2009, n.º m. 23; RÜPING, "Art. 20.II", en *BK-GG*, Heidelberg, C. F. Müller, 1990, n.º m. 34 ss. Cabe aclarar que también en Italia se emplea la expresión "reserva de ley" para hacer referencia al principio de legalidad del Derecho penal material, y también por parte de un autor que no es (solamente) un penalista, como Luigi FERRAJOLI. El profesor italiano distingue entre, por una parte, el principio de "mera legalidad", que relaciona con la máxima más bien formal del requisito de ley previa, dirigida al juez y según la cual éste sólo puede calificar como delitos a los fenómenos así considerados por la ley, independientemente de sus

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sostiene KUHLEN,[17] en esa línea, que "la concepción del principio de legalidad como manifestación especial de la *reserva de ley* general propia de un Estado de derecho, tan difundida en el derecho constitucional, permite alcanzar más claridad que su aislante escisión en sectores particulares". Y en función de esto destaca dicho autor algo que es muy relevante para la presente investigación: si se considera al principio de legalidad ante todo como una reserva de ley, resulta sencillo concluir que su principal destinatario es también siempre el juez, y no sólo el legislador. Pues "reserva de ley", según se ha visto ya, significa en lo fundamental que ninguna autoridad estatal puede afectar derechos individuales sin autorización previa de la ley, y esa autoridad, cuando se trata de injerencias estatales motivadas en la existencia de un proceso penal, es obviamente el juez.

Agrega KUHLEN, en tal sentido, que ya el mismo tenor literal de la cláusula constitucional que consagra el principio de legalidad (idéntica a la cláusula penal, como quedó claro) apoya esa conclusión. Pues, en efecto, cuando la Constitución y el Código Penal prescriben que "un hecho *sólo puede ser penado*… (si su punibilidad está ya determinada por ley con anterioridad a su comisión)", están dejando en claro que se refieren a la facultad *del juez* de penar hechos, y no a la del legislador de fijar delitos y penas.[18] Recuérdese, por lo demás, que el art. 103.II de la CA (*i.e.*, el que consagra el principio de legalidad penal) está ubicado bajo la rúbrica que reza "De la jurisdicción" (*Die Rechtsprechung*), en el capítulo IX, a partir del art. 92, un dato también relevante para determinar el destinatario principal de aquella norma. En esta misma línea, Schroeder critica al Tribunal Constitucional Federal (TCF) cuando, en la sentencia sobre la "sentada" como medio de protesta (*Sitzblockade*), afirma que el principio de legalidad se dirige principalmente al legislador.[19] Contra ello sostiene este autor que "el art. 103.II de la Constitución es un 'derecho fundamental referido al Poder Judicial' ('*Justizgrundrecht*'), y está dirigido a la jurisdicción".[20]

convicciones al respecto; y, por otra parte, el principio de "estricta legalidad", que se relaciona con el mandato más bien material, dirigido al legislador, conforme al cual éste debe dotar a la ley de taxatividad y precisión, y describir como delictivos sólo a *hechos* (Derecho penal de acto) y no a características o modos de vida de personas (Derecho penal de autor). Conforme a este esquema, FERRAJOLI identifica al principio de reserva de ley únicamente con el primero de estos mandatos, a saber: el de respeto al requisito de ley previa, dirigido al juez. Al mandato dirigido al legislador lo denominan, en todo caso, "reserva *absoluta* de ley" (cf. FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 34 ss.).

[17] Cf. KUHLEN, *supra* nota 14, p. 91.

[18] Así KUHLEN, *supra* nota 14, p. 91.

[19] Cf. SCHROEDER, "Sitzblockade keine Gewalt – BVerfG NJW 1995, 1141", en *Juristische Schulung*, Múnich/Fráncfort, Beck, 1995, p. 876.

[20] Ibídem.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el marco del modelo penal, en cambio, la doctrina dominante sostiene que el mandato de determinación y la prohibición de retroactividad se dirigen al legislador, mientras que la prohibición de la analogía y la exclusión del derecho consuetudinario o de la costumbre como fuente del Derecho penal tienen como destinatario al juez.[21] Ello, sin embargo, iría en contra de la jurisprudencia tanto del TCF como del Tribunal Supremo Federal (TSF) alemanes, que en forma creciente vienen sosteniendo que el mandato de determinación se dirige también al juez, y que la prohibición de analogía tiene como destinatario también al legislador.[22]

Pues bien, aquí simplemente cabe adherir a la opinión de KUHLEN, en el sentido de que, efectivamente, resulta erróneo considerar que el principio de legalidad está destinado en ciertos casos sólo al legislador. Conforme al sistema de la CA es claro que su principal destinatario es siempre el juez, además del legislador cuando corresponde. Y es cierto que resulta más sencillo arribar a esta conclusión si se adopta el modelo *constitucional* de fundamentación dogmática del principio, en lugar del modelo penal. Pues, conforme al primero, el principio de legalidad penal es entendido fundamentalmente como una reserva de ley, y toda reserva de ley constituye ante todo un mandato *a los demás poderes del Estado* de respetar al legislador, y a su vez un mandato al legislador de respetar la Constitución.

IV. El principio de legalidad del Derecho penal material como reserva de ley especial y su relación con el principio general de reserva de ley

1. Ventajas del acercamiento dogmático entre ambas reservas de ley

a) Vinculación de la reserva de ley penal a los principios democrático y del Estado de derecho

[21] Cf. KUHLEN, *supra* nota 14, p. 89, con las pertinentes referencias bibliográficas, que incluyen aclaraciones respecto a algunos autores que no sostienen esto, o al menos no tan tajantemente. Entre esas excepciones cabe mencionar a HASSEMER/KARGL y a SCHMITZ, quienes afirman que la prohibición de retroactividad tiene como destinatarios tanto al legislador como al juez (cf. HASSEMER/KARGL, "§ 1", en *NK-StGB*, 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, vol. 1, n.º m. 42; SCHMITZ, "§ 1", en *MK-StGB*, 2.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011, n.º m. 30); también cabe mencionar aquí a SATZGER, "§ 1", en *SSW-StGB*, Colonia, Heymanns, 2009, n.º m. 49.

[22] Cf. al respecto KUHLEN, *supra* nota 14, p. 90; *Die Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg, Müller, 2006, pp. 94 ss., en ambos casos con las pertinentes referencias jurisprudenciales, entre las cuales cabe destacar la muy comentada tercera sentencia del TCF sobre el método de protesta conocido como "sentada" (BVerfGE 92, pp. 1 ss.), al menos según la interpretación que de ella ensaya AMELUNG, "Sitzblockaden, Gewalt und Kraftentfaltung - Zur dritten Sitzblockaden-Entscheidung des BVerfG", en *NJW*, 1995, pp. 2584, 2586 (cf. al respecto nuevamente KUHLEN, *supra* nota 14, p. 90).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Está claro que tanto la reserva de ley general como la específica del Derecho penal material operan de la misma manera, a saber: ambas exigen al Estado (cada una para su respectivo ámbito de actuación) que, si pretende inmiscuirse en la libertad de un ciudadano restringiéndole un derecho fundamental, debe contar para ello con autorización legal, y que esa ley, además de ser previa al hecho, debe satisfacer determinados requisitos sustantivos, como, entre otros, el de ser determinada y estricta. También respecto a estas implicancias sustantivas el principio de legalidad penal es, por lo tanto, un principio de reserva de ley, sólo que específico para el Derecho penal material.[23]

Ver el problema desde esta óptica, propia del mencionado "modelo constitucional", resulta especialmente fructífero para la reserva de ley penal. Porque desde esta visión se enlaza al principio de legalidad penal de modo directo no sólo a sus tradicionales raíces estrictamente jurídico-penales (en particular las que lo vinculan con el principio de culpabilidad y con un determinado fin de la pena),[24] sino también a los principios de la democracia (o democrático) y del Estado de derecho,[25] de los cuales, en Alemania, se infiere el principio general de reserva de ley.[26] De esta manera, el principio de legalidad penal queda vinculado, también, a la densidad de exigencias normativas —formales y sustantivas— que, conforme al desarrollo actual del derecho constitucional, se infieren de aquellos principios que también funcionan como su fuente.

b) Vinculación de la reserva de ley penal al mandato de proporcionalidad

Ahora bien, además de lo anterior, la ventaja no sólo teórica sino también práctica más importante de una consideración del principio de legalidad penal ante todo como una reserva de ley —en sentido constitucional— es, a mi juicio, la posibilidad de considerar al mandato de *proporcionalidad* de las leyes que imponen penas como *otro corolario del principio de legalidad penal*, a sumar a los ya tradicionales de ley previa, cierta, estricta y escrita. Que la ley que autoriza la restricción de un derecho fundamental sea proporcional respecto de esa restricción (operada en

[23] Así, entre otros, KREY, *supra* nota 14, p. 123.

[24] Cf. al respecto, por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2006, n.º m. 5/22 ss.

[25] Hoy es ya usual que también al principio de legalidad penal se lo vincule directamente con estos principios: cf. nuevamente DANNECKER, "§ 1 (Keine Strafe ohne Gesetz)", en *LK-StGB*, 12.ª ed., Berlín, de Gruyter, 2007, vol. 1, n.º m. 52; también HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.º m. 10; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1991, 4/4 ss.; y el mismo ROXIN, *supra* nota 24, n.º m. 5/19 ss.

[26] Véase al respecto PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 11, pp. 336 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

este caso mediante la pena) es, en efecto, una exigencia que cabe derivar, precisamente, de un principio de reserva de ley, en tanto establece la necesidad de ley —y de una determinada clase de ley— para legitimar injerencias estatales en derechos fundamentales. Porque, como quedó ya claro, una reserva de ley tiene por función establecer no sólo las exigencias formales de ley previa y ley escrita, sino también la de delinear las exigencias sustantivas que esa ley previa y escrita debe satisfacer para ser constitucionalmente válida como norma restrictiva de derechos fundamentales (a saber: la de ser determinada, estricta *y proporcional*). Es evidente, entonces, que el mandato de proporcionalidad de las leyes penales tiene que tener la misma fuente que esas otras exigencias sustantivas, y esa fuente no es otra que el principio de reserva de ley (en este caso, el especial del Derecho penal material o *nullum crimen sine lege*).

Dicho de otro modo, es en virtud *del principio de legalidad penal* que la *ley* que establece una pena debe ser *proporcional* (además de previa, cierta, estricta y escrita) para ser constitucionalmente válida en tanto restrictiva de derechos fundamentales. El principio de culpabilidad (o incluso el conocido entre nosotros como "*pro homine*") es lo que en todo caso da fundamento al deber, dirigido al juez, de ordenar una *injerencia concreta* contra el individuo, como lo es la pena, que sea proporcionada; pero no al deber, dirigido al legislador, de dictar *leyes* que, en abstracto, establezcan penas (o cualquier otra clase de injerencia) proporcionadas. Este último deber se fundamenta en un principio de reserva de ley (especial como el *nullum crimen sine lege* si se trata de una pena o general como el del art. 20.III CA o el del art. 30 CADH si se trata de otra clase de restricción).

c) Vinculación de la reserva de ley general al más robusto desarrollo teórico de la reserva de ley penal

Pero también es fructífero para el principio general de reserva de ley que se lo vincule estrechamente al principio de legalidad penal, porque de ese modo aquel, aunque anterior en su origen histórico pero todavía con menor desarrollo teórico, se beneficia con la más densa y refinada elaboración dogmática de la que goza el principio de legalidad penal. Ello es especialmente importante para el tratamiento de los mandatos de determinación y de claridad, y de las prohibiciones de retroactividad y de analogía: cuando los constitucionalistas abordan estos

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

problemas se percibe claramente en sus expresiones la influencia de los desarrollos dogmáticos del Derecho penal material.[27]

Sería deseable, incluso, una influencia aun más intensa desde el Derecho penal hacia el derecho constitucional, pues el principio de legalidad penal no es otra cosa que una reserva de ley, y —como se vio— *de ella* se derivan los mandatos de ley previa, cierta, estricta, escrita y proporcional. Si esto fuese leído con más atención desde el derecho constitucional alemán, se comprendería seguramente con más facilidad que es sistemáticamente más adecuado tratar esos requisitos como derivados específicos del principio general de reserva de ley, y no del principio —aun más general— del Estado de derecho o de una ambigua exigencia de "seguridad jurídica", que es como habitualmente allí se procede.[28]

2. Resumen

Es claro, en fin, que un acercamiento entre ambas formas de reserva de ley (la general y la especial del Derecho penal material) al momento de su abordaje dogmático trae beneficios para las dos. Pero, fuera de ello, es importante destacar una vez más que *ambos* principios rigen simultáneamente y que, en consecuencia, resulta pertinente especificar el ámbito exacto de aplicación de cada uno, así como las posibilidades de redundancia.

Dado que uno es general y el otro especial, y que por tanto para dirimir esa relación funciona sobre todo el principio de *lex specialis*, debe concretizarse aquí si —y en su caso en qué medida— el principio general de reserva de ley puede, no obstante, tener alguna aplicación en el ámbito penal material y, asimismo, si y en qué medida el principio de legalidad penal puede tener aplicación en otras áreas jurídicas fuera de la del Derecho penal material *stricto sensu*. Este último interrogante, cuya respuesta negativa ya ha sido adelantada, será tratado, para fundamentar dicha respuesta, en el apartado VI. En el apartado siguiente (V) corresponde, en cambio, ocuparse del primero, y el resultado constituirá una muestra más —y quizás la más importante desde un punto

[27] Cf. por ejemplo ROELLECKE, "Artikel 20 Grundgesetz. Kommentar", en *GG-Umbach/Clemens*, Heidelberg, C. F. Müller, 2002, t.1, n.º m. 91 ss. Se reconoce, en tal sentido, que temas como la prohibición de analogía han sido tratados con especial detenimiento sólo en el ámbito del Derecho penal material (cf. por ejemplo JÄGER, "Grund und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzip im Strafprozessrecht", en *GA*, 2006, p. 616).
[28] Cf., por todos, la exposición de JARASS, "Art. 20", en *GG-Jarass/Pieroth*, 11.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011, n.º m. 28 ss., 44 ss., 57 ss., 67 ss., 80 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de vista práctico— de lo fructífero que resulta el análisis de ambos principios desde el enfoque metodológico propio del denominado modelo constitucional.

V. ¿Vigencia del principio general de reserva de ley también en el Derecho penal?

Ha quedado claro que el principio *general* de reserva de ley es directamente aplicable como derecho vigente en todos los ámbitos jurídicos. Pues bien, ello incluye también al Derecho penal, aunque, precisamente en virtud del principio de *lex specialis*, únicamente en relación con aquellas regulaciones que no estén específicamente resguardadas por el principio de legalidad *penal*.[29] Ello presupone admitir que hay ámbitos del Derecho penal a los que el *nullum crimen* no alcanza en su esfera de protección.

Esto, para la dogmática penal argentina, resulta algo extraño, pero no lo es para la dogmática penal alemana. Pues allí la determinación de las regulaciones penales que están protegidas por el principio de legalidad no se basa tanto en una determinación más bien formal, en el sentido de que basta con que esa regulación integre formalmente el Derecho penal para que se la considere abarcada por las exigencias del principio de legalidad, como sí ocurre, al menos tendencialmente, en Argentina. En Alemania esa determinación se fija, antes bien, por criterios predominantemente sustantivos (fundados por lo general en el carácter estrictamente penal-*material* de esas regulaciones),[30] que conducen a una reducción del área de influencia del principio de legalidad.

Esa limitación al carácter estrictamente penal-material de la regulación de que se trate para considerarla cubierta por el principio de legalidad penal es exigida en Alemania en virtud del tenor literal de la formulación con la que, allí, tanto la Constitución como el Código Penal prevén el mencionado principio, conforme a la cual se indica que es la "punibilidad" (*Strafbarkeit*, esto es: aquello específicamente penal) lo que tiene que estar previamente establecido por ley.[31] Si bien la doctrina aclara que el término "punibilidad" debe ser entendido en sentido amplio en este contexto, con ello sólo quiere indicar que dicho vocablo se refiere no a la punibilidad como categoría sistemática (en donde se analizan, por ejemplo, las excusas absolutorias), sino a la punibilidad entendida como toda aquella regulación que pueda ser considerada propia del Derecho

[29] Así KREY, *supra* nota 14, p. 124.
[30] Cf., por todos, DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 388.
[31] Doctrina dominante. Cf. al respecto, entre muchos otros, KREY, *supra* nota 14, pp. 124 s.; JÄGER, *supra* nota 27, p. 618. En Argentina, como es sabido, la formulación del principio de legalidad penal es diferente.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

penal *material*.[32] Y ello, para este punto de vista, importa excluir del ámbito de protección del *nullum crimen* a preceptos como los relativos a la prescripción de la acción penal o a las medidas de seguridad,[33] entre otros.

De allí que, en Alemania, tiene pleno sentido la pregunta respecto a cuáles son las regulaciones penales que, no obstante esa índole, por no ser estrictamente penal-*materiales* pueden quedar incluidas en el ámbito de protección del principio *general* de reserva de ley, aunque queden excluidas del principio de legalidad especial del Derecho penal material. Gracias a este enfoque, como se ve, puede advertirse con facilidad que la no inclusión de algunas regulaciones penales en el ámbito de protección del principio de legalidad penal no debería derivar en un retraimiento, respecto de aquellas, de las exigencias propias de toda reserva de ley. Pues, aunque se concluya que para ellas no rige la reserva de ley especial del principio de legalidad penal, lo cierto es que, no obstante, quedarán alcanzadas por la reserva de ley general del art. 30 de la CADH (entre nosotros), o del art. 20.III de la CA.[34]

Para continuar con el ejemplo de la prescripción, simplemente deberá demostrarse que el hecho de que no se considere prescripta la acción penal configura una injerencia estatal en un derecho fundamental del supuesto autor de ese delito. Claro que esto es, precisamente, lo que niega la doctrina dominante en Alemania, pues ésta fundamenta su negativa a considerar a la prescripción protegida por el principio de legalidad penal no sólo en que éste es aplicable únicamente en el Derecho penal material *stricto sensu*, sino también, y fundamentalmente, en que entiende que la prolongación *ex post facto* de los plazos de prescripción no constituye una injerencia estatal gravosa en ningún derecho fundamental del perseguido penalmente.[35]

[32] Cf. SATZGER, *supra* nota 21, n.º m. 9, p. 10.
[33] Doctrina dominante y jurisprudencia constante: en cuanto a la doctrina cf., por todos, SALIGER, "Vor § 78 ff.", en *NK-StGB*, 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, vol. 1, n.º m. 9, con las pertinentes referencias; respecto de la jurisprudencia cf., entre otros fallos, BVerfGE 25 (1969), pp. 269 ss. (pp. 287 ss.).
[34] Así expresamente, al menos respecto de las medidas de seguridad, ROXIN, *supra* nota 24, n.º m. 40. El precursor de este punto de vista es, no obstante, KREY (*Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1977, pp. 219 s).
[35] Así por ejemplo, con respecto a plazos de prescripción *aún no vencidos*, ROXIN, *supra* nota 24, n.º m. 60, pp. 167 s. Respecto a los plazos de prescripción *ya vencidos*, en cambio, se pronuncia ROXIN a favor de la prohibición de retroactividad (p. 167).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pero si esta última tesis se falsea —lo cual es a mi juicio bastante sencillo—,[36] lo único que queda a rebatir es el argumento —mucho más consistente— de que las disposiciones de la prescripción no pueden quedar cubiertas por el principio de legalidad porque no tienen ninguna relación con la cuestión sustantiva *stricto sensu* de que un hecho *sea* punible, sino, en todo caso, con la de si es penalmente *perseguible*, lo que claramente les conferiría naturaleza procesal.[37] No es necesario, sin embargo, intentar rebatir esto con forzadas interpretaciones que intenten acercar las normas sobre prescripción al *nullum crimen sine lege*.[38] Ello constituye, en verdad, un esfuerzo vano. Porque el punto de vista según el cual las normas sobre prescripción no están sometidas al principio de legalidad penal se torna inocuo frente al hecho de que, no obstante, la necesidad de ley previa para autorizar dicha injerencia se infiere del principio *general* de reserva de ley. Y ello es así porque evitar o dificultar la prescripción configura, para el imputado, una injerencia estatal gravosa y, desde luego, significativa. Esta argumentación, sin embargo, ha sido pasada por alto, y sin ninguna buena razón, tanto por la doctrina dominante como por la jurisprudencia en Alemania, que aprueba sin reparos la validez retroactiva *in malam partem* de leyes relativas a cuestiones de prescripción.[39]

Otras regulaciones penales materiales que, en Alemania, se consideran no abarcadas por el principio de legalidad penal son, por ejemplo, las relacionadas con las (en ese país) denominadas "medidas de restablecimiento y protección" del § 61 del CP alemán (similares a las "medidas de seguridad" del art. 34 inc. 1° del CP argentino), entre las cuales figuran graves restricciones a derechos fundamentales: desde la internación obligatoria en un establecimiento psiquiátrico hasta la privación de la credencial que autoriza a conducir automotores. También se incluyen entre tales regulaciones no protegidas por el principio de legalidad penal las relativas a las instrucciones que el condenado en forma condicional debe acatar durante el tiempo que dure su condena (CP alemán, §§ 56c, 56d), que constituyen, asimismo, restricciones a sus libertades constitucionales.

[36] Muy buenos argumentos ofrecen por ejemplo SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, Berlín, de Gruyter, 1978, pp. 25 s.; JAKOBS, *supra* nota 25, n.° m. 4/9.; JÄGER, *supra* nota 27, p. 627. Véanse más referencias de la doctrina que aboga a favor de la validez de la prohibición de retroactividad para la prescripción en BÄR, *Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren*, Colonia, Carl Heymanns, 1992, p. 87, nota al pie n.° 14.

[37] Véase al respecto la importante referencia jurisprudencial citada *infra*, en nota al pie n.° 132.

[38] Es lo que, en Argentina, intenta por ejemplo PASTOR, "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales", en *LH-Roxin*, Córdoba/Buenos Aires, Lerner/La Lectura, 2001, pp. 802 s.

[39] Cf. otra vez SALIGER, *supra* nota 33, n.° m. 9.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Lo mismo se dice de las llamadas medidas de coerción reales, como embargos o confiscaciones (CP alemán, §§ 73 ss.).[40]

Pues bien, respecto de todas ellas podrá ser discutible, en Alemania, que rija el principio de legalidad *penal*, pues no se trata de medidas estrictamente jurídico-penales en sentido material. Pero de ninguna manera puede negarse —tampoco en ese país— que ellas, en tanto constituyen injerencias estatales no bagatelarias en derechos fundamentales, quedan no obstante protegidas por el principio *general* de reserva de ley.[41]

VI. ¿Vigencia del principio de legalidad del Derecho penal material también en el Derecho procesal penal?

1. Introducción

La doctrina dominante en Alemania, tanto constitucional como penal, rechaza la posibilidad de que el principio de legalidad del Derecho penal material alcance también, en su ámbito de aplicación, al Derecho procesal penal.[42] Y lo mismo sostiene la jurisprudencia del TCF y del TSF en materia penal.[43] Más arriba ha quedado esclarecido que el principio general de reserva de ley tiene aplicación en cualquier contexto jurídico en el que se pretenda restringir un derecho fundamental, en tanto se den determinadas condiciones. Quedó claro, también, que las cuatro exigencias tradicionales que se derivan del principio de legalidad del Derecho penal material (ley previa, cierta, estricta y escrita) son las mismas que cabe derivar del principio general de reserva de ley, y que de ambas reservas cabe inferir asimismo el mandato de proporcionalidad.

[40] Sobre todo esto cf. KREY, *supra* nota 34, pp. 124 s., con más referencias bibliográficas; también SATZGER, *supra* nota 21, n.º m. 9. En particular, sobre la no aplicabilidad del *nullum crimen* en relación con las medidas de restablecimiento y protección cf. también, en cuanto a la jurisprudencia, especialmente BVerfGE NJW 2004, p. 739, sentencia del 05/02/04.

[41] Muy pocos autores alemanes han advertido esto. A favor de la tesis aquí defendida por ejemplo KREY, *supra* nota 34, pp. 124 s.

[42] Así lo *informan*, entre otros, SATZGER, *supra* nota 21, n.º m. 59 s.; JÄGER, *supra* nota 27, pp. 617 s.; BÄR, *supra* nota 26, p. 87, este último con muy numerosas referencias; así lo *afirman*, entre otros, MEYER-GOSSNER, *Strafprozessordnung. Kommentar*, 54.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2011, n.º m. 198; PETERS, *Strafprozess*, 4.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1985, pp. 91 s.

[43] Cf. especialmente BVerfGE 25 (1969), pp. 269 ss. (pp. 287 ss.); BGHSt 46 (2001), pp. 310 ss. (p. 317). Numerosas referencias de ambos tribunales en BÄR, *supra* nota 26, p. 86.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pues bien: frente a esta amplia vigencia del principio general de reserva de ley, del cual se derivan aparentemente las mismas exigencias que del principio de legalidad penal, surge naturalmente el siguiente interrogante: ¿tiene sentido todavía plantear —y con el ahínco con el que suelen hacerlo sus defensores— la tesis de la validez del principio de legalidad penal también en el Derecho procesal penal?[44]

Para responder acabadamente esta pregunta es necesario, primero, llevar adelante una tarea ciertamente ardua, y que hasta lo que he podido ver la doctrina alemana dominante no ha emprendido hasta ahora con suficiente detalle, a saber: determinar con precisión si, más allá de la similitud *prima facie* entre ambas reservas de ley (la general y la específica del Derecho penal) en cuanto a sus corolarios, es realmente posible afirmar que de ambas debe inferirse *sustancialmente lo mismo* para sus respectivos ámbitos de aplicación. O si, por el contrario, corresponde concluir que existen diferencias relevantes entre los dos grupos de corolarios, en el sentido de que éstos, en tanto mandatos o prohibiciones, sean *más fuertes* si derivan del principio de legalidad penal que si derivan del principio general de reserva de ley.[45] Si esta opinión fuese acertada, entonces quizás debería aceptarse que, no obstante la vigencia obvia del principio general de reserva de ley en el Derecho procesal penal, es preferible, en ese ámbito, derivar las exigencias de ley previa, cierta, estricta, escrita y proporcional del principio de legalidad penal, dado que, en virtud de su mayor fuerza vinculante, ellas tendrían un mayor poder garantizador que si derivasen de la reserva de ley general.

Ya he adelantado, sin embargo, que no considero acertada la inferencia reseñada en el final del párrafo anterior, y también que la demostración de ese desacierto requiere un abordaje específico y detallado de la cuestión. Con ese objetivo explicitaré primero, *en términos normativos*, qué diferencias y/o similitudes *deben* verificarse entre los corolarios o consecuencias de estos principios, según deriven de uno u otro, pues ello, atento el carácter *prescriptivo* del argumento, resulta dirimente para decidir la cuestión (2); y luego se revisará, además, qué es lo que *de hecho* sostiene la jurisprudencia constitucional alemana al respecto (3). La exposición jurisprudencial

[44] Precisamente en virtud de esa vigencia simultánea del principio general de reserva de ley niega BÄR que exista un vacío normativo en el Derecho procesal penal respecto a la vigencia en él de los mandatos de *lex praevia*, *certa* y *stricta* que justifique extender a ese ámbito jurídico la validez del principio de legalidad penal: cf. BÄR, *supra* nota 26, pp. 121 ss. Comparto plenamente esta conclusión. Pero, a mi juicio, la argumentación de BÄR es en parte incompleta y en parte incorrecta, por lo que, en lo que sigue, se esgrimirán otros argumentos, además por cierto de aquellas razones de BÄR que sí se comparten.

[45] En esa dirección argumenta, por ejemplo, JÄGER, *supra* nota 27, pp. 615 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tendrá, entonces, carácter comparativo, entre lo sostenido fundamentalmente por el TCF a partir del principio general de reserva de ley, por un lado, y del principio de legalidad penal, por el otro.

Tanto el análisis normativo como las subsiguientes constataciones fácticas permitirán perfilar una fundamentación detallada al punto de vista que aquí se sostiene, a favor de la no aplicación del principio de legalidad penal —y sí del principio general de reserva de ley— en el Derecho procesal penal. A mi modo de ver dichos argumentos son más concluyentes que aquellos a los que habitualmente acude la doctrina —y también la jurisprudencia— para fundar su posición a favor o en contra de la validez del principio de legalidad penal en el Derecho procesal penal. Pero lo cierto es que la fundamentación de la tesis que aquí se considera correcta no estará completa hasta tanto no se aborden, también, esos argumentos habituales, vinculados fundamentalmente al origen histórico del principio de legalidad del Derecho penal material; al tenor literal de su formulación actual en Alemania; a su *ratio legis* en función de sus fundamentos constitucionales; y a la posibilidad —o no— de una separación estricta entre Derecho penal material y Derecho procesal penal.[46] El menor peso de estos argumentos justifica que sean tratados en último lugar dentro de este apartado (4).

2. El plano normativo: menor flexibilidad para las leyes penales materiales

La doctrina y la jurisprudencia en Alemania coinciden en que, más allá de la aparente identidad de las consecuencias del principio de legalidad penal y del principio general de reserva de ley, las exigencias para las leyes restrictivas de derechos fundamentales *deben ser* más estrictas —*i.e.*, más *fuertes*— cuando se trata de leyes relativas al Derecho penal material que cuando alcanzan a leyes de otro carácter.[47] Es decir: la prohibición de retroactividad y de analogía contraindividual, así como el mandato de determinación (y el de proporcionalidad, cabe agregar), deben ser de aplicación más estricta —y tienen por tanto más fuerza vinculante— cuando derivan del principio de legalidad penal que cuando se infieren del principio general de reserva de ley. Esta conclusión —a mi juicio acertada— se fundamenta en el hecho de que las restricciones a los

[46] Quien ha destacado que los primeros cuatro de estos tópicos son aquellos a los que habitualmente acude la doctrina para fundamentar su opinión en lo relativo a la posibilidad de extender el principio de legalidad al Derecho procesal penal es BÄR, *supra* nota 26, pp. 88 ss.

[47] Así, entre otros fallos, BVerfGE 112 (2005), pp. 304 ss. (p. 315); 63 (1983), pp. 343 ss. (p. 359); 25 (1969), pp. 269 ss. (pp. 286 s.); en cuanto a la doctrina cf., entre otros, JÄGER, *supra* nota 27, p. 615.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

derechos fundamentales que derivan del Derecho penal material son las más graves que prevé el ordenamiento jurídico.

Existen, por tanto, no sólo razones formales —en virtud del principio de *lex specialis*— que apoyan una vigencia diferenciadora de las reservas de ley mencionadas, sino también razones sustantivas: atento a la mayor gravedad de las injerencias estatales fundadas en el Derecho penal material, las exigencias referidas a la retroactividad, la determinación, la analogía y la proporcionalidad[48] tienen que tener en ese ámbito una densidad mayor, en el sentido de tornar inadmisible, allí, un determinado nivel de flexibilidad que, por el contrario, sí resultaría aceptable para otros ámbitos, e incluso necesario: en áreas jurídico-constitucionales ajenas al Derecho penal material, en las que se ponen en juego derechos fundamentales, la dinámica relacionada con el contenido de garantía de éstos es tan variada y veloz en su evolución que requiere una reacción más rápida y flexible por parte de los órganos judiciales competentes que la más formalizada que es propia de la reacción penal.[49]

Y ello es así porque la mejor manera de garantizar judicialmente una protección eficaz al ciudadano contra el poder público es ralentizar los procedimientos cuando el Estado, en el conflicto, aparece como persecutor, y agilizarlos cuando aparece como infractor (hay, pues, razones de fondo para justificar cierta lentitud de los procedimientos penales, y la rapidez de los procedimientos de amparo; bien podría denominarse esto como "principio de la asimetría de la protección individual"). Como se advierte, este es un argumento prescriptivo: se deja en claro que esta diferenciación entre el nivel de exigencia para las leyes penales materiales y las que tienen otro carácter es lo que *debe* inferirse de las reservas de ley respectivas, en función de las características de cada ámbito de aplicación. De allí que, más allá de lo que suceda con la praxis, este argumento normativo es, como se dijo, el decisivo, pues lo que suceda en la práctica ha de ser valorado, en definitiva, en función de esta razón prescriptiva, sin perjuicio, ciertamente, de la importancia de aquella constatación empírica, en los términos que enseguida se explicitarán.

Corresponde admitir, entonces, que por lo menos los mandatos de ley previa, cierta, estricta y proporcional tienen que ser, en efecto, normativamente más fuertes cuando derivan del principio de legalidad penal que cuando lo hacen del principio general de reserva de ley. Ahora

[48] Por no ofrecer ninguna dificultad, lo relativo a la prohibición de la costumbre como fuente legislativa será dejado de lado en esta argumentación, sin perjuicio de alguna mención marginal o contextualizadora cuando se lo considere necesario.
[49] Similar BÄR, *supra* nota 26, p. 120.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bien, de dicho argumento sólo es factible inferir una conclusión *negativa* respecto a la posibilidad de que el principio de legalidad penal rija en ámbitos jurídicos ajenos al Derecho penal material, como, entre ellos, el del Derecho procesal penal. Pues, en el plano normativo —y dando por supuesto que medidas extremas como la prisión preventiva se apliquen de modo conforme con la Constitución— en principio ninguna injerencia estatal fundada en normas del procedimiento penal puede reputarse tan grave como la pena impuesta al condenado en función del Derecho penal material.[50]

Puede decirse, por tanto, que la reserva de ley específica del Derecho penal material configura un principio *distinto* a la reserva de ley general, precisamente porque la primera es más estricta; y que tiene, en consecuencia, un ámbito de aplicación específico, que es únicamente aquel en el que esa mayor severidad, por la índole propia de ese ámbito, está justificada: el del Derecho penal *material*.[51] Inferir que, por su mayor fuerza o estrictez, los mandatos de ley previa, cierta y estricta derivados del principio de legalidad del Derecho penal material son los que deben aplicarse en el Derecho procesal penal constituye, por tanto, un *error* argumental: precisamente por ser el Derecho procesal penal un terreno en el que, normativamente, las injerencias estatales son —con toda claridad— menos gravosas que las del Derecho penal material, *no corresponde*, normativamente, acudir allí a las barreras más estrictas, y resultan suficientes, por tanto, las aplicables en general al resto del ordenamiento jurídico (esto es, las derivadas del principio *general* de reserva de ley).

[50] Lo que se acaba de señalar amerita la siguiente digresión: si bien el problema de la prisión preventiva no puede ser abordado aquí (pues ello importaría desviarse del objeto de la presente investigación), es necesario recordar que, aun si —siempre en términos normativos— se considerara a la prisión preventiva (constitucionalmente adecuada) tan grave como la pena privativa de libertad, o si de hecho en un proceso concreto lo más grave que ocurriera fuera la prisión preventiva y no la pena (advertí la necesidad de esta última aclaración gracias a una observación de uno de los evaluadores anónimos), los códigos procesales penales, precisamente en razón de la extrema gravedad que presenta dicha medida de coerción, imponen, respecto de las normas que la regulan, tanto cláusulas específicas de interpretación y aplicación *restrictiva*, equivalentes en su inflexibilidad a la que cabe predicar del principio de legalidad del Derecho penal material (así por ejemplo el art. 2 del CPPN), como cláusulas expresas de proporcionalidad (CPPN, art. 280). De allí que, respecto a esta clase de medidas procesales especialmente gravosas para los derechos fundamentales de los individuos, por lo general no se planteen conflictos relacionados con la problemática de la ley previa, cierta, estricta y proporcional (cf. sin embargo DANNECKER, *supra* nota 25, n.° m. 410, donde deja en claro —con las pertinentes referencias— que para la opinión dominante en Alemania la prohibición de retroactividad del principio de legalidad penal no alcanza a las normas sobre prisión preventiva). Por el contrario, esos conflictos sí aparecen en torno a ámbitos que, por no ser *tan* gravosos, en determinados órdenes jurídicos (entre ellos el argentino) han quedado desprovistos del límite al poder del Estado que importa la exigencia de base legal. Uno de esos ámbitos es el *derecho probatorio* del Derecho procesal penal (cf. mis conclusiones al respecto en el trabajo citado más arriba en nota 1).

[51] Esta es, por lo demás, la opinión dominante entre los penalistas alemanes, y también la de la jurisprudencia penal y constitucional: cf., por todos, DANNECKER, *supra* nota 25, n.° m. 83, 104, 388, 411 ss., con las pertinentes referencias.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La pregunta que corresponde plantear, con todo, es la siguiente: aun aceptándose que no cabe exigir *máxima* rigurosidad contra el Estado en donde éste no infringe al individuo *máximo* daño, ¿por qué han de ser suficientes para el Derecho procesal penal los mandatos de ley previa, cierta y estricta si no tienen la fuerza que adquieren cuando derivan del riguroso principio de legalidad penal? ¿No es correcto acaso sostener que también en el proceso penal —que es lo que en definitiva dará base a la imposición de la pena— debe exigirse, si bien no la máxima rigurosidad contra el Estado, sí al menos una que se aproxime a ese nivel máximo? La respuesta, ciertamente, debe ser afirmativa, sólo que aquí se considera que es *del principio general de reserva de ley* de donde pueden derivarse, con esa intensidad, aquellas exigencias, es decir, que no es necesario acudir al principio de legalidad penal para lograr esa efectividad para la protección del individuo frente a injerencias procesales.

En efecto, que normativamente las exigencias en torno a la retroactividad, la determinación y la analogía sean *más* fuertes cuando se infieren del principio de legalidad penal no significa que ellas, fuera del Derecho penal material, sean *débiles*. En virtud del anclaje directo del principio general de reserva de ley en los principios democrático y del Estado de derecho (a los cuales se vincula hoy asimismo, y también de manera directa, el principio de legalidad penal),[52] es claro que de aquél (*i.e.*, del principio general de reserva de ley) también pueden —y deben— inferirse prohibiciones y mandatos *fuertes* respecto a las exigencias de forma y de contenido para las leyes restrictivas de derechos fundamentales (en cualquier ámbito), que generen para éstos un blindaje efectivo contra la arbitrariedad legislativa, ejecutiva y judicial. En un Estado democrático de derecho, la confianza del ciudadano en la ley, la previsibilidad y la seguridad jurídica, en tanto valores que conforman la *ratio legis* de *ambas* reservas de ley,[53] son de elevada importancia no sólo para el Derecho penal material, sino también para el resto del ordenamiento jurídico, más allá del ya reconocido matiz gradual que torna al Derecho penal material, por las razones indicadas, aun más riguroso. De allí que no sólo desde el Derecho penal material se haga hincapié en la necesidad de ley previa, determinada y estricta.

Los mandatos y prohibiciones que derivan del principio general de reserva de ley podrán ser no tan fuertes como los equivalentes que se siguen del principio de legalidad penal, pero son lo

[52] Cf. doctrina y jurisprudencia dominantes, que consideran al principio de legalidad penal como contenido a su vez en los principios democrático y del Estado de derecho del art. 20.III GG: cf. DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 52, con más referencias.
[53] Respecto a la reserva de ley general cf., por todos, JARASS, *supra* nota 28, n.º m. 57 ss., 67 ss.; respecto a la reserva de ley penal cf., por todos, DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 52, 360, 363.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

suficientemente fuertes como para que de ninguna manera pueda sostenerse que sólo la reserva de ley específica del Derecho penal es capaz de brindar una protección efectiva a los derechos fundamentales que se ponen en juego en ámbitos ajenos al del Derecho penal material *stricto sensu*. En un sistema normativo en el que, a nivel constitucional, rige un principio general de reserva de ley, no tiene mayor sentido esforzarse por demostrar que el principio de legalidad penal es aplicable también fuera del Derecho penal material (como por ejemplo en el Derecho procesal penal),[54] pues simplemente no es cierto que sólo esta reserva de ley específica puede ser fuente de mandatos y prohibiciones (suficientemente) *fuertes* en torno a la forma y al contenido de las leyes restrictivas de derechos fundamentales.[55]

3. El plano fáctico: la jurisprudencia constitucional alemana respecto a la forma y contenido de las leyes restrictivas de derechos fundamentales

Sin perjuicio de todo lo dicho hasta aquí en el nivel prescriptivo, resulta interesante constatar que, en el plano de los hechos, para la jurisprudencia constitucional alemana las prohibiciones de retroactividad y de analogía contraindividual, así como los mandatos de determinación y de proporcionalidad, tienen vigencia, en efecto, en todo contexto jurídico en el que se pretenda restringir un derecho fundamental, sea aquel penal-material o no, y *sin divergencias de importancia* según se trate de uno u otro contexto. Es decir, más allá de que el propio TCF alemán considere que las condiciones respecto de las leyes restrictivas de derechos deben ser más estrictas si derivan del principio de legalidad penal que si se infieren del principio general de reserva de ley, lo cierto es que la estrictez que en concreto exige incluso en este último caso es suficiente para considerar adecuadamente protegidos a los derechos fundamentales —en cuanto a la exigencia de base legal para justificar su restricción— también en ámbitos ajenos al del Derecho penal material. Esto podrá comprobarse con algún detalle a continuación.

En efecto, más allá de las distinciones en la formulación y de la diferenciación que corresponde en el plano normativo, lo cierto es que, *de hecho* y en términos generales, el TCF alemán no muestra mayor flexibilidad (o por lo menos no lo suficientemente relevante) en sus exigencias formales y de contenido para con las leyes y la jurisprudencia no penales en comparación con la que exhibe para con las leyes y los fallos penales. La importancia de esta constatación radica en que permite demostrar que *es practicable* la conclusión normativa obtenida

[54] Así también BÄR, *supra* nota 26, pp. 121 ss.
[55] En contra, aparentemente, JÄGER, *supra* nota 27, p. 622.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

más arriba, en el sentido de que no sólo del principio de legalidad penal, sino también del principio general de reserva de ley pueden inferirse, al respecto, mandatos y prohibiciones *fuertes*, al menos lo suficientemente fuertes como para neutralizar de un modo efectivo al exceso estatal en ámbitos jurídicos ajenos al del Derecho penal material. Y si ello es así, estaría claro que sostener que en el Derecho procesal penal la fuente constitucional de tales mandatos y prohibiciones es el principio general de reserva de ley, y no el principio de legalidad del Derecho penal material, no traería aparejado ningún déficit de protección constitucional.[56]

Por otra parte, cabe decir que el punto de vista que aquí se considera correcto es, además, teóricamente preferible, porque con él se ahorra un paso argumentativo:[57] la validez del principio general de reserva de ley en el Derecho procesal penal surge del propio carácter general de dicho principio, que por tanto lo torna válido en todo el sistema normativo en el que rige, salvo que quede excluido en virtud del principio de *lex specialis*. Si, en cambio, se pretende sostener que el principio de legalidad del Derecho penal material —que no tiene carácter general— rige también en el Derecho procesal penal, es necesario desarrollar un argumento para demostrar que ello es así, atento, precisamente, al evidente anclaje *específico* que tiene dicho principio en el Derecho penal material *stricto sensu*.

Este último es, de hecho, el camino que ha seguido una parte minoritaria de la doctrina en Alemania.[58] Pero, como luego se procurará demostrar con más detalle, se trata de un camino que no sólo choca con la dificultad *práctica* de tener a la doctrina y jurisprudencia absolutamente dominantes en contra (en términos *teóricos* es claro que esto no constituye problema alguno), sino que, además y fundamentalmente, se ve obligado a argumentar de un modo evidentemente forzado, como enseguida se podrá comprobar con más detalle, y por tanto con poca fuerza de convicción.[59]

[56] Y si es así en Alemania, no hay ninguna razón para que ello sea diferente en Argentina, pues la situación normativa es muy similar en ambos países.

[57] La mayor simplicidad de una teoría la torna preferible frente a alternativas más complejas, siempre que la simplicidad no importe un déficit en la precisión: cf., entre muchos, ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 30.

[58] Cf., entre otros, JÄGER, *supra* nota 27, pp. 619 ss. En Argentina ha optado por esa línea PASTOR, *supra* nota 38, pp. 807 s.; "Prohibición de la aplicación retroactiva de normas penales sustantivas, adjetivas y ambivalentes", en *La Ley*, 2002-B, pp. 682 ss.; también yo, en otro lugar, cuando formulé sólo intuitivamente el problema a investigar en este trabajo (cf. PÉREZ BARBERÁ, "Nuevas tecnologías y libertad probatoria en el proceso penal", en *Nueva Doctrina Penal*, 2009/A, pp. 271 ss).

[59] Así también DÍAZ, *Aplicación de la ley procesal penal en el tiempo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, p. 46 y *passim*.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Como ya se adelantó, en el plano extrapenal no existe ni un vacío ni una merma normativa que obligue al esfuerzo teórico de demostrar que también allí rige el principio de legalidad del Derecho penal material. El principio general de reserva de ley, cuya vigencia también fuera del Derecho penal no admite dudas, cumple perfectamente las funciones que pretenden atribuirse al principio de legalidad penal.[60] Frente a ello —y por las demás razones que luego se darán—, no cabrá entonces sino concluir que es el principio general de reserva de ley, y no el principio de legalidad penal, la fuente constitucional de la que corresponde inferir, para el Derecho procesal penal y demás ramas del derecho ajenas a la estrictamente penal-material, las prohibiciones de retroactividad y de analogía contraindividual, y los mandatos de determinación y de proporcionalidad. Pero véase ahora qué ha dicho concretamente el TCF en relación con los corolarios que se infieren de ambas reservas de ley.

a) La prohibición de retroactividad contraindividual

En jurisprudencia constante, el TCF ha sostenido que la prohibición de la validez retroactiva de leyes (no penales) gravosas para el individuo se fundamenta, directamente, en la necesidad de protección de la confianza del ciudadano en las leyes y en el valor de la seguridad jurídica, que se infieren a su vez, fundamentalmente, del principio del Estado de derecho.[61] En tal sentido, el tribunal sostiene que los actos del poder público que importan una injerencia gravosa para el ciudadano en sus derechos constitucionales deben estar sujetos, en lo que respecta a su validez en el tiempo, a "límites estrictos".[62] Para concretizar esos límites, el TCF diferencia entre retroactividad propia e impropia.[63] Se da una retroactividad propia cuando el legislador modifica, en perjuicio del particular, un estado de cosas ya definitivo generado por una legislación anterior.[64] Una retroactividad impropia, entretanto, tiene lugar cuando el legislador modifica, en perjuicio del particular, un estado de cosas no definitivo, porque su desarrollo está aún en curso al momento de dictarse la nueva ley.[65]

Según el TCF alemán, la retroactividad propia está en principio prohibida, pero esa prohibición admite excepciones, fundamentalmente en virtud de consideraciones de bien común

[60] Cf. nuevamente BÄR, *supra* nota 26, pp. 121 ss.
[61] Cf. JARASS, *supra* nota 28, n.º m. 67.
[62] Cf. BVerfGE 63 (1983), pp. 343 ss. (pp. 356 s.); 67 (1984), pp. 1 ss. (p. 14).
[63] Cf. por ejemplo BVerfGE 25 (1969), pp. 269 ss. (p. 290).
[64] Cf. BVerfGE 114 (2005), pp. 258 ss. (p. 300).
[65] BVerfGE 123 (2009), pp. 186 ss. (p. 257).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que por su urgencia y gravedad quepa considerar prevalecientes.[66] Por su parte, la retroactividad impropia está en principio permitida, sin perjuicio de que, excepcionalmente, corresponda prohibirla.[67] Así, por ejemplo, una ley que cambia los parámetros de cálculo de una deuda impositiva no puede ser aplicada retroactivamente a una deuda tributaria ya determinada al momento de la promulgación de la reforma, pues ello constituiría una aplicación retroactiva propia. Por el contrario, una nueva regulación relativa a una situación contaminante del ambiente que está en curso al momento de la nueva ley puede ser aplicada a ese estado de cosas, pues ello constituiría una aplicación retroactiva impropia.[68]

Con respecto a la prohibición de retroactividad —siempre *in malam partem*— relativa a leyes *penales* (CA, art. 103 II), se afirma que ella constituye un caso especial de la prohibición general de retroactividad contraindividual (que se infiere por su parte del art. 20.III CA).[69] Según el TCF, la diferencia principal entre una y otra reside en que la prohibición de retroactividad penal es *absoluta*,[70] mientras que la prohibición general de retroactividad es relativa, tal como lo muestran las excepciones asumidas como posibles, indicadas en el párrafo anterior. Esto constituye, como es fácil advertir, una clara manifestación de que el TCF acuerda con la tesis de que la prohibición de retroactividad derivada de la reserva de ley penal *debe ser* más estricta que la prohibición de retroactividad derivada de la reserva de ley general.

Pero ya se demostró que eso sólo puede significar que, precisamente por esa mayor estrictez, la prohibición de retroactividad derivada del *nullum crimen sine lege* deba regir únicamente en el ámbito jurídico más gravoso para el individuo, que es obviamente el del Derecho penal material. Claro que, por lo mismo, bien podría inferirse que, en realidad, para el TCF la prohibición de retroactividad sólo es fuerte en tanto derive de la reserva de ley penal. Sin embargo, tanto la doctrina como el propio tribunal sostienen que hasta la prohibición de retroactividad *penal* puede admitir excepciones, por lo que, en definitiva, no se observa una diferencia sustancial relevante entre la fuerza de una y otra prohibición.

[66] Cf. BVerfGE 101 (1999), pp. 239 ss. (p. 263).
[67] Ibídem.
[68] Sobre todo esto cf. JARASS, *supra* nota 28, n.º m. 68.
[69] Cf. PIEROTH, "Art. 103", en *GG-Jarass/Pieroth*, 11.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011, n.º m. 53; DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 363.
[70] Cf. BVerfGE 95 (1996), pp. 96 ss. (p. 131); PIEROTH, *supra* nota 69, n.º m. 53; DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 363.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Así, por ejemplo, en la doctrina constitucional se afirma que la afectación a cualquiera de los corolarios del principio de legalidad penal —incluida la prohibición de retroactividad— puede ser justificada, en casos de colisión, mediante ponderación con otras normas constitucionales (*Rechtsfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht*),[71] como de hecho ha sucedido con la resolución del TCF relativa al caso de los disparos efectuados por soldados de la ex República Democrática Alemana en contra de personas que intentaban violar las normas relativas al muro de Berlín.[72] La doctrina constitucional se ha expresado críticamente respecto a esta sentencia del TCF, pero está de acuerdo con el principio de que, excepcionalmente, la prohibición de retroactividad penal puede ser dejada de lado en casos de colisión con otros derechos constitucionales.[73]

Queda claro pues que, pese a que la prohibición de retroactividad es realmente la consecuencia más estricta del principio de legalidad penal[74] (pues admite un nivel de flexibilidad muy inferior al que soportan las otras consecuencias), lo cierto es que, no obstante, tolera excepciones, y en consecuencia ni siquiera este corolario es suficientemente diferente en su fuerza prohibitiva al que se infiere del principio general de reserva de ley respecto a la validez retroactiva de leyes no penales. Por otra parte, se ha visto que la prohibición general de retroactividad es lo suficientemente fuerte como para conducir a invalidaciones legislativas reales y concretas, tal como lo ha resuelto el TCF en numerosos supuestos de retroactividad propia. Hasta el TSF ha considerado al principio general de reserva de ley (e incluso a un principio aun más general como el del Estado de derecho) como fuente normativa suficiente para prohibir, en determinados casos, la retroactividad contraindividual en ámbitos ajenos al Derecho penal material.[75]

Es más: hasta una posición que sostenga la tesis fuerte de que en el proceso penal rige *en general* una prohibición de retroactividad de la ley procesal más gravosa[76] (lo que parece dudoso frente a disposiciones sólo bagatelarias en términos de afectación a derechos fundamentales,[77] entre las que cabría incluir ciertamente a las de mero trámite pero *no sólo* a ellas) tendría su mejor apoyo en la concepción aquí defendida, conforme a la cual tal prohibición se deriva de un principio general de reserva de ley. Sostener que su base constitucional no es el principio de

[71] Así PIEROTH, *supra* nota 69, n.º m. 54.
[72] Cf. BVerfGE 95 (1996), pp. 96 ss. (p. 133).
[73] Cf. PIEROTH, *supra* nota 69, n.º m. 54.
[74] Cf. SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, pp. 6, 8; DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 360, p. 227.
[75] Cf. BGHSt 46 (2001), pp. 310 ss. (pp. 318 s.).
[76] Así DÍAZ, *supra* nota 59, *passim*.
[77] Expongo la fundamentación de este punto de vista en el trabajo citado en nota al pie n.º 1.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

legalidad penal[78] es, claramente, un acierto. Pero afirmar que esa base reside en la garantía del debido proceso legal[79] pasa por alto que es la reserva de ley, y no la garantía del debido proceso, la que establece los requisitos formales y materiales de cómo debe ser esa *ley* procesal (a saber: previa, cierta, estricta, escrita y proporcional) para que el proceso en cuestión sea el "debido". Y esa reserva de ley es, en este caso, la que viene impuesta por el principio general de reserva de ley.

Visto *in totum*, el proceso legal que impone la Constitución como previo a la pena funciona ciertamente como un límite al Estado, pero también —de esto ya no se duda— como una restricción a derechos fundamentales del individuo. Pues bien, para que esa restricción no sea abusiva (es decir, para que no sea retroactiva, ni indeterminada, ni desproporcionada, etc.) se requiere una garantía de segundo orden que tenga por función, precisamente, imponer "restricciones a las restricciones" de primer orden.[80] Y en la dogmática de los derechos fundamentales esa función de segundo orden le corresponde siempre a una reserva de ley. Que en este caso no pueda ser la reserva de ley especial del Derecho penal material la que imponga tales restricciones a la restricción en la que consiste el proceso penal no impide que sí deba serlo la reserva de ley general del art. 20.III de la CA o del art. 30 de la CADH.

Por lo demás, al ser esta reserva de ley general normativamente menos estricta que la del Derecho penal material (aunque muy eficaz como protectora de derechos), ella casa mejor con un ámbito como el del Derecho procesal penal, en el que, de modo similar a lo que sucede en el derecho administrativo, existen ciertamente injerencias estatales muy gravosas para diferentes derechos fundamentales, pero no todas lo son, y por tanto no todas tienen que estar sujetas a una reserva de ley (particularmente no las que son meras bagatelas, ni tampoco, con independencia de su gravedad, las que no pueden ser caracterizadas como "injerencias estatales en sentido clásico").[81] Y esta conclusión es, a su vez, la que casa mejor con la intuición, a mi juicio acertada,

[78] Así DÍAZ, *supra* nota 59, pp. 46 s., 59 s.
[79] Ídem, p. 61.
[80] Con la expresión "restricciones a las restricciones" (*Schranken-Schranken*) se hace referencia, en la dogmática alemana de los derechos fundamentales, precisamente a las exigencias que, para una ley restrictiva de derechos fundamentales, derivan del principio general de reserva de ley. Véase al respecto PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 11, pp. 358 ss.; "Dogmática de los derechos fundamentales", en RIVERA, Julio C. (h.)/ELIAS, José/GROSMAN, Lucas/LEGARRE, Santiago (comps.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. I, pp. 81 ss.
[81] Doctrina dominante en Alemania. Cf., entre otros, JARASS, *supra* nota 28, comentario previo al art. 1, n.º m. 29; MANSSEN, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 8.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011, n.º m. 132; ECKHOFF, *Der Grundrechtseingriff*, Colonia, Carl Heymann, 1992, pp. 252 ss., con más referencias doctrinarias y jurisprudenciales. Me ocupo detalladamente

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de que, en materia procesal penal, es correcto que algunas disposiciones estén sujetas a una prohibición de retroactividad, pero que es irrazonable que *todas* lo estén.

Todo ello muestra, en fin, que la prohibición de retroactividad general —esto es, la que deriva del principio general de reserva de ley— tiene fuerza suficiente para proteger derechos individuales de manera efectiva en ámbitos ajenos al del Derecho penal material, y que, por tanto, no es necesario acudir al aun más estricto corolario penal —destinado en rigor únicamente al Derecho penal material— para hacer valer una prohibición de retroactividad en —por caso— el Derecho procesal penal. Si ello es así con el mandato de *lex praevia* —que, como se dijo, es el más fuerte y estricto de los corolarios del principio de legalidad penal—, mucho más aun lo será con los otros tres mandatos, como podrá comprobarse a continuación.

b) El mandato de determinación

En lo que atañe a la cuestión de su *fuerza* normativa, el corolario *lex certa* constituye el polo opuesto al de *lex praevia*. En tanto este último constituye el núcleo central de toda reserva de ley,[82] y admite por tanto escasas excepciones, el mandato de determinación, por el contrario, es el que más flexibilidad ha tolerado en la praxis, tanto en la del Derecho penal como en la de las demás áreas jurídicas. Es en su ámbito de aplicación, pues, en donde con más claridad se aprecia que no hay mayores diferencias entre lo que prescribe el TCF para las leyes en general y para las leyes penales en particular.

La formulación tradicional del mandato general de determinación[83] ha sido plasmada por el TCF con las siguientes palabras: "el principio de determinación exige que una autorización legal al

del punto en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 80, pp. 81 ss. (publicado primero en Alemania como "Die Dogmatik des Grundrechtseingriffes aus strafrechtlicher Sicht", en *FS-Imme Roxin*, Heidelberg/Múnich/Landsberg/Frechen/Hamburg, C.F. Müller, 2012, pp. 29-42).

[82] Así SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, p. 6, aunque en referencia únicamente al principio de legalidad penal.

[83] La doctrina constitucional alemana distingue entre el mandato general de determinación, el mandato de determinación del principio general de reserva de ley y el mandato de determinación del principio de legalidad penal. Según ese parecer, el primero se infiere directamente del principio del Estado de derecho, y los otros dos de las reservas de ley respectivas (la general y la especial del Derecho penal), que tienen su fundamento a su vez en el principio del Estado de derecho. Dado que esto conduce a problemas de diferenciación entre el mandato general de determinación y el mandato de determinación del principio general de reserva de ley, la doctrina intenta salir del paso, algo dubitativamente, sosteniendo que el primero vale para todas las resoluciones que puedan considerarse leyes en sentido material, y el segundo —en tanto deriva de la reserva de Parlamento— únicamente para las leyes en sentido formal (sobre todo esto cf. JARASS, *supra* nota 28, n.º m.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Poder Ejecutivo para la realización de actos administrativos sea, respecto de su contenido, finalidad y extensión, suficientemente determinada y delimitada, de modo tal que el accionar de la administración sea mensurable y, para el ciudadano, en cierta medida previsible y calculable".[84] Los constitucionalistas alemanes advierten sin embargo enseguida que la concretización de esa exigencia es, en la práctica, muy cauta.[85] En efecto, según la jurisprudencia constitucional alemana, el mandato general de determinación debe adaptarse, ante todo, a las particularidades de cada ámbito de regulación y al fin de la norma de que se trate,[86] y son admisibles, además, los conceptos jurídicos indeterminados o necesitados de interpretación.[87]

En el Derecho penal material el panorama es muy similar: allí la doctrina advierte que incluso en esta área del derecho, en la cual el mandato de determinación debería ser particularmente estricto, lo que prima, en cuanto a su cumplimiento, es la flexibilidad, sea porque el legislador quiere expresamente mantener indeterminada a una situación jurídica en particular (como por ejemplo cuando emplea expresiones como "en defensa del orden jurídico"), sea porque, por problemas de lenguaje, no puede determinarla con mayor precisión.[88] Se admite, además, que en el Derecho penal existe una suerte de "necesidad de vaguedad" (por ejemplo para determinar la pena), pues de lo contrario los jueces no podrían resolver cada caso conforme a sus características específicas. El mandato de determinación, en consecuencia, no exigiría precisión a cualquier precio, sino un "enlace entre precisión y flexibilidad".[89]

Se propone, por tanto, que el mandato de determinación —en el Derecho penal material— no sea entendido como el aseguramiento de un *resultado* legal, sino de un *programa* legislativo, pues los conceptos jurídicos, salvo escasas excepciones, no son precisos.[90] El legislador, por su parte, se ha aprovechado al máximo de estas limitaciones del mandato de determinación, llegando a provocar indignación en la doctrina. Así, hace ya varios años SCHÜNEMANN sostenía que "apenas puede creerse" la manera en que la legislación se ha desentendido de este mandato, delegando de hecho en la jurisprudencia, a través de fórmulas vacías en las leyes, lo que en rigor aquella debería

57). Toda esta confusión es producto, en rigor, del error de no derivar el mandato general de determinación del principio general de reserva de ley, como ya lo he señalado con anterioridad.

[84] BVerfGE 56 (1981), pp. 1 ss. (p. 12); 110 (2004), pp. 33 ss. (pp. 53 s.).

[85] Cf. JARASS, *supra* nota 28, n.° m. 58.

[86] Cf. BVerfGE 103 (2001), pp. 332 ss. (p. 384).

[87] Cf. BVerfGE 110 (2004), pp. 33 ss. (pp. 56 s.).

[88] Cf. HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.° m. 16 s.

[89] Así HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.° m. 18 s.

[90] HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.° m. 20.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

haber determinado con más precisión.[91] Y esa flexibilidad ha sido, por lo general, avalada por la jurisprudencia constitucional, que se ha pronunciado a favor de la utilización de cláusulas generales y de conceptos indeterminados también en materia penal.[92]

La conclusión es obvia: tampoco en lo que se refiere al mandato de determinación es necesario —por razones vinculadas a su fuerza vinculante— acudir a la reserva de ley específica del Derecho penal material para fundamentar que dicha exigencia sea respetada de modo adecuado en el marco del Derecho procesal penal, cuando se trate de normas (procesales) que pueden afectar derechos individuales de carácter fundamental. El mandato general de determinación que se infiere del principio general de reserva de ley tiene, como se ve, casi la misma fuerza (y la misma debilidad) vinculante que el específico que deriva del principio de legalidad penal.

c) La prohibición de analogía contraindividual

En Alemania, en el ámbito del derecho constitucional el principio es el siguiente: en términos generales no puede rechazarse una aplicación analógica de la ley. Pero cuando se trata de actuaciones estatales que aunque no sean de naturaleza penal pueden no obstante importar una afectación (una injerencia) en derechos individuales de carácter fundamental, corresponde inferir del principio general de reserva de ley una prohibición de analogía para proteger eficazmente a esos derechos, es decir, una prohibición *general* (y no sólo penal) de analogía *in malam partem* o contraindividual.[93]

Así, por ejemplo, el TCF consideró inconstitucional —por ser vulneratoria de esta prohibición— la decisión jurisprudencial de instancias inferiores de suplir la ausencia de regulación legislativa con relación a una materia completa (en este caso la relativa al Derecho penal de niños y adolescentes) con aplicaciones analógicas de la ley penitenciaria, para lo cual tomó especialmente en cuenta que la materia carente de regulación legal específica se relacionaba en forma directa con numerosas garantías individuales de rango constitucional.[94] Y lo interesante

[91] Cf. *supra* nota 36, p. 6.
[92] Ídem, pp. 6 y 7, con las pertinentes referencias jurisprudenciales; cf. además BVerfGE 92 (1995), pp. 1 ss. (p. 12); 96 (1997), pp. 68 ss. (pp. 97 s.).
[93] Cf. SACHS, "Art. 20", en *GG-Sachs,* 6.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011, n.º m. 121.
[94] Cf. BVerfGE 116 (2006), pp. 69 ss. (pp. 82 s.).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del caso es que, para fundar esa prohibición de analogía, el TCF no acudió sólo al principio de legalidad penal (por considerarlo aplicable también en el ámbito de las sanciones disciplinarias), sino que dejó abierta la posibilidad de que pueda acudirse, asimismo, al principio general de reserva de ley, en tanto consideró que esa aplicación analógica era, en definitiva, contraria al "sentido y al fin de la reserva de ley" (en general).

En efecto, a partir del desarrollo, en la jurisprudencia constitucional alemana, del estándar de lo esencial,[95] conforme al cual el principio general de reserva de ley es entendido en el sentido de que las decisiones esenciales deben quedar exclusivamente en manos del legislador, el TCF ha dejado en claro que, en supuestos de conflicto (que el tribunal no duda en considerar "esenciales") entre el Estado y un particular en el que un derecho fundamental de éste puede resultar afectado por la actividad de aquél, si falta una regulación legal que pueda a su vez ser calificada como esencial, no puede ser suplida por los jueces.[96] Pues bien, ello constituye una evidente limitación a la analogía contraindividual en materia no penal que es derivada por el TCF directamente del principio general de reserva de ley.

En el Derecho penal material, por su parte, se ha considerado que la prohibición de analogía *in malam partem* es, en verdad, una prolongación hacia el juez del mandato de determinación, dirigido en primera línea al legislador.[97] Si ello es así —y hay buenas razones para tener por acertada a esa consideración—,[98] entonces poco lugar queda para el optimismo en lo que atañe al respeto que la prohibición de analogía ha de encontrar en la praxis penal. Pues las razones justificadas —y las no justificadas— que conducen al legislador a no respetar adecuadamente el mandato de determinación (ya explicitadas más arriba) son en parte las mismas que hacen que los jueces penales no respeten lo suficiente la prohibición de analogía contra reo. Los ejemplos de la jurisprudencia alemana, en ese sentido, sobran,[99] y también los de la jurisprudencia argentina.[100]

[95] Véase al respecto PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 2, pp. 389 ss.
[96] Cf. BVerfGE 84 (1991), pp. 212 ss. (p. 226); 88 (1993), pp. 103 ss. (p. 116).
[97] Así HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.° m. 70, p. 186.
[98] Verlas en HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, ibidem.
[99] Véase un listado muy exhaustivo de ejemplos en HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.° m. 92.; para la época de mediados del siglo pasado, considerada mucho mejor que la actual en lo que atañe al respeto a los corolarios del principio de legalidad penal, véase no obstante la enérgica crítica de SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, en particular respecto de la prohibición de analogía, con las pertinentes referencias jurisprudenciales.
[100] Recuerdo que en la Cámara de Acusación de Córdoba, que integré hasta hace poco, se consideró por ejemplo —por mayoría— "arma" a un camión, y también a una piedra —arrojada— de 8 cm de diámetro; y se consideró "arma blanca" a un cuchillo de cocina tipo "Tramontina". En los tres casos voté en disidencia.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Si se pretende una protección efectiva de los derechos fundamentales en áreas ajenas al Derecho penal material, no parece alentadora, pues, la perspectiva que ofrece la prohibición de analogía contraindividual cuando es derivada del principio de legalidad penal. O al menos no es mejor esa perspectiva que la que cabe esperar de una inferencia de la misma prohibición a partir del principio general de reserva de ley. Cabe entonces preguntarse: ¿es realmente más fuerte en la praxis, de modo relevante, la prohibición de analogía contraindividual si se infiere del principio de legalidad penal que si se infiere del principio general de reserva de ley? La respuesta, conforme a lo visto, no puede ser sino negativa. Así, si está claro que la reserva de ley general, precisamente por ser de validez general, tiene vigencia también en el Derecho procesal penal, y que sobre ese punto hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia,[101] es obvio entonces que tampoco en relación con la prohibición de analogía contraindividual tiene sentido esforzarse por demostrar (dado que en esto no hay consenso doctrinario ni jurisprudencial) que en ámbitos diversos al Derecho penal material como el señalado es de la reserva de ley penal —y no de la reserva de ley general— de donde debe derivarse dicha prohibición.

d) El mandato de proporcionalidad

A mi juicio, es el examen de este mandato el que inclina la balanza en forma definitiva a favor de que la reserva de ley que debe regir —y que además es conveniente que rija— en ámbitos ajenos al Derecho penal material (y en particular en el derecho probatorio del Derecho procesal penal) es la reserva de ley general, y no la del Derecho penal material. Pues si hay una exigencia que debe plantearse en primera línea a las leyes procesales que autorizan medidas (de coerción, probatorias, etc.) que importan afectaciones a derechos individuales de carácter fundamental (además de a las medidas en sí que se dicten en función de esas leyes), esa exigencia es la de proporcionalidad.[102] Y lo cierto es que ella, en el Derecho penal material, no tiene —al menos todavía— un anclaje firme, y ni siquiera se la considera un corolario del principio de legalidad penal (aunque debería, como se demostró más arriba). Con relación al mandato de proporcionalidad, por tanto, hasta el momento es poco y nada lo que ha hecho la praxis alemana a partir de la reserva de ley específica del Derecho penal material (lo mismo vale, por cierto, para

[101] Cf., por todos, RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 18; BVerfGE 47 (1978), pp. 239 ss. (p. 248).
[102] El vasto desarrollo de esta exigencia en el ámbito de otras medidas procesales restrictivas de derechos fundamentales, como la prisión preventiva por ejemplo, constituye una muestra del acierto de esta afirmación. Cf. además, por todos, RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 68 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Argentina), y es por el contrario mucho lo que ha logrado tomando como punto de partida a la reserva de ley general.

En efecto, el mandato de proporcionalidad (que también cabe considerar como derivado o corolario directo del principio general de reserva de ley) tiene en el derecho constitucional alemán —y tanto en la doctrina como en la jurisprudencia— un desarrollo, una tradición y una aceptación vastísimos, que de ninguna manera ha logrado alcanzar su paralelo en el Derecho penal material, salvo para algunos supuestos aislados y, por lo demás, con menor fuerza garantizadora que la que ha podido lograrse a partir, por ejemplo, del principio de culpabilidad.[103]

En Alemania, todos los manuales y tratados de derecho constitucional y todos los comentarios a la Constitución dedican un amplio espacio al tratamiento del mandato (o del principio) de proporcionalidad, y muchas veces él constituye *el* argumento a partir del cual el TCF alemán soluciona los casos en los que se cuestiona la conformidad constitucional de una ley o de una medida restrictiva de derechos fundamentales.[104] Existe incluso hasta una dogmática específica de la exigencia de proporcionalidad dentro de la dogmática general de los derechos fundamentales, con categorías fijas que guían el análisis para la solución de los casos, a saber: *idoneidad*, *necesidad* y *no excesividad* (o proporcionalidad en sentido estricto: *Übermaßverbot*) de la medida estatal cuestionada.[105] Hasta en el mismo Derecho procesal penal tiene el mandato de proporcionalidad (y ello vale también para Argentina) una importancia decisiva.[106]

En el Derecho penal material, en cambio, por lo general no se le presta demasiada atención al mandato de proporcionalidad.[107] Por lo menos no en el sentido en el que él es utilizado en el

[103] Cf. en ese sentido ROXIN, *supra* nota 24, n.º m. 58.
[104] Cf., entre otros, AULEHNER, *Grundrechte und Gesetzgebung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 50 ss.; MANSSEN, *supra* nota 81, n.º m. 178 ss., ambos con las pertinentes referencias jurisprudenciales.
[105] Cf., por todos, JARASS, *supra* nota 28, n.º m. 80 ss., 84 ss.
[106] Cf. nuevamente RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 68 ss.
[107] Cf. WEIGEND, en *FS-Hirsch*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1999, p. 917: allí advierte que la literatura jurídico-penal ha prestado muy poca atención a la jurisprudencia constitucional, en la que el TCF se ha pronunciado respecto a la proporcionalidad de las penas (cf. por ejemplo BVerfGE 6 [1957], pp. 389 ss. [p. 439]; 45 [1977], pp. 187 ss. [229 ss.]; 90 [1994], pp. 145 ss. [pp. 182 s.]). Es posible, no obstante, que ello comience a dejar de ser así. A partir de la reciente y monumental monografía de Johannes KASPAR sobre el papel de la proporcionalidad en el Derecho penal material seguramente comenzarán a aparecer nuevos trabajos que profundicen en la cuestión (cf. KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2014). Además, la también reciente sentencia del TCF sobre el incesto (TCF 120, 224 [2008]), en la que opinó que la teoría del bien jurídico debería ser reemplazada por la dogmática constitucional de la proporcionalidad, ha introducido a ésta con fuerza en la discusión penal material, aunque el

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

derecho constitucional y en el Derecho procesal penal, es decir, con el objeto de emplearlo como límite para evitar restricciones excesivas a los derechos fundamentales.[108] Para que una ley penal sea tachada de inconstitucional por prever una pena excesiva —y violar en consecuencia el principio de proporcionalidad— debe tratarse de un caso craso, que salte a la vista por lo burdo.[109] Prima, por tanto, una suerte de presunción fuerte a favor de la racionalidad del legislador en ese contexto.

En el derecho constitucional (y en especial en el referido a los derechos fundamentales), en cambio, prevalece la idea, enraizada en el denominado "principio de reparto" de Carl Schmitt, de que el ciudadano no debe dar ninguna explicación si quiere ejercer sus libertades fundamentales, mientras que el Estado sí debe ofrecer explicaciones si quiere restringirlas.[110] De allí que, en este ámbito, la discusión acerca de la proporcionalidad en sentido estricto de la ley restrictiva (esto es, de su no excesividad) alcance el primer plano de importancia, y que ello se refleje en la praxis con especial nitidez: el TCF exige realmente proporcionalidad tanto a las leyes restrictivas de derechos fundamentales como a las medidas estatales que se practican a partir de esas leyes, y para ello nunca ha partido del principio de legalidad del Derecho penal material.[111]

Esta doble función del mandato de proporcionalidad (a saber: lograr un *derecho* y una *aplicación del derecho* que sea proporcional)[112] deja en claro, por lo demás, que él tiene como destinatario no sólo a los Poderes Ejecutivo y Judicial, sino también al propio Poder Legislativo.

---

fallo, hasta ahora, ha merecido más crítica que aprobación por parte de la doctrina (cf. por todos ROXIN, GA 2013, pp. 433 ss).

[108] Una excepción es el art. 62 StGB, referido a las medidas de restablecimiento y protección. Véase no obstante la ya citada crítica de ROXIN al respecto en *supra* nota 24, n.º m. 58, pp. 94 s.

[109] En efecto: más allá de que es cierto que el TCF se ha ocupado del problema de la proporcionalidad de las penas más que la doctrina jurídico-penal, lo cierto es que en sus fallos siempre avaló al legislador, incluso en la discusión referida a la constitucionalidad de las privaciones perpetuas de libertad, que por no ser divisibles no permitirían cumplir la exigencia de que la pena debe adecuarse a la culpabilidad concreta del autor (cf. sobre esto WEIGEND, *supra* nota 107, p. 920; BVerfGE 45 [1977], pp. 187 ss. [259 ss]).

[110] Esta es, en esencia, la argumentación que emplea el TCF para referirse a la importancia del mandato de proporcionalidad. Textualmente se expresa de esta manera: "En la República Federal de Alemania, el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Él surge del principio del Estado de derecho, en verdad ya de la esencia de los propios derechos fundamentales, los cuales, como expresión del derecho general a la libertad del ciudadano frente al Estado, sólo pueden ser limitados por el poder público en la medida en que ello sea imprescindible para la protección de intereses generales" (BVerfGE 19 [1965], pp. 342 ss. [pp. 348 s.]; 61 [1982], pp. 126 ss. [p. 134], etc.: jurisprudencia constante).

[111] Cf., entre múltiples fallos, BVerfGE, 80 (1989), pp. 109 ss. (p. 120); 108 (2003), pp. 129 ss. (p. 136); 111 (2004), pp. 54 ss. (p. 82).

[112] Cf. JARASS, *supra* nota 28, n.º m. 81a.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No sólo deben ser proporcionales las medidas concretas dictadas por la administración o la jurisdicción que importen una afectación a derechos fundamentales, sino también las leyes que, *prima facie*, autorizan esas medidas. Una prueba más de la similitud estructural que tiene el mandato de proporcionalidad con las tradicionales consecuencias del principio de legalidad penal (ley previa, cierta, estricta y escrita), en el sentido de que, en definitiva, se trata siempre de mandatos o prohibiciones que vinculan tanto al legislador como al aplicador del derecho, independientemente de la intensidad de esa vinculación en cada caso.

Y ello constituye una prueba más, por tanto, de que, dogmáticamente, también el mandato de proporcionalidad es, ante todo, un corolario de la reserva de ley (sea ésta la general o alguna de las especiales, entre ellas la del Derecho penal material). Por supuesto que el mandato de proporcionalidad, indirectamente, deriva también de principios más generales como el del Estado de derecho (como lo sostiene la doctrina dominante y la jurisprudencia en Alemania), pero del que *directamente* se infiere es del principio —menos general que aquel— de reserva de ley. En el nivel más general del derecho constitucional, el mandato de proporcionalidad debe ser tenido, entonces, como una consecuencia más del principio general de reserva de ley. Y en el Derecho penal material debería ser visto como una consecuencia más del *nullum crimen sine lege*: con ello, el mandato de proporcionalidad hasta ganaría en prestigio o alcurnia dogmática, que es tal vez lo que necesita para lograr más consideración entre los penalistas.

e) La prohibición del derecho consuetudinario o de la costumbre como fuente legislativa

Como ya se anunciara, al menos en lo que se refiere al derecho *nacional* alemán (y lo mismo vale para el argentino), dada la vigencia de un sistema legislativo codificado, esta prohibición se respeta sin inconvenientes relevantes en todos los ámbitos jurídicos y tiene la misma fuerza vinculante cualquiera que sea la reserva de ley de la que sea inferida, la general o la especial del Derecho penal. No tiene sentido, por tanto, extenderse más sobre este punto.

f) Reflexión final

Para finalizar con este apartado referido al descripto plano fáctico, resulta pertinente, a mi juicio, la siguiente reflexión: incluso en una época bastante más promisoria que la actual para el principio de legalidad penal en Alemania, se preguntaba SCHÜNEMANN cómo era posible que un

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

principio con tanto prestigio teórico e ideológico como el *nullum crimen sine lege* pudiera ser tan poco respetado en la práctica, poniendo así en evidencia la enorme tensión que existe entre la formulación y la praxis en torno al principio de legalidad penal.[113] Ello, más el agravamiento ulterior de la situación, es lo que ha conducido a que, más recientemente, NAUCKE denunciara una "progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal".[114] Frente a esto, está claro que, en el nivel de la praxis, el principio de legalidad penal no parece ofrecer demasiadas seguridades en materia de contralor efectivo del poder del Estado contra el individuo, por lo que los esfuerzos por intentar demostrar su vigencia en ámbitos diversos al Derecho penal material (en especial en el Derecho procesal penal) podrían terminar siendo contrafuncionales al objetivo garantizador que se persigue.

4. Repaso de los argumentos habituales a favor o en contra de la vigencia del principio de legalidad penal en el Derecho procesal penal

Con lo argumentado hasta aquí se han obtenido fundamentos que, a mi juicio, resultan en verdad ya concluyentes para demostrar que es correcta la tesis que aquí se pretende defender, conforme a la cual es el principio general de reserva de ley —y no el principio de legalidad del Derecho penal material— el que tiene vigencia en el Derecho procesal penal. Pero, como se anunció, dicha fundamentación, para ser completa, debe tomar posición también respecto de los tópicos habituales a los que acuden la doctrina y la jurisprudencia en Alemania para tomar posición con respecto a este problema. Lo que queda por revisar, en definitiva, es si la fundamentación lograda hasta aquí puede ser refutada por alguno de esos argumentos habituales, que son los que se exponen y —críticamente— se analizan a continuación.

a) El origen histórico del principio de legalidad

Tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas acuden con especial frecuencia al argumento del origen histórico del principio de legalidad penal para fundamentar su punto de vista favorable o contrario a la posibilidad de que la vigencia de este principio se extienda al

[113] Cf. SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, p. 8.
[114] Así NAUCKE, "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado", en AA.VV, *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 531 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Derecho procesal penal.[115] Lo cierto, sin embargo, es que del análisis histórico no pueden extraerse conclusiones definitivas,[116] por lo que esta opción argumental no parece tener gravitación suficiente para refutar la tesis aquí defendida. El solo hecho de que tanto quienes están en contra como quienes están a favor de la vigencia del *nullum crimen sine lege* en el Derecho procesal penal recurran a la argumentación histórica para fundar sus respectivas tesis es un signo evidente de que, por ese camino, no se puede obtener una fundamentación concluyente a favor de ninguna de ellas.

Así, por ejemplo, a favor del carácter penal material del principio de legalidad suele sostenerse que aquél estaba ya contenido en el art. 39 de la *Magna Charta Libertatis* inglesa del año 1215, pues con la expresión "*lex terrae*" allí incluida se estaría haciendo referencia a una ley sustantiva.[117] Algo similar se predica de la *Constitutio Criminalis Carolina* del año 1532, que tendría alguna referencia al principio de legalidad.[118] Pero también se argumenta que, en verdad, la norma aludida de la *Magna Charta* sólo tendría significado procesal, lo que se comprobaría con facilidad si se tomara en cuenta su contenido completo, por lo que no sería posible encontrar en ella ni una concepción unificadora del Derecho penal con el procesal penal ni, tampoco, una receptación del principio de legalidad penal.[119] Y en cuanto a la denominada "*Carolina*", por su parte, se afirma que no contiene en verdad ningún precepto en el que pueda encontrarse alguna huella del hoy vigente principio de legalidad penal.[120]

---

[115] En cuanto a la doctrina cf., entre otros, KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlín, de Gruyter, 1983, pp. 115 s., nota al pie n.º 370; MERTENS, *Strafprozessuale Grundrechtseingriffe und Bindung an den Wortsinn der ermächtigenden Norm*, Fráncfort a.M., Peter Lang, 1996, pp. 55 s.; RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 10, p. 7; ROXIN, *supra* nota 24, n.º m. 57; DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 412 (todos ellos *en contra* de la extensión del principio de legalidad penal —en especial del mandato *lex praevia*— al Derecho procesal penal); SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, Fráncfort a.M., A. Metzner, 1976, p. 52 (también en nota al pie n.º 48); VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, Ebelsbach, R. Gremer, 1978, pp. 50 s.; Hans MAIER, *Die Garantiefunktion des Gesetzes im Strafprozeß*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1991, pp. 2 ss. (todos ellos *a favor* de la extensión del principio de legalidad —en especial del mandato *lex praevia*— al Derecho procesal penal). En cuanto a la jurisprudencia, cf. nuevamente BVerfGE 25 (1969), pp. 269 ss. (pp. 287 ss.), que acude expresamente al argumento del origen histórico para negar la extensión del principio de legalidad penal al Derecho procesal penal.

[116] De acuerdo con esto BÄR, *supra* nota 26, p. 89.

[117] Así SCHREIBER y VOLK, *supra* nota 115.

[118] Cf. PETERS, *supra* nota 42, p. 8.

[119] Cf. BÄR, *supra* nota 26, pp. 91, 98 s., con más referencias bibliográficas.

[120] Opinión dominante: la sostienen, entre otros, PFÖHLER, *Zur Unanwendbarkeit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbot im Strafprozessrecht in dogmenhistorischer Sicht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988, pp. 146 ss.; BÄR, *supra* nota 26, 89 s.; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993, p. 46.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Como consecuencia de estas refutaciones a la idea de que el principio de legalidad penal habría sido conocido ya en la Edad Media (o incluso en el derecho romano),[121] se aduce asimismo que su verdadero origen histórico estaría en la Ilustración,[122] y que si bien en FEUERBACH su fundamentación es claramente penal-material, no sucedería lo mismo en MONTESQUIEU y BECCARIA, pues el primero se habría referido a la "ley" siempre en términos generales y habría vinculado la exigencia de ley previa a razones no penales sino de teoría del Estado, en particular a lo relativo a la necesidad de la división de poderes; y el segundo simplemente habría especificado, para el Derecho penal, argumentaciones contractualistas (también de teoría del Estado, en especial las de ROUSSEAU),[123] por lo que sería claro que, en verdad, las primeras manifestaciones iluministas a favor del principio de ley previa habrían estado más vinculadas a un principio de legalidad general que a uno aplicable específicamente al Derecho penal material.

Por otra parte, más allá de una hipotética primera formulación más bien general del principio de reserva de ley (la atribuible sobre todo a MONTESQUIEU),[124] no puede negarse que, a partir de su vinculación específica al Derecho penal material por parte de BECCARIA[125] y, en especial, de FEUERBACH, es en esta área del derecho en donde se desarrollaron con especial detalle las cuatro clásicas consecuencias del principio de legalidad (mandatos de ley previa, cierta, estricta y escrita).[126] Y que fue a partir de la dogmática penal que ellas ganaron su especial prestigio en el plano teórico, debido especialmente a la recepción amplia que tuvo el *nullum crimen* en la legislación estrictamente penal del siglo XIX,[127] y del consecuente desarrollo teórico llevado a cabo por el propio FEUERBACH, principalmente,[128] a quien se debe, como es sabido, su formulación latina: *nullum crimen sine lege*.[129] Es decir: el anclaje fuerte del principio de legalidad

[121] Cf. PFÖHLER, *supra* nota 120, pp. 104 s.; BÄR, *supra* nota 26, p. 89. DANNECKER, por el contrario, sostiene que, al menos en los últimos tiempos de la República, el derecho romano conoció una prohibición de retroactividad en materia penal: cf., *supra* nota 120, p. 33. Pero el análisis que efectúa PFÖHLER de las fuentes romanas contradice en forma contundente esta opinión de DANNECKER.

[122] En esto sí hay amplio consenso en la doctrina: cf., por todos, SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, pp. 1 ss.

[123] Cf. sobre todo ello BÄR, *supra* nota 26, pp. 91 ss., 98 ss.; *supra* nota 120, pp. 80 ss.

[124] Cf. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Altaya, 1993 [1750], libro XI, pp. 113 ss.

[125] Cf. BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III, 2015 [1764], capítulo 3, p. 21.

[126] Cf. SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, p. 3, que señala en verdad cinco consecuencias, con numerosas referencias bibliográficas sobre el desarrollo posterior de ellas.

[127] Cf. SCHREIBER, *supra* nota 115, 118 ss.; BÄR, *supra* nota 26, pp. 93 ss.; DANNECKER, *supra* nota 120, pp. 112 ss.

[128] Cf. v. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.ª ed., Giessen, Heyer's, 1847, reimpresión de la 14ª ed, Aalen, a cargo de Scientia, 1973, pp. 15 ss.; cf. más referencias bibliográficas en PFÖHLER, *supra* nota 120; BÄR, *supra* nota 26, pp. 94 s.; DANNECKER, *supra* nota 120, pp. 112 ss.

[129] Cf., por todos, ESER/HECKER, "§ 1", en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2010, n.º m. 1.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

únicamente en el Derecho penal material que predica la doctrina dominante tampoco es, ni histórica ni dogmáticamente, arbitrario.

Entonces, si a la cuestión del *origen* histórico (bastante dudosa) se le suma lo relativo a su *desarrollo* histórico-dogmático, *podría* decirse que hay más a favor de la tesis favorable a que el principio de legalidad, tal como hoy se lo conoce, en términos históricos está vinculado más al Derecho penal material que al derecho constitucional o a la teoría del Estado en general.[130] Por lo demás, lo que sería seguro según algunas investigaciones históricas es que el principio de legalidad penal (en especial la prohibición de retroactividad) no tuvo ninguna vigencia *en el Derecho procesal penal* en ninguno de los períodos a los que suele vincularse su origen, esto es, ni en el derecho romano, ni en el Derecho penal alemán de los siglos XVI y XVII, ni en la Ilustración,[131] aunque esa misma conclusión es negada por otras investigaciones del mismo carácter, y con equivalente plausibilidad.[132]

Como sea, está claro que la argumentación fundada en la cuestión del origen o del desarrollo histórico es débil, pues, en cualquiera de sus posicionamientos, deja abiertos gruesos flancos a favor del punto de vista divergente, y en consecuencia no resulta del todo segura o confiable. Dicha argumentación apoya, ciertamente, el punto de vista que aquí se defiende, pero éste no pretende apoyarse en aquélla, o al menos no en forma dirimente, precisamente por las flaquezas de las que adolece. Con todo, sí es importante destacar que, tal como surge a mi juicio con claridad de lo demostrado en este lugar, el llamado argumento del origen histórico al menos no se opone —y ciertamente no refuta— la posición que aquí se considera acertada, en el sentido de que el *nullum crimen sine lege* sólo tiene aplicación en el Derecho penal material.

b) La formulación literal del principio de legalidad penal en Alemania

Otro argumento al que la doctrina dominante y la jurisprudencia recurren casi siempre para fundamentar su convicción de que el principio de legalidad penal *no es extensible* en Alemania al Derecho procesal penal, es el referido al tenor literal de su formulación, en particular al vocablo

[130] Algo similar concluye BÄR, aunque con una argumentación bastante extraña: "dado que junto a las raíces de teoría del Estado también debe ser tomada en cuenta la derivación jurídico-penal, el principio de legalidad debe quedar limitado al derecho material" (?) (*supra* nota 26, p. 102).
[131] Cf. PFÖHLER, *supra* nota 120, pp. 103 ss., 212 s., 222.
[132] Cf. especialmente SCHREIBER, *supra* nota 115, pp. 52, 57 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"punibilidad": "un hecho sólo puede ser penado si su *punibilidad* está ya determinada por ley con anterioridad a su comisión" (CA, Art. 103.II, CP alemán, § 1). Como ya fuera explicado, el término en cuestión, según esa opinión mayoritaria, restringiría la aplicación del principio únicamente al Derecho penal material.[133] Este punto de vista merece recibo: el tenor literal de la formulación del principio en la CA y en el CP alemán es muy claro. Pues la única "punibilidad" que puede estar "*legalmente determinada*" es, precisamente, aquella que establece que un hecho es, *según la ley*, punible.[134]

Por supuesto que el proceso penal es lo que hace posible, *desde un punto de vista fáctico*, que un hecho sea finalmente declarado punible, y que en tal sentido se lo puede ver también a él como una condición necesaria de la "punibilidad", así entendida.[135] Pero, conforme a la formulación alemana, está claro que la vigencia del principio de legalidad penal en un determinado ámbito jurídico no se decide en función de condiciones necesarias de carácter fáctico para una declaración de punibilidad en un caso concreto (i.e., en un caso individual), sino, únicamente, en función de qué es lo que en abstracto y de modo general torna *jurídicamente* (y no: judicialmente) punible a una determinada clase de conducta (esto es, a un caso genérico),[136] que no es otra cosa que la *ley penal* o, más precisamente, las normas del Derecho penal material.

No puede dejar de reconocerse, sin embargo, que, en tanto la finalidad sea *favor rei*, no existen por principio inconvenientes en intentar una interpretación extensiva de la ley, que intente superar aparentes límites gramaticales. Precisamente por eso se considera aquí que este argumento del tenor literal, aunque favorece la posición aquí defendida, no es determinante, y de allí que se lo considere recién en este lugar. Pero tampoco puede dejar de tenerse presente que, como fuera ya indicado, esa clase de esfuerzos interpretativos —que en un punto son forzados precisamente por su falta de apego al tenor literal de la ley— sólo tienen sentido en la medida en

[133] Cf., entre muchos otros, RUDOLPHI, *supra* nota 2, n.º m. 10; ROXIN, *supra* nota 24, n.º m. 57; DANNECKER, *supra* nota 25, n.º m. 412; SCHMITZ, *supra* nota 21, n.º m. 12, 17. En cuanto a la jurisprudencia, cf. BVerfGE 24 (1968), pp. 33 ss. (p. 55); 25 (1969), pp. 269 ss. (pp. 287 ss.); BGHSt 20 (1964), pp. 22 ss. (p. 27); 26 (1976), pp. 288 ss. (p. 289).

[134] Tiene razón por tanto el TCF cuando sostiene que "la punibilidad de un hecho es condición previa necesaria de su perseguibilidad", y que "por la (no) punibilidad se suprime la perseguibilidad, pero, por el contrario, por la (no) perseguibilidad no se suprime la punibilidad", en el sentido de que cuando se comete un hecho que es legalmente punible, el hecho en cuestión no deja de ser contrario a derecho porque, por razones fácticas o jurídicas, no pueda ser perseguido penalmente: cf. BVerfGE 25 (1969), pp. 269 ss. (p. 287).

[135] Este es, básicamente, el punto de vista de autores como MARXEN, "Strafgesetzgebung als Experiment?", en *GA*, 1985, p. 552, y JÄGER, *supra* nota 27, pp. 619 s. En Argentina sostuvo algo similar PASTOR, *supra* nota 38, pp. 793 ss.

[136] Acerca de la distinción entre caso individual y caso genérico cf. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *supra* nota 57, pp. 57 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que realmente exista un vacío normativo que torne necesarias tales osadías; de lo contrario, el único eco que dejan resonando es el de su artificialidad. Fuera de ello, lo que aquí ha quedado claro es que, en definitiva, si algún efecto tiene el argumento del tenor literal para la concepción que aquí se defiende es el de apoyarla, por lo que tampoco de él cabe esperar una refutación de aquélla.

c) La *ratio legis* del principio de legalidad penal

Bajo este tópico, la literatura jurídico-penal explora cuáles son los principios constitucionales que explican y fundamentan la razón de ser del principio de legalidad penal,[137] en ocasiones con la finalidad específica de intentar determinar, a partir de ello, si es posible extender el ámbito de aplicación de esta reserva de ley específica fuera del Derecho penal material *stricto sensu*.[138] En relación con esto último, la fundamentación del principio de legalidad penal no sólo en una determinada teoría del fin de la pena (FEUERBACH) o en el principio de culpabilidad, sino también en los principios democrático y del Estado de derecho, demostraría que sus raíces no son únicamente de índole jurídico-penal sino también jurídico-constitucional, y en consecuencia que él sería aplicable no sólo en el Derecho penal material, sino también en el Derecho procesal penal, en el cual los mencionados principios constitucionales de la democracia y del Estado de derecho cumplirían una función tan importante como en el Derecho penal material.[139]

Tales consideraciones no son, en principio, objetables. Pero ellas no tienen en cuenta la circunstancia obvia de que, en Alemania, junto a la reserva de ley especial del Derecho penal material (CA, Art. 103.II) tiene vigencia la reserva de ley general (CA, Art. 20.III), también fundada en los principios de la democracia y del Estado de derecho. Y si, además de esta identidad en las fuentes, se ha demostrado que los mandatos que surgen de la reserva de ley general son los mismos que surgen del principio de legalidad penal, y que tienen fuerza normativa suficiente para proteger de modo eficaz los derechos fundamentales involucrados, entonces todo lo que queda es resolver la cuestión del ámbito de aplicación de cada uno a partir de los principios habituales mediante los que se solucionan los casos de concurso de leyes, entre ellos el de *lex specialis*. Pues bien, como ya fuera dicho, ello sólo puede dar como resultado que el principio de legalidad penal

[137] Cf., entre otros, ESER/HECKER, *supra* nota 129, n.° m. 2; SCHMITZ, *supra* nota 21, n.° m. 8 s.; HASSEMER/KARGL, *supra* nota 21, n.° m. 10 ss., pp. 168 ss.
[138] Así por ejemplo BÄR, *supra* nota 26, pp. 106 ss.
[139] Cf. al respecto BÄR, *supra* nota 26, pp. 110 ss., 114.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

es aplicable únicamente en el Derecho penal material, pues para el resto del ordenamiento jurídico la reserva de ley que rige es la general.

Ahora bien, esta conclusión fundada en el principio de *lex specialis* es, por su parte, completamente consistente con un análisis fundado en la cuestión de la *ratio legis* de cada reserva de ley. Porque, como ya fuera explicado, la mayor estrictez que, normativamente, cabe reconocer al principio de legalidad penal, se fundamenta, como se vio, precisamente en un argumento de *ratio legis*: el principio de legalidad penal tiene que ser más estricto en sus consecuencias que el principio general de reserva de ley porque la pena privativa de libertad es la injerencia estatal más grave (en los derechos fundamentales del ciudadano) que prevé el ordenamiento jurídico. Esta es, claramente, una consideración de *ratio legis*, y también ella conduce, en verdad, a apoyar la tesis aquí defendida, según la cual la vigencia de la reserva de ley especial del Derecho penal material no se extiende al Derecho procesal penal, en el cual rige la reserva de ley general. Tampoco esta línea argumentativa es idónea, por tanto, para refutar el punto de vista que aquí se considera correcto.

d) La supuesta imposibilidad de separación estricta entre Derecho penal material y Derecho procesal penal

También a este argumento suele acudirse para fundar la tesis de que el principio de legalidad penal debe regir no sólo en el Derecho penal material, sino, asimismo, en el Derecho procesal penal, o por lo menos en relación con algunas normas procesales. En esa dirección, JAKOBS por ejemplo sostiene, como ya fuera mencionado, que la sujeción a la ley que ordena la CA tiene que garantizar *objetividad en general*, y que por tanto no sólo las normas relativas a la imputación penal deben cumplir con las exigencias del principio de legalidad —en particular con el mandato de ley previa—, sino también normas procesales como, especialmente, las relacionadas con la prescripción.[140] De modo similar, BAUMANN/WEBER/MITSCH afirman que normas como las de la prescripción o las de los presupuestos procesales tienen, en rigor, doble carácter (procesal y material), y que, en consecuencia, podrán quedar liberadas de las exigencias del principio de legalidad penal sólo aquellas normas procesales que se refieren a la marcha del procedimiento,

[140] Cf. JAKOBS, *supra* nota 25, n.º m. 4/9.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pero no aquellas que, como las mencionadas de la prescripción y de los presupuestos procesales, influyen en definitiva sobre la punibilidad del hecho.[141]

A favor de la tesis de la imposibilidad de separación estricta entre Derecho penal material y Derecho procesal penal hablaría la tradicional visión de este último como "realizador" del Derecho penal material, a más del hecho de que, en la CA, el principio de legalidad penal está sancionado en un precepto que incluye también garantías claramente procesales.[142] Ello, sin embargo, no impide constatar la evidencia de que las normas penales materiales y las penales procesales tienen una estructura, una función y unos destinatarios bien diferentes, que es justamente lo que permitió que, a partir del siglo XIX, el Derecho procesal penal se organizara, tanto legislativa como científicamente, con independencia del Derecho penal material y claramente separado de él.[143]

Por otra parte, resulta claro que los autores alemanes que abogan por una extensión de la vigencia del principio de legalidad penal al Derecho procesal penal lo hacen, casi siempre, para lograr que la prohibición de retroactividad rija también a las normas relativas a la prescripción.[144] Sin perjuicio de ello, excepcionalmente se diferencia y se postula la validez del *nullum crimen sine lege* en el Derecho procesal penal no sólo para conseguir que la prohibición de retroactividad rija para las normas de la prescripción, sino también para lograr que la prohibición de analogía tenga vigencia para ciertas normas del derecho probatorio.[145]

Como sea, lo cierto es que ya quedó demostrado que ninguno de estos esfuerzos interpretativos tiene sentido si está claro que, en el ordenamiento jurídico en general, y por tanto en el Derecho procesal penal, rige un principio general de reserva de ley del que es posible derivar, con fuerza normativa suficiente para proteger eficazmente los derechos fundamentales

[141] Cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11ª ed., Bielefeld, Gieseking, 2003, n.º m. 9/32. En sentido similar PASTOR, *supra* nota 38, pp. 793 ss.
[142] Cf. BÄR, *supra* nota 26, pp. 116 s. También en Argentina es tradicional esa visión del Derecho procesal penal como "sirviente o auxiliar" del Derecho penal material (cf., por todos, Julio MAIER, *Derecho procesal penal*, vol. I: *Fundamentos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, pp. 84 ss). Y también en Argentina el precepto constitucional que sanciona el principio de legalidad penal (CN, art. 18) es fuente de otras garantías que son, en rigor, procesales: defensa en juicio, debido proceso, juicio previo, etc.
[143] Cf. BÄR, *supra* nota 26, pp. 115, 117 ss.
[144] Cf. nuevamente JAKOBS, *supra* nota 25, n.º m. 4/9, pp. 67 s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *supra* nota 141, n.º m 32, p. 143; también, entre otros, SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, pp. 24 ss.; MARXEN, *supra* nota 135, p. 551; SCHMITZ, *supra* nota 21, n.º m. 17, pp. 49 s.
[145] Así JÄGER, *supra* nota 27, pp. 620 s., 627.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

involucrados, prohibiciones como las de retroactividad y analogía contraindividual. Es más convincente, frente a ello, aceptar que es posible distinguir entre normas penales materiales y procesales y que, para las primeras, rige el principio de legalidad penal, mientras que, para las segundas, rige el principio general de reserva de ley. Tampoco este argumento afecta, pues, a la tesis que aquí se considera correcta.

VII. Conclusión

Ha quedado claro que, en Alemania, hay consenso respecto a la vigencia del principio general de reserva de ley en el Derecho procesal penal. También quedó claro que, por el contrario, es muy discutible la posibilidad de que el principio de legalidad del Derecho penal material rija en ámbitos jurídicos diferentes a aquel para el que fue específicamente concebido. Y quedó claro, finalmente, que de ambas reservas de ley se inferían los mismos mandatos y prohibiciones respecto a la forma y contenido que deben respetar las leyes restrictivas de derechos fundamentales (ley previa, cierta, estricta, escrita y proporcional). Pese a ello, quedaba por indagar si de todas maneras valía la pena el esfuerzo de demostrar la vigencia del principio de legalidad penal en el Derecho procesal penal, por ser, de modo relevante, *más fuertes* esos mandatos y prohibiciones si provienen de aquél que si provienen del principio general de reserva de ley. Y quedó demostrado que no: ni normativa ni fácticamente ello es así. Más bien al contrario: existe incluso —en el plano fáctico— un "saldo" a favor del principio general de reserva de ley en lo que se refiere al más que importante mandato de proporcionalidad.

Se demostró también que ninguno de los argumentos habituales en función de los que la doctrina y la jurisprudencia alemanas fundamentan sus conclusiones a favor o en contra de la extensión de la vigencia del principio de legalidad penal al Derecho procesal penal (origen histórico del principio, su formulación literal, su *ratio legis* y la posibilidad de separación estricta entre Derecho penal material y Derecho procesal penal) refuta la posición que aquí se ha defendido y fundamentado, sino que, por el contrario, hasta la refuerzan.

No se ha advertido hasta aquí, en consecuencia, ninguna razón que aconseje llevar a cabo el nada fácil intento de demostrar que el principio de legalidad del Derecho penal material rige también en el Derecho procesal penal. Mucho más sencilla y convincente es la conclusión que aquí se ha considerado correcta (que en los resultados coincide con la conclusión de la doctrina dominante y de la jurisprudencia en Alemania), a saber: sostener que en el Derecho procesal penal

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

rige el principio general de reserva de ley (entre nosotros: CADH, art. 30), y no el principio de legalidad penal (entre nosotros: CADH, art. 9; CN, art. 18).

Por todo lo dicho hasta aquí, entonces, para todos aquellos sectores jurídicos ajenos al Derecho penal material resulta correcto, y más conveniente, abogar a favor del principio general de reserva de ley. A favor de él habla lo siguiente: su rango constitucional es indiscutible; su prestigio teórico (como creo ha podido ser demostrado en esta investigación) también es elevado, aunque su dogmática en Argentina sea aún un tanto desconocida, incluso entre los constitucionalistas;[146] su vigencia en ámbitos diversos al Derecho penal material no puede ser puesta en duda; sus exigencias respecto a las leyes que deben adecuarse a él, cuando se superponen a las del principio de legalidad penal, son normativamente idóneas para ejercer con efectividad su función de protección, y en la práctica tienen de hecho fuerza vinculante suficiente; sus exigencias en torno a la proporcionalidad de las leyes tienen un desarrollo más denso y sistemático que el logrado en el Derecho penal material; y, finalmente, su más reciente desarrollo dogmático (más allá de compartir origen histórico con el principio de legalidad penal)[147] y su carácter general lo tornan, en verdad, mucho más prometedor en el Derecho procesal penal que el tradicional y en gran parte fracasado principio de legalidad penal, que por tener además un anclaje tan específico en el Derecho penal material es considerado, por la mayoría de los procesalistas, como una suerte de "cuerpo extraño" en el proceso penal, lo cual, como se vio, torna en verdad muy difícil (además de inútil) el intento de extender su vigencia a ese ámbito jurídico.

VIII. Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos/BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1993.

AMELUNG, Knut, "Sitzblockaden, Gewalt und Kraftentfaltung - Zur dritten Sitzblockaden-Entscheidung des BVerfG", en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1995, pp. 2584-2591.

[146] Véase al respecto PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 2, pp. 330 ss.

[147] En efecto: aunque, conforme se ha visto, tanto la reserva de ley general como la especial del Derecho penal material comparten origen histórico en el período de la Ilustración, lo cierto es que el desarrollo dogmático y también la aceptación práctica de la primera es más reciente: hasta comienzos del siglo XX no había en Alemania una aplicación consistente de este principio, en particular no en el Derecho procesal penal: cf. DALLMEYER, Jens, *Beweisführung im Strengbeweisverfahren*, 2.ª ed., Norderstedt, Books on Demand, 2008, p. 38, con las pertinentes referencias bibliográficas de la época aludida.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

AULEHNER, Josef, *Grundrechte und Gesetzgebung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

BÄR, Wolfgang, *Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren*, Colonia, Carl Heymanns, 1992.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11ª ed., Bielefeld, Gieseking, 2003.

BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III, 2015 [1764].

DALLMEYER, Jens, *Beweisführung im Strengbeweisverfahren*, 2.ª ed., Norderstedt, Books on Demand, 2008.

DANNECKER, Gerhard, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993.

— "§ 1 (Keine Strafe ohne Gesetz)", en LAUFHÜTTE, Heinrich/RISSING VAN SANN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus (comps.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (LK-StGB), 12.ª ed., Berlín, de Gruyter, 2007, vol. 1.

DÍAZ, Matías, *Aplicación de la ley procesal penal en el tiempo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

ECKHOFF, Rolf, *Der Grundrechtseingriff*, Colonia, Carl Heymann, 1992.

ESER, Albin/HECKER, Bernd, "§ 1", en ESER, Albin *et al.*, *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch* (S/S-StGB), 28.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

V. FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, con notas adicionales de Carl MITTERMAIER, 14.ª ed., Giessen, Heyer's, 1847, reimpresión de la 14ª ed, Aalen, a cargo de Scientia, 1973.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

GRZESZICK, Bernd, "Art. 20, VI: Die Verfassungsgrundsätze des Art. 20 Abs. 3 GG", en MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (comps.), *Grundgesetz. Kommentar* (GG-Maunz/Dürig), Múnich, C. H. Beck, 2007.

HASSEMER, Winfried/KARGL, Walter, "§ 1", en KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Ullrich (comps.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (NK-StGB), 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, vol. 1.

HUSTER, Stefan/RUX, Johannes, "Art. 20", en EPPING, Volker/HILLGRUBER, Christian (comps.), *Grundgesetz. Kommentar* (GG-Epping/Hillgruber), Múnich, C.H. Beck, 2009, pp. 549 ss.

JÄGER, Christian, "Grund und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzip im Strafprozessrecht", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2006, pp. 615-628.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1991.

JARASS, Hans D., "Art. 20", en JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar* (GG-Jarass/Pieroth), 11.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011.

KASPAR, Johannes, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2014.

KLOEPFER, Michael, "Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel", en *Juristen Zeitung*, 1984, pp. 685-695.

KREBS, Walter, "Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes", en *Jura*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1979, pp. 304-312.

KREY, Volker, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1977.

— "Parallelitäten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt", en SCHWIND, Hans-Dieter/BERZ, Ulrich/GEILEN, Gerd/HERZBERG, Rolf

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

D./ WARDA, Günter (eds.), *Festschrift für Günter Blau* (FS-Blau), Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1985, pp. 123-150.

— *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlín, de Gruyter, 1983.

KUHLEN, Lothar, *Die Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg, Müller, 2006.

— "Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot", en DANNECKER, Gerhard/ LANGER, Winrich/RANFT, Otfried/ SCHMITZ, Roland/ BRAMMSEN, Joerg (eds.) *Festschrift für Harro Otto (FS-Otto)*, Berlín, Heymanns, 2007, pp. 89-105.

MAIER, Hans, *Die Garantiefunktion des Gesetzes im Strafprozeß*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1991.

MAIER, Julio, *Derecho procesal penal, Tomo I: Fundamentos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996.

MANSSEN, Gerrit, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 8.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011.

MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht, Tomo I*, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Múnich/Leipzig, 1914.

MARXEN, Klaus, "Strafgesetzgebung als Experiment?", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1985, pp. 535-552.

MERTENS, Oliver, *Strafprozessuale Grundrechtseingriffe und Bindung an den Wortsinn der ermächtigenden Norm*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 1996.

MEYER-GOSSNER, Lutz, *Strafprozessordnung. Kommentar*, 54.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2011.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Altaya, 1993 [1750].

NAUCKE, Wolfgang, "*La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*" (traducción a cargo de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

GUTIÉRREZ), en AA.VV, *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 531-549.

OSSENBÜHL, Fritz, "*Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*", en ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, *Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen*, 3.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2007, § 101.

PASTOR, Daniel, "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro homenaje a Claus Roxin (LH-Roxin)*, Córdoba/Buenos Aires, Lerner/La Lectura, 2001, pp. 793-822.

— "Prohibición de la aplicación retroactiva de normas penales sustantivas, adjetivas y ambivalentes", en *La Ley*, 2002-B, pp. 682-688.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "A prova como informação e a 'autodeterminação informacional' como direito", en prensa, en AA.VV., *Ciência penal em perspectiva comparada: ensaios e reflexões*, Birigui, Boreal, 2015.

— "Die Dogmatik des Grundrechtseingriffes aus strafrechtlicher Sicht", en SCHULZ, Lorenz/REINHART, Michael/SAHAN, Oliver (eds.), *Festschrift für Imme Roxin (FS-Imme Roxin)*, Heidelberg/Múnich/Landsberg/Frechen/Hamburg, C.F. Müller, 2012, pp. 29-42

— "Nuevas tecnologías y libertad probatoria en el proceso penal", en *Nueva Doctrina Penal*, 2009/A, pp. 271-280.

— *El principio general de reserva de ley (o principio general de legalidad) en la doctrina alemana*, en RIVERA, Julio C. (h.)/ELIAS, José/GROSMAN, Lucas/LEGARRE, Santiago (comps.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. I, pp. 330-428.

— "Dogmática de los derechos fundamentales", en RIVERA, Julio C. (h.)/ELIAS, José/GROSMAN, Lucas/LEGARRE, Santiago (comps.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. I, pp. 81-103.

PETERS, Karl, *Strafprozess*, 4.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1985.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

PFÖHLER, Jürgen, *Zur Unanwendbarkeit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbot im Strafprozessrecht in dogmenhistorischer Sicht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.

PIEROTH, Bodo, "Art. 103", en JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar* (GG-Jarass/Pieroth), 11.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011.

RADTKE, Henning/HAGEMEIER, Andrea, "Art. 103", en EPPING, Volker/HILLGRUBER, Christian (comps.), *Grundgesetz. Kommentar*, Múnich (GG-Epping/Hillgruber), C. H. Beck, 2009.

ROELLECKE, Gerd, "Artikel 20 Grundgesetz. Kommentar", en UMBACH, Dieter/CLEMENS, Thomas, *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch* (GG-Umbach/Clemens), Heidelberg, C. F. Müller, 2002, t. 1.

ROGALL, Klaus, *Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1992.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2006.

— *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutbegriff auf dem Prüfstand*, en "Goltdammer's Archiv für Strafrecht" (GA), R. v. Decker, Heidelberg, 2013, pp. 433 ss.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, "Vorbemerkungen vor § 94", en *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung* (SK-StPO), Múnich/Unterschleissheim, Luchterhand, 1994.

RÜPING, Hinrich, "Art. 20.II", en DOLZER, Rudolf/WALDHOFF, Christian/GRAßHOF, Karin (comps.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (BK-GG), Heidelberg, C. F. Müller, 1990.

SACHS, Michael, "Art. 20", en *ídem* (comp.), *Grundgesetz. Kommentar (GG-Sachs),* 6.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SALIGER, Frank, "Vor § 78 ff.", en KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Ullrich (comps.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (NK-StGB), 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, vol. 1.

SATZGER, Helmut, "§ 1", en SATZGER, Helmut/SCHMITT, Bertram/WIDMAIER, Gunter, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (SSW-StGB), Colonia, Heymanns, 2009.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, "Sitzblockade keine Gewalt – BVerfG NJW 1995, 1141", en *Juristische Schulung*, Múnich/Fráncfort del Meno, Beck, 1995, pp. 875–878.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "Art. 103.II", en MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (comps.), *Grundgesetz. Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 1992.

SCHMITZ, Roland, "§ 1", en JOECKS/Wolfgang/MIEBACH, Klaus (comps.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (MK-StGB), 2.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011.

SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Gesetz und Richter*, Fráncfort del Meno, A. Metzner, 1976.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Nulla poena sine lege?*, Berlín, de Gruyter, 1978.

VOLK, Klaus, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, Ebelsbach, R. Gremer, 1978.

WEIGEND, Thomas, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als grenze staatlicher Strafgewalt", en WEIGEND, Thomas/KÜPPER, Georg (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirs*ch (FS-Hirsch), Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1999, pp. 917-939.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Fernando J. CÓRDOBA*

Fecha de recepción: 6 de julio de 2015
Fecha de aceptación: 6 de agosto de 2015

Resumen

El propósito del trabajo es ofrecer una introducción a la "teoría de los delitos de infracción de deber", a partir de mostrar de qué modo esta nueva categoría no es sino una concreción de la teoría de la imputación objetiva y ésta, a su vez, una reformulación de la antigua teoría de la acción. El eje central de la argumentación pasa por la explicación de la equivalencia conceptual existente entre las nociones de "creación de riesgo no permitido" e "infracción de un deber extrapenal de evitar", y la explicitación de los diversos fundamentos materiales que dan sustento a esos deberes. La exposición se completa con la mención y consideración de las principales consecuencias atribuidas a los "delitos de infracción de deber".

Palabras clave: Delitos de infracción de deber – Deberes de evitación – Deberes institucionales – Delitos de organización – Imputación objetiva – Teoría de la acción final

Title: Breach of Duty Crimes

Abstract

The aim of this article is to offer an introduction to the 'breach of duty crimes theory'. In order to achieve that goal it will be shown how this new category is no more than a concretization of the theory of normative attribution, which is also a new approach to the classic theory of action. The core of this paper is to describe the conceptual equivalence between the notions of 'creation of a prohibited risk' and 'breach of a non-criminal duty to avoid' and the explanation of the material foundations of those duties. The argument will be completed with a reference and an analysis of the main consequences attributed to the 'breach of duty crimes'.

* Profesor asociado por concurso de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de Jurisprudencia de parte especial de derecho penal en la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Contacto: FCordoba@mpf.gov.ar.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Keywords: Breach of duty crimes – Duties to avoid – Intitutional duties – Organisational crimes – Normative attribution – Theory of action

Sumario

I.; II.; III.; IV.; V.; VI.; VII.; VIII. Bibliografía.

I.

El tema elegido es el de los "delitos de infracción de deber",[1] pero, como suele suceder en la dogmática penal, muchos temas se hallan entrelazados entre sí y éste no es la excepción. Hablar de "delitos de infracción de deber" es hablar también de imputación objetiva e imputación objetiva es el nombre con el que se discute hace ya algunas décadas la teoría de la acción penal. La exposición desandará ese camino. El tránsito del concepto de acción final a la imputación objetiva será reseñado en un primer apartado (II), mientras que en el siguiente se expondrá y precisará la vinculación entre la teoría de la imputación objetiva y la noción de "infracción de deber" (III). Esta explicación facilitará luego la comprensión del porqué de la distinción entre "delitos de organización" y "delitos de infracción de deber" y la exposición de los aspectos centrales de ambas categorías, con especial énfasis en ésta última (IV, V y VI). Una breve conclusión completa el derrotero (VII).

II.

Estamos acostumbrados a ver en la teoría de la acción final la piedra angular sobre la que WELZEL edificó su sistema de Derecho penal. Ciertamente, esta visión no es incorrecta —de hecho, finalismo es el nombre con el que su concepción pasó a la historia del Derecho penal—

[1] Como es sabido, existen dos concepciones sobre los «delitos de infracción de deber»: la propuesta por ROXIN, que fue quien descubrió y formuló por primera vez esta categoría (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín/Nueva York, de Gruyter, 2000, pp. 352 ss.), y la reformulación que llevó a cabo luego, desde el funcionalismo penal, JAKOBS (*Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1991, pp. 29-57 ss., por último, en: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort am Main, Klostermann, 2012, pp. 83 ss, y *Theorie der Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 61 ss). Asimismo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlín, Duncker & Humboldt, 1999, pp. 1 y *passim*. El texto que se presenta quiere ofrecer una introducción a los «delitos de infracción de deber», desde esta última perspectiva.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pero deja oculto el verdadero punto de partida del sistema welzeliano; aquel que hoy sigue teniendo vigencia luego de que las premisas finalistas fueran abandonadas en Alemania hace más de dos décadas.[2]

En verdad, la crítica central de WELZEL al dogma causal fue que la realidad de la vida social, de la que se ocupa el Derecho y, por tanto, también el Derecho penal, no se agota en lo fáctico, sino que incluye una dimensión de significado, esto es, no es un mundo de cursos causales y objetos meramente fácticos (mera *facta*), sino una realidad de conductas con sentido y objetos con significado.[3]

¿Qué quiere decir que la realidad de la vida social tiene una dimensión de significado? Esto, que a primera vista suena tan abstracto, es algo muy concreto que experimentamos a diario. Permítaseme valerme de la explicación y los ejemplos de dos conocidos iusfilósofos para intentar aclararlo.

Ya en las primeras páginas de su Teoría pura del Derecho,[4] KELSEN señalaba que en toda conducta humana es posible distinguir dos elementos: por un lado, un acto, o una serie de actos, perceptibles por los sentidos que tienen lugar en el espacio y en el tiempo; por el otro, el significado que esos actos poseen. Ejemplo: varias personas se reúnen en una sala, algunas pronuncian discursos, otras no, algunas levantan sus manos, otras las mantienen bajas. Este —dice KELSEN— es el externo acontecer del comportamiento humano; su significado: se ha votado una ley.[5] Y lo mismo que acaba de ser dicho para la conducta humana es también aplicable a los objetos: el Derecho tampoco se ocupa de mera *facta* sino de objetos con significado. Como enseñaba Carlos COSSIO, lo único que convierte a la Venus de Milo en una obra de arte es su

[2] Al respecto, *in extenso*, CÓRDOBA, "Imputación objetiva y teoría de la acción", en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 41 ss.

[3] WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, en ZStW 58, 1939, pp. 491 ss., p. 496: "[t]omemos por fin de una vez en serio el principio acentuado con tanta frecuencia de que la realidad jurídica es la realidad de la vida práctica. Esta realidad de la vida práctica es infinitamente más rica que el ser de las ciencias naturales. Posee estructuras que no pueden ser introducidas en absoluto en el mundo de los conceptos de las ciencias naturales, ¡pero que no por eso son menos reales y tienen importancia decisiva precisamente para el Derecho! […] A ello pertenece, ante todo, el hecho de que la vida humana consciente se halla ordenada con sentido, que uno puede dirigir con sentido su actuar".

[4] KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Viena, Franz Deuticke, 1960, p. 2.

[5] Ibidem.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

significado estético; fácticamente es apenas un trozo de mármol cincelado, del mismo modo que lo es el peldaño de una escalera de mármol.[6]

Fácilmente se advertirá que lo que acaba de ser explicado en modo alguno es patrimonio exclusivo de WELZEL, ni siquiera del Derecho penal, sino que se trata de una noción común a todo el Derecho y, más aun, a todas las ciencias sociales. Y, como se dijo al comienzo, es también el verdadero punto de partida del sistema finalista de Derecho penal. Lo que WELZEL objetaba al causalismo era, precisamente, que la vida social no se componía de cursos causales, sino de acciones con sentido, que la acción humana, vista desde la perspectiva social, no era, como la quería concebir el causalismo, un proceso meramente causal, sino una *expresión de sentido*.[7]

Lo que ocurre —y aquí está la derivación hacia la teoría de la acción finalista— es que, para WELZEL, el sentido social de una acción lo determinaba la voluntad final del autor. El disparo que rozaba el hombro de la víctima significaba socialmente una tentativa de homicidio o simplemente una lesión según cuál hubiese sido la finalidad del autor al disparar.[8]

WELZEL decía:

> "[e]l sentido social de una acción no se determina solamente según el resultado, sino también según la dirección de la voluntad que el autor ha impreso en la acción…".[9]

Y también:

> "[s]ólo mediante la referencia final a un determinado resultado querido (como fin, medio o efecto concomitante) se puede establecer qué es una 'acción de matar', una 'acción de sustracción', una 'acción de coacción', una 'acción de engañar',

[6] COSSIO, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Kraft, 1945, pp. 34 ss.
[7] WELZEL, *supra* nota 3, p. 503. Cf. también JAKOBS, *Die strafrechtliche Handlungsbegriff, Kleine Studie*, Múnich, C.H. Beck, 1992, pp. 23 ss.
[8] WELZEL, *supra* nota 3, pp. 502 ss.; WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Gotinga, Otto Schwartz, 1961, pp. 1 ss.
[9] WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems, supra* nota 8, pp. 11 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> etc.; sólo así se obtiene un concepto social de acción con un contenido determinado".[10]

El problema —además de otras críticas que no vienen ahora al caso[11]— es que la finalidad determina a lo sumo el *sentido individual* que el autor da a su acción, pero no necesariamente el sentido que esa acción posee para la sociedad, es decir, su *sentido social*.

Esto quedaba bien de manifiesto en la tentativa irreal y supersticiosa. ¿Comete una tentativa de homicidio quien reza y practica unos ritos para matar o lesionar a su enemigo? Si el sentido social de una acción lo determina la voluntad final del autor, la respuesta en ambos casos debería ser afirmativa y, sin embargo, ninguno de estos comportamientos significa socialmente una tentativa de homicidio o de lesiones.[12]

[10] Ídem, pp. 7 ss. La propuesta welzeliana se completaba con la idea de que la estructura final de sentido de la acción constituía una categoría del ser, que el legislador no podía desconocer sin incurrir en una inconsecuencia lógica (estructuras lógico-objetivas). WELZEL: "[e]l legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe también respetar determinadas estructuras lógico-reales en el objeto de su regulación, pues, en caso contrario, su regulación resulta necesariamente falsa. Así, la estructura ontológica de la acción tiene existencia previa a cualquier valoración y regulación […] El legislador tampoco puede cambiar la estructura de la actividad final del hombre ni la función del dolo en ella, sino que, si las quiere regular, debe vincular su regulación a aquéllas, pues, de lo contrario, malogra el objeto de la regulación" (WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1951, p. 197). En síntesis, el sentido social de la acción no sólo lo establecía la finalidad, sino que además la estructura final de sentido de la acción formaba parte del mundo del ser (cf. *supra* nota 1).

[11] Sucede que hay una cantidad de acciones que el Derecho penal —WELZEL incluido— conoce y trata, desde siempre, como tales, en las cuales, sin embargo, o bien no hay finalidad, o bien ésta no determina siquiera el sentido individual de la conducta. El primero es el caso de los automatismos; el segundo, el de las acciones imprudentes (cf. las críticas de JAKOBS en *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, supra* nota 1, pp. 6-15 ss., y de ROXIN, "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción" (traducción a cargo de Diego Manuel LUZÓN PEÑA), en *Problemas básicos del derecho penal,* Madrid, Reus, 1976 [1962], pp. 84 ss). En última instancia, sólo en el dolo directo de primer grado el autor actúa con la finalidad de producir el resultado. El propio WELZEL, por eso, terminó equiparando "finalidad" con "conocimiento" de que se producirá el resultado, al conformarse con que el autor haya querido esa producción sea como fin, como medio o como efecto concomitante (*supra* nota 8, p. 4).

[12] En esta identificación del sentido individual con el sentido social de una acción está la razón de que el finalismo nunca haya podido dar una respuesta coherente al problema de la tentativa irreal o supersticiosa. Si bien es cierto que WELZEL se pronunció contra la punibilidad de este tipo de tentativas, también lo es que la argumentación ensayada por él y sus discípulos importa la introducción de elementos extraños a las premisas finalistas y pone de manifiesto la insuficiencia de éstas para la determinación del contenido social de una conducta. Así, mientras WELZEL justificó la impunidad de la tentativa supersticiosa en la nula energía criminal del autor (WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín, de Gruyter & Co, 1969, p. 193; KAUFMANN, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", en STRATENWERTH *et al*. (comps.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1974, p. 161 y ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (traducción a cargo de Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 1990 [1973], p. 151, nota 14) sostuvieron que el ilícito como tal estaba intacto y que sólo razones de política criminal determinaban la impunidad de estas clases de tentativa. Al respecto, ampliamente, cf. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, pp. 491 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pero la confusión del plano individual con el social, también quedó de manifiesto en todos los casos que actualmente son objeto de la teoría de la imputación objetiva. Tómese, por caso, los siguientes ejemplos:

> Alguien concurre a su trabajo, a pesar de estar engripado, y termina contagiando a su compañero de oficina. O bien, un ladrón resbala y se clava una de las puntas de lanza de la reja que estaba escalando con el fin de ingresar a una vivienda.

La acción de quien contagia de gripe a otro no significa socialmente una acción de lesiones, y ello aunque el contagio de una enfermedad constituya el paradigma de un daño en la salud y aunque el autor se haya representado seriamente la posibilidad del contagio o ése, incluso, haya sido su propósito. Del mismo modo, la conducta del dueño de la casa que mandó poner las rejas tampoco significa socialmente una acción de lesiones o, eventualmente, de homicidio, y esto no se modifica porque el dueño reconozca que hizo instalar esas defensas previendo, precisamente, ese resultado.

En casos como éstos[13] se niega, por tanto, que concurra la acción de lesiones o de homicidio a las que se refiere el verbo típico y esta solución se fundamenta afirmando que el autor, al actuar como lo hizo, no sobrepasó el límite del riesgo permitido. En palabras de ROXIN:

> "[q]uien se mantiene dentro del marco del riesgo permitido, no comete una acción final de homicidio aunque hubiera perseguido la realización del riesgo que luego se produce efectivamente".[14]

III.

Ésta es la aportación que ha hecho la "teoría de la imputación objetiva" a la "teoría de la acción" y a la "teoría del ilícito": poner de manifiesto que el sentido social de una acción no lo

[13] Los ejemplos son infinitos; basta observar con atención la vida cotidiana. Se sabe que si se envía a un niño al jardín de infantes, éste puede regresar golpeado o lesionado como consecuencia de una caída en el patio de juegos, de un empujón o de una pelea con un compañero; o bien, que aunque se envíe a un niño de once años a la panadería que se halla a pocos metros de la casa, siempre subsiste el peligro de que pueda ser víctima de un automovilista distraído o de la agresión de algún asaltante, etc.; sin embargo, también en todos estos casos existe riesgo permitido.

[14] ROXIN, "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal" (traducción a cargo de Diego Manuel LUZÓN PEÑA), en *Problemas básicos del derecho penal,* Madrid, Reus, 1976 [1962], pp. 201 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

determinan ni el resultado ni la voluntad final, sino las reglas sociales que delimitan el riesgo permitido.[15]

Para expresarlo en términos más habituales (y parafraseando a WELZEL): la causación consciente o previsible del resultado típico sólo *significa socialmente* una *acción de homicidio*, de *lesiones*, de *daño*, etc., cuando constituye la *creación de un riesgo no permitido* que se realiza en el resultado.

Una aclaración: si se parte de la base de que el objeto de normación del Derecho penal es la conducta en tanto portadora de sentido —en la formulación de WELZEL, la acción humana como *expresión de sentido*— y que ese sentido deriva del carácter no permitido del riesgo que se realiza, entonces fácilmente se deduce que bajo la denominación de "teoría de la imputación objetiva" se discute hoy en día problemas propios de la teoría de la acción.[16]

Ahora, "riesgo permitido" significa que hay una regla social (porque son reglas sociales, contenidas en reglamentos, leyes del arte o reglas de prudencia no escritas, las que delimitan el riesgo permitido) que permite actuar a pesar del riesgo de que se produzca el resultado. Pero si hay una regla social que me permite actuar, esto significa, desde la perspectiva del destinatario de la regla, que *no tengo el deber de evitar* el comportamiento a pesar del riesgo de producción del resultado. A su vez, "riesgo no permitido" significa que hay una regla que no me permite actuar en atención al riesgo de que se produzca el resultado o, lo que es igual, que *tengo el deber de evitar* el comportamiento en atención al riesgo de producción del resultado.

> **Ejemplo**: si una regla de tránsito establece una velocidad máxima de 60 km/h, circular a 70 km/h es un *riesgo no permitido*, lo que equivale a decir que el conductor *tiene el deber de evitar* ese comportamiento.

[15] JAKOBS, "Zum Begriff des Delikts gegen die Person", en BERNSMANN/ULSENHEIMER (comps.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen,* Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns, 2002, pp. 74 ss. Asimismo, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2006, § 11, n.° m. 41: "[l]a tarea de la imputación objetiva es, por consiguiente, indicar las circunstancias que hacen de una causación (que oficia como límite más externo de una posible imputación) una acción típica (por ejemplo, de una muerte una acción de homicidio jurídicamente relevante)". ROXIN , "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", en KOHLMAN (comp.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag,* Colonia, Deubner, 1983, p. 310.

[16] Expresamente lo señala así también JAKOBS, *supra* nota 7, pp. 12 y 30.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Afirmar entonces que el autor creó un riesgo no permitido equivale a decir que el autor **tenía el deber de evitar** ese comportamiento (en el ejemplo, circular a 70 km/h) **y que infringió ese deber**. Es decir, "creación de un riesgo no permitido" equivale a "infracción de un deber". Aquí está el momento de la "infracción de deber" que conduce y ayuda a comprender los "delitos de infracción de deber", y explica por qué dije que se trataba de una concreción de la "teoría de la imputación objetiva". Esa derivación, sin embargo, no es inmediata, sino que previamente hay que transitar por dos aclaraciones.

La primera es de orden terminológico y apunta a llamar la atención acerca de que muchas de las expresiones que se usan en la actualidad en la discusión de la imputación objetiva, tales como "incumbencia", "competencia" o "rol" no son sino otros modos de referirse de manera implícita a este "deber de evitar" y, en definitiva, al carácter no permitido del riesgo. En efecto, expresiones tales como que al autor "le incumbía la evitación del curso lesivo" o que "era competente por su evitación" o que ésta "formaba parte de su rol", son formulaciones equivalentes para afirmar que el autor tenía el deber de evitar el comportamiento, es decir, que no le estaba permitido actuar en atención al riesgo de producción del resultado.

Pero también aluden a este "deber de evitar" expresiones más conocidas que utilizamos desde antaño en la omisión y en la imprudencia. Me refiero al "deber de garante" y a la "infracción del deber de cuidado", en los que quisiera detenerme un instante. Afirmar que el autor infringió el deber de cuidado equivale a decir que tenía el deber de evitar crear el riesgo en cuestión y que incumplió ese deber. A la inversa, y en palabras de ROXIN, no infringe ningún deber de cuidado quien desde el principio no crea ningún peligro jurídicamente relevante y tampoco quien al actuar se mantiene dentro del riesgo permitido.[17] Lo mismo sucede en la omisión con los deberes de garante. Aquí se advirtió tempranamente que el sentido delictivo de una omisión dependía de que el omitente hubiera tenido un deber de evitar (posición de garantía). Y, de nuevo, estos deberes extrapenales —cualquiera que sea la clasificación de sus fuentes formales— no son sino el correlato de las reglas que definen el riesgo permitido. Dicho de otro modo, afirmar que el autor no se halla en posición de garante equivale a decir que le está permitido omitir, que no tiene el deber de evitar[18] a pesar del riesgo de que se produzca el resultado. Es decir, infracción del "deber

[17] ROXIN, *supra* nota 15, § 24, n.º m. 10 ss.

[18] A partir de lo que se viene desarrollando debería quedar claro que no se está haciendo alusión al deber de solidaridad mínima que subyace al delito de omisión de auxilio del art. 108 del Cód. Penal, sino a los deberes de evitar, producto de las reglas que delimitan el riesgo permitido, cuya infracción convierte a la acción o a la omisión en una conducta típica de homicidio, de lesiones, de daño, etc.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de garante" e "infracción del deber de cuidado" son los nombres que adopta la imputación objetiva en el ámbito del delito de omisión y del delito imprudente.

Una vez que ha quedado aclarado que la **infracción de un deber de evitar** (que, insisto, es lo mismo que decir la creación de un riesgo no permitido) es un requisito para que un comportamiento, tanto comisivo como omisivo, doloso o imprudente, adquiera un significado típico (de una acción o una omisión que significan socialmente un homicidio, unas lesiones, etc.), lo segundo que hay que aclarar es que la clasificación entre "delitos de infracción de deber" y su contrapartida los "delitos de organización" tiene que ver con la **determinación del distinto fundamento material** de estos deberes.

IV.

Comienzo por los delitos de organización. En éstos el deber de evitar es una concreción del deber general de no dañar, de no lesionar los derechos de terceros, "*principio de no daño*" o *deber de no lesionar los derechos de terceros*.

Muy sintéticamente, desde FEUERBACH en adelante predominó la opinión de que sólo a través de causaciones y, por tanto, acciones, era posible producir daños y lesionar derechos, y que, por ello, el "principio de no daño" sólo legitimaba la existencia de prohibiciones y delitos comisivos. En cambio, se entendía que para formular un mandato y el correlativo delito de omisión hacía falta un "fundamento jurídico especial", pues lo contrario era confundir la moral y el derecho.[19]

El punto de vista que subyace a la teoría de los delitos de infracción de deber (al menos en la visión de JAKOBS) es que esta concepción no es correcta. Es que no es cierto que ejerzamos nuestros derechos únicamente a través de acciones, de movimientos corporales, ni que sólo podamos, por tanto, lesionar derechos ajenos únicamente a través de acciones. Más bien, ejercemos nuestros derechos organizando actividades (de allí la denominación "delitos de organización") y estas actividades se componen tanto de momentos comisivos como de momentos omisivos.

Cuanto más automatizada esté la actividad, más son los momentos omisivos, y cuanto menos automatizada, más los momentos comisivos. Por ejemplo, ejerciendo mi derecho de locomoción

[19] JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassung*, Opladen, Westdeutscher, 1996, pp. 11 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

puedo decidir trasladarme de un lugar a otro corriendo y, entonces, mi actividad se compondrá fundamentalmente de movimientos corporales (comisivos). Pero puedo también ir montando y, entonces, mientras el caballo trota, aumentan los momentos de pasividad posibles (omisivos); y estos momentos omisivos serán más si lo hago conduciendo un automóvil y, más aun, si el vehículo tiene caja de cambios automática.[20]

Es de estas actividades, que organizamos en ejercicio de nuestros derechos, que no deben desprenderse daños para los derechos de los demás. De modo que, para no lesionar a una persona que yace inconsciente en el camino, tanto tenemos el deber de no apretar el acelerador, azuzar al caballo o dar el siguiente paso, como de frenar, detener el caballo o el propio andar. Y creamos un riesgo no permitido si infringimos el deber de evitar esos comportamientos (comisivos y omisivos) no obstante el riesgo de producción del resultado.

Es decir, en los "delitos de organización" el deber de evitar, cuya infracción convierte al comportamiento en típico, es una concreción del *principio de no daño* o *neminem laedere* que, a su vez, es el correlato, el sinalagma, de la libertad de organizar.

V.

En los "delitos de infracción de deber", en cambio, el deber de evitar el riesgo de producción del resultado típico tiene fundamento en una institución positiva.

Una institución es un modo de relacionarse en una sociedad, que perdura en el tiempo, es decir, que pasa de generación en generación, que tiene reconocimiento jurídico y que se halla sustraído al poder de disposición de los individuos.[21] A modo de ejemplo, uno puede decidir libremente si quiere o no tener hijos, pero, si termina teniendo uno, ya no puede elegir si quiere hacerse cargo de las obligaciones de un padre. El modo de relacionarse entre padres e hijos ya está preconfigurado —y de manera no disponible— en el código civil por el Derecho de familia.

[20] JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión* (traducción a cargo de Enrique PEÑARANDA RAMOS), Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1994, pp. 12 ss.
[21] JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, supra* nota 1, pp. 29-57, nota 114.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Instituciones eran —en la concepción inicial de JAKOBS[22]— la relación paterno-filial,[23] el matrimonio, la confianza especial y los "deberes genuinamente estatales". Posteriormente JAKOBS acortó esta lista, pues limitó el matrimonio al realmente practicado, es decir, no meramente formal, y ya no como institución autónoma sino como un caso específico de confianza especial.[24]

Ahora, cualquiera que sea la cantidad de instituciones que se esté dispuesto a poner en la lista,[25] lo cierto es que la característica común de todas ellas es que están definidas a partir de un entramado de deberes —y sus derechos correlativos— que tienen como contenido la aportación de una prestación positiva a otra persona o a la propia institución y, a través de ella, al resto de los ciudadanos.

Así, los padres deben alimentar y cuidar a sus hijos, si es necesario buscar asistencia médica, evitar los peligros para su vida y su integridad, y, además, cuidar el patrimonio de sus hijos. El Estado, a través de sus funcionarios, cada uno en el ámbito de su competencia, (i) debe velar por la seguridad de las personas sometidas a su autoridad (p. ej., en el servicio militar o prisión), (ii) debe ocuparse de la seguridad interior y exterior (y la policía por eso evitar la comisión de delitos), (iii) debe brindar también asistencia social elemental (p. ej., en caso de catástrofes o peligros masivos), y (iv) debe asegurar los principios básicos del Estado de Derecho (esto es, la sujeción a la ley de la administración pública y de la administración justicia, la observancia de la legalidad en la persecución penal y el cumplimiento de las penas, etc.).

A su vez, al igual que ocurre en los "delitos de organización", también los deberes institucionales se cumplen o se infringen, según las circunstancias del caso, *actuando* u *omitiendo* indistintamente, es decir, que también los "delitos de infracción de deber" pueden ser cometidos por comisión o por omisión. **Ejemplos**: los padres lesionan el deber de cuidar el patrimonio de

[22] Ídem, pp. 29-57 ss.

[23] Incluyendo también las correspondientes relaciones sustitutivas, como la adopción.

[24] Primero en JAKOBS, *supra* nota 19, pp. 34 ss. y nota 76, y, más recientemente, con toda claridad, en *System der strafrechtlichen Zurechnung*, *supra* nota 1, p. 63, incluyendo también a la unión de personas del mismo sexo, establecida por la *Lebenspartnergemeinschaftsgesetz*, como relación sustitutiva. En la Argentina estos últimos casos quedaron alcanzados ya directamente por la institución del matrimonio a partir de la reforma introducida por la ley 26.618 a las reglas del código civil. Sobre la confianza especial, en extenso, PERDOMO TORRES, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 133 ss.

[25] JAKOBS las limita a aquellas que tienen la misma importancia fundamental para la existencia social que el sinalagma libertad de organización–responsabilidad por las consecuencias, es decir, "formas de relacionarse en sociedad respecto de las cuales —en todo caso, en general— no hay alternativas de organización", cf. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, supra* nota 1, p. 29-58, también *supra* nota 24, p. 84, y *Theorie der Beteiligung, supra* nota 1, p. 61.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

su hijo tanto si distraen injustificadamente ellos mismos dinero de sus ahorros, como si dejan que un tercero se lo lleve pudiendo evitarlo. Y el fiscal tanto infringe el deber de promover la persecución penal cuando hace desaparecer las pruebas de la investigación como si no interviene a pesar de ver cómo otro las suprime del expediente.[26]

En definitiva, en paralelo de nuevo con lo que sucede en los "delitos de organización", también aquí el deber de evitar el riesgo de producción del resultado es la concreción de alguno de esos deberes de prestación positiva más genéricos que conforman la institución.

Ahora bien, además de la irrelevancia de que la infracción tenga lugar por acción u omisión, la vinculación con un deber institucional tiene otras consecuencias. En primer lugar, en los "delitos de infracción de deber" sólo puede ser autor el obligado institucionalmente que infringe su deber de aportar una prestación positiva. Pero, por eso mismo, si el obligado infringe su deber institucional, responde siempre a título de autor, aunque su comportamiento sea materialmente el de un cómplice o un instigador. **Ejemplo**: el padre que alcanza al asesino de su hijo un cuchillo responde como autor y no como partícipe, porque a través de su acción lesiona su deber especial institucional de proteger a su hijo. Aquí se explica que mientras que organizar una actividad es algo que puede ser llevado a cabo mediante división del trabajo, y el grado de participación es una cuestión cuantitativa, los deberes positivos, en cambio, no conocen división del trabajo porque vinculan al obligado institucionalmente de manera personal, de modo que su infracción también sólo puede ser llevada a cabo de un modo personalísimo y, por tanto, siempre a título de autor.[27]

En segundo término, en cuanto a la extensión de esta categoría delictiva, la vinculación con un deber institucional opera en relación con otras clasificaciones (en especial, la de ROXIN),[28] en parte de manera ampliatoria, en parte de modo restrictivo.[29] Por un lado, en sentido restrictivo, hay que aclarar que no todo "delito especial" es un "delito de infracción de deber", sino sólo aquellos en los que el "deber especial" que determina la condición de autor es un "deber institucional", es decir, deriva de alguna de las instituciones positivas mencionadas. No son, por

[26] JAKOBS, "El ocaso del dominio del hecho", en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas penales,* Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2000, p. 89.
[27] "La omisión: estado de la discusión", en AA.VV., *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, Civitas, 2000, p. 150; JAKOBS, *Theorie der Beteiligung, supra* nota 1, p. 63.
[28] ROXIN, *supra* nota 1, pp. 352 ss.; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich, C.H. Beck, 2003, § 25, n.º m. 267 ss.
[29] En extenso, y con toda claridad, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 1, pp. 29 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tanto, "delitos de infracción de deber", sino tan sólo "delitos especiales", por ej., la quiebra fraudulenta y la insolvencia fraudulenta, el desbaratamiento de derechos acordados, la retención indebida, el libramiento de cheque sin fondo. A estos últimos JAKOBS propone denominarlos "delitos especiales *en sentido amplio*" y a los de infracción de deber "delitos especiales *en sentido estricto*". Y por la misma razón tampoco todos los delitos imprudentes, ni todos los delitos de comisión por omisión, son necesariamente "delitos de infracción de deber", como sostuvo ROXIN,[30] sino sólo cuando están vinculados a una institución.[31]

Por el otro, y ahora en sentido ampliatorio, "delitos de infracción de deber" no son sólo los comportamientos que pueden ser subsumidos bajo el tenor literal de un "delito de infracción de deber" "positivado", es decir, de un "delito especial *en sentido estricto*" (como sucede por ej. con los delitos de funcionarios), sino toda lesión a la institución subsumible en un tipo penal aunque el tipo esté formulado como un delito de autor indistinto. Así, por ej., antes de la sanción de la ley 25.816, el robo cometido por un policía en una casa del barrio que debía vigilar era ya un "delito de infracción de deber", aunque la conducta sólo pudiera ser subsumida en el tipo penal del artículo 164 del Cód. Penal.[32] Lo mismo vale para el padre que hurta o daña una cosa de su hijo menor de edad (sin perjuicio de la aplicación de la excusa absolutoria prevista para los parientes en el art. 185 del Cód. Penal).

Veamos así cuál es el cuadro de situación que queda configurado:

[30] En las primeras dos ediciones de *Täterschaft und Tatherrschaft*, ROXIN incluyó los delitos imprudentes en la categoría de los delitos de infracción de deber. A partir de la tercera edición abandonó esta posición, por considerar que "la infracción del deber general de cuidado que fundamenta el ilícito tan sólo caracteriza al deber de evitar que concierne a todo ciudadano y que está presupuesto también en los tipos dolosos" (cf. *supra* nota 1, p. 697). En cambio, sigue considerando hasta el día de hoy que todos los delitos de omisión son delitos de infracción de deber (cf., ídem, pp. 459 ss. y 702 ss.; asimismo, *supra* nota 28, § 31, n.º m. 140).

[31] Ejemplo de delito de infracción de deber imprudente: la muerte del hijo causada de manera imprudente por el padre.

[32] Equivalente al § 249 del StGB alemán. Sólo en el año 2003, por ley 25.816, fueron introducidos en el Cód. Penal sendos tipos penales de hurto y robo agravados por la condición del autor de miembro de las fuerzas de seguridad (arts. 163*bis* y 167*bis*). Conforme lo expresado en el texto, queda claro, empero, que en cuanto atañe a la caracterización de esas conductas como «delitos de infracción de deber» esa ley no tuvo efecto constitutivo, sino meramente declarativo, y su sentido se agota en la formulación de dos nuevos tipos agravados.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

	Delitos de organización	**Delitos infracción de deber**
Comisión (doloso e imprudente)	• d. aseguramiento • d. salvamento por asunción • d. salvamento por injerencia	• relación paterno-filial (y sustitutivas) • confianza especial (incluyendo matrimonio no meramente formal) • deberes genuinamente estatales
Omisión (doloso e imprudente)	• d. aseguramiento • d. salvamento por asunción • d. salvamento por injerencia	• relación paterno-filial (y sustitutivas) • confianza especial (incluyendo matrimonio no meramente formal) • deberes genuinamente estatales

Tanto los "delitos de organización" como los "de infracción de deber" pueden presentarse bajo la forma de un delito de comisión o de omisión, doloso o imprudente.

Deberes de evitar en los "delitos de organización" son los deberes de aseguramiento y los deberes de salvamento, por asunción y por injerencia. Deberes de evitar en los "delitos de infracción de deber" son los deberes que derivan de las instituciones relación paterno-filial, confianza especial, matrimonio (como subcaso de la anterior) y los deberes genuinamente estatales.

En los delitos de comisión (de ambas categorías) no se trabaja la imputación objetiva aludiendo a "deberes de evitar" y a la tipicidad como producto de su infracción; se dice simplemente que el autor creó un riesgo no permitido. Pero la clasificación es perfectamente posible.

> **Ejemplo** referido a la asunción: todo el mundo puede apagar las luces de su automóvil cuando estaciona definitivamente, siempre y cuando no haya asumido

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> orientar a un nadador nocturno desde la orilla de un lago, en cuyo caso no le está permitido apagarlas. **Ejemplo** para la injerencia: un comerciante puede apagar por la noche la iluminación de la vidriera aunque esté seguro de que algunos trasnochadores van a tropezar en el accidentado pavimento, a no ser que él haya causado de manera imputable el mal estado del pavimento, en cuyo caso no le está ya permitido apagar la iluminación.[33] Es decir, se trata de casos en los cuales, a causa del acto de asunción o del comportamiento precedente, se prohíbe un comportamiento que, de lo contrario, estaría permitido. En ambos casos diríamos sin embargo simplemente que al apagar las luces el autor creó un riesgo no permitido. Lo mismo sucede en los "delitos de infracción de deber". **Ejemplo**: diríamos que el padre actuó de modo no permitido, que creó un riesgo no permitido, al enviar a jugar solo a su hijo de tres años cerca de una piscina sin cerramiento perimetral.

En el delito de omisión (también de ambas categorías) sucede lo contrario, pues fundamos la tipicidad en que el autor omitió a pesar de tener el deber de actuar y evitar, por hallarse en posición de garante por asunción, injerencia o su condición de padre o funcionario, es decir, de una institución.

Hasta aquí entonces las diferencias son sólo de formulación. Los "delitos de infracción de deber" se presentan como una reformulación conceptual que intenta mejorar la fundamentación del carácter no permitido de un comportamiento. Las dificultades en la determinación del contenido y alcance de los deberes de evitar, y del riesgo permitido, existen para todas las variantes de formulación.

Pero donde la adopción de esta nueva categoría sí produce consecuencias distintas a las habitualmente asumidas es en el "delito de infracción de deber" *doloso* de *comisión*, porque recordemos que el obligado institucionalmente responde siempre como autor. Si bien esto no tiene repercusiones en la pena del instigador y del cómplice necesario (responden como el autor), sí las tiene con el cómplice secundario, que en nuestra legislación tiene una pena reducida, a lo que se suma que en todos los casos produce un adelantamiento del comienzo de ejecución a actos que de lo contrario serían de preparación.

[33] JAKOBS, "La omisión: estado de la discusión", *supra* nota 27, pp. 140 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Es cierto que los "delitos de infracción de deber" omisivos e imprudentes tampoco están exentos de estas consecuencias, pero en ellos (por supuesto, no con esta denominación, sino simplemente como delitos de omisión e imprudentes) ya anteriormente se discutía si los garantes y quienes hubiesen infringido el deber de cuidado debían responder siempre como autores, o cabía diferenciar entre autoría y participación.

De allí que las consecuencias más trascendentes, como se dijo, se manifiesten principalmente en el delito doloso de comisión. Pero ¿son compatibles estas conclusiones con el Derecho positivo? Para responder a esta pregunta, es importante tener en cuenta lo siguiente. Es cierto que el planteamiento que he presentado postula, para ambas categorías de delitos (y no sólo para los "de infracción de deber"), la irrelevancia de la distinción entre acción y omisión. Pero eso no quita que *de lege lata* manda de todos modos el principio de legalidad.

El propio JAKOBS advierte que si la formulación legal de un "delito de infracción de deber" condiciona la tipicidad a la realización de un determinado comportamiento que el propio obligado debe realizar, entonces si no concurre este comportamiento no hay autoría ni tipicidad.[34] Así, por ej., si la acción típica en el delito de cohecho pasivo del Cód. Penal (art. 256) consiste en "recibir una dádiva" o "aceptar una promesa", la conducta del funcionario que solicita una dádiva es atípica respecto de este delito, a pesar de que en sí misma lesiona también la institución positiva. Resolver, por eso, si un determinado delito de la parte especial admite una variante omisiva, o permite considerar autor a quien no tuvo dominio del hecho, es un problema de interpretación legal de ese delito en particular.

VI.

Al comienzo dije que teoría de la acción, imputación objetiva y "delitos de infracción de deber" eran temas entrelazados, como tantos temas de la dogmática penal, y que éste último era una concreción de los dos anteriores. Y bien, la pauta orientadora para la interpretación la brinda el punto de partida de la teoría de la acción, reformulada por la imputación objetiva.

[34] JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, supra* nota 1, 21-117, que ejemplifica también con un delito de funcionario: "[l]a acción típica de la aceptación de dádivas (§ 331 StGB) consiste (junto a otras) en hacer*se* prometer una dádiva; esta acción no es equivalente a la de hacer prometer a favor de terceros, por ej., la promesa de una donación a una organización caritativa".

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Recordemos que objeto de normación del Derecho no son cursos causales, sino acciones con sentido, y que entonces cuando el legislador prohíbe un homicidio no prohíbe la causación de una muerte, sino un comportamiento que significa socialmente una acción de homicidio. Empero, socialmente tienen el significado de un homicidio tanto conductas activas como omisivas en la medida en que el autor tuviera el deber —por institución o por organización— de evitarlas (*sc.* tanto la producción de una muerte como su no evitación, siempre bajo la condición de que el autor del caso tuviera el deber —por institución o por organización— de evitarla, es decir, que haya creado un riesgo no permitido que se realizó en el resultado).[35] En este sentido, sabemos que es un principio hermenéutico, que la Corte Suprema federal reitera constantemente, que, por encima de lo que las leyes parecen expresar literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente (Fallos: 308:118), a cuyo efecto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de los términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador (Fallos: 308:1861), y que esos extremos no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal (Fallos: 310:149).

Por último, para concluir, sólo queda por señalar que si también en los delitos de organización la **infracción de un deber de evitar** (que, insisto, es lo mismo que decir la creación de un riesgo no permitido) es un requisito para que el comportamiento adquiera un significado típico, entonces el "delito de infracción de deber" es el supraconcepto.[36] Lo que cambia y los diferencia es el distinto fundamento de ese deber.

VII.

1. Los "delitos de infracción de deber" son un desarrollo ulterior, una concreción de la "teoría de la imputación objetiva", e imputación objetiva es el nombre con el que se discute desde algunas

[35] En igual sentido, SANCINETTI, *Casos de Derecho penal, Parte general, Tomo 1*, 3.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 293: "[l]a razón por la cual se puede tratar a tales omisiones conforme a verbos que en principio describen comportamientos activos no reside en aceptar para este caso un procedimiento analógico, como parece a primera vista, es decir, en violación al principio *nullum crimen sine lege*… Se trata, en lugar de ello, de la cuestión de interpretación de hasta qué punto un texto que describe una acción, como «matar», está referido también a la no evitación de la muerte para quien está obligado a evitar (matar, dejar morir). […] Ello se corresponde con la constatación […] de que el tipo del texto, tal como resulta de una primera comprensión, ligada al lenguaje coloquial, tiene el alcance que en definitiva resulta del tipo de la interpretación. […] Un uso sumamente extendido en el tiempo, que al menos remonta a autores humanistas de los siglos XVI y XVII, muestra que las incriminaciones formuladas con verbos de causación siempre fueron interpretadas como referidas también a la no evitación de quien debía evitar, y en todo caso sólo se ponía en duda si la reprochabilidad de la omisión era tan intensa como la de la comisión, o, en cambio, menor".

[36] JAKOBS, *supra* nota 26, pp. 117 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

décadas la "teoría de la acción penal". Ése es el hilo conductor que debe seguirse para buscar la solución de algunas de las cuestiones que plantea esta nueva categoría.

2. La creación de un riesgo no permitido (que se realiza en el resultado) es un requisito para que un comportamiento, tanto comisivo como omisivo, doloso o imprudente, adquiera un significado típico (de una acción o una omisión que significan socialmente un homicidio, unas lesiones, etc.).

3. Afirmar que el autor creó un riesgo no permitido equivale a decir que el autor tenía el deber de evitar ese comportamiento y que infringió ese deber. Es decir, "creación de un riesgo no permitido" equivale a "infracción de un deber".

4. La infracción de un deber extrapenal de evitar (que, una vez más, es lo mismo que decir la creación de un riesgo no permitido) es entonces el requisito para que un comportamiento adquiera un significado típico.

5. La clasificación entre "delitos de infracción de deber" y su contrapartida los "delitos de organización" tiene que ver con la determinación del distinto fundamento material de ese deber extrapenal de evitar.

6. En los "delitos de organización" el deber de evitar es una concreción del deber general de no dañar, de no lesionar los derechos de terceros, "*principio de no daño*" o *deber de no lesionar los derechos de terceros*. En los "delitos de infracción de deber", en cambio, el deber de evitar el riesgo de producción del resultado típico tiene fundamento en una institución positiva.

VIII. Bibliografía

CÓRDOBA, Fernando, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

— "Imputación objetiva y teoría de la acción", en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 41 ss.

COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Kraft, 1945.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

JAKOBS, Günther, *Theorie der Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

— *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2012.

— "Zum Begriff des Delikts gegen die Person", en BERNSMANN, Klaus/ULSENHEIMER, Klaus (comps.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen,* Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns, 2002, pp. 63 ss.

— "El ocaso del dominio del hecho", en JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conferencias sobre temas penales,* Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2000.

— "La omisión: estado de la discusión", en AA.VV., *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, Civitas, 2000.

— *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción a cargo de Manuel CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 1996.

— *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassung*, Opladen, Westdeutscher, 1996.

— *La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión* (traducción a cargo de Enrique PEÑARANDA RAMOS), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.

— *Die strafrechtliche Handlungsbegriff, Kleine Studie*, Múnich, C.H. Beck, 1992.

— *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1991.

— *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín, 1972.
JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.ª ed., Berlín, Duncker & Humboldt, 1996.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

KAUFMANN, Armin, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", en STRATENWERTH, Günter *et al*. (comps.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1974.

KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, Nomos, 2005.

KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Viena, Franz Deuticke, 1960.

PERDOMO TORRES, Jorge, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo I*, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2006.

— *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich, C.H. Beck, 2003.

— *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín-Nueva York, de Gruyter, 2000.

— "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", en KOHLMAN, Günter (comp.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag,* Colonia, Deubner, 1983, pp. 303 ss.

— "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción" (traducción a cargo de Diego Manuel LUZÓN PEÑA), en *Problemas básicos del derecho penal,* Madrid, Reus, 1976 [1962], pp. 84 ss.

— "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal" (traducción a cargo de Diego Manuel LUZÓN PEÑA), en *Problemas básicos del derecho penal,* Madrid, Reus, 1976 [1962], pp. 201 ss.

SANCINETTI, Marcelo Alberto, *Casos de Derecho penal, Parte general, Tomo 1*, 3.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

— *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlín, Duncker & Humboldt, 1999.

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín, de Gruyter, 1969.

— *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, Otto Schwartz, 1961.

— *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1951.

— "Studien zum System des Strafrechts", en ZStW 58, 1939, pp. 491 ss.

ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (traducción a cargo de Marcelo Alberto SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 1990 [1973].

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El Derecho Internacional Penal ante el Fenómeno de la Criminalidad Organizada en la Sociedad Global

Héctor Olásolo Alonso[*] [**]

Fecha de recepción: 31 de julio de 2015
Fecha de aceptación: 6 de septiembre de 2015

Resumen

El propósito de este trabajo consiste en identificar las características propias del Derecho internacional penal y del Derecho penal transnacional, los objetivos, fundamentos y el modo en que se estructura y reacciona cada sistema, con el fin de evaluar si las respuestas del primero podrían extenderse a aquellas conductas identificadas como delitos transnacionales. Respecto de estos últimos, luego se hará foco en los casos donde la naturaleza, intensidad, escala y sistematicidad de la violencia ejercida vuelvan indispensable un análisis referido a su eventual calificación como crímenes de lesa humanidad.

Palabras clave: Criminalidad organizada – Derecho internacional penal – Derecho penal transnacional – Crímenes internacionales – Delitos transnacionales – Crímenes de lesa humanidad

Title: International Criminal Law and the Phenomenon of Organized Crime in the Global Society

[*] Doctor y premio extraordinario de Doctorado por la Universidad de Salamanca (España). Magíster en Derecho por Universidad de Columbia (Nueva York) y Licenciado. En la actualidad es Profesor Principal de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), es presidente del Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y director del Anuario Iberoamericano de derecho Internacional Penal (ANIDIP). En el pasado se ha desempeñado como Profesor Titular de Derecho Penal y Procesal Internacional de la Universidad de Utrecht (Holanda); letrado de Sala de la Corte Penal Internacional (2004-2010); miembro de la Asesoría Jurídica y de la Sección de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2002-2004) y; miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para la Corte Penal Internacional celebrada en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York (1999-2002). Contacto: hectorolasolo@gmail.com.

[**] El autor agradece al Sr. Carlos Fonseca Sánchez por su excelente contribución durante la investigación y edición del presente trabajo.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Abstract

The purpose of this article is to identify the specific features of International Criminal Law and Transnational Criminal Law. In particular, the purposes and foundations of each system will be analysed in order to evaluate whether the scope of application of International Criminal Law could be extended to transnational crimes. On this regard, there will be a close evaluation of cases in which an analysis of the possible characterization of such conduct as crimes against humanity is imperative because of their nature, intensity, scale and systematicity of the violence.

Keywords: Organized crime – International Criminal Law – Transnational Criminal Law – International crimes – Transnational crimes – Crimes against Humanity

Sumario

I. Planteamiento del problema: La criminalidad organizada en la sociedad global; II. La distinta naturaleza del Derecho penal transnacional y del Derecho internacional penal; III. ¿Manifestaciones de la criminalidad organizada en la sociedad global que entren en el ámbito del Derecho Internacional Penal? Particular atención a los crímenes de lesa humanidad; IV. Conclusión; V. Bibliografía

I. Planteamiento del problema: La criminalidad organizada en la sociedad global

La globalización ha generado un sistema financiero global por encima de las leyes nacionales, que escapa al control de los Estados. Este fenómeno, promovido por la desregulación financiera, ha dado un impulso importante a la expansión de la economía criminal, que genera imponentes flujos financieros y de capitales en el sistema global. De ahí que la diferenciación entre actividad económica legal y criminal resulte cada vez más difícil de deslindar,[1] lo que ha sido calificado como la *degeneración de la actividad económica*.[2]

En el actual capitalismo global, las redes de capital, trabajo, información y mercados enlazan, mediante la tecnología, las funciones, las personas y las localidades del mundo, a la vez que

[1] LEROY MILLER/MEINERS, *Microeconomía,* Bogotá, McGraw Hill, 1990, p. 6; BLOVICH, "Vigilante in the field of financial transactions", Documento DOC.W. M/16/04, Ponencia en el seminario ICEPS sobre Riesgos Corporativos, Morton Banking Center, Off-Print ICEPS, Nueva York, 2004.

[2] DOMINE, "Criminalidad Económica y Terrorismo", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 2007, pp. 83-132, p. 87.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

desconectan de sus redes a aquellas poblaciones y territorios desprovistos de valor e interés para su dinámica.[3] La irrelevancia y exclusión socio-económica de amplias partes de nuestras ciudades y regiones, y en ocasiones de países enteros (en lo que se ha denominado el "cuarto mundo"), y el intento de las poblaciones residentes en estas áreas por escapar de la marginalidad, ha permitido al crimen organizado desarrollar una ‹‹economía criminal global›› dirigida a proveer bienes y servicios prohibidos a quienes son parte del capitalismo global.[4]

Los entornos marginados del sistema son condenados a conformar la base para la actuación de la criminalidad organizada, la consolidación de grupos insurgentes y el desarrollo de guerras globales, como las impulsadas desde los EE.UU contra el terror y las drogas. Las regiones fronterizas de muchos Estados, lejos de desarrollar su potencial para el intercambio comercial, económico y humano, juegan esta función al haberse quedado fuera de las redes del capitalismo global.[5] Es precisamente en estos contextos en los que se desarrolla de manera más palpable lo que MANTILLA ha denominado dinámica "glocal", en cuanto que los recursos, las motivaciones, las estrategias y los discursos de los actores globales confluyen con el padecimiento de la violencia y el sufrimiento de las consecuencias sociales, políticas y económicas en áreas locales bien delimitadas.[6]

El caso de Colombia, como el de las fronteras entre Afganistán y Pakistán, Irak y Siria, o Argelia y Mali, por poner sólo algunos ejemplos en diferentes regiones del mundo, es particularmente relevante.[7] Refiriéndose a la situación colombiana, ARISTIZABAL ha subrayado que

[3] CASTELLS, *La era de la información economía, sociedad y cultura, el fin del milenio, Vol. III*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 369-394, p. 371.
[4] Ibídem.
[5] MANTILLA VALBUENA "Hacia una perspectiva "glocal" del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales", en *PAP. POLÍT.*, vol. 14, n.º 2 , 2009, pp. 581-607.
[6] Ídem, pp. 586-587.
[7] Según RAMÍREZ y MANTILLA VALBUENA, la nación más afectada actualmente por la situación que se vive en las fronteras es Venezuela, por su proximidad a la zona de mayor presencia de actores armados ilegales y por efecto de las acciones del ELN (Ejército de Liberación Nacional) contra los oleoductos en Colombia, mientras que en Ecuador se presenta una situación de aumento de tráfico de armas, municiones y explosivos, tanto por la presión de irregulares colombianos como por la corrupción de diversos sectores ecuatorianos. Por su parte, el territorio fronterizo colombo-brasileño se ha constituido en los últimos años en zona de tráfico de precursores químicos y de lavado de dinero mediante la compra, por parte de narcotraficantes brasileños, de oro a indígenas, colonos y buscadores ilegales en las zonas auríferas de los departamentos de Vichada y Amazonas, y a través de la provisión de armas y recursos a las guerrillas colombianas a cambio de droga y protección. Vid. RAMÍREZ, "La ambigua regionalización del conflicto colombiano", en GUTIÉRREZ/SÁNCHEZ *et al.*, (eds.), *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia,* Bogotá, IEPRI/Norma, 2006, pp. 121-166, p. 140; y MANTILLA VALBUENA, *supra* nota 5, p. 593.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la guerra se alimenta por todos los costados de dineros y armas que vienen de afuera. También de afuera son en su mayoría las ideologías que la avivan y las tecnologías y políticas utilizadas para su desarrollo. Más aún, las explicaciones de algunos rasgos y virajes de la guerra que se libra en Colombia y que afectan la región andino-amazónica, están más allá de sus fronteras, escapan a su control y obedecen a intereses transnacionales que tienen que ver con el orden mundial posterior a la guerra fría y al modo de articulación de Colombia con la economía globalizada.[8]

Siendo el epicentro del crimen transnacional la prohibición de mercados, no puede sorprender que las organizaciones que comercian con bienes y servicios prohibidos conformen una auténtica estructura empresarial clandestina, con una pluralidad de miembros jerárquicamente organizados, que cooperan permanentemente conforme al principio de división de funciones para conseguir los objetivos empresariales previamente diseñados.[9] De esta manera, organizaciones como las bandas criminales colombianas, los cárteles mexicanos, la *Cosa Nostra* norteamericana, las tríadas chinas, los yakuza japoneses, o la mafia rusa, operan de modo racional para obtener beneficios en mercados prohibidos.[10]

Se trata en definitiva de organizaciones profesionales, que tienen como medio de vida transacciones prohibidas, y conocen profundamente el área en el que actúan.[11] Además, hacen uso de los últimos avances tecnológicos, así como de la ampliación y la desregulación de los mercados financieros globales, lo que ha hecho ineficientes las antiguas estructuras de control existentes, ha multiplicado sus posibilidades de actuación y les ha permitido el diseño de auténticas estrategias globales de acción. Como resultado, en una época en donde cincuenta de las primeras cien economías del mundo corresponden a corporaciones transnacionales, no puede extrañar que las estructuras clandestinas empresariales del crimen organizado tengan anualmente beneficios que superen al producto interior bruto de una buena parte de los 194 Estados del mundo.[12]

[8] ARISTIZABAL, *Metamorfosis. Guerra, Estado y globalización en Colombia*, Bogotá, Desde Abajo, 2007, p. 95.
[9] RITCH, "They'll make you an Offer You Can't Refuse: A Comparative Analysis of International Organized Crime", en *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 9, 2002, pp. 569-606, pp. 569-70 y p. 571. Vid. También, WILLIAMS, "Global Organized Crime: Hearing Before the H. Comm. on International Relations", en 104th Cong. 28 (statement of Phil WILLIAMS, Professor, University of Pittsburgh, International Security Studies), 1996.
[10] RITCH, *supra* nota 9, p. 571
[11] ZAFFARONI, "Il crimine organizato: una categorizzazione fallita", en MOCCIA, Sergio (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, tra efficienza e garanzia,* Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 65. Vid. también, HAGAN, "The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model", en *Criminal Justice Review,* vol. 8, n. 2, 1983, pp. 52-57.
[12] ARONOWITZ, "Trafficking in Human Beings: An International Perspective", en SIEGEL *et al*. (eds.), *Global Organized Crime: Trends and Developments*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 89. Vid. También OBOKATA, *Trafficking*

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Para poder desplegar sus actividades a lo largo del tiempo, estas organizaciones requieren de varias características. En primer lugar, tratan de presentarse como empresas económicas lícitas. En segundo lugar, requieren de una conexión estructural con los poderes públicos (administrativo, legislativo y judicial) y privados (en particular el sector financiero) del ámbito en el que operan, lo que hace que la corrupción juegue "un papel medular" en sus actividades.[13] En tercer lugar, actúan a través de redes, de manera que sus miembros pueden confiar en un tejido de puntos de contacto en una multiplicidad de Estados con el que desarrollar sus actividades "de forma segura". Dichas redes se caracterizan por su permanencia en el tiempo y la estandarización de sus formas de actuación (algunos las han equiparado con una "burocracia"[14]). En cuarto lugar, cuentan con una alta capacidad de transformación, que se apoya en gran medida en el carácter etéreo de sus amplias redes de puntos de contacto. Finalmente, sostienen su acción recurriendo a la amenaza y al ejercicio de la violencia.

En relación con este último aspecto, estructuras empresariales clandestinas que se dedican a realizar transacciones económicas en mercados prohibidos con ánimo de lucro superan el ámbito de las transacciones prohibidas, para adentrarse en el ámbito de las amenazas, destrucción de propiedad, agresiones graves y asesinatos, frente a quienes constituyen un obstáculo en el desarrollo de su actividad económica primaria, con el fin de evitar cualquier interferencia con sus transacciones económicas. Como ROJAS ha afirmado en relación con las bandas criminales colombianas, si bien no buscan el poder político, su objetivo principal es obtener el poder económico y el control social en las áreas en las que operan,[15] para lo que según PRIETO pueden llegar a incurrir en un número significativo de masacres, homicidios, desplazamientos forzados, extorsiones y hechos de reclutamiento forzado de menores, entre otros hechos delictivos.[16]

Es en este contexto en el que la naturaleza, intensidad, escala y sistematicidad de dicha violencia, puede hacer que estas organizaciones excedan el ámbito de los delitos transnacionales, para incursionar en el campo del derecho internacional penal, y en particular de los crímenes de lesa humanidad. Pero, ¿significa esto que haya que extender al ámbito de los delitos

In Human Beings From A Human Rights Perspective: Towards A Holistic Approach, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 29.

[13] DOMINE, *supra* nota 2, p. 96.

[14] Ibídem.

[15] ROJAS ARAVENA, Francisco, "Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano", en ROJAS ARAVENA/ÁLVAREZ-MARÍN, (eds.), *América Latina y el Caribe: Globalización y conocimiento. Repensar las ciencias sociales*, Montevideo, UNESCO/FLACSO, 2011, p. 358.

[16] PRIETO, *Las bacrim y el crimen organizado en Colombia*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung Colombia, 2013.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

transnacionales la respuesta ofrecida por el Derecho internacional penal frente a los crímenes internacionales? A responder a esta pregunta dedicamos el presente trabajo.

II. La distinta naturaleza del Derecho penal transnacional y del Derecho internacional penal

Los delitos transnacionales consisten en transacciones económicas en mercados prohibidos por la ley, que tienen por objeto la oferta o la demanda de bienes ilícitos (drogas, armas, propiedad cultural, recursos naturales, materiales contaminantes, propiedad intelectual), seres humanos (inmigrantes, mujeres, niños) o servicios para facilitar y organizar dichas transacciones (lavado de dinero, corrupción, piratería, delitos cibernéticos y terrorismo).[17] La razón de la prohibición de estos mercados se encuentra generalmente en la entidad de su posible impacto en los Estados que promueven su prohibición. Incluso en relación con el tráfico de seres humanos, el aspecto central de la prohibición se encuentra en la finalidad de explotación o de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material y no en el hecho de ejercer derechos de propiedad sobre los seres humanos con los que se trafica.[18]

A diferencia de los crímenes internacionales, el delito transnacional tiene por característica afectar el interés del control regulatorio sobre ciertos bienes y servicios (qué se puede producir, con qué se puede comerciar, quién lo puede hacer, y cómo se han de realizar las transacciones). De ahí que el Derecho penal transnacional está fundamentalmente orientado al control del delito.[19] Además, no supera, en principio, la soberanía estatal, sino que parece reafirmarla, en cuanto que los Estados son particularmente celosos de su poder para prohibir aquellas transacciones económicas que encuentran amenazantes.[20]

[17] Ibídem.
[18] Vid. Artículo 3 del Protocolo para el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado el 15 de noviembre de 2000, 2237 UNTS 319, y en vigor desde el 25 de diciembre de 2003. Vid también, artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencias Organizada Transnacional, aprobado el 15 de noviembre de 2000, 2237 UNTS 319, y en vigor desde el 25 de diciembre de 2003.
[19] NADELMANN, "Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society", en *International Organisation*, vol. 44, 1990, pp. 479-526.
[20] BOISTER, "Transnational Criminal Law", en *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, pp. 953-976.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Consecuencia de lo anterior es que los tratados internacionales recogen definiciones muy flexibles de los delitos transnacionales,[21] para que los Estados puedan asumirlas, conservando al mismo tiempo la capacidad de interpretarlas y adaptarlas según sus propias circunstancias nacionales.[22] Además, sólo imponen a estos últimos la obligación de recoger dichos delitos en sus legislaciones nacionales, de manera que su comisión no genera responsabilidad penal a falta de implementación interna del tratado internacional de que se trate.[23]

De lo anterior se deduce que el Derecho penal transnacional no codifica, ni hace cristalizar, conceptos universales.[24] Por el contrario, recoge una serie de opciones políticas dirigidas al control de las transacciones de ciertos bienes y servicios, que pueden tener un impacto no deseado sobre los intereses de ciertos Estados, o de ciertos grupos dentro de estos últimos. De ahí que pueda definirse como aquel conjunto de normas que los Estados han creado específicamente para regular y perseguir penalmente aquellas transacciones económicas que superan en su desarrollo, o en sus efectos, el ámbito interno de sus fronteras, y que por ello son objeto de interés para más de un Estado.[25]

Como su finalidad principal es fortalecer la persecución penal de estas transacciones a través de la cooperación procesal entre los Estados, el Derecho penal transnacional recurre al Derecho internacional con un triple objetivo. En primer lugar, obtener una mayor armonización de las definiciones de los delitos a nivel nacional, como condición necesaria para la cooperación procesal

[21] En relación con la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional, vid. SCHLOENHARDT, "Transnational Organised Crime and International Law. The Palermo Convention", en *CRIM. L.J.,* vol. 29, 2005pp. 345 y 353.

[22] JENKS, "The Conflict of Law Making Treaties", en *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, pp. 401-425.

[23] En relación con la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional, vid. ENCK, "The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime: Is It All That It Is Cracked Up to Be? Problems Posed by the Russian Mafia in the Trafficking of Humans", en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 30, 2003, pp. 369-385; y FIJNAUT, "Introduction To The Containment Of Transnational Organized Crime: Comments On The Un Convention Of December 2000", en ALBRECHT/FIJNAUT (eds.), *The Containment Of Transnational Organized Crime: Comments On The Un Convention Of December 2000,* Friburgo, Iuscrim, 2002.

[24] De hecho, al margen de la Convención Única sobre Estupefacientes (1961), los Preámbulos de estos tratados internacionales no recurren a condenas morales universales, o a la protección de la humanidad en su conjunto, para justificar sus prohibiciones. Vid. Convención Única sobre Estupefacientes, de 30 de marzo de 1961, 520 UNTS 151; en vigor desde el 13 de diciembre de 1964, Preámbulo, párrafo 3. Es por ello, que el Derecho transnacional penal ha sido definido como un sistema de normas sin jerarquía alguna, que prohíben distintos tipos de mercados, siguiendo un mismo método de actuación, y que tienen por objetivo primordial el control del delito. Vid. NADELMANN, *supra* nota 19.

[25] Vid., BOISTER, *supra* nota 20. La definición que GLESS y VERVAELE realizan del Derecho penal transnacional, como todo norma penal (sustantiva o procesal) que tiene por objeto regular transacciones que cruzan las fronteras de un Estado, nos parece demasiado amplia, puesto que puede entenderse como incluyendo diversas manifestaciones de los crímenes internacionales. Vid. GLESS/VERVAELE, "Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice", en *Utrecht Law Review,* vol. 9, 2013, p. 4; y BOISTER, *supra* nota 20.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entre los Estados. En segundo lugar, establecer mecanismos que faciliten la resolución de las controversias sobre la aplicación extraterritorial de la jurisdicción nacional.[26] En tercer lugar, diseñar nuevos mecanismos de cooperación procesal. En definitiva, de lo que se trata es de superar las dificultades de controlar las transacciones económicas transfronterizas, debido a que los sistemas penales nacionales se resisten a tolerar la existencia de otros sistemas penales nacionales que actúan en el mismo espacio y sobre la misma actividad.[27]

En esto se diferencia fundamentalmente del Derecho internacional penal, cuyos conductas prohibidas constituyen para OSIEL una suma de atrocidades,[28] fruto según LUBAN de la contaminación cancerígena de la acción política,[29] pues de otra manera es difícilmente explicable el diseño y puesta en marcha de campañas de violencia dirigidas a destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso (genocidio), a atacar a la población civil de manera sistemática o a gran escala (crímenes de lesa humanidad), o a afectar a aquellas personas y objetos que se encuentran protegidos en una situación de conflicto armado por encontrarse en posición de particular vulnerabilidad (crímenes de guerra).

Esto justifica superar la soberanía de los Estados ante situaciones de profunda crisis de las instituciones estatales encargadas de regular la interacción socio-política, con el fin de eliminar la impunidad y atribuir un castigo proporcionado a la gravedad de la conducta, a quienes son responsables de comportamientos constitutivos de los ataques más serios contra los valores esenciales sobre los que se construye la comunidad internacional, lo que les ha convertido en enemigos de la humanidad (*hostis humanis*).[30] El problema que raras veces se menciona es que a pesar del grado de desarrollo científico y tecnológico alcanzado, continuamos en el siglo XXI con la escandalosa realidad de que la mayoría de los 194 Estados del mundo viven cotidianamente este

[26] Como VAN DEL WILT ha señalado, la aplicación extraterritorial de la ley penal es uno de los instrumentos más importantes frente a los delitos transnacionales, puesto que permite que una o varias jurisdicciones nacionales, actuando de forma coordinada, investiguen y enjuicien conjuntamente una pluralidad de hechos delictivos cometidos (o con implicaciones) en diferentes Estados. Vid. VAN DER WILT, "Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes against Humanity: Unravelling the Concepts", en *Chinese Journal of International Law,* vol. 13, 2014, pp. 297-334, p. 318.
[27] BRAITHWAITE, "White Collar Crime", en *Annual Review of Sociology*, vol. 11, 1985, pp. 1-25, p. 7. Ni que decir tiene que la resistencia es mucho mayor cuando existen importantes disparidades en materia de protección de derechos humanos, y en particular del alcance de las garantías del debido proceso.
[28] OSIEL, "Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity", en *Human Rights Quarterly,* vol. 22, 2000, pp. 118-147, p. 121.
[29] LUBAN, "A Theory of Crimes against Humanity", en *Yale International Law Journal*, vol. 29, 2004, p. 90.
[30] CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, University Press, 2003, p. 23.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tipo de situaciones a nivel nacional o regional.[31] Situación alimentada por una realidad económica en la que el ingreso del llamado "ciudadano medio de la sociedad internacional", es decir aquel que se encuentra en el billón 3600 sobre los 7200 billones de población mundial, apenas llega a los tres dólares diarios.[32]

En consecuencia, lo distintivo del Derecho internacional penal es la naturaleza del bien jurídico afectado, como resultado del tipo de violencia empleada, su intensidad, escala y sistematicidad, y su ejercicio frente a personas protegidas y/o en situación de particular vulnerabilidad. Asimismo, también son rasgos distintivos del Derecho internacional penal, el hecho de que la respuesta frente al crimen internacional sea proporcionada por la comunidad internacional en su conjunto (y no por la actividad soberana de un grupo de Estados actuando coordinadamente), y que dicha respuesta vaya particularmente dirigida contra aquellos dirigentes que instrumentalizan las estructuras de poder a su disposición para planear, instigar, ordenar, facilitar y cometer crímenes internacionales, y que por ello reciben el calificativo de máximos responsables.

El Derecho internacional penal se distingue, en definitiva, del Derecho penal transnacional, en que lo distintivo no es ni la utilización del poder regulatorio para prohibir ciertos mercados, ni la existencia de un elemento transfronterizo.[33] Por ello, se pueden entender las razones detrás de la

[31] Esto se evidencia en el más reciente informe anual de Amnistía Internacional, el cual hace una relación de la situación de derechos humanos en 160 países. Vid. Amnistía Internacional, *Informe 2014/15, La Situación de los Derechos Humanos en el Mundo*, 2015. Disponible en https://www.amnesty.org/es/documents/document/?indexNumber=pol10%2f0001%2f2015&language=es [Enlace verificado el día 29 de noviembre de 2015]. A su vez, Human Rights Watch incluyó 90 países en su Reporte Mundial de 2015. Véase Human Rights Watch, *World Report 2015*, 2015. Disponible en: http://www.hrw.org/sites/default/files/wr2015_web.pdf [Enlace verificado el día 29 de noviembre de 2015]

[32] Banco Mundial, *Reseña sobre la pobreza,* 2004, disponible en < http://www.bancomundial.org/temas/resenas/pobreza.htm>; Banco Mundial, *Pobreza: Panorama General,* (actualizado el 12 de Noviembre de 2013) <http://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview>; Banco Mundial, Reporte de Desarrollo Mundial, 2004; Banco Mundial, *World Bank Sees Progress Against Extreme Poverty, But Flags Vulnerabilities*, 29 de Febrero de 2012. Disponible en http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2012/02/29/world-bank-sees-progress-against-extreme-poverty-but-flags-vulnerabilities [Enlace verificado el día 29 de noviembre de 2015]; y Banco Mundial, *PovcalNet*. Disponible en http://iresearch.worldbank.org/PovcalNet/index.htm?1 [Enlace verificado el día 29 de noviembre de 2015].

[33] Es por ello que cabe encontrar crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra en situaciones internas que no contienen ningún elemento transnacional, puesto que se cometen íntegramente en el seno de las fronteras de un Estado. Por ejemplo, el ataque al pueblo de Bogoro en la República Democrática del Congo por las milicias del FNI y el FRPI el 24 de febrero de 2003, que constituye la base fáctica de la primera condena por crímenes de lesa humanidad ante la Corte Penal Internacional (CPI) en el caso contra *Germain Katanga*. CORTE PENAL INTERNACIONAL, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Sala de Primera Instancia II, sentencia de primera instancia, ICC- 01-04/01-07, 7 de marzo 2014, párrafos 427 ss. Pero también es posible encontrarnos con campañas transnacionales, e incluso globales, de comisión de crímenes

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

separación entre las respuestas que hasta el momento se han dado a los crímenes internacionales (establecimiento de una jurisdicción internacional penal y aplicación del principio de justicia universal) y a los delitos transnacionales (homogeneización de normas penales nacionales, persecución penal en una jurisdicción nacional con conexión suficiente con la transacción transfronteriza de que se trate y asistencia judicial inter-estatal).[34] En consecuencia, sería un error tratar de extender los mecanismos del Derecho internacional penal al Derecho penal transnacional, sino que lo que se necesita es integrar las respuestas que se dan a uno y otro fenómeno.[35]

III. ¿Manifestaciones de la criminalidad organizada en la sociedad global que entren en el ámbito del Derecho Internacional Penal? Particular atención a los crímenes de lesa humanidad

Según el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por la existencia de una multiplicidad ("ataque") de actos graves de violencia sistemática o a gran escala, contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización para cometer ese ataque o promover esa política.[36]

Los actos graves de violencia a los que se refiere el artículo 7 ECPI, y que algunos autores han denominado "hechos individuales",[37] son el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, traslado forzoso de población, detención arbitraria,[38] tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, otras formas de violencia sexual de

internacionales, como el programa de detenciones ilícitas e interrogatorios, que siguiendo técnicas de torturas protocolizadas, desarrolló la CIA entre 2002 y 2006 en centros de interrogatorio y tortura de al menos cuatro continentes (la base de Guantánamo en América, Polonia y Rumanía en Europa, Egipto en el norte de África, e Irak y Afganistán en Asia). Vid. a este respecto, la sección de "findings and conclusions" incluidas en el "*Executive Summary del Comitee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Programme*", realizado por el Senate Select Committee on Intelligence de los EE.UU, y publicado el 9 de diciembre de 2014. Vid. también el voto particular del magistrado José Ricardo de Prada en la decisión de 17 de diciembre de 2014, de sección segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España

[34] ESER/LAGODNY (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law,* Friburgo, Max Planck Institute, 1992.

[35] Ibídem.

[36] Vid. párrafos (1) y (2) (a) del artículo 7 del ECPI.

[37] Vid. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 371 ss.; y AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 271.

[38] En la formulación del apartado (e) del artículo 7(1) se refiere a "encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional".

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia,[39] desaparición forzada, apartheid, y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad territorial o la salud física o mental. En consecuencia, se trata de conductas que afectan con particular intensidad a uno o varios intereses esenciales del sujeto pasivo, como sucede con la propia vida, la integridad física, la salud o la libertad.[40]

La exigencia de que cada acto grave de violencia sea parte de un fenómeno de violencia más amplio contra la población civil, que debe tener ciertas características propias, como la sistematicidad o gran escala, y la intervención de las estructuras del Estado o de la organización imperante en la región en la que se producen los hechos, hace que nos encontremos ante situaciones en las que los cimientos sobre los que se construye la propia comunidad internacional comienzan a resquebrajarse de forma peligrosa.[41] De ahí que el bien jurídico protegido por los crímenes de lesa humanidad no tenga una dimensión exclusivamente individual, sino que posee una dimensión supra-individual, puesto que protege intereses cuya titularidad corresponde a comunidad internacional en su conjunto, es decir, al ser humano colectivo.[42]

Para algunos autores, la naturaleza jurídica de esta dimensión supra-individual es proteger el interés de la comunidad internacional en preservar la paz y seguridad internacional, puesto que este tipo de delitos constituye una amenaza, sino una disrupción de las mismas.[43] Otros autores han considerado, sin embargo, que el contenido de esta dimensión, se encontraría más bien en la

[39] En la formulación del apartado (h) del artículo 7(1) ECPI se refiere a "persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte".

[40] Se trata, en definitiva, de actos que menoscaban de forma particularmente grave alguno de los intereses más preciados de la víctima, que necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social**.** De ahí que se pueda afirmar que el carácter sistemático o a gran escala de la violencia en las situaciones de crímenes contra la humanidad, no diluye la naturaleza y consecuencias de cada uno de los actos individualmente considerados. Vid. a este respecto, VANEGAS MOYANO, "De los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", en CASTRO CUENCA (coord.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I*, Bogotá, Universidad del Rosario/Temis, 2011, pp. 60 ss.

[41] Se puede afirmar que fue en el caso *Justice* en el que por primera vez se establece la necesidad de la existencia de un contexto en donde se pueda excluir los delitos aislados. Vid. AMBOS, *supra* nota 37, p. 221.

[42] Vid. a este respecto, LUBAN, *Una Teoría de los Crímenes contra la Humanidad*, Bogotá, Temis, 2011, p. 21 y AMBOS, "Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional", en *Cuadernos de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, n.º 9, 2013, pp. 95-140, p. 99.

[43] Vid. WERLE, *supra* nota 37, pp. 82-83; 468-469.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

necesidad de protección de la dignidad humana, en cuanto que fundamento último de los derechos humanos, y pilar esencial de la comunidad internacional según los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas.[44]

El artículo 7(1) ECPI entiende por ataque una línea de conducta que implique la comisión generalizada, o sistemática, de los actos de violencia arriba mencionados.[45] El carácter generalizado del ataque tiene que ver con su aspecto cuantitativo,[46] en particular, con sus dimensiones y el número de víctimas.[47] Según la jurisprudencia de la CPI, un ataque reviste la condición de generalizado cuando o bien se desarrolla en un área geográfica amplia, o bien tiene lugar en un área geográfica más reducida donde gran número de civiles se ven afectados.[48] Además, el carácter generalizado de un ataque también puede ser consecuencia del "efecto

[44] VANEGAS MOYANO, *supra* nota 40, p. 68-70; Vid. también CASTRO CUENCA, "Algunos lineamientos sobre la legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales", en *Problemas actuales del derecho penal*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, pp. 81-115.

[45] Diferentes tipos de actos de violencia pueden formar parte de un mismo ataque, con tal que compartan la naturaleza, los objetivos o las consecuencias de los otros actos que forman parte del mismo. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Semanza*, (ICTR-97-20-T), juicio del 15 de mayo de 2003, par. 326; *Kalelijeli*, (ICTR-98-44A-T), juicio del 1 de diciembre de 2003, párrafo. 866. Vid. también, CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Jean-Pierre Bemba*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Decisión según el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párrafo 86; y *Situación en la República de Kenia,* Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrafo 98.

[46] WERLE, *supra* nota 37, p. 477.

[47] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Tadić* , IT-94-1-T, Sentencia de Primera Instancia, 7 mayo 1997, párrafo. 648; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Kayishema y Ruzindama* ICTR-95-1-T, Sentencia de Primera Instancia, 12 mayo de 1999, párrafo 123. Con respecto a la jurisprudencia de la CPI, vid. en relación con el aspecto cuantitativo, las decisiones de la CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Katanga y Ngudjolo,* Sala de Cuestiones Preliminares, decisión confirmación de cargos, ICC 01/04-1/07, 30 septiembre de 2008, párrafo 397; *Situación en la República de Kenia,* Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, 31 de marzo de 2010, Doc. ICC-01/09-19-Corr, par. 96; *Situación en la República de Costa de Marfil*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Costa de Marfil, ICC-02/11-14, de 3 de octubre de 2011, párrafo 53; *Laurent Gbagbo*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Decisión sobre la Solicitud del Fiscal para la Emisión de una Orden de Arresto contra Laurent Koudou Gbagbo conforme al Artículo 58, ICC- 02/11- 01/11- 9, párrafo 30. El relación con el aspecto sistemático, vid. las decisiones CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Katanga y Ngudjolo,* Sala de cuestiones preliminares I, Decisión confirmación de cargos, ICC 01/04-1/07, 30 septiembre de 2008, par. 394; *Jean-Pierre Bemba*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Decisión según el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párrafo 83.

[48] CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Katanga y Ngudjolo,* Sala de Cuestiones Preliminares, Decisión confirmación de cargos, ICC 01/04-1/07, 30 septiembre de 2008, párrafo 395.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

acumulativo de una serie de actos inhumanos, o por el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud".[49]

Cuando un ataque no puede ser calificado como generalizado, todavía podría constituir un crimen de lesa humanidad si posee un carácter sistemático, porque se lleva a cabo siguiendo un patrón de actuación que responde a un plan metódicamente organizado para la consecución de un determinado objetivo.[50] Quedan por tanto excluidos, los actos de violencia que son una mera sucesión accidental.[51]

[49] Vid. CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Kenia,* Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010. Vid. también, TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Blaskic* (IT-95-14-T), sentencia de primera instancia, 3 de marzo de 2000, párrafos 203-206. Así mismo, consúltese TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kordic,* sentencia de primera instancia, IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2000, párrafo 179; y TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kunarac,* sentencia de apelación, 12 junio 2002, párrafo 95.

[50] CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares I, Orden de arresto ICC-02/05-01/09-3, 4 de abril 2009, párrafo 81; y *Germain Katanga,* Sala de Primera Instancia II, sentencia de primera instancia, ICC- 01-04/01-07, 7 de marzo 2014, párrafo 1113. Vid. también, TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Akayesu*. Sentencia de primera instancia, 2 de septiembre de 1998, párrafo 580; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Kayishema*. Sentencia de primera instancia, 21 de mayo de 1999, párrafo 123; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Nahimana,* sentencia de apelación, 28 de noviembre de 2007, párrafo 920; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kordic y Cerkez*. Sentencia de primera instancia, 26 de febrero de 2001, párrafo 179.

[51] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kordic y Cerkez*. Sentencia de apelación. 17 de diciembre de 2004, párrafo 94; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Blaskic*, sentencia de apelación, 29 de julio de 2004, párrafo 101; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kunarac et al*, sentencia de primera instancia, 22 de febrero de 2001, párrafo 580; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kunarac* et al., sentencia de apelación, 12 de junio de 2002, párrafo 94. Las Salas de Primera Instancia en los casos TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Akayesu*, sentencia de primera instancia, 2 de septiembre de 1998, párrafo 580; y TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Blaskic,* sentencia de primera instancia, 3 de marzo de 2003, párrafo 203, requirieron elementos adicionales como la utilización de recursos significativos o la participación de autoridades estatales de alto nivel. Sin embargo, lo cierto es que se tratan de decisiones aisladas, que como AMBOS y CRYER han subrayado establecen un umbral demasiado alto para afirmar la sistematicidad de un ataque. Vid. en este sentido, CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Kenia,* Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrafo 89. Vid. también TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Tadic*, sentencia de primera instancia, 7 de mayo de 1997, párrafo 648; y TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Ntakirutimana*, sentencia de primera instancia, 21 de febrero de 2003, párrafo 804. Vid también AMBOS, *supra* nota 37, pp. 239-240; y CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, *An introduction to International Criminal Law and Procedure,* Cambridge, University Press, 2010.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En cuanto al sujeto pasivo del ataque, la expresión "una población civil" expresa la naturaleza colectiva de todo crimen contra la humanidad,[52] y la indefensión del sujeto pasivo del crimen frente a la estructura estatal u organizacional que ha de encontrarse detrás del ilícito. En todo caso, conviene subrayar con LUBAN que los crímenes de lesa humanidad son agresiones contra poblaciones civiles vistas no como entidades metafísicas unificadas, sino simplemente como grupos de individuos, cuyo propio interés humano y dignidad están en peligro.[53] En consecuencia, por "una población civil" entendemos un grupo de individuos que ha de compartir ciertos rasgos distintivos, si bien no se exige que estos últimos se refieran a ninguna condición en particular, como la nacionalidad o la etnicidad. Además, no es necesario que se ataque a la población civil en su conjunto, sino que es suficiente con que la violencia sea dirigida contra una parte de esta.[54] Con ello se excluyen del ámbito de los crímenes de lesa humanidad los actos de violencia donde las víctimas son elegidas al azar.[55]

El artículo 7(2) (i) ECPI habla de la necesidad de que el ataque sea ‹‹en conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o promover esa política››.[56] Este requisito ha sido definido por la jurisprudencia de la CPI en el sentido de exigir que el ataque sea plenamente organizado y siga un patrón regular de conducta, y que en su desarrollo se necesite de la utilización de recursos públicos o privados.[57] Ahora bien, la propia jurisprudencia de

[52] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Tadic*, sentencia de primera instancia, 7 de mayo de 1997, párrafo 644.
[53] LUBAN, *supra* nota 42, p. 33 (traducción del autor).
[54] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Tadic*, sentencia de primera instancia, 7 de mayo de 1997, párrafo 644; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kunarac et al*, sentencia de primera instancia, 22 de febrero de 2001, párrafo 425. Vid. también, CRYER, *et al*, *supra* nota 51, p. 470.
[55] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Stakic*, sentencia de primera instancia, IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, párrafo 627; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kunarac et al.*, sentencia de apelación, 12 de junio de 2002, párrafo 90; CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Jean-Pierre Bemba*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Decisión según el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párrafo77; y CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Germain Katanga,* Sala de Primera Instancia II, sentencia de primera instancia, ICC- 01-04/01-07, 7 de marzo 2014, párrafo 1105.
[56] Los Elementos de los Crímenes, en su sección introductoria sobre los crímenes de lesa humanidad, desarrollan este elemento afirmando que se "requiere que el Estado u organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil". Además, en la sexta nota al pie de los Elementos de los Crímenes se añade que:"La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización".
[57] CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Kenia,* Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrafos 84-86; y CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la*

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la CPI ha subrayado que no es necesario que dicha política sea expresamente definida o formalizada, y que basta con que un ataque sea planeado, dirigido u organizado.[58]

La jurisprudencia de la CPI ha afirmado que no sólo los Estados en sus niveles nacional, regional o local, sino también organizaciones no estatales, sin vínculos con los Estados u opuestas a estos, pueden cometer tales delitos.[59] A la hora de determinar las características que ha de tener una "organización" para poder incurrir en crímenes de lesa humanidad, se ha afirmado que las organizaciones que pueden incurrir en crímenes de lesa humanidad, no tienen por qué tener la condición de cuasi-estados, sino que es suficiente con que cumplan con algunas de las siguientes características: (i) disponer de un mando responsable o una jerarquía establecida adecuadamente; (ii) contar con los medios necesarios para lanzar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; (iii) ejercer un control sobre una parte del territorio de un Estado; (iv) tener como objetivo principal realizar actividades criminales contra la población civil; (v) expresar, de

República de Costa de Marfil, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Costa de Marfil, ICC-02/11-14, de 3 de octubre de 2011, párrafo 43.

[58] Vid. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kunarac et al.*, sentencia de apelación, 12 de junio de 2002, párrafo 95. Vid. también, HELLER, "The Rome Statute in Comparative Perspective", en HELLER/DUBBER (eds.), *The Stanford Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, University Press, 2009, p. 45. Vid. también, AMBOS/WIRTH, "The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000", en *Criminal Law Forum*, vol. 13, 2002, pp. 1-90, p. 33. En las negociaciones del ECPI, se manifestó el temor de que la inclusión expresa del requisito de una política, significaría una alta carga para probar su existencia. Vid en este sentido, CRYER, *et al*, *supra* nota 51, p. 238.

[59] CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Katanga et al.*, Sala de cuestiones preliminares I, ICC 01/04-1/07, Decisión confirmación de cargos, 30 septiembre de 2008, párrafos 392-401; y CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Germain Katanga*, sentencia de primera instancia, 01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párrafos 1106 ss. Ya para 1991, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en un nuevo Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad Internacional, atribuía responsabilidad penal, sin exigir actuar bajo la autoridad de un Estado, a quienes incurrieran en la comisión a gran escala o de manera sistemática de las violaciones graves de derechos humanos allí recogidas[59]. Vid. Art. 21 del Proyecto de Código contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, *en Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Third Session (29 Abril-19 Julio 1991),* 46 U.N. GAOR Supp. (No. 10), U.N: Doc. A/46/10 (1991), reimpreso en [1991] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 94, 103, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2). El propio comentario de la CDI subrayaba esta cuestión al afirmar que no excluía la posibilidad de que individuos privados con poderes de hecho, o grupos del crimen organizado, pudiera cometer el tipo de violaciones sistemáticas o a gran escala al que se refería el proyecto. Este nuevo entendimiento de los crímenes de lesa humanidad en función de la naturaleza, intensidad, escala y sistematicidad de la violencia contra la población civil, y no en base al carácter estatal de la estructura que lo lleva a cabo, se mantuvo en el Proyecto de 1996, que se refería expresamente a la actuación bajo la instigación o dirección de "un Gobierno o de cualquier organización o grupo". Vid. Art. 18 del Proyecto de Código contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, en *Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-eighth Session, 51* U.N. GAOR Supp. (No. 10) at 14, U.N. Doc. A/CN.4/L.532, corr.1, corr.3 (1996), reimpreso en [1996] *Y.B. Int'l L. Comm'n*, vol. 2, 47, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

forma explícita o implícita, la intención de atacar una población civil; y (vi) hacer parte de otro grupo más importante que cumpla al menos con algunos de los criterios mencionados.[60]

De esta manera, como la misma jurisprudencia de la CPI y autores como WERLE y BURGHARDT han subrayado, el criterio clave para determinar si un grupo puede ser considerado como "organización es la capacidad de ejecutar sobre el terreno políticas o prácticas de comisión contra una población civil de actos graves de violencia a gran escala o siguiendo un patrón de conducta.[61] No es por tanto necesario, que el grupo tenga una estructura jerarquizada (o al menos esto no es lo que debe distinguir a la organización), sino que debe contar con un grado de estructura suficiente, que le permita una cierta capacidad de acción, concertación y coordinación para el cumplimiento de su objetivo criminal,[62] quedando en todo caso excluidos los actos aislados (aunque se repitan de forma accidental), aun cuando puedan ser calificados como "inhumanos".[63]

[60] CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Kenia,* Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, 31 de marzo de 2010, Doc. ICC-01/09-19-Corr, párrafo 93; CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Germain Katanga*, sentencia de primera instancia, 01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párrafos 1119-1120, y CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Costa de Marfil*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Costa de Marfil, ICC-02/11-14, de 3 de octubre de 2011, párrafo 43. El juez Hans Peter Kaul en su voto particular en la decisión de autorización para la apertura de una investigación en la situación en Kenia, afirma que que el término "organización" utilizado en el artículo 7(2)(a) del ECPI debe ser interpretado de manera restrictiva, a los efectos de abarcar sólo a aquellos grupos que puedan ser considerados como cuasi-estados, por cumplir, entre otras, con las siguientes características: (i) una colectividad de personas; (ii) concebida para actuar con un objetivo común; (iii) durante un período prolongado de tiempo; (iv) con un mando responsable o una estructura jerárquica que tenga el poder de decisión; (v) con capacidad de imponer su política a sus miembros y poder de sancionarlos; y (vi) con capacidad y medios para atacar a gran escala cualquier población civil De esta manera, se excluirían tanto a grupos sin control alguno de civiles armados, como a los grupos del crimen organizado. Vid. CORTE PENAL INTERNACIONAL, Voto Particular del Juez Hans-Peter Kaul, *Situación en la República de Kenia,* Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrafo. 51.

[61] CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Kenia,* Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrafos 84-86; y CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Costa de Marfil*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Costa de Marfil, ICC-02/11-14, de 3 de octubre de 2011, párrafo 43. Vid. también, WERLE/BURGHARDT, "Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a "State-like" Organization?", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, pp. 1151-1170; y KRESS, "On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, pp. 855-873.

[62] CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Germain Katanga*, sentencia de primera instancia, 01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párr. 1119-1120.

[63] En este mismo sentido LUBAN, *supra* nota 42, p. 31.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Con base en esta caracterización del concepto de "organización" recogida en el artículo 7(2)(a) ECPI, no se puede sino afirmar con SMITH,[64] KIM[65] y la propia jurisprudencia de la CPI en las situaciones de Kenia[66] y Costa de Marfil,[67] que se incluye a estructuras empresariales clandestinas que se dedican a realizar transacciones económicas en mercados prohibidos, y que como ROJAS[68] y PRIETO[69] señalan en relación con las bandas criminales colombianas, presentan, entre otras, las siguientes características: (i) hacen uso de los últimos avances tecnológicos, así como de la ampliación y la desregulación de los mercados financieros globales; (ii) tienen unos beneficios anuales que superen al producto interior bruto de un gran número de países en vías de desarrollo; (iii) tratan de presentarse como empresas económicas lícitas y requieren de una conexión estructural con los poderes públicos y privados, de manera que la corrupción es un elemento esencial de sus actividades; (iv) tienen la capacidad de actuar a través de redes en una multiplicidad de Estados; (v) cuentan con una alta capacidad de transformación; y (vi) sostienen su acción recurriendo habitualmente a asesinatos, lesiones graves, destrucción de propiedad, desplazamientos forzados, amenazas, extorsiones y reclutamiento forzado de menores, entre otros hechos delictivos, con el fin de obtener el poder económico y el control social en las áreas en las que operan.

IV. Conclusión

La naturaleza jurídica de los crímenes internacionales y de los delitos transnacionales es notablemente distinta. Los primeros protegen un bien jurídico con una dimensión supra-individual cuyo titular es el conjunto de la comunidad internacional. Además se caracterizan por la naturaleza de la violencia empleada, su intensidad, escala y sistematicidad, así como por su ejercicio frente a personas protegidas y/o en situación de particular vulnerabilidad.

[64] SMITH, "An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity", en *Georgetown Law Journal,* vol. 97, 2009, pp. 1111-1154, p. 1131.
[65] YOUNG SOK, *The international Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, 298, Inglaterra, Wisdom House Publication, 2003, p 101.
[66] CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Kenia,* Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrafos 90-93.
[67]. Vid. también CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Costa de Marfil*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Costa de Marfil, ICC-02/11-14, de 3 de octubre de 2011, párrafo 46.
[68] ROJAS ARAVENA, *supra* nota 15, p. 358.
[69] PRIETO, *supra* nota 16.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por su parte, los delitos transnacionales consisten en transacciones económicas en mercados que han sido prohibidos por conjuntos más o menos amplios de Estados, normalmente a instancia de las potencias dominantes en la comunidad internacional, y que se caracterizan por tener un elemento transfronterizo, en cuanto que se realizan en más de un Estado, o cometiéndose en un solo Estado: (i) una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; (ii) entrañan la participación de un grupo delictivo organizado que lleva a cabo actividades criminales en más de un Estado; o (iii) tienen efectos sustanciales en otro Estado.

Esta diferencia determina asimismo, la distinta naturaleza entre el Derecho internacional penal y el Derecho penal transnacional. Así, el primero se caracteriza porque presenta frente a los crímenes internacionales una respuesta de la comunidad internacional en su conjunto, caracterizada por el establecimiento de tribunales internacionales penales y el principio de jurisdicción universal, y dirigida en particular contra aquellos dirigentes que instrumentalizan las estructuras de poder a su disposición para promover su comisión.

En contraste, el Derecho penal transnacional constituye el esfuerzo de un grupo más o menos amplio de Estados actuando coordinadamente, con el fin de superar las dificultades de controlar las transacciones económicas transfronterizas en mercados prohibidos, debido a que los sistemas penales nacionales se resisten a tolerar la existencia de otros sistemas penales nacionales que actúen en el mismo espacio y sobre la misma actividad.[70] Para ello promueve la armonización de las definiciones de los delitos a nivel nacional, establece mecanismos que faciliten la resolución de las controversias sobre la aplicación extraterritorial de la jurisdicción nacional y diseña nuevos mecanismos de cooperación procesal.

Las diferencias estructurales arriba señaladas no son disipadas por la "globalización" del fenómeno de la criminalidad organizada transnacional. Esto no impide, sin embargo, que algunas de las manifestaciones más graves de la violencia ejercida por las estructuras empresariales clandestinas que tienen como principal actividad los delitos transnacionales, puedan ser calificadas como crímenes internacionales, en particular como crímenes de lesa humanidad, y deban por lo tanto recibir una respuesta apropiada a la naturaleza de los mismos a través del Derecho internacional penal. Esto sucede cuando, como hemos visto en relación con las bandas criminales colombianas, incurren en un número significativo de actos graves de violencia recogidos en el

[70] BRAITHWAITE, *supra* nota 27, p. 7.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

artículo 7(1) ECPI, con el fin de asegurarse el control social en las áreas en las que operan y garantizarse así el éxito de sus actividades económicas en mercados prohibidos.

V. Bibliografía

AMBOS, Kai, "Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional", en *Cuadernos de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, n.º 9, 2013, pp. 95-140.

— *La Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.

AMBOS, Kai/WIRTH, Steffen, "The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000", en *Criminal Law Forum*, vol. 13, 2002, pp. 1-90.

ARISTIZABAL, José, *Metamorfosis. Guerra, Estado y globalización en Colombia*, Bogotá, Desde Abajo, 2007.

ARONOWITZ, Alexis, "Trafficking in Human Beings: An International Perspective", en SIEGEL, Dina *et al*. (eds.), *Global Organized Crime: Trends and Developments*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2003.

BLOVICH, Saúl Larren, "Vigilante in the field of financial transactions", Documento DOC.W. M/16/04, Ponencia en el seminario ICEPS sobre Riesgos Corporativos, Morton Banking Center, Off-Print ICEPS, Nueva York, 2004.

BOISTER, Neil, "Transnational Criminal Law", en *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, pp. 953-976.

BRAITHWAITE, John, "White Collar Crime", en *Annual Review of Sociology*, vol. 11, 1985, pp. 1-25.

CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, University Press, 2003.

CASTELLS, Manuel, *La era de la información economía, sociedad y cultura, el fin del milenio, Vol. III*, Madrid, Alianza, 1998.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, "Algunos lineamientos sobre la legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales", en *Problemas actuales del derecho penal*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, pp. 81-115.

CRYER, Robert/FRIMAN, Hakan/ROBINSON, Darryl/WILMSHURST, Elizabeth, *An introduction to International Criminal Law and Procedure,* Cambridge, University Press, 2010.

DOMINE, María, "Criminalidad Económica y Terrorismo", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 2007, pp. 83-132.

ENCK, Jennifer, "The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime: Is It All That It Is Cracked Up to Be? Problems Posed by the Russian Mafia in the Trafficking of Humans", en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 30, 2003, pp. 369-394.

ESER, Albin/LAGODNY, Otto (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law,* Friburgo, Max Planck Institute, 1992.

FIJNAUT, Cyrille, "Introduction To The Containment Of Transnational Organized Crime: Comments On The Un Convention Of December 2000", en ALBRECHT, Hans-Jörg /FIJNAUT, Cyrille (eds.), *The Containment Of Transnational Organized Crime: Comments On The Un Convention Of December 2000,* Friburgo, Iuscrim, 2002.

GLESS, Sabine/VERVAELE, John, "Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice", en *Utrecht Law Review,* vol. 9, 2013.

HAGAN, Frank E., "The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model", en *Criminal Justice Review,* vol. 8, n. 2, 1983, pp. 52-57.

HELLER, Kevin Jon, "The Rome Statute in Comparative Perspective", en HELLER, Kevin Jon/DUBBER, Markus D. (eds.), *The Stanford Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, University Press, 2009.

JENKS, Wilfred C., "The Conflict of Law Making Treaties", en *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, pp. 401-425.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

KRESS, Claus, "On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, pp. 855-873.

LEROY MILLER, Roger/MEINERS, Roger, E., *Microeconomía,* Bogotá, McGraw Hill, 1990.

LUBAN, David, *Una Teoría de los Crímenes contra la Humanidad*, Bogotá, Temis, 2011 [2004].

— "A Theory of Crimes against Humanity", en *Yale International Law Journal*, vol. 29, 2004.

MANTILLA VALBUENA, Silvia Cristina, "Hacia una perspectiva "glocal" del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales", en *PAP. POLÍT.*, vol. 14, n.º 2 , 2009, pp. 581-607.

NADELMANN, Ethan, "Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society", en *International Organisation*, vol. 44, 1990, pp. 479-526.

OBOKATA, Tom, *Trafficking In Human Beings From A Human Rights Perspective: Towards A Holistic Approach,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

OSIEL, Mark J., "Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity", en *Human Rights Quarterly,* vol. 22, 2000, pp. 118-147.

PRIETO, Carlos Andrés, *Las bacrim y el crimen organizado en Colombia*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung Colombia, 2013.

RAMÍREZ, Socorro, "La ambigua regionalización del conflicto colombiano", en GUTIÉRREZ, Francisco/SÁNCHEZ, Gonzalo, *et al.*, (eds.), *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia,* Bogotá, IEPRI/Norma, 2006, pp. 121-166.

RITCH, Joseph E., "They'll make you an Offer You Can't Refuse: A Comparative Analysis of International Organized Crime", en *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 9, 2002, pp. 569-606.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ROJAS ARAVENA, Francisco, "Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano", en ROJAS ARAVENA, Francisco/ÁLVAREZ-MARÍN, Andrea (eds.), *América Latina y el Caribe: Globalización y conocimiento. Repensar las ciencias sociales*, Montevideo, UNESCO/FLACSO, 2011.

SCHLOENHARDT, Andreas, "Transnational Organised Crime and International Law. The Palermo Convention", en *CRIM. L.J.,* vol. 29, 2005.

SMITH, Jennifer, "An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity", en *Georgetown Law Journal,* vol. 97, 2009, pp. 1111-1154.

VAN DER WILT, Harmen, "Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes against Humanity: Unravelling the Concepts", en *Chinese Journal of International Law,* vol. 13, 2014, pp. 297-334.

VANEGAS MOYANO, Mauricio, "De los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", en CASTRO CUENCA, Carlos (coord.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I*, Bogotá, Universidad del Rosario/Temis, 2011.

WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

WERLE, Gerhard/BURGHARDT, Boris, "Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a "State-like" Organization?", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, pp. 1151-1170.

WILLIAMS, Phil, "Global Organized Crime: Hearing Before the H. Comm. on International Relations", en 104th Cong. 28 (statement of Phil Williams, Professor, University of Pittsburgh, International Security Studies), 1996.

YOUNG SOK, Kim, *The international Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, 298, Inglaterra, Wisdom House Publication, 2003.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Il crimine organizato: una categorizzazione fallita", en MOCCIA, Sergio (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, tra efficienza e garanzia,* Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

¿ES ACEPTABLE MORALMENTE SUICIDARSE PARA EVITAR SER CASTIGADO?

Gustavo A. BEADE*

Fecha de recepción: 6 de septiembre de 2015
Fecha de aceptación: 29 de septiembre de 2015

Resumen

El propósito de este trabajo es criticar la idea del liberalismo tradicional de que podemos disponer de nuestra vida en cualquier circunstancia. En mi opinión, si el modo en que inculpamos y castigamos tiene que ver con la noción de comunidad, es posible que la pregunta "¿debo vivir para ser castigado?" tenga una respuesta diferente. Me interesa mostrar que si pertenecer a una determinada comunidad es relevante, entonces, es necesario permanecer con vida para ser castigado.

Palabras clave: Inculpación – Castigo – Comunidad – Arrepentimiento – Liberalismo

Title: Is It Morally Acceptable to Commit Suicide in Order to Avoid Being Punished?

Abstract

The purpose of this article is to criticise the traditional liberal idea that we could dispose of our life under any circumstances. In my opinion, if the way in which we place blame and punish is related to the notion of community, it is possible that the question of whether we should remain

* Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Instituto "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires. Contacto: gbeade@derecho.uba.ar.

Una versión anterior de este trabajo fue publicada en la *Revista Pensamiento Jurídico*, n.° 38, Universidad Nacional de Colombia (2013). Presenté también algunas ideas acerca del arrepentimiento en la *Segunda Jornada Internacional de Derechos Humanos. Dilemas Actuales de los Derechos Humanos en Colombia y en el mundo* en la Universidad Católica de Colombia en la ciudad de Bogotá el 26 de septiembre de 2013. Por los comentarios y las discusiones le agradezco como siempre a Gonzalo PENNA y Santiago ROLDÁN. Ellos hicieron todos los esfuerzos posibles para convencerme de que abandonara algunas de estas ideas. También quisiera agradecer a los editores de la revista por sus pertinentes sugerencias.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

alive in order to be punished might have a different answer. I am interested in showing that if the notion of belonging to a certain community is relevant, then one must reamain alive in order to be punished.

Keywords: Blame – Punishment – Community – Repentance – Liberalism

Sumario

I. Introducción; II. La disposición de la vida en el liberalismo; III. Pertenecer a una comunidad democrática; IV. Castigo y arrepentimiento; V. Arrepentirse en la comunidad: por qué ir al juicio y no morir previamente; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

I. Introducción

Según determinados ideales liberales podemos disponer de nuestro cuerpo en cualquier circunstancia. Creo, en cambio, que hay razones para pensar que no podemos disponer de nuestro cuerpo en forma ilimitada. Aquí voy a criticar esta afirmación liberal e intentaré mostrar que es posible pensar el castigo y la inculpación siguiendo algunas intuiciones acerca de lo que implica pertenecer a una comunidad. Mi idea será mostrar que la noción del castigo, dentro de una comunidad ideal, debe incluir el arrepentimiento del perpetrador y la aceptación y valoración de esa acción por parte de la comunidad como símbolo de la reconciliación. Estas características particulares que asocio con el castigo serán vinculadas en el presente trabajo a la necesidad de permanecer con vida para ser castigado penalmente.[1] En este sentido, quisiera mostrar que partiendo desde una noción determinada de comunidad, según la cual el reproche y la censura tienen una importancia central, el propio individuo acusado de un crimen debería estar interesado en permanecer con vida para ser castigado penalmente.

Empiezo por cuestionar la asunción liberal que sostiene que los individuos autónomos pueden disponer de su vida, en cualquier circunstancia, aun estando a la espera de un castigo penal. Luego voy a presentar brevemente algunas intuiciones en torno al concepto de comunidad. Sobre el final fundamentaré, dentro de este contexto, la necesidad de permanecer con vida y de arrepentirse para reincorporarse a la participación comunitaria.

[1] Este punto de vista en SANCINETTI, "Suicidio y Estado: ¿Vale la máxima: 'Debes vivir para ser penado'? (Reflexiones a propósito del 'caso Febres')", en *La Ley*, 2008-B.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. La disposición de la vida en el liberalismo

La disponibilidad de la vida humana fue ampliamente discutida en la filosofía moral clásica y también fue parte de extensos debates en la filosofía moral contemporánea. Desde el texto de John Stuart Mill, *On Liberty* (1854), la preferencia de la que gozan ciertos principios liberales por sobre el interés estatal de limitar la libertad de los ciudadanos —bien mediante el control de sus conductas o bien a través de la imposición de ideales de perfección moral— constituyó uno de los pilares de la argumentación del liberalismo político a lo largo de su historia.[2]

La idea de la autonomía y las posibilidades de elegir el mejor plan de vida constituyó, desde siempre, un principio liberal básico.[3] Estos últimos se proponen evitar que el Estado se entrometa en nuestra vida y pueda, de ese modo, dirigir nuestra voluntad hacia sus propios intereses ligados a la perfección moral. El Estado podría pretender que, nosotros los ciudadanos, seamos agentes que persigan ideales de perfección moral. Estos ideales incluirían, tal vez, acciones que nos alejen de vicios y malos hábitos. Los principios e ideales liberales nos dan herramientas para limitar estas intromisiones estatales indeseadas. Nos permiten organizar nuestra vida de la manera que creemos conveniente sin perseguir más objetivos que nuestro bienestar. Deberemos, sin embargo, evitar afectar los intereses de mis (nuestros) conciudadanos.

De este modo, si seguimos estos ideales liberales, estaría permitido que decidamos sobre nuestro propio cuerpo. Así, puedo hacer con mi cuerpo todo aquello que me plazca. Siempre a partir de este ideal del liberalismo —que caractericé de una forma algo borrosa— la soberanía de la autonomía *debería impedir* cualquier tipo de restricción sobre toda acción voluntaria de los ciudadanos. En este sentido, si alguien quisiera quitarse la vida podría hacerlo sin que nadie pudiera evitarlo. La pregunta que habría que responder aquí es si ese ideal se mantiene sobre quienes serán castigados criminalmente con un encierro prolongado. Entonces, ¿pueden disponer de su vida aquellos ciudadanos que tienen altas chances de ser condenados a prisión? Comienzo a desarrollar esta cuestión.

[2] Véase una defensa moderna de estos principios en FEINBERG, *Harm to others*, Nueva York, Oxford University Press, 1984.
[3] La idea básica del liberalismo a la que me refiero está presente en NINO, *Ética y Derechos Humanos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El tipo de liberalismo que describí diría que la disponibilidad del cuerpo se mantiene en cualquier circunstancia. Esto incluiría casos de ciudadanos en prisión o que enfrentan la probabilidad de recibir una condena criminal prolongada. El Estado no puede limitar esta posibilidad ni tampoco actuar preventivamente para evitar que alguien se suicide o intente hacerlo.[4] Esta respuesta liberal respeta la autonomía de los ciudadanos; los trata como personas responsables por sus acciones y considera, de este modo, sus decisiones individuales. Estas determinaciones incluyen la posibilidad de quitarse la vida ante el riesgo de enfrentar una condena criminal prolongada.

Pese a la importancia de respetar la autonomía y las decisiones voluntarias de los individuos, el caso particular que aquí planteo requiere una solución diferente a las que presenta este tipo de liberalismo. La respuesta liberal, para este supuesto puntual, no me parece persuasiva. Habría varios argumentos que permitirían negar que la autonomía pueda extenderse a casos en los cuales existen individuos a la espera de ser condenados penalmente o que, incluso, ya se encuentren en prisión. Mi objetivo en este trabajo es presentar otra forma de ver el mismo problema. Antes, me veo en la necesidad de hacer ciertas aclaraciones previas y es por eso que me enfocaré, en lo que sigue, en presentar algunas intuiciones sobre la idea de comunidad.

III. Pertenecer a una comunidad democrática

La pregunta que habría que responder es la de por qué no podría disponer de mi propio cuerpo en determinadas circunstancias. Particularmente, me interesa preguntarme por qué el Estado debería esmerarse en preservar la vida de un ciudadano que se encuentra cumpliendo una condena o esperando para recibirla; aun más interesante sería interrogarse acerca de por qué un ciudadano debería estar interesado en preservar su propia vida para ser castigado y encarcelado. La respuesta, a mi entender, se encuentra en la forma en que entendamos la idea de lo que implica pertenecer a una cierta comunidad.

Pertenezco a una comunidad política en la que los agentes nos encontramos relacionados los unos con los otros y vinculados con las normas que elegimos establecer y construir. Tenemos intereses comunes y compartimos preocupaciones sobre determinadas cuestiones que nos

[4] En este sentido, un Estado liberal no podría encerrar preventivamente a un acusado para evitar que se suicide con la finalidad de evitar declarar en un juicio. La preocupación ante la posibilidad de que el Estado actúe encarcelando preventivamente posibles suicidas está presente en SANCINETTI, *supra* nota 1.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

importan. Este tipo de vínculo es moral pero también político. En estas comunidades ideales que quiero presentar, la democracia juega un rol importante para fortalecer este vínculo político porque nos garantiza la posibilidad de participar y de decidir sobre aquello que resulta importante para nosotros. También debería brindarnos la posibilidad de involucrarnos en lo que nos interesa. Para eso, necesitamos estar obligados a que nuestros intereses y precupaciones estén satisfechos. Esa obligación se origina en el hecho de que debemos tratarnos mutuamente con igual consideración y respeto.[5]

En este tipo de comunidades responsabilizamos a otros no como agentes morales, sino como ciudadanos. Esto implica que deberé responder por mi conducta como ciudadano ante mis propios conciudadanos.[6] El tipo de respuesta que debo dar a mis conciudadanos se vincula, particularmente, con actos públicos que hubieran causado algún mal. Esta diferencia es sustancial para evitar responsabilizar a otros por comportamientos por los que sólo yo, como individuo, debo responder. Así, debería darles una explicación a mis amigos por la poca atención que les presté durante los últimos dos años, o ante un familiar por haber olvidado comprarle un regalo para su cumpleaños. Nadie más que mis amigos y el familiar olvidado deberían pedirme explicaciones por mis errores y equivocaciones. Incluso, debería ser juzgado moralmente por ellos, como un mal amigo o un desagradecido. Este reproche sin duda estaría justificado. Sin embargo, no habría ninguna posibilidad de que el Estado se involucrara en esta situación, me juzgara moralmente o me obligara a responder por esa desatención o ese olvido ante asuntos que son indiscutidamente mis asuntos.[7]

Las situaciones que describí, de un modo algo obscuro, en el párrafo anterior nos permiten distinguir entre dos tipos de asuntos: públicos y privados. Mientras que los asuntos privados son claramente míos, existen otros que le interesan a toda la comunidad. En mi comunidad ideal, el Estado debería intervenir sólo cuando estemos ante asuntos públicos. Para que la intervención sea legítima debería existir algún interés particular que el Estado quisiera proteger y que yo, con mi acción, hubiera afectado. Esta afirmación parece algo obvia y parecida a aquello que se presenta en el liberalismo que describí anteriormente. Sin embargo, es posible encontrar alguna diferencia

[5] Esta noción está presente en DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1986.
[6] Esta idea está desarrollada en DUFF, "Responsibility, Citizenship, and Criminal Law", en DUFF/GREEN (eds.) *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, University Press, 2011.
[7] Una explicación acabada del concepto de comunidad en este sentido puede verse en DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, University Press, 1996; *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

importante. Si yo hubiera afectado intereses de mis conciudadanos ocasionando un mal público, debería responder ante ellos por mi conducta: "[e]sto es, el Estado no debe intervenir cuando se trate de mis asuntos, como los que pudiera tener con mis amigos y familiares, pero sí cuando se trate de asuntos públicos inherentes a toda la comunidad, ante la cual debo responder".[8]

Si es posible seguir estos breves lineamientos que presenté, creo que también es posible pensar la idea de comunidad como una idea vinculada a la participación, a la empatía y al interés por el bienestar comunitario. También tiene que ver con la posibilidad de discutir acerca de los diferentes ideales morales que dentro de una comunidad pueden convivir. Dentro de estos conflictivos ideales se incluye la discusión acerca de lo que debe y no debe ser un delito. En la sección siguiente retomo el planteo de la primera parte del texto para explicar cuáles serían los presupuestos del castigo en una comunidad democrática. Quisiera, además, determinar las diferentes situaciones en las que el Estado debería omitir los preceptos clásicos del liberalismo para mantenerme con vida hasta cumplir el castigo impuesto.

IV. Castigo y arrepentimiento

En la literatura sobre el castigo, existe una gran variedad de posturas respecto de su utilización y sus límites en comunidades democráticas.[9] Algunas teorías sostienen, siguiendo una vaga idea retributiva, la necesidad de que se aplique el castigo con la finalidad de equilibrar la diferencia que el delito producido construye entre la víctima y el victimario, evitando que esa diferencia perjudique el desarrollo de la propia comunidad.[10] También dentro del ideal retributivo hay filósofos y penalistas que sostienen que se debe castigar a cualquiera que sea moralmente culpable y que haya causado una acción moralmente reprochable.[11] Por otra parte, en las teorías

[8] Es evidente, incluso para mí, que esta distinción tiene algunos inconvenientes. Determinar qué es público y qué es privado es un problema que tiene cierta antigüedad. No puedo desarrollar aquí esta distinción de una forma exhaustiva. Sin embargo, diría que las acciones serán públicas y por ende, criminalizables, siempre que existan razones para ello. Es decir, si una conducta quisiera ser transformada en un asunto público, por ejemplo, en un delito, debe tener un tratamiento particular. Esto implica que es necesario dar razones de peso y esas razones deben ser discutidas dentro de un contexto democrático.

[9] Véase entre otros, DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The Trial on Trial: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, vol. 3, Oxford, Hart Publishing, 2007.

[10] FLETCHER, "The place of victims in the theory of retribution", en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n.º 1, 1999; en un sentido similar MALAMUD GOTI, "Equality, Punishment and Self-Respect", en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, n.º 2, 2002.

[11] MOORE, *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, Oxford, University Press, 1997.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

preventivas o utilitaristas —en cualquiera de sus múltiples variantes— la aplicación del castigo tiene como objetivo, a grandes rasgos, la disuasión de los posibles nuevos infractores.[12]

Creo que castigar a alguien tiene distintas finalidades. El propósito que aquí me interesa presentar es aquel según el cual, mediante el castigo, la comunidad expresa la desaprobación de un acto, en principio, prohibido. Esta expresión de la comunidad tiene como finalidad censurar y reprochar el acto cuestionado. De este modo, castigamos para señalarle al infractor que habíamos llegado a un acuerdo en el que establecimos que eso no era lo que íbamos a hacer. Llegamos a ese acuerdo comunitario en el que todos participamos y, por eso, la regla no debía ser violada. Así, castigar es un modo de expresar sentimientos de resentimiento, indignación, además de ser un juicio de reprobación y desaprobación de una conducta.[13]

La expresión de la desaprobación y la censura que implica castigar a alguien tiene como finalidad que la comunidad le comunique al infractor que ese acto está prohibido, como una forma de recordarle el mal que infligió a otros y también de recordarle a él mismo qué es lo que es incorrecto.[14] Este componente comunicativo es una característica definitiva del castigo y, en parte, lo distingue de meros actos de venganza en donde la finalidad de causar un mal como respuesta a otro es todo lo que uno desea.[15] Además, el castigo tiene un significado simbólico que lo diferencia ampliamente de otro tipo de penalidades.[16] Tal como algunos autores han señalado, es difícil establecer concretamente qué es lo que un castigo expresa. En comunidades democráticas diría que la comunidad expresa una fuerte desaprobación por un acto llevado a cabo por uno de sus miembros. En verdad, creo que el castigo es el juicio de la comunidad (como algo diferente a una reacción emotiva) que señala que lo que hizo el agresor es incorrecto.[17]

No es mi objetivo aquí justificar mi propia visión del castigo. Tampoco tengo una tesis definida que pudiera defender, sólo algunos pensamientos sueltos que creo que tienen una cierta

[12] Una variante muy interesante de las teorías disuasorias puede verse en TADROS, *The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, University Press, 2011.
[13] FEINBERG, "The expressive function of punishment", en *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1970, p. 98.
[14] MORRIS, "A Paternalistic Theory of Punishment", en *American Philosophical Quarterly*, vol. 18, n.º 4, 1981, p. 268. Esto también es parte de la función expresiva del castigo según FEINBERG, *supra* nota 13, p. 98. Sin embargo, no creo que el castigo tenga una función educativa como se presenta en HAMPTON, "The Moral Education Theory of Punishment", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13, n.º 3, 1984, p. 212 y 216.
[15] MORRIS, *supra* nota 14, p. 268.
[16] FEINBERG, *supra* nota 13, p. 98.
[17] Ibídem.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

articulación.[18] Mi interés aquí es mucho más modesto. Es indiscutible que cada una de estas posiciones teóricas que mencioné se sostiene a partir de diferentes criterios políticos, morales y conceptuales respecto del hecho de castigar a otro. Sin embargo, creo que dentro de un contexto democrático, todas estas teorizaciones deben tener como fin último la reincorporación del ciudadano a la comunidad. Debemos intentar recuperar lo más rápido posible a un individuo que cometió un error. Para eso, es necesario, *inter alia*, que quien recibe el castigo efectúe un aporte arrepintiéndose de lo que hizo.

El reconocimiento de su acto, ya sea en contra de un conciudadano o de una norma en concreto, debería llevar a la reflexión del agresor. En estas situaciones, es importante que el acusado explique el hecho que pesa sobre él. Para eso será significativo que brinde razones que justifiquen su comportamiento y también información útil para aclarar lo que ocurrió. Es posible que algunos de nosotros, en ocasiones, enjuiciemos moralmente a un acusado en forma negativa cuando se abstiene de intervenir en el marco de un juicio penal. Tenemos la necesidad de que ellos intervengan en el debate, discutiendo, argumentando y dando su versión de lo ocurrido. Pienso en aquellos casos en los que la verdad de los hechos difícilmente sea aclarada sin su testimonio. No intento con esto sugerir que debemos construir obligaciones legales que exijan el arrepentimiento ni la confesión; tampoco creo que debamos obligar al acusado a colaborar con la investigación. En cambio, creo que debemos establecer normas morales que construyan en nuestras comunidades democráticas la obligación de arrepentirse por las lesiones que causamos contra intereses de nuestros conciudadanos. Censurar y reprochar conductas son dos actos que se concretan cuando llamamos a alguien a rendir cuentas en un juicio. El momento de rendir cuentas ante mis pares es el momento en el que puedo reconocer mis errores y aclarar lo que deseo aclarar. También es el momento en el que un acusado enfrenta a los testigos y víctimas del hecho que cometió. Esta circunstancia también le permitiría reflexionar sobre lo que hizo. Los juicios podrían tener esa misión.

Sin embargo, no parece que ese fuera a ser un objetivo central de juzgar a alguien. Según una interpretación tradicional, los juicios tienen la finalidad de demostrar la culpabilidad o no del acusado. Esta función del juicio quizá sea la más evidente. Pero además, el juicio también pretende verificar la existencia de determinados hechos ocurridos. Su función es más amplia que

[18] Intenté presentar algunas otras ideas en BEADE, "Las razones del castigo retributivo ¿Alternativas a los juicios de lesa humanidad?, *Pensar en Derecho*, n.º 6, año 4, 2015, pp. 173 ss.; "Retribución, Inculpación y ¿Perfeccionismo moral?", en *Análisis Filosófico*, vol. XXXV, n.º 2, 2015, pp. 227 ss.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la mera declaración de culpabilidad de un acusado. Establece la veracidad histórica de ciertos hechos. En este punto, por ejemplo, no habría una investigación empírica que pudiera negar la culpabilidad de los jerarcas nazis. Si asumimos el punto anterior, no sería posible negar lo ocurrido en los campos de exterminio o cuestionar los relatos de sobrevivientes y víctimas. El juicio penal, en este y en muchos otros casos, logró construir un cierto relato acerca de la historia de la humanidad que es difícil cuestionar.

El problema surge cuando la reconstrucción histórica del juicio deja bastantes espacios en blanco acerca de determinados sucesos. Me refiero a circunstancias en las que es posible condenar a una persona por la comisión de un delito, pese a que las circunstancias del hecho que justifica la condena no están del todo claras. Esta es la cuestión que me parece problemática y discutible del objeto acotado que le imponemos a los juicios penales. ¿Cuál es la relación de los juicios con la posibilidad de arrepentirse? Pienso en casos en los que la reincorporación del agresor a la comunidad puede tener dificultades si los juicios se llevan a cabo de este modo. Si, pese a que un tribunal me condena, no están claras las circunstancias fácticas del hecho por el que fui encarcelado, mi situación como acusado será bastante incómoda al recuperar la libertad. Me refiero a situaciones en las que no está claro cómo y por qué alguien hizo lo que hizo. Esa brecha entre los hechos y la imposición del castigo hacen que el acusado nunca pueda sentir que cumplió con su castigo. Me parece que pese a cumplir con la condena legal que le fue impuesta, el resto de sus conciudadanos sigue sin entender qué fue lo que hizo y qué es lo que debe perdonar. Esa sospecha es la que dificulta la reincorporación del ciudadano condenado. El arrepentimiento no tiene por qué incidir en el desarrollo del juicio. Debería constituir una misión del propio debate, independientemente de si condenamos o absolvemos al acusado. No creo que una obligación moral de reconocer ante los demás, en este caso, conciudadanos y autoridades estatales, la gravedad de las faltas cometidas constituya una violación a la dignidad del hombre. Esto debería ser entendido como parte de la participación del ciudadano en su propia comunidad democrática.

Como señalé hace un momento, castigar a otro debe tener como fin último no sólo que el infractor considere lo que hizo, reflexione sobre ello, sino que también existe una tarea que le incumbe a la comunidad. Los miembros de la comunidad deben considerar concretamente las formas en las que van a reincorporar al infractor, es decir, las formas de recuperar a un individuo que cometió un error. Por otra parte, es necesario, *inter alia*, que quien recibe el castigo efectúe un aporte a través del arrepentimiento del hecho realizado. En estas situaciones, es importante que por medio de su testimonio el acusado explique el hecho por el que es acusado, brinde

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

razones sobre su comportamiento y también información que pudiera posibilitar el entendimiento de lo que realmente ocurrió. Mi objetivo es que el agresor tenga la posibilidad de explicar lo que ocurrió, brindar razones o incluso presentar justificaciones o excusas a su comportamiento. Se trata de que quienes se encuentran acusados de un hecho puedan intervenir en un juicio discutiendo, presentando argumentos y dando su versión de lo ocurrido, en particular en aquellos casos en los que la verdad de los acontecimientos aún no ha sido aclarada. Quizá sería posible pensar el arrepentimiento como una norma moral que construya en nuestras comunidades democráticas la obligación de arrepentirse de las conductas dañosas que afectaron los intereses de sus conciudadanos.

La asociación que pretendo efectuar se guía más por los criterios que rigen, por ejemplo, en comunidades morales pequeñas, como podrían ser un grupo de amigos o un grupo de familiares. Me interesa que mis amigos sigan siendo mis amigos pese a mis reiteradas ausencias en reuniones y cumpleaños. Esto exige de mi parte un comportamiento que muestre mi arrepentimiento por aquellas ausencias. Debo, además, manifestar mi interés en seguir perteneciendo a ese grupo. En definitiva, ello no obsta a que mis amigos resuelvan apartarme del grupo o castigarme de algún modo. Si mi deseo es seguir perteneciendo a mi grupo de amigos, deberé advertir que el comportamiento no fue el que el grupo esperaba de mí. Luego debería arrepentirme y manifestar mi intención de remediar la situación ocasionada. Esto debería ser suficiente para que el grupo volviera a confiar en mí. Ellos podrían señalar circunstancias de mis propias acciones que, evidentemente, también se refieren a mi carácter moral, esto es, cómo soy como amigo o miembro de un grupo de amigos. Deberé presentar mis propios argumentos sobre mis olvidos. Para eso será necesario que, si los tuviera, me justificara o me excusara por mis errores. Si no tuviera ninguna razón que justificara o excusara mi conducta, debería arrepentirme de haber tratado a mis amigos de ese modo.

El deber moral de arrepentirse podría explicarse sólo entendiendo que alguien está a gusto dentro de su comunidad y quiere volver a ella. Así como nos preocuparíamos si nuestros amigos nos dejaran de lado, mi interés en seguir perteneciendo a mi comunidad me llevaría a arrepentirme de aquello que considero un error. Por su parte, los miembros de la comunidad deben escuchar todo aquello que el ciudadano acusado quiere expresar, así como también deben atender a su arrepentimiento. Luego de eso, debemos exigir que sea la propia comunidad la que recoja ese arrepentimiento y lo considere para reincorporar al infractor como un conciudadado que, simplemente, cometió un error.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Es cierto que trasladar este razonamiento respecto de un grupo de personas más amplio puede ser algo difícil de aceptar. Sin embargo, ello no niega la posibilidad de que, en la inculpación, el acusado brinde sus razones y pueda (o no) ser entendido por el resto de la comunidad (o de los amigos, según mi ejemplo). No obstante, insisto en que la reconciliación requiere de la participación necesaria del resto de la comunidad. En mi interpretación, es necesario exigir a la propia comunidad que tome en consideración ese arrepentimiento. La comunidad debe responder a la obligación que tiene de volver a reconocer al infractor como uno de sus miembros. Esta obligación comunitaria implica admitir que sus miembros pueden cometer errores generando males que afecten a conciudadanos. En este sentido, la comunidad debe respetar el trato con igual consideración y respeto que le debe al infractor para que luego de cumplido el castigo su reincorporación sea absoluta. No estoy interesado en discutir si el arrepentimiento puede reducir o alterar el castigo que debe recibir el infractor. Mi punto se vincula con el hecho de que luego de que una persona es condenada criminalmente, su reincorporación a la comunidad debe ser total y su situación debe retrotraerse al momento anterior al castigo. No hay deudas pendientes entre nosotros (comunidad y infractor) que posibiliten algún tipo de trato diferente. En ese sentido, el arrepentimiento y la reconciliación son obligaciones para los diferentes intervinientes en la relación que cumplen una misma finalidad en la comunidad. En otras palabras, así como el infractor debería arrepentirse, si esto ocurre, la comunidad debería reconciliarse con él.

V. Arrepentirse en la comunidad: por qué ir al juicio y no morir previamente

Es la necesidad de seguir perteneciendo a nuestra comunidad la que debería llevarnos al arrepentimiento. No creo plausible un tipo de arrepentimiento metafísico o vinculado a fueros íntimos o a creencias religiosas. Por el contrario, ese arrepentimiento debería ser sincero y personal. Debería estar dirigido no sólo hacia la víctima en particular, sino a toda la comunidad que fue afectada. La posibilidad de estar presente en el juicio se convierte en una necesidad del infractor de entender concretamente de qué se lo acusa. De este modo podrá reflexionar sobre lo que hizo. Deberíamos pensar al juicio penal como el momento en el que voy a responder ante mis conciudadanos por algo que hice y que causó un daño a alguien. Si esto fuera así, sería posible considerar que arrepentirme por lo que hice es una alternativa más adecuada que quitarme la vida para evitar ser enjuiciado. De hecho, siguiendo este presupuesto, nadie querría evitar el momento del juicio, de conocer los detalles del hecho que causé, enfrentando la presencia de familiares o amigos afectados, directa o indirectamente, por mi conducta.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La participación del infractor en el juicio nos daría más herramientas para entender lo que realmente ocurrió. Así como yo quiero seguir perteneciendo a mi grupo de amigos por muchas razones, también debería tener razones para querer seguir siendo parte de esta comunidad que contribuí a constituir. Puedo reconocer mis errores y arrepentirme de lo que hice esperando una respuesta adecuada del resto de mis conciudadanos. Es la necesidad de querer reincorporarme a mi comunidad la que me llevaría a arrepentirme. Mi vínculo con el resto de mis conciudadanos sería importante para tener esta necesidad. De este modo, creo que el ciudadano debería vivir para arrepentirse de lo que hizo y luego ser castigado por ello. La comunidad por su parte, debería considerar el arrepentimiento y estar dispuesta a hacer lo posible por reincorporar rápidamente a ese ciudadano que cometió tan sólo un, lamentable, error.

VI. Conclusiones

Me gustaría aquí retomar el argumento del arrepentimiento y la importancia de la comunidad en la que vivimos. En este supuesto, quisiera remarcar que si para cada uno de nosotros fuera importante la circunstancia de ser parte de la comunidad en la que vivimos, nadie desearía quitarse la vida para evitar el juicio penal. Es por eso que los miembros de una comunidad deberían querer vivir para ser castigados, en tanto son parte de un grupo de personas que entiende y asume sus equivocaciones como errores que todos debemos compartir.

Retornando al comienzo del texto, quisiera remarcar dos cuestiones acerca de la máxima "debes vivir para ser penado" y su validez en ciertos contextos. En primer lugar, es un error considerar que el derecho a disponer de la propia vida es un principio liberal indiscutible y válido en cualquier circunstancia. En definitiva, la autonomía de los individuos tampoco es un instrumento imbatible, una carta de triunfo en el sentido de DWORKIN, que permita vencer a cualquier rival limitante.[19] Si existiera algo como los planes de vida, poder realizarlos en un Estado liberal exigiría también considerar los intereses de la comunidad en la que vivo. Nadie podría hacer valer su autonomía ante otros si su plan de vida estuviera orientado a discriminar y agredir abiertamente a un grupo determinado de ciudadanos, como por ejemplo, homosexuales o mujeres.

[19] DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977; "Rights as trumps", en WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, University Press, 1984.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Desde el punto de vista que propuse, la comunidad necesita recuperar a uno de sus miembros que cometió un error. A los fines del reconocimiento de este error y también de su rápida reincorporación, la presencia del ciudadano en el juicio es fundamental para su propia reflexión y para reforzar la posibilidad de su arrepentimiento. Debemos repensar los rituales vinculados al castigo. En particular, creo que es necesario hacerlo si los hechos que justifican la condena no son del todo claros y los miembros de la comunidad tienen reparos en aceptar al infractor luego de cumplida su condena.

Intenté reflexionar acerca de la posibilidad de disponer de la propia vida en circunstancias particulares para arribar a una conclusión diferente a la que presenta un tipo de liberalismo que analicé en el texto. Para eso presenté una caracterización algo rudimentaria de la idea de comunidad. Esta comunidad ideal que describí está basada en principios igualitarios que evitan distinguir entre distintos tipos de ciudadanos. Comunidades como las que presenté, sin embargo, no pueden dejar de censurar y reprochar actos graves, especialmente aquellos dirigidos hacia determinados grupos de personas. Podemos exigir a la comunidad que perdone y reincorpore rápidamente a quienes cometieron errores, pero para entender qué es lo que ocurrió es necesario que el infractor explique y enfrente al resto de sus conciudadanos. Si es posible que el juicio colabore con esta circunstancia, servirá como una herramienta importante para que el infractor se arrepienta sinceramente de haber violado una norma que toda la comunidad se comprometió a respetar. Si esas dos circunstancias (arrepentimiento y reincorporación) pueden llevarse a cabo, estaremos más cerca de lograr la reconciliación que esperamos conseguir.

VII. Bibliografía

BEADE, Gustavo A., "Las razones del castigo retributivo ¿Alternativas a los juicios de lesa humanidad?, *Pensar en Derecho*, n.º 6, año 4, 2015, pp. 173-194.

— "Retribución, Inculpación y ¿Perfeccionismo moral?", en *Análisis Filosófico*, vol. XXXV, n.º 2, 2015, pp. 227-242.

DUFF, Antony, "Responsibility, Citizenship, and Criminal Law", en DUFF/GREEN (eds.) *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, University Press, 2011, pp. 125-148.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

— *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

— *Punishment, Communication and Community*, Oxford, University Press, 1996.

DUFF, Antony/FARMER, Lindsay/MARSHALL, Sarah/TADROS, Victor, *The Trial on Trial: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, vol. 3, Oxford, Hart Publishing, 2007.

DWORKIN, Ronald, "Rights as trumps", en WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, University Press, 1984.

— *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

— *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

FEINBERG, Joel, *Harm to others*, Nueva York, Oxford University Press, 1984.

— "The expressive function of punishment", en *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1970, pp. 95-118.

FLETCHER, George, "The place of victims in the theory of retribution", en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n.º 1, 1999, pp. 51-63.

HAMPTON, Jean, "The Moral Education Theory of Punishment", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13, n.º 3, 1984, pp. 208-238.

MALAMUD GOTI, Jaime, "Equality, Punishment and Self-Respect", en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, n.º 2, 2002, pp. 497-508.

MOORE, Michael, *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, Oxford, University Press, 1997.

MORRIS, Herbert, "A Paternalistic Theory of Punishment", en *American Philosophical Quarterly*, vol. 18, n.º 4, 1981, p. 263-271.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.

SANCINETTI, Marcelo, "Suicidio y Estado: ¿Vale la máxima: 'Debes vivir para ser penado'? (Reflexiones a propósito del 'caso Febres')", en *La Ley*, 2008-B, pp. 1104-1109.

TADROS, Victor, *The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, University Press, 2011.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE OMISIÓN Y LA POSIBILIDAD DE DIFERENCIAR DISTINTAS ETAPAS AL IGUAL QUE EN EL DELITO COMISIVO

Antonella DONNES*

Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2015
Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2015

Resumen

El presente trabajo indaga sobre el modo en que pueden ser definidos los elementos de la tentativa en los delitos omisivos. Trazando un paralelo con el ilícito de comisión, serán ofrecidos distintos criterios para marcar el límite entre la preparación y el comienzo de ejecución, como asimismo, entre la tentativa inacabada y la tentativa acabada en los delitos de omisión. Así, mediante el análisis de las posturas doctrinales existentes en la materia y a través de la presentación de diversos casos se intentará demostrar la posibilidad de diferenciar distintas fases de la tentativa omisiva del mismo modo que en el delito comisivo.

Palabras clave: Tentativa — Acción — Omisión — Dolo — Omisión consciente — Comienzo de ejecución — Tentativa inacabada — Tentativa acabada — Posición de garante — Mandato — Evitación — Disvalor — Desistimiento

Title: Criminal Attempt in Crimes of Omission and the Feasibility of a Differenciation between Distinct Stages, as it can be Done in Crimes of Commission

Abstract

This essay explores how the elements of the criminal attempt can be defined in the context of crimes of omission. Establishing a comparison with crimes of commission, various criteria will be offered with the purpose of determining a boundary between preparatory acts and the first substantial act of a certain crime, and also between an incomplete and a complete attempt in crimes of omission. Thus, by analysing the theories of different authors in this area and through

* Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura "Elementos de Derecho penal y procesal penal", cátedra del Prof. Dr. Dr. *h.c.* Marcelo A. SANCINETTI. Contacto: antodonnes22@hotmail.com.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

the description of several cases, we will try to draw a difference between the distinct stages in crimes of omission, as it can be done in crimes of commission.

Key words: Criminal attempt – Action – Omission – Mens rea – Conscious omission – First substantial act of crime – Incomplete attempt – Complete attempt – Duty to act – Mandate – Abandonment

Sumario

I. Introducción; II. Voluntad de realización dirigida a un omitir; III. 1. Comienzo de la tentativa en el delito de omisión; III. 2. Análisis crítico de la posición de Armin Kaufmann; IV. Progresividad del ilícito. Tentativa inacabada y tentativa acabada en el delito de omisión; V. Evitación de las acciones de terceros; VI. Reflexiones finales; VII. Bibliografía

I. Introducción

En la doctrina actual no hay unidad de criterio respecto de si los elementos de la tentativa pueden ser definidos en el delito de omisión al igual que en el delito de acción, especialmente, si preparación y comienzo de ejecución, tentativa inacabada y acabada, pueden ser delimitados en forma análoga a la del delito comisivo.[1]

Parte de la doctrina entiende que en el delito de omisión no puede exigirse el dolo, sino tan sólo que el obligado a actuar no tome la decisión de impedir el resultado, por lo que la estructura de la tentativa en el ilícito comisivo no podría trasladarse al ámbito de la omisión. Así pues, según KAUFMANN, "[a] la supuesta 'tentativa de omisión' le faltan todas las propiedades de la tentativa: […] no existen distintas fases de la tentativa de omisión, ni el comienzo ni el final de la ejecución, ni siquiera la propia ejecución, y falta, asimismo, la voluntad de omitir cuya realización parcial pudiera entrañar la tentativa de omisión". [2]

La posición contraria, en cambio, sostiene que el ilícito de los delitos de omisión está estructurado de modo totalmente análogo al de los delitos de comisión, de manera que se acepta

[1] STRATENWERTH, *Derecho Penal Parte General I. El hecho punible* (traducción de la 4.ª ed. a cargo de Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [2000], p. 489.
[2] KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión* (traducción de la 2.ª ed. a cargo de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, Marcial Pons, 2006 [1980], p. 231.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la posibilidad de individualizar un comienzo de ejecución y distinguir entre una tentativa inacabada y una tentativa acabada de omisión.[3]

Pero, si es que se acepta esta posición ¿cómo marcar el límite entre la mera preparación y la tentativa? De igual modo, ¿cómo distinguir entre tentativa inacabada y tentativa acabada en los delitos de omisión?

En lo que sigue se tratará de dar alguna respuesta a estos interrogantes mediante un rápido análisis de las posturas reseñadas y, a través de la presentación de distintos casos, se intentará demostrar por qué motivo no necesariamente deba fracasar la búsqueda de fases de la omisión por analogía con las fases de realización de la acción. Precisamente lo que pretende demostrar este trabajo es que la estructura de la tentativa del ilícito comisivo se mantiene inalterada en el ilícito omisivo y que por tanto, la falta de "ejecución" de una acción en nada impide individualizar distintos pasos progresivos de violación al mandato.[4]

[3] STRATENWERTH, *supra* nota 1, pp. 489 ss.; FRISTER, *Derecho Penal, Parte General*, (traducción de la 4.ª ed. a cargo de Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 2011 [2009], pp. 482-483; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (traducción a cargo de Miguel OLMEDO CARDENETE), 5.ª ed. corregida y ampliada, Granada, Comares, 2002 [1996], pp. 686 ss; JAKOBS, *Derecho penal, Parte General*, *Fundamentos y Teoría de la imputación* (traducción a cargo de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991], pp. 1031 ss.; STEIN, "Tentativa acabada y tentativa inacabada en los delitos de acción y de omisión", en MAIER/SANCINETTI/SCHÖNE (dirs.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro en homenaje a Eberhard Struensee*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2011 [2010], pp. 657-696, en particular, p. 696; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004 [1991], pp. 449 ss., ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 812 ss.

[4] Se aclara que lo que será expuesto a continuación resulta aplicable tanto a los delitos propios de omisión como a los tipos omisivos impropios. Respecto de los delitos impropios de omisión, no es esta la oportunidad para abordar la pregunta legal, constitucional o incluso moral acerca de si es correcta su equivalencia con los delitos comisivos. Sin embargo, dado que aquí se abordará la temática descripta, se torna necesario adoptar una posición al respecto.
En este sentido, aquí se habrá de considerar válida la construcción paralela que permite entender que dados ciertos requisitos, todo delito puede ser cometido tanto por acción como por omisión. Claro está que la base limitadora de esta construcción está dada por el deber de garante. Pero, configurado éste, es posible entender que los tipos omisivos impropios de por sí agotan el contenido prohibitivo de los tipos activos.
En la Argentina, la discusión vinculada a la constitucionalidad de los delitos impropios de omisión perdura en razón de la falta de una regulación expresa como podría ser la del § 13 del Código Penal alemán. La posición extrema se ve representada por ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, quienes afirman la inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios, incluso en una legislación como la alemana. Los mencionados autores sostienen que esta construcción viola claramente la exigencia de estricta legalidad y que "aun de existir la cláusula general de equivalencia en Argentina que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos, ella misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía *in malam partem*" (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 3, p. 552). Ahora bien, esta posición sólo dejaría lugar para una regulación de los delitos impropios de omisión en la parte especial del Código Penal, lo que implicaría una reiteración innecesaria y engorrosa como resultaría ser la utilización de ambas clases de expresiones en cada tipo penal ("el que matare o dejare morir…") cuando en realidad la cuestión no se vincula con cada tipo en particular, sino con una

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Así, en primer lugar serán expuestos brevemente los presupuestos de la primera posición en lo que se refiere al aspecto subjetivo de los delitos de omisión y se señalará por qué razón también en la omisión es posible hablar de dolo (apartado II). Posteriormente, se señalará cuáles son los criterios, conforme a ambas posturas, para definir el comienzo de la omisión y será efectuado un análisis crítico de la posición de Armin KAUFMANN (apartado III). Luego, se marcarán los distintos criterios posibles para determinar el momento de la tentativa inacabada y de la tentativa acabada en el ilícito omisivo con el objeto de demostrar que es posible la individualización de ambas fases en la omisión (apartado IV). Idéntico análisis será realizado respecto de los supuestos en que existe un deber de evitación de acciones de terceros (apartado V). Por último, se ofrecerán unas breves reflexiones finales (apartado VI).

II. Voluntad de realización dirigida a un omitir

Según Armin KAUFMANN en la omisión no existe "voluntad de omisión" o "dolo de omisión", tal como es propio de la dirección final, precisamente porque falta la voluntad de realización de una acción. Por ello, según el autor, cuando se hace referencia a omisiones "queridas" se alude en realidad a una omisión "consciente", o sea, al no llevar a cabo una acción determinada cuando el sujeto es capaz de acción y es consciente de su poder fáctico.[5]

norma de la parte general (LERMAN, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, AbeledorPerrot, 2013, pp. 222-225). LERMAN agrega que las normas que rigen la parte general no siempre son objeto de regulación expresa, sino que en una gran medida son reservadas a la construcción dogmática. En este sentido, brinda como ejemplo el caso del dolo, pues no hay ninguna norma expresa en el Código Penal argentino que lo regule, "sin que nadie se conmueva por ello" (ídem, p. 223). Así, en la medida en que el Derecho penal no pueda limitarse a la formulación de normas ideales que describan perfectamente movimientos prohibidos o mandados y en tanto se deba recurrir a resultados o consecuencias para la descripción de las conductas a prohibir o exigir, entonces debería aceptarse que una descripción realizada como prohibitiva de un movimiento puede tener un supuesto omisivo que se subsuma en ella y viceversa (tal sería el caso de los delitos de "omisión por comisión" donde una acción se subsume en el texto de un delito propio de omisión, ídem, pp. 221-222). En este sentido, al legislador le resulta indiferente el modo en que se llegue a esa consecuencia, pues, se trata de una interpretación sobre el alcance de las normas y es una actividad que no compete al legislador, sino a sus intérpretes (ídem, p. 223). Ya el propio BACIGALUPO partía del presupuesto de que las normas prohibitivas llevan implícitas las normas imperativas correspondientes para el caso de que el autor estuviese en posición de garante (BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, Pannedille, 1970). Claro que podría resultar aconsejable que una cláusula regulara la cuestión en la parte general (así, SANCINETTI, aunque, se aclara, para el citado autor ello no resulta imprescindible, *Dogmática del hecho punible y ley penal – Dogmatik der Straftat und Strafgesetz* (versión alemana a cargo de Manuel CANCIO MELIÁ), Buenos Aires, Ad Hoc, 2003, pp. 12 y 125) pero dicha cuestión requeriría un análisis ulterior, por lo que aquí nos limitaremos a afirmar que los tipos omisivos impropios no son inconstitucionales y, por lo tanto, serán incluidos a la hora de desarrollar las premisas y conclusiones de esta investigación.

[5] KAUFMANN, *supra* nota 2, p. 97. Según su concepción, aceptar el dolo de omitir conduce, entre otras cosas, a requerir la representación actual de la acción omitida y de la posibilidad de realizar la acción prescrita, lo cual lleva a excluir el dolo

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Otros autores siguen la misma línea. Así, WELZEL explica que "en la omisión falta una voluntad de realización orientada a un omitir y con ello falta también un dolo de hecho en el sentido de los delitos de comisión. Lo que nosotros acostumbramos denominar omisión 'querida' es en realidad un omitir consciente, es decir una omisión en la conciencia de poder actuar…".[6] El "dolo" de la omisión tendría, consecuentemente, una estructura propia, por lo que, conforme a esta postura, cabe designarlo como un "cuasi-dolo". Este cuasi-dolo requiere en principio:

a) el conocimiento de la situación generadora del deber, y

b) el conocimiento de la posibilidad de realizar la acción (y, en su caso, de evitar el resultado).[7]

Sentado que para esta primera postura no existe el dolo en los delitos de omisión, según esta concepción no es posible hablar de una "tentativa de omisión" estrictamente, sino más bien de una "omisión de una tentativa de impedir el resultado". Así pues, WELZEL entiende que si el autor permanece inactivo frente a una persona que se está ahogando y ésta se salva por un acontecimiento imprevisto, "la persona que no ha actuado no ha 'hecho la tentativa de omitir la salvación', sino que ha omitido hacer la tentativa de salvarla".[8]

Ahora bien, la ausencia de realización de una acción no impide en modo alguno trazar un paralelo con el dolo en el ilícito comisivo. La postura de KAUFMANN y WELZEL implica entender el dolo como voluntad final de realizar el tipo. En efecto, KAUFMANN parte del presupuesto de que a la omisión le falta la causalidad humana, es decir, que el capaz de acción no es casual de su no actuar, y sostiene que precisamente donde falta el nexo causal tampoco puede haber dirección final.[9] A su vez, según KAUFMANN el dirigir el acontecer causal externo a un fin es esencial para la voluntad de realización. En palabras del citado autor: "[a]sí pues, la voluntad de realización en el sentido de la voluntad que opera fácticamente está descartada en relación con la omisión, justamente porque con el omitir se niega una acción determinada".[10]

---

de omitir en aquellos que por indiferencia, insensibilidad o porque están conformes con el curso de los acontecimientos, ni siquiera caen en la cuenta de la posibilidad de su intervención, *supra* nota 2, p. 323.

[6] WELZEL, *Derecho penal alemán, Parte General*, (traducción de la 11.ª ed. a cargo de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ), 3.ª ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987 [1969], p. 227.

[7] BACIGALUPO, *Manual de derecho penal, Parte general*, Bogotá, Temis/Ilanud, 1984, p. 232.

[8] WELZEL, *supra* nota 6, p. 304 y BACIGALUPO, *supra* nota 7, p. 237.

[9] KAUFMANN, *supra* nota 2, p. 84.

[10] Ídem, p. 90.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin embargo, es evidente que en la omisión no es posible hablar de una voluntad de acción dirigida hacia un cierto fin dado que precisamente lo que falta en estos casos es una acción. Pero ello no es óbice para hablar de dolo en la omisión, que es un concepto diferente. En este sentido, no se puede negar que en todo caso existe algo a caracterizar, con la gravedad propia del dolo, cuando el autor omite actuar dispuesto a asumir la lesión del bien jurídico como consecuencia de su inactividad.[11] Comoquiera que se lo llame, lo cierto es que en la decisión de omitir existe un rechazo interno positivo de la acción prescrita y una no aplicación de energía en determinada dirección, pues también mediante el no hacer se produce una respuesta del hombre a un cierto estado de cosas.

En sentido contrario, KAUFMANN asegura que en estos casos no hay un rechazo interno positivo de la acción mandada, sino una aprobación interna positiva del delito en cuestión.[12] Pero arribados a este punto, la cuestión parece agotarse en una mera discusión terminológica: por lo demás, es el mismo KAUFMANN quien termina concediendo que existe un paralelismo con el delito comisivo doloso, aunque sea sólo con respecto al contenido de disvalor, y no con respecto a la igualdad de estructuración dogmática.[13]

El punto central aquí reside en cuál es el concepto de dolo que se ha de considerar. Pues, KAUFMANN entiende al dolo como el "conocer y querer la realización del tipo".[14] Sin embargo, para quien el tipo subjetivo requiere tan solo el conocimiento o la representación de los elementos del tipo, el dolo en la omisión es fácilmente concebible. Al respecto, argumenta KAUFMANN: "[c]on todo, cabría pensar en construir para el delito omisivo un sucedáneo de dolo sin elemento volitivo, limitado al aspecto del conocimiento. Entonces, esa omisión "dolosa" sería idéntica a la "omisión consciente".[15] Pero, según KAUFMANN, así se abandonaría lo que el autor considera el elemento esencial del dolo, es decir, el aspecto volitivo.[16]

[11] STRATENWERTH, *supra* nota 1, p. 483. En igual sentido, SANCINETTI, *supra* nota 3, p. 452.
[12] KAUFMANN, *supra* nota 2, p. 132.
[13] Ídem, p. 131.
[14] Ídem, pp. 131-132.
[15] Ibídem.
[16] Por cuestiones de extensión no es posible aquí ahondar en la discusión en torno a las consecuencias de la teoría finalista y la posibilidad de una definición normativa del dolo a fin de superar los inconvenientes planteados por KAUFMANN y WELZEL.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin embargo, tal como entiende STEIN, la representación de que una cierta conducta podría causar el resultado es completamente idéntica al dolo de consumación[17] y así como en el ilícito doloso de acción el autor se tiene que representar un riesgo no permitido, de igual manera hay que preguntar también en los delitos de omisión si, según la representación del autor, la omisión de una acción determinada constituye un riesgo no permitido.[18] Según este autor, la coincidencia estructural entre acción y omisión a menudo resulta oculta por determinados usos tradicionales de los conceptos y por motivos dogmático-históricos. Así, por ejemplo, al desarrollar la teoría de la imputación objetiva los autores se habrían concentrado sólo en los delitos de comisión y habrían mantenido en esencia las conceptualizaciones existentes en el delito omisivo, completándolas sólo en determinados puntos.[19]

En conclusión, podría objetarse que en las omisiones el agente no necesariamente cree que existe una razón para no realizar la acción prescripta, sino que "simplemente omite" y que en ello reside precisamente el "minus" de disvalor en los delitos de omisión. Sin embargo, en la medida en que se prescinda del elemento volitivo, la sola representación de la situación de peligro y de la capacidad de acción alcanzaría para fundamentar una omisión dolosa. No hay pues, motivo para buscar ulteriores razones. Ese "minus", si es que existe, deberá, en todo caso, considerarse a nivel de la punibilidad[20] pero ello no impide en modo alguno concebir la posibilidad de una tentativa en los delitos de omisión.

Sentado lo anterior, a continuación se verán cuáles son las consecuencias, en lo que se refiere a la estructura de la tentativa, de la posición anteriormente descripta y se mostrará en qué medida resulta posible adoptar otra tesitura y trazar sin grandes dificultades un paralelo entre el actuar y el omitir.

[17] El autor hace referencia al § 16, párr. 1º del Código Penal alemán ("conocimiento de las circunstancias que pertenecen al tipo legal").
[18] STEIN, *supra* nota 3, p. 674, según una interpretación, correcta, que prescinde del elemento volitivo.
[19] Ídem, pp. 673-674.
[20] Tal es, por ejemplo, la solución adoptada en el Código Penal slemán tras la incorporación de una atenuación facultativa de la pena para los casos de comisión por omisión (§ 13, párr. 2 StGB) conforme a la máxima *gravior semper reputatur culpa in commitendo quam in omittendo*.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. 1. Comienzo de la tentativa en el delito de omisión

En los delitos de omisión la fórmula *"dar comienzo inmediato a la realización del tipo"*[21] conlleva ciertos inconvenientes ya que aquí el autor se comporta de modo absolutamente pasivo y no hay ningún factor comparable a la puesta en marcha de la comisión activa.[22] De allí la dificultad de definir el momento en el que comienza la tentativa.[23]

Pero para responder el interrogante planteado se deberá primeramente reflexionar sobre qué es lo que protege el mandato de actuar impuesto por el ordenamiento jurídico. Pues, si éste se limita únicamente a la evitación del resultado típico, entonces, solamente puede haber tentativa cuando quien se encuentra obligado a actuar deje pasar, según su representación, el último momento posible de intervención. Tal es la posición de KAUFMANN, para quien el ordenamiento jurídico exige únicamente que se materialice la última oportunidad de evitar el resultado.[24] De igual manera, WELZEL entiende que el ordenamiento jurídico exige la evitación oportuna del resultado: si era posible evitar el resultado ya antes del momento en que a más tardar debería haber actuado, entonces se trata de una omisión independiente y atípica.[25]

Por el contrario, si se entiende que la exigencia al obligado no está dirigida únicamente a la evitación del resultado como tal, sino a que se disminuya todo lo posible el peligro de producción del resultado típico,[26] el deber de actuar surge con el peligro, y toda demora en intervenir lo transgrede, en la medida en que el peligro crezca durante ese lapso.[27] Por consiguiente, la

[21] Según la fórmula alemana para definir la tentativa cf. § 22, StGB: "*Comete tentativa de un delito el que, según su representación del hecho, se pone inmediatamente a realizar el tipo".* El Código Penal argentino hace referencia al comienzo de ejecución (cf. art. 42 CPN), y por ello, aquí también se presenta la dificultad de marcar el comienzo de la tentativa puesto que en las omisiones precisamente no concurre ninguna "ejecución". Respecto de las diferencias entre las formulaciones del Código Penal argentino y el Código Penal alemán consúltese SANCINETTI, *supra* nota 4, pp. 29 ss. Según el autor, la fórmula alemana "ubica el comienzo de la tentativa en un instante (posiblemente) anterior al 'comienzo de ejecución' […] Por otro lado, la expresión "comienzo de ejecución" es más clara que la formulación actual del StGB, por lo que, desde el punto de vista del principio de sujeción de la ley, satisface mejor la exigencia del mandato de determinación (*lex certa*)", *supra* nota 4, p. 31.

[22] JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 3 , p. 687.

[23] Se aclara que el hecho de que el problema se advierta más fácilmente en la omisión no implica que el problema en sí no exista también en la comisión.

[24] KAUFMANN, *supra* nota 2, p. 227.

[25] WELZEL, *supra* nota 6, p. 305.

[26] STRATENWERTH, *supra* nota 1, pp. 476 ss. También STEIN entiende que son obligadas aquellas acciones cuya ausencia fundamentaría *o aumentaría* el riesgo de producción del resultado, supra nota 3, p. 658.

[27] STRATENWERTH, *supra* nota 1, p. 490. Asimismo, JESCHECK y WEIGEND sugieren que en tales supuestos habría que seguir atendiendo al momento de la directa puesta en peligro del objeto protegido de la acción, *supra* nota 3, p. 687. En

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tentativa estará dada cuando en caso de (ulterior) demora en intervenir en pos de un salvamento aumente el peligro de producción del resultado.[28]

De lo anterior se desprende, asimismo, que la sola concurrencia del deber de actuar no puede fundamentar en todos los casos un comienzo de la tentativa, pues, en ciertas ocasiones, ello implicaría legitimar la anticipación de la criminalización a situaciones de ningún modo peligrosas. Ello ocurriría, por ejemplo, si se sostuviera que la madre que quiere matar de hambre al hijo comienza la ejecución al omitir el cumplimiento del primer alimento, aunque ello no implicara ningún riesgo para la salud del niño.

Sin embargo, el disvalor de omisión[29] estará dominado no por el estado de riesgo objetivo, sino por la medida de riesgo que el autor reconozca en su concreta situación. Lo determinante para establecer el comienzo de la omisión es entonces la (relativa) proximidad del peligro reconocida por el omitente.[30] En efecto, quien comparta el presupuesto de que las normas penales buscan evitar conductas defectuosas de los ciudadanos y no la lesión de bienes jurídicos en sí misma, deberá conceder que lo relevante es entonces la consciencia que el autor tenga del peligro que amenaza y no el estado de riesgo objetivo en el que el bien jurídico se encuentra.[31]

A fin de ilustrar lo explicado anteriormente, tómese como ejemplo un caso muy conocido en doctrina:

> *El sujeto A, de noche, inadvertidamente arroja a las vías del tren al sujeto B, quien, debido a su estado de ebriedad, no se encuentra en condiciones de levantarse por sí mismo.*

En este caso, el comienzo de la tentativa dependerá de las representaciones de *A* sobre el arribo del próximo tren, pues *A* no comete una tentativa de omisión, a pesar de su dolo, si decidiera no actuar cuando está seguro de que el próximo tren, como muy pronto, arribará en una

igual sentido, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR entienden que el deber de evitar surge con el peligro de lesión, lo que sólo puede ocurrir en la situación típica, supra nota 3, pp. 810 ss. Se aclara que para los citados autores ello sería aplicable tan sólo a los delitos propios e impropios de omisión legalmente consagrados puesto que los tipos omisivos impropios no escritos, a juicio de estos autores, serían inconstitucionales, *supra* nota 3, pp 548 ss.

[28] STRATENWERTH, *supra* nota 1, p. 490.

[29] Entendido como paralelo del disvalor de acción, es decir, como no realización de una acción con tendencia a la protección del bien jurídico, según el sentido adoptado por SANCINETTI, *supra* nota 3, p. 450.

[30] SANCINETTI, *supra* nota 3, p. 451.

[31] Ulteriores consideraciones respecto de los fines de la pena excederían los objetivos de esta investigación.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

hora: la omisión de inmediatas medidas de rescate no constituye aún una tentativa de homicidio.[32] En efecto, no es posible hablar de una perturbación del derecho cuando el omitente podría intervenir en cualquier momento, es decir, cuando sin añadir ningún riesgo adicional, podría evitar el resultado más tarde. Por tanto, la tentativa no comienza todavía cuando el obligado deja pasar chances de intervenir, si la situación del bien amenazado no ha empeorado mientras tanto.[33]

Con todo, aun cuando fuese correcto que en contra de la representación del autor, toda demora es peligrosa y desaprobada porque las posibilidades de acción posteriores son imprevisibles, sólo podría apoyarse en ello un deber de actuar, como el que sirve de fundamento al tipo del delito imprudente y con ello, en casos de consumación, una punición por delito imprudente por una omisión. Así, si el destinatario de la norma está seguro de que va a poder evitar la consumación mediante su propia intervención más tarde, entonces su omisión actual no está prohibida como tentativa dolosa, aun cuando su representación se base en una negligencia grave. Naturalmente su conducta puede infringir por este motivo el deber de conducta que sirve de base a los tipos delictivos de imprudencia, lo que lleva a la punibilidad por un hecho imprudente si más tarde no se puede evitar eficazmente la producción del resultado y se alcanza, por tanto, la consumación.[34]

Pero así como el exigir la actuación en la primera oportunidad de intervención implicaría fijar el comienzo de la tentativa demasiado pronto, tampoco es posible aceptar aquella posición que la fija en el último momento posible de intervención, pues, en muchos casos, ello podría ser demasiado tarde. En este sentido, lo determinante para el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión no es ni el momento de la primera posibilidad de impedir el resultado,[35] ni el

[32] FRISTER, *supra* nota 3, p. 483. Igual solución brindan ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR para quienes no obstante, sólo podría entrar en consideración en este supuesto el tipo penal de abandono de persona (art. 106, inc. 3 del Código Penal argentino), *supra* nota 3, p. 13.

[33] STRATENWERTH, *supra* nota 1, p. 490. En igual sentido, JAKOBS, "[…] en el [delito] de omisión tampoco constituye comienzo de la tentativa el dejar pasar algunas posibilidades de salvación si se trata de una nueva organización, permitida, de las posibilidades de salvación. Ejemplo: Quien omite reclamar por teléfono un auxilio imprescindible no realiza, p. ej., una tentativa de omisión acabada, sino ninguna, si más tarde puede aún pedir ese auxilio sin peligro de pérdida de eficacia", *supra* nota 3, p. 1033.

[34] Con pequeñas variantes STEIN, *supra* nota 3, p. 684. El citado autor trata este supuesto como un caso de error sobre las circunstancias de hecho que, por lo tanto, impide fundamentar una conducta dolosa precisamente porque falta "el conocimiento de un elemento", en el sentido del § 16 párr. 1° del Código Penal alemán.

[35] Así, la teoría anteriormente dominante en Alemania (p. ej., Herzberg, MDR, 1973, pp. 89, 91, ss.) y, a pesar del rechazo verbal de esta posición, también así en lo sustancial la sentencia de BGHSt, t. 40, pp. 257, 270 s. según cita de FRISTER, *supra* nota 3, p. 482. También MAIHOFER y LÖNNIES según cita en JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 3, p. 687.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

momento de la última posibilidad,[36] sino aquel en el cual, según la representación del omitente, la situación del bien jurídico amenazado empeora ante una ulterior inactividad. Cuando el tiempo para el rescate del sujeto amenaza ya con no ser suficiente, supóngase, siguiendo el mismo ejemplo, que la persona advierte a través de las pantallas de la estación que por esa vía pasará un tren en diez minutos y aun así decide no actuar, existiría ya un comienzo de ejecución del delito omisivo en el momento en que decide la no ejecución de medidas de rescate.

Es que si bien es cierto que no se puede exigir la actuación ante la primera posibilidad de intervención, no es menos cierto que al ordenamiento jurídico no le es indiferente si el sujeto actúa en un momento en que posee mayores perspectivas de rescate en lugar de actuar en la última oportunidad de obrar. En este sentido, incluso puede resultar político-criminalmente inadecuado que la tentativa comience en el último segundo en el que todavía cabe actuar, "pues, si el omitente puede demorarse tanto en intervenir y permanecer impune, entonces el legislador estaría jugándose el objeto de protección a una sola carta, puesto que en muchos casos una intervención tan tardía llegaría demasiado tarde".[37] Siguiendo el ejemplo del tren, podría ocurrir que el autor decida actuar en los últimos dos minutos puesto que, según su representación, el rescate del sujeto le insumiría menos de dos minutos pero que, pese a sus pronósticos, dos minutos terminen no siendo suficientes porque, por ejemplo, la ropa de *B* queda atascada entre las vías o porque el tren está arribando a destino a una mayor velocidad de la prevista.

Pero aun cuando el sujeto crea que posee una reserva de desistimiento segura, por ejemplo, cuando es él mismo quien genera la situación de peligro y quien podría revertirla en cualquier momento, fijar el comienzo de la tentativa tan tarde podría resultar igualmente desaconsejable.

Para una mayor comprensión de lo anterior piénsese ahora en este otro ejemplo:

> *El sujeto A, quien tiene a su cuidado al sujeto B de tan sólo pocos meses de vida, con dolo de homicidio omite alimentarlo durante 4 días en la suposición de que se requieren al menos 7 días ininterrumpidos de falta de alimentación para producir el resultado de muerte. En contra de lo supuesto por A, B muere al quinto día.*

[36] KAUFMANN, *supra* nota 2, p. 227 y WELZEL, *supra* nota 6, pp. 304 y 305.
[37] ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales Formas de Aparición del Delito* (traducción a cargo de Diego Manuel LUZÓN PEÑA –dir.–), Buenos Aires, Thomson Reuters-Civitas, 2014 [2003], p. 535.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin perjuicio de que en casos de producción anticipada del resultado aparezca dudosa la posibilidad de responsabilizar al autor por un delito consumado a título doloso,[38] resulta innegable que en supuestos como el aquí ofrecido, existe ya una manifestación de voluntad de afectación al bien jurídico protegido penalmente relevante por lo que la punibilidad por una tentativa dolosa subsistiría.

Por ello, bien señalan JESCHECK y WEIGEND: "lo correcto es […] fijar el comienzo de la tentativa en el momento en que la demora de la acción de salvación hace surgir un peligro inmediato para el objeto de la acción protegido o determina un aumento del peligro existente o aquel otro en que el curso causal escapa de las manos al autor".[39] Queda claro que en la medida en que uno no domina todos los riesgos de evitación y no evitación, la posición que ve una tentativa tan sólo en el último momento posible de intervención debe ser rechazada.

III. 2. Análisis crítico de la posición de Armin KAUFMANN

KAUFMANN rechaza enfáticamente la solución que se ha ofrecido hasta aquí. Según él, el concebir una tentativa de omisión en tales términos conllevaría la imposibilidad de encontrar un límite razonable entre la fase de la preparación y la tentativa inacabada.[40] Cierto es que el marcar dicho límite no es tarea sencilla en la medida en que no hay ninguna manifestación activa que marque un comienzo de ejecución, pero ello no puede conducir a adoptar la tesis que obliga a actuar tan sólo en el último instante posible pues el bien jurídico merece protección ya antes del momento inminente en que ocurrirá el peligro.

Por lo demás, si quisiese trazarse un paralelo con el ilícito de acción, tampoco se comprende por qué no debería ser suficiente la puesta en peligro próxima a la tipicidad, cuando indiscutiblemente basta para el comienzo de la tentativa en los delitos comisivos. Asimismo, si se

[38] JAKOBS, *supra* nota 3, pp. 362, 904, 905 y SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 113 ss. y 366. En términos de SANCINETTI, en estas constelaciones de casos el autor posee sólo una "intención interna trascendente" (intención futura) respecto del seguir actuando (u omitiendo) hasta el final que impide tener por acreditado el dolo del tipo en análisis, pues, antes de ello existe sólo un dolo de peligro, sin admitir el autor que el resultado ya sea posible (SANCINETTI, *supra* nota 3, pp. 425 ss.).

[39] Conforme la traducción de SANCINETTI, *supra* nota 3, pp. 453-454. También SILVA SÁNCHEZ entiende que la situación de peligro se constituye por la probabilidad de que un bien jurídico resulte lesionado o por la probabilidad de que una lesión ya iniciada se extienda o se agrave de lo que se deriva, respectivamente, deberes de evitación del resultado y deberes de salvación, *El Delito de omisión, Concepto y sistema*, 2.ª ed., Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2010 [2006], p. 359.

[40] KAUFMANN, *supra* nota 2, p. 224.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

trasladase la tesis de la última posibilidad de intervención a la tentativa de comisión, estarían permitidas acciones extremadamente peligrosas, siempre que existiesen después ciertas posibilidades de evitar la consumación omitiendo una acción posterior, es decir, hasta que la acción realizada no condujese con seguridad a la consumación.[41]

Tampoco es cierto que la fase de la tentativa del delito de omisión "sólo se la encuentre" en el hecho de que el sujeto *A* en el ejemplo del tren haya puesto en práctica su dolo de omisión al omitir la primera posibilidad de salvación:[42] pues, tal como ya se expuso anteriormente, para hablar de tentativa no se requiere sólo la "decisión" de omitir frente a un deber de actuar, sino que se exige, asimismo, la consciencia de la relativa proximidad del peligro y de la posibilidad de realización del resultado típico. Algo más se exige también para el desistimiento: no bastaría con que el omitente "abandone el rechazo interno positivo y empiece a vacilar",[43] ni tampoco, desde otro extremo, que "lleve a cabo la acción prescrita",[44] sino más bien el disponerse a la realización de la acción mandada mediante el despliegue de alguna actividad de la que se deduzca que el omitente se aparta de la conducta que ha venido desarrollando.

Y es allí donde KAUFMANN utiliza un criterio incorrecto cuando, al rechazar la exigencia de un esfuerzo activo para desistir de una tentativa inacabada de omisión, se pregunta si no es precisamente el criterio definidor de la tentativa inacabada el de que basta el mero abandono de la resolución del hecho para interrumpir la tentativa. Pues lo correcto es definir la tentativa inacabada según cuál sea la representación del autor respecto de lo que éste ha hecho (u omitido) y cuán próximo se encuentra el resultado típico y no según cuáles son los requisitos exigidos para desistir de ella. De lo contrario, se confunde tentativa inacabada con desistimiento de la tentativa y se incurre en errores conceptuales.

Pero además, aun aceptando una definición de la tentativa inacabada según cuáles sean los requisitos exigidos para desistir de ella, ello no implica que en la omisión rija de manera idéntica lo que se exige en la comisión: resulta claro que en estos casos el mero abandono de la resolución del hecho no puede en modo alguno conducir a la interrupción de la tentativa, pero ello ocurre no porque en la omisión se exija "más" para el desistimiento como sostiene KAUFMANN para criticar

[41] Como ocurriría, por ejemplo, en los casos en que el autor vierte en la taza de café de la víctima la mitad de la dosis de veneno requerida para producir el resultado de muerte.
[42] KAUFMANN, *supra* nota 2, p. 224.
[43] Ibídem.
[44] Ibídem.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la posición adoptada, sino por la estructura misma del ilícito omisivo que requiere, para la evitación del resultado típico (y también para el desistimiento), la puesta en acto de una acción de salvamento.

IV. Progresividad del ilícito. Tentativa inacabada y tentativa acabada en el delito de omisión

Sentado que para la primera de las posturas desarrolladas solamente hay tentativa cuando quien se encuentra obligado a actuar deja pasar, según su representación, la última oportunidad de intervención, de ello se deriva como consecuencia la imposibilidad de distinguir un comienzo de la tentativa omisiva que no implique ya, necesariamente, una tentativa acabada. En este sentido, WELZEL entiende que "el omitir la tentativa de impedir el resultado" corresponde ya a la tentativa acabada de comisión y que en la dogmática de la omisión no es posible trazar un paralelo con la tentativa inacabada de comisión: la tentativa omisiva comienza (y termina) en el último momento en que el obligado tendría que haber realizado eficazmente la acción según su representación.[45] También VON LISZT sostenía ya que en los delitos de omisión no es posible concebir una tentativa inacabada: "pues mientras es posible ejecutar la acción requerida no existe una ilegalidad, pero cuando ese plazo ha transcurrido, se da, indudablemente, una omisión".[46]

Explica ROXIN que la "teoría de la finalización necesaria de la tentativa"[47] parte de la base de que sólo existen las tentativas omisivas acabadas puesto que las condiciones para el desistimiento de la tentativa en los delitos omisivos serían las mismas que en la tentativa acabada de los delitos comisivos.[48] Así, la tentativa inacabada exige que sea necesaria una ulterior actuación, exigencia que no existe ni en la tentativa acabada ni en la tentativa omisiva.[49] Sin embargo, esta posición resulta cuestionable por dos razones: la primera de ellas se vincula con la posibilidad de

[45] WELZEL, *supra* nota 6, p. 305. En igual sentido, ROXIN, para quien todas las tentativas omisivas deben ser consideradas acabadas puesto que, según una argumentación cuestionable, idénticas son las condiciones para el desistimiento, *supra* nota 37 , pp. 530 ss. y BACIGALUPO, *supra* nota 7, p. 237.
[46] VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal, Tomo III* (traducción a cargo de Luis JIMENEZ DE ASÚA), 3.ª ed., Madrid, Reus S.A., 1927 [1911], pp. 9-10.
[47] Así la denomina KÜPER en ZStW 112 (2000), 1 ss. (4), quien acepta únicamente el supuesto de la tentativa acabada; nota de ROXIN, *supra* nota 37, p. 530.
[48] Al respecto, el BGH habla de "equivalencia de ambas figuras jurídicas", NStZ 1997, 485, según cita de ROXIN, *supra* nota 37, p. 530.
[49] Ibídem.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

desistimiento de la tentativa acabada;[50] la segunda, con el intento de fundamentar la asociación entre la tentativa omisiva y la tentativa acabada comisiva tan sólo sobre la base de un elemento en común, pues nada fundamenta, y resulta obvio por cierto, que en el delito omisivo no se requiera ninguna ulterior actuación para la producción del resultado. Ésta es la esencia de la estructura omisiva. Pero ello no habilita a fundar una tentativa acabada en todos los supuestos de tentativa omisiva. Si así fuera, siguiendo un criterio así de "literal", tampoco habría estrictamente una "tentativa acabada" ya que en los casos omisivos nunca sería posible afirmar que el autor, conforme su representación, "ha ya producido todas aquellas condiciones para la producción del resultado típico", puesto que, en el sentido naturalista del término, el omitente "no ha producido nada". [51]

La posición que aquí se critica incurre en un doble error. Por un lado, pasa por alto las particularidades propias de la estructura omisiva, e intenta trasladar sin más los conceptos del ilícito comisivo al delito de omisión sin efectuar la correspondiente adaptación, concluyendo que entonces ciertos conceptos básicos de la teoría del delito, como el de la tentativa inacabada, directamente no se configuran en el delito de omisión. Por otro lado, intenta fundar la delimitación entre tentativa inacabada y acabada sobre la base de las condiciones exigidas para el

[50] Por motivos de extensión, este punto no podrá ser desarrollado aquí. Al respecto, véase SANCINETTI, *supra* nota 38. Resumidamente, para el citado autor existe la posibilidad de desistir de la tentativa con pleno efecto excusante, sólo mientras el autor u omitente no haya asumido la posibilidad de perder el control absoluto de impedir la consumación, y el riesgo gobernado por él no haya decrecido, es decir que sólo existe desistimiento de una tentativa inacabada no fracasada. El acabamiento de la tentativa se produce cuando el autor asume la posibilidad de perder el control de impedir la consumación, a partir de lo cual sólo es posible una genérica conducta posterior al hecho, a tenerse en cuenta en el ámbito de medición de la pena, *supra* nota 38, pp. 365-366.

[51] Tradicionalmente la omisión era considerada, desde un punto de vista naturalista, un "nada" del que no podía derivar ninguna otra cosa (*ex nihilo nihil fit*). Así, el que omite actuar no incidiría en ningún modo en el curso causal preexistente que conduce al resultado, sino que se limita a no modificar el curso del acontecer dejando que las cosas procedan por sí mismas. Así lo explica SUMMERER, *Causalitá ed evitabilitá, Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale,* Pisa, Edizioni ETS, 2013, p. 120. También FERRANTE explica que para el fisicalismo (según la terminología acuñada por el propio autor) la relación causal solo puede darse entre eventos reales, por lo que mientras en un homicidio común el agente causa la muerte de la víctima, en los casos de omisiones quien no salva a la víctima a punto de morir no causa esa muerte. Esto es así ya que la omisión implica la ausencia de un determinado evento y las ausencias no pueden estar involucradas en relaciones causales, FERRANTE, "Causalidad y responsabilidad penal", en *Filosofía y derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2013, pp. 215 ss. También por motivos de extensión se dejarán aquí de lado las discusiones respecto de la causalidad en la omisión y la posibilidad de abandonar un criterio naturalista y definir a aquella mediante un criterio normativo (al respecto, véase, SUMMERER, nota 51, pp. 119 ss.) o un criterio orientado al movimiento corporal (sobre el tema, consúltese LERMAN, *supra* nota 4, pp. 118-121) o bien entender a la causalidad como una forma de dependencia contrafáctica y ya no como una forma de producción (en este sentido, FERRANTE, nota 51, quien considera que el requisito causal para afirmar la responsabilidad del agente es una cuestión de eventos que están en relaciones explicativas adecuadas con resultados penales, p. 243). Simplemente lo que aquí se quiere mostrar es que si cada concepto de la teoría del delito comisivo fuese trasladado sin más y de modo "literal" al ilícito omisivo, sin tener en cuenta las particularidades de este último, no cabría ya la posibilidad de trazar ningún tipo de paralelo entre ambas modalidades.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

desistimiento cuando, tal como ya se dijo, lo correcto es, sin embargo, analizar si el autor ya ha hecho (u omitido) todo lo que pretendía hacer (u omitir) para producir el resultado típico y considera a partir de aquí que es posible su producción, con prescindencia de si se requiere que interrumpa sus esfuerzos delictivos o si, por el contrario, se requiere una intervención activa para bloquear el acontecer que conduciría a la producción del resultado.[52]

En sustento de lo anteriormente expuesto cabe citar la opinión de STEIN quien sostiene que los conceptos de tentativa acabada y tentativa inacabada utilizados frecuentemente en el contexto del desistimiento no tienen por qué ser en absoluto idénticos a los utilizados para la definición de la tentativa. Así, en los delitos de omisión, tanto el renunciar a la posterior perpetración del hecho,[53] es decir, la omisión de continuar con la tentativa ya iniciada, como la evitación de la consumación del resultado que amenaza producirse,[54] exigen siempre una intervención activa. De ello, explica el citado autor, se deduce a veces que en los delitos de omisión no se puede distinguir de forma sensata la tentativa acabada de la inacabada, sino que más bien existe un paralelismo sólo con la tentativa acabada de comisión y que las condiciones del desistimiento se derivan siempre de la evitación activa del resultado. Sin embargo, STEIN deja bien en claro que esta interpretación del concepto atiende exclusivamente a los requisitos exigidos para el desistimiento de la tentativa y que sólo por eso no se debe pretender extrapolarla sin más a la definición de esta última.[55]

En efecto, para la producción del resultado, el autor omisivo debe seguir omitiendo hasta el último momento en que existe la posibilidad de actuar. Es decir que, en contra de lo sostenido por ROXIN, en el supuesto omisivo la tentativa inacabada requiere ulteriores *omisiones* para la consumación del ilícito. En consecuencia, la tentativa inacabada y la acabada deben distinguirse aquí también, según cuán próxima, conforme la representación del omitente, haya llegado la tentativa a la consumación.[56] La tentativa se encontraría inacabada cuando el omitente cree poder

[52] Cuestión que, por lo demás, y tal como ya se dijo, no es completamente unánime.

[53] En el sentido del § 24 párr. 1°del Código Penal alemán (según traducción de Marcelo A. SANCINETTI):

§ 24. Desistimiento

1) No es punible por tentativa, el que voluntariamente abandona la ulterior ejecución del hecho o impide su consumación. Si el hecho no se consuma sin que el que desiste haya intervenido en ello, él quedará impune si se esforzó voluntaria y seriamente en impedir la consumación.

[54] *2) En caso de que intervengan varios en el hecho, no será penado por tentativa el que impida voluntariamente la consumación. Sin embargo, para que quede impune bastará con que se haya esforzado voluntaria y seriamente por impedir la consumación del hecho, cuando éste no se consuma sin su intervención o cuando es cometido independientemente de su aporte originario.*

[55] STEIN, *supra* nota 3, pp. 667-668. El autor, en una nota al pie, critica en el mismo sentido que lo hace la autora de este trabajo la interpretación que efectúa ROXIN.

[56] STRATENWERTH, *supra* nota 1, p. 355.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

realizar aún la acción ordenada, y acabada cuando en su representación ya no podría evitar el resultado.[57]

Así es que, conforme a la segunda posición y en contra de lo sostenido por WELZEL y KAUFMANN, resulta perfectamente posible distinguir entre tentativa inacabada y acabada en el delito de omisión, al igual que en el ilícito comisivo. Al respecto, JAKOBS entiende que: "[e]n el delito de omisión cabe distinguir la tentativa acabada de la tentativa inacabada conforme a las mismas reglas que en el delito de comisión […]".[58] Según este autor, en el delito de omisión la tentativa es inacabada cuando no se modifica en su clase y medida el riesgo de fracaso de la salvación, existente al comenzar la tentativa, y acabada cuando tal modificación se da completamente —de modo revocable o irrevocable—.[59] Con ello se quiere decir que lo decisivo es si la acción necesaria originariamente aún basta para la salvación (entonces habrá tentativa inacabada) o no (tentativa acabada).

Tal como bien entiende SANCINETTI, aquí el criterio rector de la distinción sigue siendo la relativa proximidad del peligro advertida por el autor: "[e]s cierto que, contra la posibilidad de la distinción, existe el hecho de que el omitente 'no realiza nada', sino que las cosas 'se realizan solas', por el mero transcurso de los sucesos; pero esto no impide que la proximidad mayor o menor de la posibilidad de afectación del objeto de bien jurídico no determine un momento 'primero' y otro 'último', en la infracción al deber".[60] Ejemplo:

> *El guardavidas ve cómo un bañista comienza a tragar agua en clara situación de necesidad.*[61]

Si aun así el guardavida no se arroja al mar en actitud de salvamento, no habría todavía una tentativa acabada mientras el omitente considere imposible la afectación actual del objeto de bien jurídico. Pero cuando el omitente deja pasar inactivo aquel momento a partir del cual considera que podrían devenir infructuosos sus futuros esfuerzos, omite acabadamente. La falta de "pasos"

[57] JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 3, p. 687. STEIN define genéricamente la tentativa acabada como aquella "acción u omisión que, según la representación del autor, puede producir la consumación sin más acciones u omisiones por su parte", *supra* nota 3, p. 671.
[58] JAKOBS, *supra* nota 3, p. 1032.
[59] Ibídem. Respecto de la crítica a la inclusión del concepto de revocabilidad en la definición de tentativa acabada véase: SANCINETTI, *supra* nota 38, p. 152.
[60] SANCINETTI, *supra* nota 3, p. 451.
[61] La solución que se presentará a continuación es la ofrecida por SANCINETTI, *supra* nota 3, p. 452.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de decisión sucesivos hará que lo decisivo sean aquí los incrementos en las escalas de peligro, a las cuales —según la representación del omitente— vaya quedando expuesto el objeto de bien jurídico[62]. Sólo en los casos en los que la situación de riesgo se incrementara en forma constante, la progresividad del disvalor de omisión estaría dada, ante la consciente inactividad constante, por el mero transcurso del tiempo.[63]

En el ejemplo de las vías del tren, a medida que transcurre el tiempo aumenta el peligro del bien jurídico amenazado y van disminuyendo progresivamente las chances de lograr un salvamento exitoso pero hasta el minuto 8, supóngase, la tentativa es inacabada ya que todavía está en manos del omitente la posibilidad de quitarlo de las vías del tren, pues ello, según su representación, le llevaría menos de dos minutos sin mucha dificultad. Por tanto, mientras el omitente conserve el completo gobierno de los riesgos, la tentativa se mantiene inacabada. En cambio, la tentativa se encontraría acabada cuando quien permanece inactivo ha desaprovechado la última chance (presunta) de una intervención salvadora.[64] Así, si el omitente, divisando el tren a lo lejos, dejara pasar el tiempo hasta el momento en que, según sus cálculos, ya no podría alcanzar el rescate exitoso del sujeto, en ese momento cometería tentativa acabada de omisión. Lo mismo sucedería si omitiera su salvamento hasta el minuto 3 por ejemplo, tomara otro tren, abandonara al sujeto en las vías y perdiera toda posibilidad de rescate.

Es claro que en ciertos supuestos omisivos resultará más fácil que en otros distinguir la tentativa acabada de la tentativa inacabada. Pero ello no es propio del ilícito omisivo y ocurre también en los delitos de comisión. Piénsese en el supuesto en que el autor, en caso de que fuera necesario, estaba decidido a causar el resultado delictivo por varios actos individuales o con diversos medios, es decir, por ejemplo, a disparar tantas veces como fuesen necesarias para herir mortalmente a la víctima o a recurrir al cuchillo si fracasara al usar sólo el puño, pero sin embargo, no realiza todos estos pasos.[65] Una parte de la doctrina explica la tentativa ya acabada cuando el autor ha ejecutado incluso sólo una acción dirigida a la producción del resultado y ha fracasado con ella, sin considerar si él estaba decidido a una repetición o a la continuación ("teoría del acto individual").[66] La jurisprudencia y la doctrina dominante en cambio, se inclinan hacia a

[62] Ibídem.
[63] Íd., p. 453.
[64] STRATENWERTH, *supra* nota 1, p. 490.
[65] El problema es planteado en estos términos por STRATENWERTH, *supra* nota 1, p. 356.
[66] Así, según una opinión que se comparte, JAKOBS entiende que "…las reglas de la tentativa acabada se aplican cuando el autor, tras la ejecución de la acción, cuenta con la posibilidad de que sobrevenga el resultado, pues de otro modo podría

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

una solución más proclive al desistimiento, la "teoría de la consideración total", que aprecia la tentativa acabada cuando el autor, al tiempo de la última acción ejecutiva, estima posible la producción del resultado. Según esta concepción, lo decisivo sería el "horizonte de desistimiento" que tenga el autor y por lo tanto, aun después del fracaso de los primeros intentos, la tentativa se mantendría inacabada.[67]

Con prescindencia de cuál sea, en definitiva, la solución correcta, vemos que tampoco el ilícito comisivo se encuentra exento de problemas en lo que a la delimitación de la tentativa inacabada y acabada se refiere. Así pues, lo único que se ha querido destacar mediante estos casos es que al igual que ocurre en la comisión, en la omisión resulta posible hallar una diferencia conceptual entre la tentativa inacabada y la tentativa acabada.

V. Evitación de las acciones de terceros

Otra de las discusiones doctrinales gira en torno a la posibilidad de distinguir un comienzo de ejecución y un momento de acabamiento de la tentativa en la hipótesis en que el omitente se encuentra obligado a impedir la acción de un tercero. Tal como se verá a continuación, también en estos supuestos resulta perfectamente posible distinguir diferentes fases del ilícito omisivo.

Para unos, la omisión de impedir esta acción está tentada recién cuando el tercero realiza un acto de tentativa, en tanto que para otros resulta una cuestión independiente. Así, se sostiene que el garante que no impide que un sujeto compre un arma no realiza más que una conducta preparatoria, al igual que el padre que no evita que su hijo lesione a otro hasta que comienza a lesionarlo.[68] ZAFFARONI entiende que estos problemas no pueden resolverse según estos criterios ya que, según su opinión, si quien compra un arma es un alienado a quien el curador ya no podrá controlar porque con el arma en su poder le amenazaría inclusive a él si quisiera quitársela, en todo caso habrá para el curador un delito culposo o doloso, lo que también es válido para el caso del padre.[69]

desistir con el simple abandono del hecho, aun cuando, debido a su comportamiento previo, de acuerdo con las reglas de los delitos de omisión impropia dolosa, estaría obligado a evitar el resultado". Y luego, "[u]n simple abandono del hecho ya no está vinculado con el proceso causal que se le ha ido de las manos; el mero omitir ulteriores tentativas no constituye desistimiento", *supra* nota 3, pp. 907-908.

[67] Así, JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 3, p. 582 y en gran medida aunque con algunos reparos, STRATENWERTH, *supra* nota 1, p. 357.

[68] Véanse las citas de ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR a las opiniones de RUDOLPHI y BLEI, *supra* nota 3, p. 814.

[69] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 3, p. 814.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pero ahora piénsese en este caso:[70]

> *Un garante cualquiera (por ejemplo, un policía, un padre) presencia que un autor está por dar comienzo a una ejecución comisiva que puede dilatarse unos minutos hasta el acabamiento de la tentativa.*

Pues bien, si el garante deja pasar la última posibilidad de evitar el comienzo de la ejecución ya cometería tentativa por omisión (inacabada); si permanece inactivo aun cuando al autor ya podría írsele de las manos una tentativa acabada de comisión, el garante cometería tentativa acabada por omisión. Podría haber cierto desplazamiento temporal: posiblemente para el garante la última posibilidad para evitar un comienzo de ejecución del hecho principal se dé durante un momento que sería preparatorio para el autor principal, pero de tentativa ya para el omitente. De modo correspondiente, también podría adelantarse la tentativa acabada para el garante inactivo, respecto del momento en que acabaría realmente la ejecución para el autor principal. Por tanto, no resulta necesario que se dé el comienzo de ejecución de la acción principal para poder hablar de tentativa omisiva del garante, pues, la mayoría de las veces, esta última se daría en un momento anterior.[71]

Como ejemplo, vale lo siguiente:

> *Un padre ve cómo la madre le dice al hijo que le va a dar 10 palazos de escoba en las manos, y ve cómo la madre se dirige a tomar el palo de escoba.*

Cuando ésta toma el palo de escoba y lo empuña como para pegar, se daría el comienzo de ejecución para la madre;[72] pero para el padre, que quizá está a quince metros y no puede alcanzarla inmediatamente, sin duda ya habría comenzado la tentativa un momento antes.

Aun más claro puede resultar este otro ejemplo:

[70] La construcción y solución de este caso se debe a las sugerencias de Marcelo A. SANCINETTI.

[71] Los problemas relativos a la posibilidad de que exista participación accesoria por omisión, y a la cuestión de si los garantes siempre responden como autores pueden quedar de lado en este trabajo.

[72] Al menos con la fórmula alemana (la cuestión podría ser más dudosa con nuestro código). Al respecto, véase *supra* nota 13.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El policía A, que se encontraba asignado a tareas de vigilancia de un edificio público, ve a través una cámara de seguridad que el sujeto B introduce una bomba en el estacionamiento del edificio y advierte, por las pantallas que muestran la imagen, que la bomba explotará en los próximos 10 minutos.

Pues bien, supóngase que desde la oficina en la que se encuentra el policía hasta el lugar en donde se halla el sujeto B se requiere caminar tres minutos y supóngase también, que *A* no cuenta con la colaboración de otros policías y debe concurrir al estacionamiento personalmente para evitar la explosión. Entonces, habría ya un comienzo de ejecución cuando el policía omite cualquier acción y permanece inactivo frente a la pantalla de la cámara. La tentativa se mantendría inacabada hasta el minuto 7 puesto que después de ello, ya no estaría en su poder la evitación del resultado disvalioso.

VI. Reflexiones finales

La temática desarrollada configura, ciertamente, una cuestión compleja. Aquí se ha intentado demostrar que la estructura de la tentativa en un delito de comisión se mantiene inalterada en el delito omisivo. En el fondo, tentativa de acción y de omisión son equivalentes: se trata de la misma situación contemplada en sus dos caras. En la primera, la norma prohibitiva no puede ser violada porque algo se interpone en el curso causal desencadenado por el agente; en la segunda, lo que no puede ser violado es la norma imperativa.[73] Pero en ambos casos existe el propósito de quebrantar ora la prohibición, ora el mandato. El primero de esos propósitos se exterioriza con el principio de ejecución de la acción; el segundo, con la abstención de actuar, no obstante la posición de garante que ocupa el agente[74] y la inminencia del peligro advertida por éste.

Brevemente, las conclusiones de este trabajo podrían sintetizarse de la siguiente manera:

1. La ausencia de realización de una acción no impide en modo alguno trazar un paralelo del dolo en el ilícito omisivo: éste aparece cuando el autor omite actuar dispuesto a asumir el resultado como consecuencia de su propia conducta.

[73] Aquí se toma como referencia el concepto de norma propuesto por la "teoría de los imperativos" de Karl BINDING, el cual se concreta, fundamentalmente, en prohibiciones y mandatos. Al respecto, véase, BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", en *Lecciones y Ensayos,* n.º 51, 1989, pp. 33-49.
[74] CURY URZUA, *Derecho Penal, Parte General*, *Tomo II,* 2.ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 304.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2. Lo determinante para el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión no es ni el momento de la primera posibilidad de impedir el resultado, ni el momento de la última posibilidad, sino aquel en el cual, según la representación del omitente, la situación del bien jurídico amenazado empeora ante una ulterior inactividad.

3. En el delito de omisión cabe distinguir la tentativa acabada de la tentativa inacabada conforme a las mismas reglas que en el delito de comisión: en este punto el criterio rector de la distinción sigue siendo la relativa proximidad del peligro advertida por el autor. La dificultad que conlleva el marcar dicha diferenciación no es, en todo caso, exclusiva de los delitos de omisión.

4. En los casos en que el omitente se encuentra obligado a impedir la acción de un tercero también resulta posible distinguir diferentes fases del ilícito omisivo: el garante comete una tentativa inacabada de omisión cuando deja pasar la última posibilidad de evitar el comienzo de la ejecución del autor y comete una tentativa acabada por omisión cuando permanece inactivo aun cuando al autor ya podría írsele de las manos una tentativa acabada de comisión.

5. Tal como entiende SANCINETTI, no hay nada que no pueda ser trasladado, *mutatis mutandis*, al campo de la omisión,[75] pues así como el ilícito comisivo reside exclusivamente en la comisión de una acción final con tendencia a la lesión del bien jurídico, así también el ilícito omisivo consiste en la omisión de una acción final con tendencia al salvamento del bien jurídico.[76]

VII. Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", en *Lecciones y Ensayos*, n.º 51, 1989, pp. 33-49.

— *Manual de derecho penal, Parte general*, Bogotá, Temis/Ilanud, 1984.

— *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, Pannedille, 1970.

[75] SANCINETTI, *supra* nota 3, p. 450. Sobre la equivalencia entre acción y omisión y otros acercamientos entre la dogmática de la omisión y la de la comisión, véase también, LERMAN, *supra* nota 4, en particular, capítulo III, *Las diferencias entre delitos de omisión y comisión en la estructura de la teoría del delito. ¿Hacia una dogmática unificada para la omisión y la comisión?*

[76] ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (traducción a cargo de Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 1990 [1973], p. 230.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, 2.ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

FERRANTE, Marcelo, *Filosofía y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2013.

FRISTER, Helmut, *Derecho Penal, Parte General* (traducción de la 4.ª ed. a cargo de Marcelo Alberto SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 2011 [2009].

JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte General*, *Fundamentos y Teoría de la imputación* (traducción a cargo de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (traducción a cargo de Miguel OLMEDO CARDENETE), 5.ª ed. corregida y ampliada, Granada, Comares, 2002 [1996].

KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión* (traducción de la 2.ª ed. a cargo de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, Marcial Pons, 2006 [1980].

LERMAN, Marcelo David, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales Formas de Aparición del Delito* (traducción a cargo de Diego Manuel LUZÓN PEÑA), Buenos Aires, Thomson Reuters-Civitas, 2014 [2003].

SANCINETTI, Marcelo Alberto, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

— *Dogmática del hecho punible y ley penal – Dogmatik der straftat und strafgesetz* (versión alemana a cargo de Manuel CANCIO MELIÁ), Buenos Aires, Ad Hoc, 2003.

— *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004 [1991].

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SILVA SÁNCHEZ, *El Delito de omisión, Concepto y sistema*, 2.ª ed., Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2010 [2006].

STEIN, Ulrich, "Tentativa acabada y tentativa inacabada en los delitos de acción y de omisión", en MAIER, Julio Bernardo José/SANCINETTI, Marcelo Alberto/SCHÖNE, Wolfgang (dir.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro en homenaje a Eberhard Struensee*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2011 [2010], pp. 657-696.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal Parte General I. El hecho punible* (traducción de la 4.ª ed. a cargo de Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo Alberto SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [2000].

SUMMERER, Kolis, *Causalitá ed evitabilitá, Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale,* Pisa, Edizioni ETS, 2013.

VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal, Tomo III* (traducción a cargo de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA), 3.ª ed., Madrid, Reus, 1927 [1911].

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, Parte General* (traducción de la 11.ª ed. a cargo de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ), 3.ª ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987 [1969].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro Walter, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (traducción a cargo de Marcelo Alberto SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 1990 [1973].

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Traducción

La jurisdicción universal no está desapareciendo: el giro desde una jurisdicción universal como "persecución global" hacia una jurisdicción universal como "ausencia de refugio seguro"

Máximo Langer*

Fecha de recepción: 1 de julio de 2015
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2015

Resumen

La historia de la jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales fundamentales ha sido en ocasiones considerada como una historia de ascenso y caída. El activismo de las organizaciones no gubernamentales (ONGs) fue considerado como una causa tanto del ascenso como del descenso; el ascenso culminó con el arresto del General Pinochet en 1998 y el descenso llegó con la "amputación" de las leyes de jurisdicción universal en Bélgica en 2003 y España en 2009 y 2014. En este artículo, el autor ofrece una mirada alternativa de esta historia. El autor argumenta que la jurisdicción universal no está necesariamente decayendo en virtud de que el número de leyes y juicios de jurisdicción universal ha aumentado y el número de denuncias de jurisdicción universal no ha disminuido sustancialmente en los años recientes. Por el contrario, la trayectoria de la jurisdicción universal puede ser entendida como una competencia continua entre dos concepciones sobre el rol que los Estados desempeñan en el régimen de jurisdicción universal. En la concepción de "persecución global", los Estados tienen un rol en la prevención y el castigo de crímenes internacionales fundamentales cometidos en cualquier lugar del mundo, mientras que en la concepción de "ausencia de refugio seguro" los Estados no deben ser un refugio para quienes participaron en crímenes internacionales fundamentales. En años recientes, la concepción de "ausencia de refugio seguro" ha realizado importantes avances en la legislación y la persecución de crímenes internacionales, pero la concepción de "persecución global" todavía se encuentra

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

presente en el régimen de jurisdicción universal. A pesar de que las ONGs prefieren la concepción de "persecución global", con su fuerte fundamentación anti-impunidad, estas organizaciones han contribuido (involuntariamente) al avance del enfoque de "ausencia de refugio seguro" por medio de su posición legalista y su retórica ambigua sobre la jurisdicción universal.

Palabras clave: Jurisdicción universal – ONGs – persecución global – ausencia de refugio seguro

Title: Universal Jurisdiction Is Not Disappearing: The Shift from 'Global Enforcer' to 'No Safe Haven' Universal Jurisdiction

Abstract

The history of universal jurisdiction over core international crimes has often been framed as a story of rise and fall. Non-governmental organization (NGO) activism was regarded as a cause for both the rise and the fall; the rise culminated with the arrest of General Pinochet in 1998 and the fall came with the 'amputation' of the universal jurisdiction laws in Belgium in 2003 and Spain in 2009 and 2014. In this article, the author offers an alternative view of this history. He argues that universal jurisdiction is not necessarily on the decline since the number of universal jurisdiction statutes and trials has increased and the number of universal jurisdiction complaints has not substantially decreased in recent years. Rather, the trajectory of universal jurisdiction can be understood as an ongoing competition between two conceptions of the role states play in the universal jurisdiction regime. In the 'global enforcer' conception, states have a role in preventing and punishing core international crimes committed anywhere in the world, while in the 'no safe haven' conception, states should not be a refuge for participants in core international crimes. In recent years, the 'no safe haven' conception has made important inroads in legislation and prosecution of international crimes, but the 'global enforcer' conception is still present in the universal jurisdiction regime. Though NGOs prefer the 'global enforcer' conception, with its strong anti-impunity rationale, these organizations have (involuntarily) contributed to the advancement of the 'no safe haven' approach through their legalistic position and ambiguous rhetoric about universal jurisdiction.

Keywords: Universal Jurisdiction – NGOs – Global Enforcer – No Safe Haven

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sumario

I. Introducción; II. Dos concepciones de Estados con jurisdicción universal; III. El rol de los defensores y litigantes de los derechos humanos en la competencia entre las dos concepciones; IV. Conclusión; V. Bibliografía

I. Introducción

Por medio de la jurisdicción universal, cualquier Estado puede juzgar un crimen, sin contar con ningún tipo de nexo territorial, nacional o de interés nacional con el crimen al momento de ser cometido.[1] La competencia está por lo general fundamentada en la naturaleza del crimen. En los últimos 30 años, la jurisdicción universal ha sido utilizada para juzgar crímenes internacionales fundamentales (*core international crimes*), tales como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y tortura.[2] La historia reciente de la jurisdicción universal ha sido descrita generalmente como una de ascenso y descenso, escalando su cima con el arresto de Augusto Pinochet en Londres en 1998 y su caída con las enmiendas a las disposiciones de jurisdicción universal de Bélgica en 2003 o con las enmiendas a las disposiciones españolas de jurisdicción universal de 2009 y 2014.[3] En un cierto número de estas narrativas de "ascenso y descenso" los litigantes juegan un rol crucial en la caída de la jurisdicción universal al llevar adelante irresponsablemente o por razones políticas demasiados casos contra imputados muy poderosos,

* Professor of Law, UCLA School of Law. Deseo agradecer a Ricardo LILLO por su asistencia en la investigación y a Elyse MEYERS por editar este trabajo. Este artículo fue originalmente publicado en inglés en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, 2015, pp. 245-256. Traducción a cargo de Leandro A. DIAS, revisión del autor y de Juan NASCIMBENE. Se ha mantenido, en la medida de lo posible, el estilo de citas original. Contacto: langer@law.ucla.edu.

[1] Véase, por ejemplo, *The American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), §§ 402, comentarios c–g, 404 y comentarios a-b, 423.

[2] A pesar de que generalmente no se incluye a la tortura entre los crímenes internacionales fundamentales, la incluyo en esta categoría debido a que ha sido un crimen contra los derechos humanos central en el régimen de jurisdicción universal. Sobre la utilización de la jurisdicción universal en los últimos 30 años para investigar crímenes internacionales fundamentales, véase, LANGER, "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes", en *American Journal of International Law*, 105, 2011, pp. 1–49.

[3] Véase, por ejemplo, DE LA RASILLA DEL MORAL, "The Swan Song of Universal Jurisdiction in Spain", en *International Criminal Law Review,* 9, 2009, pp. 777-808; GENOVESE/BARRAL DIEGO, "The Slow Death of Universal Jurisdiction: The Case of Spain", en *ALIBI blogpost*, 10 de octubre de 20140. Disponible en www.alibionline.nl/the-slow-death-of-universal-jurisdiction-the-case-of-spain [enlace verificado el día 1 de febrero de 2015]; HWANG, "China: The Growth of a New Superpower and the Extinction of Universal Jurisdiction", en *Wisconsin International Law Journal*, 32, 2014, pp. 334-354; REYDAMS, "The Rise and Fall of Universal Jurisdiction", en SCHABAS/BERNAZ (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londres, 2011, p. 337.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que eventualmente dan lugar a restricciones sustanciales o a derogaciones de las leyes de jurisdicción universal.[4]

En este breve trabajo me gustaría proponer una mirada alternativa a la historia reciente de la jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales fundamentales.[5] Mi argumento es que la historia de la jurisdicción universal no ha sido una historia de "ascenso y descenso", sino más bien una de competencia continua entre dos concepciones sobre el rol de los Estados en el régimen de jurisdicción universal. Bajo una concepción, que llamo jurisdicción universal como "persecución global" (*global enforcer*), los Estados pueden ejercer jurisdicción universal porque ellos tienen un rol en la prevención y el castigo de crímenes internacionales fundamentales cometidos en cualquier parte del mundo. Bajo otra concepción, que llamo jurisdicción universal como "ausencia de refugio seguro" (*no safe haven*), un Estado puede ejercer jurisdicción universal para no ser un refugio para quienes participaron en crímenes internacionales fundamentales.

Los litigantes y defensores de los derechos humanos han preferido, abrumadoramente, la concepción de jurisdicción universal como "persecución global" por sobre la de "ausencia de refugio seguro" debido a que presupone un fundamento y una agenda anti-impunidad más fuerte y convierte a la jurisdicción universal en una herramienta activa, más que reactiva, para prevenir y castigar crímenes internacionales fundamentales.[6] Los litigantes y defensores han realizado un trabajo muy importante en su intento de promover la concepción de jurisdicción universal como "persecución global". Sin embargo, estos litigantes y defensores de los derechos humanos también han contribuido involuntariamente a que un número significativo de Estados adopte la concepción de "ausencia de refugio seguro". Esto no ha sucedido tanto como consecuencia de la litigación (como sugerirían las narrativas de "ascenso y descenso"), sino por el uso de una retórica de "ausencia de refugio seguro" que ha probablemente facilitado la adopción, por parte de los

[4] Véase, por ejemplo, VANDERMEERSCH, "Prosecuting International Crimes in Belgium", en *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, pp. 400–421, p. 410: "[e]n ausencia de salvaguardas que hiciesen las veces de filtros para determinar que esas denuncias eran, a priori, fundadas y no frívolas, ciertas presuntas víctimas dieron la impresión de aprovecharse de la justicia belga a través del abuso de procesos para perseguir objetivos políticos que no incluían a la justicia […]. A su vez, la proliferación de denuncias interpuestas por peticionantes civiles impidió que los fiscales formulasen una política penal coherente y responsable en esta área y empantanó el sistema judicial con un cuerpo de denuncias para el que simplemente no se tenían los recursos para hacerles frente".

[5] Este artículo analiza la jurisdicción universal en casos penales. El análisis de la jurisdicción universal en casos civiles excede los límites de este trabajo.

[6] Véase, por ejemplo, Amnistía Internacional, *Universal Jurisdiction. A Preliminary Survey of Legislation Around the World*, 2012, p. 11 (mencionando como un obstáculo para la jurisdicción universal su limitación a personas que residen o que posteriormente se convirtieron en residentes o nacionales del Estado que investiga).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estados, de esta concepción y por un enfoque legalista respecto de las disposiciones de jurisdicción universal que ha contribuido a crear una reacción contra a las disposiciones de los Estados más emblemáticos de la "jurisdicción universal como persecución global".

II. Dos concepciones de Estados con jurisdicción universal

No hay dudas de que el caso Pinochet es el ejemplo contemporáneo más conocido de ejercicio de jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales fundamentales; ningún otro caso de jurisdicción universal tuvo tal notoriedad e impacto desde ese entonces.[7] También es cierto que, tal como he documentado en trabajos previos, Bélgica y España tenían disposiciones muy amplias de jurisdicción universal, que fueron reducidas o virtualmente eliminadas debido a la presión ejercida por Estados poderosos después de que Bélgica y España abrieron procesos formales contra nacionales de esos Estados.[8]

Pero la narrativa del "ascenso y descenso" sobre la jurisdicción universal no captura la trayectoria de la jurisdicción universal durante las últimas tres décadas. Desde el arresto de Pinochet en 1998, muchos más Estados, y no menos, han aprobado leyes que le otorgan jurisdicción universal a sus tribunales.[9] A su vez, entre 2004 (el año posterior a las dos enmiendas a la ley belga) y 2009 fueron 211 las denuncias contra individuos basadas en la jurisdicción universal o los casos considerados por las autoridades de oficio.[10] Este promedio de 35.17 denuncias o casos considerados por las autoridades de oficio no es sustancialmente más bajo que el número promedio de 39.71 denuncias o casos considerados por las autoridades de oficio por año

[7] Véase, por ejemplo, ROHT-ARRIAZA, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Pennsylvania, University Press, 2006.

[8] LANGER, *supra* nota 2.

[9] Véase, por ejemplo, VAN SCHAACK/PEROVIC, "The Prevalence of 'Present-In' Jurisdiction", en *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, 107, 2013, pp. 237–242, p. 239: "todavía resulta correcto decir que hay una marcada tendencia en alza en el grado en el que los Estados están incorporando a los crímenes atroces en sus códigos internos y potestando a sus tribunales para ejercer diversas formas de competencia extraterritorial. Gran parte de esta tendencia probablemente puede serle atribuida a la ratificación del Estatuto de Roma, a pesar de que técnicamente ese tratado no requiere una incorporación de los crímenes de competencia de la CPI al ordenamiento interno". Véase también Amnistía Internacional, *supra* nota 6, pp. 22 ss. (incluyendo un listado en su Anexo II de la fecha de la legislación de cada país del mundo que autorizaría el ejercicio de jurisdicción universal).

[10] Estos datos fueron extraídos de mi propia base de datos sobre denuncias basadas en el principio de jurisdicción universal que abarca el período 1961-2009 [base de datos en archivo del autor]. Para los años 1983 a 2009, la base de datos incluye datos respecto de si las denuncias (o casos considerados por las autoridades de oficio) contra 1045 imputados fueron presentadas antes o después de 2004. Para una descripción acerca de cómo este estudio global fue llevada a cabo, véase LANGER, *supra* nota 2, p. 7.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entre 1983 y 2003, y también debemos tener en cuenta que desde el 1 de julio de 2002 la Corte Penal Internacional (CPI) presentó un nuevo lugar para las denuncias ("comunicaciones") sobre crímenes internacionales fundamentales,[11] y que antes de 2004 había un buen número de investigaciones masivas contra nazis en Australia, Canadá y el Reino Unido, contra antiguos yugoslavos en Alemania y contra militares argentinos en España.[12]

El gráfico 1 muestra que los juicios basados en jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales fundamentales no disminuyeron después de las enmiendas a la ley belga en 2003 o a la ley española en 2009.

Gráfico 1: Imputados juzgados en juicios de jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales fundamentales, según la fecha del veredicto (1961-2013)[13]

Fuente: Base de datos propia de denuncias basadas en jurisdicción universal

[11] Sobre la relación entre persecuciones estatales basadas en el principio de jurisdicción universal y la CPI, véase, LANGER, "The Archipelago and the Wheel: The Universal Jurisdiction and the International Criminal Court Regimes", en MINOW/TRUE-FROST/WHITING (comps.), *The First Global Prosecutor*, 2015, Michigan, University Press, pp. 204-250.

[12] Sobre las investigaciones masivas de nazis en el Reino Unido, de antiguos yugoslavos en Alemania y de militares argentinos en España, véase, LANGER, *supra* nota 2.

[13] Si bien la base de datos llega hasta el año 2009 en lo que se refiere a denuncias, la he actualizado en lo que respecta a juicios hasta el año 2013 a los fines de este trabajo.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Después de las enmiendas belgas en 2003, los tribunales realizaron 21 de los 39 juicios basados en el principio de jurisdicción universal respecto de al menos un crimen internacional fundamental que tuvo lugar en el período 1961-2013. En otras palabras, en el período de diez años entre 2004 y 2013, fueron llevados a cabo un 53.8 por ciento de todos los juicios basados en el principio de jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales fundamentales.[14] En el año 2005, se emitieron sentencias respecto de seis acusados, la mayor cantidad de sentencias que tuvo lugar en el período 1961-2013. El año 2013 fue el tercer año con más juicios finalizados basados en el principio de jurisdicción universal, con cuatro juicios. Además, mientras que entre 1994 y 2003 hubo al menos una setencia basada en el principio de jurisdicción universal cada dos años, entre 2004 y 2013 se produjo al menos una sentencia por año en juicios basados en el principio de jurisdicción universal, con excepción del año 2006.

Por lo tanto, la narrativa de "ascenso y descenso" no captura adecuadamente la trayectoria de la jurisdicción universal en casos penales en los últimos 30 años. En algunos aspectos, la jurisdicción universal se ha estado expandiendo en los años recientes, y no decreciendo, ya que ha habido más leyes y juicios basados en el principio de jurisdicción universal. En otros sentidos, como en el número promedio de denuncias, la jurisdicción universal ha disminuido pero no sustancialmente, desde las enmiendas a la ley belga de 2003.

¿Cómo debemos, entonces, analizar la trayectoria de la jurisdicción universal en el tiempo? Una perspectiva alternativa que esbozo aquí es la de analizar esta trayectoria como una competencia entre dos concepciones diferentes del rol que cumplen y deberían cumplir los estados en el régimen de jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales fundamentales. Como se definió previamente, bajo la concepción de jurisdicción universal como "persecución global", los Estados tienen la potestad de ejercer competencia porque tienen un rol en la prevención y el castigo de crímenes internacionales fundamentales cometidos en cualquier lugar del mundo. Bajo la concepción de jurisdicción universal como "ausencia de refugio seguro" los Estados tienen la potestad de ejercer jurisdicción universal para evitar convertirse en un refugio para quienes participaron en crímenes internacionales fundamentales.

[14] Estoy excluyendo de estos números los tres juicios basados en el ejercicio de jurisdicción universal ya finalizados en 2014 porque todavía no cuento con los números totales de ese año, debido a que este trabajo fue escrito en noviembre de 2014. El porcentaje de juicios llevados a cabo después de las enmiendas belgas sería incluso superior si se incluyese el año 2014.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La distinción entre la jurisdicción universal como "persecución global" y como "ausencia de refugio seguro" no refiere a la distinción entre jurisdicción universal y el "principio de representación".[15] En la jurisdicción universal como "ausencia de refugio seguro", el Estado que investiga no representa a otro Estado afectado de modo más directo por el crimen (como el Estado con competencia territorial), sino que representa a la comunidad internacional.[16] A diferencia del principio de representación, que asume que el crimen afectó al Estado con competencia territorial o al Estado del que el imputado es ciudadano, las concepciones de jurisdicción universal como "persecución global" y como "ausencia de refugio seguro" asumen que los crímenes internacionales fundamentales fueron establecidos por el Derecho Internacional y afectan a la comunidad internacional. Además, el ejercicio de jurisdicción universal como "ausencia de refugio seguro" no necesariamente requiere que el crimen perseguido sea un delito en el Estado con competencia territorial, o que el imputado sea un fugitivo en otro Estado, o que otro Estado realice un pedido de extradición o comience un proceso penal, o que la extradición del imputado a otro Estado sea imposible.

A su vez, la distinción entre jurisdicción universal como "persecución global" y como "ausencia de refugio seguro" no refiere a la distinción entre jurisdicción universal "pura" y "de custodia", discutida en los votos separados de jueces de la Corte Internacional de Justicia en el caso Yerodia.[17] La distinción entre jurisdicción universal "pura" y "de custodia" se refiere a los requisitos necesarios para la apertura de procesos penales basados en la jurisdicción universal o a los requisitos para el ejercicio de la jurisdicción de juzgamiento o persecución (*adjudicative and enforcement jurisdiction*) más generalmente, mientras que la distinción entre la jurisdicción universal como "persecución global" y como "ausencia de refugio seguro" se refiere al rol que los Estados

[15] Sobre el principio de representación, véase, por ejemplo, REYDAMS, *Universal Jurisdiction,* Oxford, University Press, 2003, pp. 21 ss; REYDAMS, *supra* nota 3, pp. 10–12.

[16] Sobre posibles implicancias para los requisitos de legitimidad de la jurisdicción universal que derivan del presuuesto de que los Estados con jurisdicción universal actúan en reresentación de la comunidad internacional, véase LANGER, "Universal Jurisdiction as Janus-Faced: The Dual Nature of the German International Criminal Code", en *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, pp. 737–762; LANGER, "Das Völkerstrafgesetzbuch und die Prinzipien der Beteiligung und Rechenschaft gegenüber der internationalen Gemeinschaft", en JESSBERGER/GENEUSS (comps.), *Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch. Bilanz und Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts"* (traducción a cargo de Julia GENEUSS) Nomos Publishers, 2013, pp. 253-282.

[17] Véase, por ejemplo, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), 2002 *ICJ Reports* 3 (14 de febrero) (en adelante, Arrest Warrant) (Opinión separada conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans, and Buergenthal); e ibidem (opinión separada del juez Guillaume).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

deben desempeñar en el régimen de jurisdicción universal.[18] Si bien ciertos requisitos formales como la presencia del imputado u otro nexo con el Estado que persigue penalmente pueden reflejar una concepción de jurisdicción universal como "persecución global" o como "ausencia de refugio seguro", ellos son epifenómenos de la discusión sustantiva sobre el rol que los Estados deben tener en la persecución extraterritorial de crímenes internacionales fundamentales sin conexión con el Estado que persigue penalmente al momento en que los supuestos crímenes fueron cometidos.

Jurisdicción universal como "persecución global" y como "ausencia de refugio seguro" son extremos que definen un espectro: Estados con jurisdicción universal, así como leyes y procesos basados en este principio pueden presentar elementos de ambos extremos. Además, la caracterización de leyes y procesos penales basados en la jurisdicción universal como más cercanos a una u otra concepción puede requerir no sólo un análisis de las leyes y las decisiones tomadas por los fiscales y los jueces, sino también un análisis de los fundamentos y las percepciones de quienes participan en el sistema, así como un entendimiento del contexto en el que operan.[19]

De todos modos, la distinción entre jurisdicción universal como "persecución global" y como "ausencia de refugio seguro" brinda una herramienta teórica positiva y normativa para identificar una tensión central dentro de la práctica de la jurisdicción universal. Desde una perspectiva positiva, nos permite analizar de un mejor modo la práctica y la trayectoria de la jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales fundamentales. Académicos, elaboradores de políticas públicas y el público generalmente piensa en casos típicos de "persecución global" como Eichmann en Israel, Pinochet en España y Sharon y otros en Bélgica cuando discuten sobre jurisdicción universal. Pero casos de "ausencia de refugio seguro" han sido de hecho más numerosos en el transcurso de la historia contemporánea de la jurisdicción universal respecto de

[18] Sobre la discusión entre jurisdicción universal "pura" y "de custodia" como una discusión sobre los requisitos para el ejercicio de la jurisdicción de persecución (*enforcement jurisdiction*), no de la jurisdicción prescriptiva (*prescriptive jurisdiction*), véase O'KEEFE, "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept", en *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, pp. 735–760.

[19] Por ejemplo, el requisito de presencia del imputado en el Estado que persigue penalmente podría ser, en ciertos contextos, una manifestación de una concepción de jurisdicción universal como "ausencia de refugio seguro". Pero requerir la presencia del imputado en el territorio del Estado para comenzar la persecución penal puede también ser caracterizado como un requisito del debido proceso por un Estado con jurisdicción universal como "persecución global" que no prevea juicios en ausencia. Para un ejemplo reciente de esto último, véase, CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA [ZACC], *National Commissioner of the South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another*, 2014, 30, §§ 41–49 (argumentando que se requiere la presencia de los sospechosos para el juzgamiento, pero no para la investigación de crímenes internacionales sobre la base del principio de jurisdicción universal).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

crímenes internacionales fundamentales. Por ejemplo, los casos nazis de los 80s y comienzos de los 90s en Australia, Canadá y el Reino Unido pueden ser entendidos como casos de "ausencia de refugio seguro".[20] Lo mismo puede decirse de la mayor parte de los casos contra antiguos yugoslavos en los 90s en Europa, antes y después del caso Pinochet en España. Y la práctica de los juicios basados en elprincipio de jurisdicción universal ha consistido, en su gran mayoría, en casos de "ausencia de refugio seguro".

Además, si más Estados tienen leyes sobre jurisdicción universal hoy en día que al momento del arresto de Pinochet en Londres, la trayectoria de la jurisdicción universal no puede ser caracterizada como un "descenso". Pero persiste la pregunta sobre si estas leyes responden a una fundamentación de "persecución global" o de "ausencia de refugio seguro". Sobre este tema, la concepción de "ausencia de refugio seguro" parece haber realizado importantes avances en años recientes porque un importante número de leyes de los Estados más activos en materia de jurisdicción universal requieren ahora que el imputado se convierta en un residente del Estado que investiga antes de que el Estado pueda ejercer jurisdicción universal contra él.[21] De un modo similar, incluso si el número de juicios basados en la jurisdicción universal no ha disminuido, la mayor parte de los acusados juzgados residía en el Estado investigador. Esto significa que, en lugar de apoyar una historia de "ascenso y descenso", uno puede argumentar que, por el contrario, la jurisdicción universal se ha estado alejando de una concepción de "persecución global" hacia una concepción de "ausencia de refugio seguro" desde las enmiendas belgas de 2003 y las enmiendas españolas de 2009 y 2014. Sin embargo, la jurisdicción universal como "persecución global" no ha desaparecido, como ejemplifica el caso de Bélgica contra Hissène Habré por tortura[22], la investigación argentina y las órdenes de arresto por crímenes internacionales cometidos durante la

[20] Sobre estos juzgamientos, véase, por ejemplo, FRASER, *Law After Auschwitz*, Carolina, Academic Press, 2005.

[21] Véase, por ejemplo, *Code d'Instruction Criminelle* (C.I.Cr.), Art. 6.1bis (Bélgica) (sobre crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra); *Code de procédure pénale* (C.pr.pén.) art. 689–611 (sobre crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra) (Francia); *Ley Orgánica del Poder Judicial* (L.O.P.J.) Art. 23.4 (a)(España) (sobre crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra); *International Criminal Court Act 2001*, arts. 51 and 68 (Inglaterra y Gales). Incluso cuando las leyes no requieren la residencia del imputado como un prerrequisito para el ejercicio de jurisdicción universal, los funcionarios públicos pueden creer que no ser un refugio seguro es el objetivo principal de las disposiciones sobre jurisdicción universal. Véase, por ejemplo, Human Rights Watch, *The Legal Framework for Universal Jurisdiction in the Netherlands*, 2014, p. 4: "Los fiscales también analizan si el caso ayudará a lograr el objetivo general de evitar que los Países Bajos se conviertan en un refugio seguro para criminales de guerra".

[22] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal),* General List N.° 144, sentencia del 20 de julio de 2012.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

era de Franco en España[23] y por la orden de la Corte Constitucional de Sudáfrica que el Servicio Policial de Sudáfrica investigue una denuncia por supuestas torturas cometidas en Zimbabue por y contra nacionales zimbabuenses.[24]

Desde una perspectiva normativa, la jurisdicción universal como "persecución global" es más atractiva para defensores y litigantes de derechos humanos porque asume un rol más importante para los Estados en la prevención y el castigo de los crímenes internacionales fundamentales. Sin este rol, solamente el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tiene un verdadero alcance global sobre los crímenes internacionales fundamentales a través de la creación de tribunales pernales internacionales *ad hoc* y de la remisión a la CPI de situaciones que pueden involucrar a cualquier Estado del mundo, incluyendo a Estados que no forman parte de la CPI.[25] En contraste, la jurisdicción universal como "ausencia de refugio seguro" es más atractiva para aquellos que piensan que la jurisdicción universal como "persecución global" equivale a un "vigilantismo global", que causa mucha tensión en las relaciones internacionales, que es muy costosa para los Estados que investigan, o que asume un peligroso idealismo que interferiría con soluciones políticas al autoritarismo y a la guerra.

III. El rol de los defensores y litigantes de los derechos humanos en la competencia entre las dos concepciones

Los defensores y litigantes de los derechos humanos han desempeñado un rol crucial en el establecimiento y en la proliferación de la jurisdicción universal contemporánea respecto de crímenes internacionales fundamentales. Por ejemplo, durante la redacción de la Convención contra la Tortura, Amnistía Internacional jugó un rol clave para persuadir a los Estados de aceptar la norma propuesta que da una base normativa para el ejercicio de la jurisdicción universal, norma

[23] 'La Argentina pidió la captura de 20 imputados por crímenes del franquismo', Página 12, 31 de octubre de 2014. Disponible en www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-258820-2014-10-31.html [enlace verificado el 1 de febrero de 2015].

[24] CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA [ZACC], *National Commissioner of the South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another*, 2014, 30. En el § 80 de la decisión del Tribunal Constitucional de Sudáfrica se dice al pasar que: "nosotros no nos atrevemos a ser un refugio seguro para aquellos que cometen crímenes de lesa humanidad". Pero más allá de este lenguaje, los argumentos de la decisión del Tribunal parecen reflejar una concepción de la jurisdicción universal como "persecución global" dado que le ordena al Servicio Policial de Sudáfrica que investigue estos crímenes incluso si ninguno de los imputados se encuentra presente o si no se anticipa su presencia en territorio sudafricano (véase, por ejemplo §§ 41–49, 81) y también contempla la posibilidad de hacer comparecer a los imputados a través de extradición (véase, por ejemplo, §§ 48–49).

[25] Sobre las lagunas de competencia y las restricciones institucionales y políticas de la CPI, véase, LANGER, *supra* nota 11.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que luego sería utilizada en casos como el de la persecución penal contra Pinochet.[26] Las organizaciones no gubernamentales (ONGs) de derechos humanos desempeñaron un rol crítico en la redacción y difusión del Estatuto de la CPI, que también ha fomentado la difusión de leyes de jurisdicción universal entre los Estados parte, a pesar de que el Estatuto de Roma no menciona este tipo de competencia.[27]

Defensores y grupos de derechos humanos han realizado lobby en los Estados para que adopten leyes de jurisdicción universal y para que adopten unidades especiales dentro de la policía, oficinas de los fiscales y tribunales a los fines de trabajar en casos de jurisdicción universal.[28] Estos grupos también han informado sobre el número de Estados que han sancionado leyes de jurisdicción universal, cuestionando, por lo tanto, la idea de que la jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales fundamentales es radical o excepcional.[29] A su vez, defensores y grupos de derechos humanos han desempeñado un rol crucial en la litigación de casos de jurisdicción universal a través de denuncias basadas en este principio, de la presentación de elementos de prueba ante el juez de instrucción o ante el fiscal y de la constitución en partes civiles o querellantes en procesos de jurisdicción universal.[30]

A pesar de estas contribuciones esenciales, un cierto número de autores y elaboradores de políticas públicas han argumentado que los litigantes de derechos humanos han contribuido a la caída de la jurisdicción universal, a través de la presentación de casos que conllevaban el peligro de una contrareacción y que dieron lugar a la restricción o derogación de leyes sobre jurisdicción universal.[31] Estas críticas han sido articuladas típicamente dentro de la perspectiva de "ascenso y descenso" de la jurisdicción universal que he rechazado en este artículo. Dejando de lado la perspectiva de "ascenso y descenso", podemos trasladar esta crítica a nuestro marco de análisis: ¿han sido los defensores y litigantes de derechos humanos (parcialmente) responsables por el

[26] Sobre el rol de Amnistía Internacional en la redacción de la Convención contra la Tortura, véase, por ejemplo, SIKKINK, *Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, Nueva York, W.W. Norton, 2011, pp. 100–104.
[27] Véase, por ejemplo, BASSIOUNI, "Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court", en *Cornell International Law Journal*, 32, 1999, pp. 443–469; GLASIUS, *The International Criminal Court: A Global Civil Society Achievement*, Londres, Routledge, 2005; VAN DER VYVER, "Civil Society and the International Criminal Court", en *Journal of Human Rights*, 2, 2003, pp. 425–439.
[28] Véase, por ejemplo, Human Rights Watch, *The Long Arm of Justice: Lessons from Specialized War Crimes Units in France, Germany, and the Netherlands*, 2014.
[29] Véase, por ejemplo, Amnistía Internacional, *supra* nota 6.
[30] Sobre el rol de la ONGs en la litigación de casos en varios países europeos, véase, por ejemplo, LANGER, *supra* nota 2.
[31] Véase, por ejemplo, VANDERMEERSCH, *supra* nota 4.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

decaimiento de la jurisdicción universal como "persecución global" y el avance de la jurisdicción universal como "ausencia de refugio seguro" en los años más recientes?

Mi argumento es el siguiente: a pesar de que la litigación de casos específicos dio lugar a la restricción y la derogación de leyes de jurisdicción universal entendida como "persecución global", como las de Bélgica y España, la litigación de estos casos fue solamente lo que desencadenó este resultado, pero no la razón subyacente. La causa fundamental fue la estructura de incentivos de los poderes ejecutivos y legislativos de los Estados que persiguen penalmente en base al principio de jurisdicción universal. Como he explicado en otro lugar, esta estructura de incentivos alienta a los poderes ejecutivos y legislativos de los Estados perseguidores a concentrarse en "imputados de bajo costo" —esto es, imputados que tienen poco o directamente ningún poder político para imponer costos en las relaciones internacionales u otro tipo de costos sobre el Estado que persigue penalmente— porque en estos casos los incentivos para perseguir imputados penalmente superan a los desincentivos para el poder ejecutivo y la legislatura.[32] La litigación de casos de jurisdicción universal en Bélgica y España contra "imputados de alto costo" desencadenó la estructura de incentivos que dio lugar a que los poderes ejecutivos y legislativos de esos países enmendasen o derogasen sus leyes y disposiciones de jurisdicción universal como "persecución global" porque los costos de las investigaciones penales basadas en el principio de jurisdicción universal contra "imputados de alto costo" eran demasiado altos.[33] Los defensores y grupos de derechos humanos no crearon esta estructura de incentivos.

Uno podría argumentar que incluso si los grupos de derechos humanos no crearon esta estructura de incentivos, los litigantes de derechos humanos debieron haber coordinado su accionar a los fines de presentar menos o directamente ningún caso en contra de imputados de alto costo, para así preservar la jurisdicción universal como "persecución global". Pero dejando de lado que sería difícil persuadir a grupos de derechos humanos comprometidos con la aplicación uniforme del Derecho de realizar una selección de casos de ese tipo, esta estrategia de

[32] LANGER, *supra* nota 2.

[33] Los mismos incentivos explican la enmienda en Inglaterra y Gales a la previsión que permitía que individuos privados solicitasen directamente el libramiento de órdenes de arresto. Semejante procedimiento dio lugar al libramiento de órdenes de arresto contra un buen número de imputados de alto costo; véase, LANGER, *supra* nota 2. En consecuencia, los poderes políticos sancionaron la Section 153 of the Police Reform and Social Responsibility Act de 2011, que restringió estos procedimientos al requerir el previo consentimiento del director de la fiscalía pública antes del libramiento de las órdenes de arresto para ciertos delitos presuntamente cometidos fuera del Reino Unido. De todos modos, Inglaterra nunca ha sido un "perseguidor global" en base a la jurisdicción universal, o al menos no al mismo nivel que lo han sido Bélgica y España en diferentes momentos

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

coordinación no estaba realmente disponible en este contexto debido a que es relativamente fácil y barato presentar denuncias basadas en el principio de jurisdicción universal en muchos países. En otras palabras, incluso si los principales defensores y litigantes de derechos humanos hubiesen acordado no presentar o apoyar denuncias contra imputados de alto costo en Estados de "persecución global", otros grupos seguramente habrían arruinado esta estrategia de coordinación. Por ejemplo, las denuncias contra oficiales estadounidenses y chinos que dio lugar a las dos enmiendas de la ley española de jurisdicción universal como "persecución global" en 2009 y 2014 no fueron presentadas por ninguna de las principales ONGs de derechos humanos, sino por grupos tales como la Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España (una asociación que ni siquiera tenía una página web propia), el Comité de Apoyo al Tíbet, la Fundación de la Casa del Tíbet y por miembros de Falun Gong.[34]

Pero es posible que los grupos de derechos humanos hayan contribuido involuntariamente al avance de la jurisdicción universal como "ausencia de refugio seguro" en detrimento de la jurisdicción universal como "persecución global", al menos de dos formas. En primer lugar, los propios grupos de derechos humanos han articulado y hecho extensivo el uso de la retórica de "ausencia de refugio seguro", en ocasiones transformándola en su mensaje central hacia los Estados.[35] Como consecuencia, los funcionarios estatales pueden pensar o argumentar que no ser un refugio seguro para quienes participaron en crímenes internacionales es el rol central, si no el único rol, que los Estados deben desempeñar en el régimen de jurisdicción universal.

A su vez, los defensores de los derechos humanos han tendido hacia una mirada legalista que rechaza la posibilidad de que las consideraciones políticas jueguen algún rol en el régimen de jurisdicción universal. Como consecuencia de esto, ellos han apoyado regulaciones procesales que eliminan o limitan la discreción en el ejercicio de la acción penal.[36] Su ideal han sido los jueces de

[34] Véase, por ejemplo, Javier FERNÁNDEZ ESTRADA, *Decanato de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional para el Juzgado Central de Instrucción que por Turno Corresponda*, 17 de marzo de 2009. Disponible en www.nodo50.org/csca/agenda09/palestina/pdf/QUERELLAVERSIONFINAL.pdf (querella) [Enlace verificado el día 1 de febrero de 2015]; AUDENCIA NACIONAL MADRID, Sala de lo Penal, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias previas 237/05, Auto, 10 de enero de 2006; J.C.I. No. 1, AUDENCIA NACIONAL MADRID, Diligencias previas 242/2008-10, Auto, 5 de agosto 2008; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sala Segunda No. 227/2007, 22 de octubre de 2007.

[35] La serie "Ausencia de Refugio Seguro" de Amnistía Internacional ha sido el ejemplo más visible de este tipo de retórica. Esta serie ha incluido informes sobre, entre otros países, Bulgaria, Ghana, Alemania, México, Sierra Leona, Suecia y Vanuatu.

[36] Véase, por ejemplo, Amnistía Internacional, *supra* nota 6, p. 11 (mencionando al control político sobre las decisiones de investigar, enjuiciar o extraditar como un obstáculo para la jurisdicción universal); Human Rights Watch, *The Legal*

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

instrucción, como aquellos de Bélgica y España, quienes son capaces de abrir procesos formales sin el apoyo de fiscales y pueden realizar su propia investigación judicial y emitir sus propias órdenes de arresto. Sin embargo, regulaciones procesales de este tipo han demostrado ser imposibles de mantener en el tiempo para aquellos países cuyos poderes políticos fueron fuertemente incentivados para restringir sus leyes de jurisdicción universal después de la apertura de procesos penales contra imputados de alto costo.[37] En consecuencia, Bélgica y España pasaron de ser practicantes icónicos de la jurisdicción universal como "persecución global" a ser países con regulaciones sobre jurisdicción universal como "ausencia de refugio seguro".[38]

Si los defensores y litigantes de derechos humanos quieren al menos algunos Estados activos en la "persecución global" dentro del régimen de jurisdicción universal, quizá deberían revisar su posición legalista. No hay dudas de que los juicios basados en el ejercicio de jurisdicción universal tienen que ser legalistas —esto es, tienen que ser verdaderos procesos de juzgamiento— para ser legítimos.[39] Pero no es realista esperar que los Estados ejerzan la jurisdicción universal a cualquier costo. Admitir la discreción en la selección de casos por parte de los fiscales, al menos en algunos Estados, podría permitir que esos Estados sean perseguidores penales globales de crímenes internacionales fundamentales, sin perjuicio de que aún puedan considerar los costos y las consecuencias de estas persecuciones penales.

IV. Conclusión

Este artículo ha introducido una distinción conceptual entre jurisdicción universal como "persecución global" y como "ausencia de refugio seguro". Esta distinción nos permite describir de un mejor modo la práctica y la trayectoria de la jurisdicción universal. La historia de la jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales fundamentales no ha sido una de "ascenso y descenso", sino más bien una competencia constante entre estas dos concepciones sobre el rol que los Estados desempeñan y deben desempeñar en el régimen de jurisdicción universal.

Framework for Universal Jurisdiction in Germany, 2014 (refiriéndose a la discrecionalidad fiscal como barrera para las persecuciones penales).

[37] Véase, LANGER, *supra* nota 2.

[38] Véase, C.I.Cr., Art. 6.1bis (Bélgica); L.O.P.J., Art. 23.4 (a) (España).

[39] Sobre el debido proceso como un requisito de legitimidad de la jurisdicción universal, véase, LUBAN, "A Theory of Crimes against Humanity", en *Yale Journal of Inernational Law,* 29, 2004, pp. 85–167. Sobre requisitos adicionales de legitimidad de las disposiciones y procedimientos basados en el principio de jurisdicción universal, véase, LANGER, *supra* nota 16.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Los defensores y litigantes de derechos humanos normalmente preferirían la concepción de "persecución global" porque ella adopta una agenda anti-impunidad más fuerte y más activa. Sin embargo, un buen número de estos actores y litigantes han contribuido al avance de la concepción de "ausencia de refugio seguro" a costa de la concepción de "persecución global" por medio de la utilización de una retórica de "ausencia de refugio seguro" y de la adopción de una visión demasiado legalista de la jurisdicción universal y del orden internacional.

V. Bibliografía

BASSIOUNI, Mahmoud Cherif, "Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court", en *Cornell International Law Journal*, 32, 1999, pp. 443–469;

DE LA RASILLA DEL MORAL, Ignacio, "The Swan Song of Universal Jurisdiction in Spain", en *International Criminal Law Review,* 9, 2009, pp. 777-808.

FRASER, David, *Law After Auschwitz*, Carolina, Academic Press, 2005.

GENOVESE, Cristina/BARRAL DIEGO, Cecilia, "The Slow Death of Universal Jurisdiction: The Case of Spain", en *ALIBI blogpost*, 10 de octubre de 2014. Disponible en www.alibionline.nl/the-slow-death-of-universal-jurisdiction-the-case-of-spain [Enlace verificado el 1 de febrero de 2015].

GLASIUS, Marlies, *The International Criminal Court: A Global Civil Society Achievement*, Londres, Routledge, 2005.

HWANG, Eric L., "China: The Growth of a New Superpower and the Extinction of Universal Jurisdiction", en *Wisconsin International Law Journal*, 32, 2014, pp. 334-354.

LANGER, Máximo, "The Archipelago and the Wheel: The Universal Jurisdiction and the International Criminal Court Regimes", en MINOW, Martha/TRUE-FROST, Cora/WHITING, Alex (comps.), *The First Global Prosecutor* Michigan, University Press, 2015, pp. 204-250.

— "Universal Jurisdiction as Janus-Faced: The Dual Nature of the German International Criminal Code", en *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, pp. 737–762.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

— "Das Völkerstrafgesetzbuch und die Prinzipien der Beteiligung und Rechenschaft gegenüber der internationalen Gemeinschaft", en JESSBERGER, Florian/GENEUSS, Julia (comps.), *Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch. Bilanz und Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts* (traducción a cargo de Julia GENEUSS), Nomos Publishers, 2013, pp. 253-282

— "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes", en *American Journal of International Law*, 105, 2011, pp. 1–49.

LUBAN, David, "A Theory of Crimes against Humanity", en *Yale Journal of Inernational Law,* 29, 2004, pp. 85–167.

O'KEEFE, Roger, "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept", en *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, pp. 735–760.

REYDAMS, Luc, "The Rise and Fall of Universal Jurisdiction", en SCHABAS, William A./ BERNAZ, Nadia (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londres, 2011.

— *Universal Jurisdiction,* Oxford, University Press, 2003.

ROHT-ARRIAZA, Naomi, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Pennsylvania, University Press, 2006.

SIKKINK, *Kathryn, Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, Nueva York, W.W. Norton, 2011.

VAN DER VYVER, Johan D., "Civil Society and the International Criminal Court", en *Journal of Human Rights*, 2, 2003, pp. 425–439.

VAN SCHAACK, Beth/PEROVIC, Zarko, "The Prevalence of 'Present-In' Jurisdiction", en *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, 107, 2013, pp. 237–242.

VANDERMEERSCH, Damien, "Prosecuting International Crimes in Belgium", en *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, pp. 400–421.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA" DE GONZALO J. MOLINA

Carla SALVATORI*

Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2015
Fecha de aceptación: 16 de noviembre de 2015

MOLINA, Gonzalo, *Delitos de Omisión Impropia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, 560 pp.

I. ¿En busca de un cierre a una antigua discusión?

La tesis doctoral de Gonzalo J. MOLINA analiza un tema que mantiene una directa y fluida relación con las apreciaciones sobre la dogmática de los delitos omisivos y que, aunque muy tratado, recién en esta ocasión constituye de manera exclusiva el objeto de una obra de mayor envergadura.[1]

* Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura "Elementos de Derecho penal y procesal penal", cátedra del Prof. Dr. Dr. *h.c.* Marcelo A. SANCINETTI (UBA). Contacto: carla.salvatori@hotmail.com.

[1] El autor ha tratado este tema, y otros aledaños, en distintos artículos de doctrina. Así: "El delito de abandono de personas en el Anteproyecto de Código Penal argentino", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, AbeledorPerrot, n.º 3, 2015, pp. 475-481; "El criterio de distinción entre los delitos activos y omisivos en el derecho penal argentino", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, AbeledorPerrot, n.º 5, 2014, pp. 903-923; "Delito de omisión de auxilio ¿Un delito de peligro desvinculado totalmente del resultado?", en *X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y de Derecho Humanos de la Nación, 2013, pp. 211-226; "Delitos de omisión impropia: los fundamentos éticos como fuente de posición de garante", en *La Ley Litoral*, año 14, n.º 5, 2010, pp. 477-486; "La constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el Código Penal argentino", en *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n.º II, 2009, pp. 597-645; "El delito de abandono de personas en el Código Penal Argentino: su relación (como delito de peligro) con los delitos de lesión", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, AbeledorPerrot, n.º 11, 2006, pp. 2085-2095; "La teoría de la imputación objetiva como criterio de solución a viejos problemas en el Código Penal Argentino: aplicación de la teoría en el ámbito de la injerencia, el estado de

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este contexto, el de una temática tan trabajada como la de la inadecuación constitucional de los delitos impropios de omisión, puede resultar difícil imaginar cuál es el giro novedoso que aún se puede encontrar. En efecto, al relatar la sucesión de ideas y eventos que lo llevaron a definir el objeto de la tesis doctoral tal como ahora nos lo presenta, MOLINA explica que se propuso enfocar su investigación en la eventual inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia pero *no a causa de la falta de escritura*, sino debido a la *falta de determinación suficiente del círculo de autores posibles*. Al avanzar en este camino, no obstante, el mismo autor reconoce que resultó evidente que incluso esta propuesta ya había sido trabajada por otros autores. Fue así que, ante este escenario y buscando mantener la originalidad que debía caracterizar a la propuesta, en lugar de modificarla, optó por profundizar el camino elegido y agotar la discusión contrastando cada teoría sobre los fundamentos de la posición de garante con su tesis sobre la afectación al mandato de certeza. De esta manera, llegamos a la propuesta inicial de la obra que, en palabras del autor, consiste en "demostrar la hipótesis [la afectación al mandato de certeza] analizando cada una de las teorías que se presentaron en la ciencia del Derecho Penal para fundamentar la posición de garante", ya que "[s]olamente confrontando la hipótesis con cada una de esas teorías, podía llegarse a la conclusión a la que llegaban —aparentemente— en forma apresurada esos autores [aquellos que ya habían señalado los problemas que podrían presentarse]".[2]

Empero, y esta es la razón que motiva el título de este apartado —cuya respuesta esbozaremos al final del comentario—, la obra no se limita a este aspecto de la discusión. En su lugar, es posible observar una vocación de abarcar las múltiples aristas referidas a la alegada inconstitucionalidad de la punición de los delitos de omisión impropia. Esta empresa, ciertamente ambiciosa, engloba, entonces, tanto el tratamiento de aquellos argumentos dirigidos a cuestionar la falta de escritura —aspecto que el autor no considera finalmente como un verdadero problema constitucional— como de aquellos que hacen foco en la falta de certeza respecto del círculo de

necesidad justificante y el abandono de personas", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, AbeledorPerrot, n.º 1, 2006, pp. 9-19.
Asimismo, más allá de todos aquellos tratados y manuales de parte general que han desarrollado esta temática —cuya enumeración no resulta posible y, probablemente, carezca de utilidad hacerlo en este comentario si se considera justamente lo logrado en la obra de MOLINA—, merecen mención ciertos artículos que en nuestro ámbito, y en este tema, se han vuelto referencias obligadas. Así: NINO, "¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión)", en *La Ley*, 1979-C, pp. 801 ss.; SANCINETTI, "La relación entre el delito de abandono de persona y el homicidio por omisión", en ZIFFER (dir.), *Jurisprudencia de casación penal, Tomo I*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009; ZAFFARONI, "Qui peut et n'empêche, pèche pero no delinque (Acerca de la inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos)", en *En torno de la cuestión penal*, Montevideo, BdeF, 2005, pp. 215-228.

[2] MOLINA, *Delitos de Omisión Impropia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 19.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

autores posibles —donde el autor, como se indicó, pretende realizar un aporte a la discusión vigente—.

En cuanto a este último aspecto, el hilo argumental que sigue el autor puede ser dividido en dos partes. En primer lugar, acepta la idea de que "si se objeta la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia no escritos, también los escritos deberían considerarse inconstitucionales. Si el argumento es la falta de precisión del elemento posición de garante, y estas figuras también se constituyen con ese elemento, entonces la conclusión lógica debía ser que éstas tampoco podrían aplicarse en nuestro Derecho".[3] MOLINA toma la crítica sobre la indeterminación del círculo de autores posibles en delitos impropios de omisión y, a partir de la observación de SANCINETTI,[4] sostiene que es extrapolable a aquellos delitos previstos en la legislación vigente que requieren una posición de garante, como el caso del abandono de persona.[5] La aceptación de este punto de partida, aunque no define por sí misma la cuestión, tendrá influencia en el segundo tramo de su trabajo —el de la toma de posición—. En efecto, las consecuencias político criminales que acarrearía entonces una declaración de inconstitucionalidad por afectación al mandato de certeza, contribuyen a que el autor busque opciones interpretativas que eviten este recurso. Así, sugiere: "el principio de legalidad en su forma de *lex certa* podría permitir la aplicación en nuestro Derecho de estas figuras penales, aunque limitando extremadamente el círculo de posibles autores, con basamento en el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, y el principio *pro homine* como directrices que coadyuven en esta difícil tarea".[6]

En los párrafos siguientes se presentará con mayor profundidad el tema elegido por MOLINA y ciertas características que atraviesan su obra (apartado II), para luego analizar en detalle los argumentos y contrargumentos presentados por el autor respecto de la eventual inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia, tanto por su falta de escritura (III) como por su falta de precisión en lo que respecto al círculo posible de autores (IV). Finalmente, se

[3] Ídem, p. 21.
[4] SANCINETTI, *supra* nota 1, p. 275, nota 31.
[5] El autor toma el artículo 106 del Código Penal argentino como el caso paradigmático a causa de la redacción del tipo penal y su similitud con los presupuestos de la posición de garante según la teoría de fuentes formales: "a la que deba mantener o cuidar" sería equiparable a las figuras de ley y contrato y "a la que el mismo autor haya incapacitado" a la de hecho precedente. No obstante, la afirmación es precisada por MOLINA luego, al señalar que una declaración de inconstitucionalidad no sería extensible a otros supuestos donde sí habría mayor precisión, como, por hipótesis, el caso de "funcionario público" (MOLINA, *supra* nota 2, pp. 501-502).
[6] Ídem, p. 21.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

expondrá la solución propuesta por el autor (V) y se evaluará cuál es la respuesta adecuada a la pregunta que encabeza el presente apartado (VI).

II. Alcances de la discusión e influencias

A la pregunta primera sobre el margen de universalización del tema elegido, cabe un breve comentario. Por la naturaleza de la temática, inevitablemente, el trabajo de MOLINA se enmarca en el principio de legalidad conforme nuestro derecho constitucional y nuestra tradición jurídica. Pese a ello, en la medida en que, salvo matices interpretativos, el entendimiento de la "legalidad" no presenta características que lo diferencien en lo fundamental del resto de los países de tradición continental europea,[7] el objeto de estudio seleccionado no supondría por sí mismo que los resultados de la investigación versen exclusivamente sobre el derecho argentino. En efecto, se trata de una discusión extrapolable a otros ámbitos y que se ha reproducido en otros países.

Sin embargo, aunque el tema, entonces, no imponga necesariamente una mirada localista y admita un margen amplio de generalización, cabe observar que las consideraciones vertidas en la obra sí son realizadas desde la óptica de las características propias del Derecho penal argentino. Esto trae como consecuencia que, en ciertos pasajes, no resulte claro si la discusión se encuentra planteada en términos de *lege ferenda* o si bien, por el contrario, la legislación vigente en nuestro país funciona como un presupuesto ineludible. En consecuencia, pese a trabajar permanentemente con autores extranjeros y con las experiencias legislativas de otros países, a veces se entremezclan consideraciones de *lege lata* y de *lege ferenda*, y el criticar ciertas opiniones desde un excesivo apego a la concreta configuración del Código Penal argentino conduce a descartar posiciones valiosas en

[7] Dadas las particularidades del sistema anglosajón, que a diferencia del derecho continental no cuenta con el principio de legalidad entre sus principios fundantes, quizás resulte incorrecto no dedicarle una mención aparte. No obstante, al respecto sostiene FLETCHER: "[e]s verdad que el *nulla poena sine lege* no es un principio constitucional explícitamente reconocido en los Estados Unidos. Pero el deber de advertencia de la eventual responsabilidad penal deriva del debido proceso" ("Criminal Omissions: Some Perspectives", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 24, n.º 4, 1976, p. 707), por lo que tampoco se constatarán luego diferencias sustanciales.
Por otro lado, a pesar de lo afirmado, dentro de los países de tradición jurídica continental, se verificarán diferencias propias según el devenir de cada país. Así, mientras algunos países transitan debates análogos al nuestro —como es el caso de España o Alemania—, en el sistema francés, un hito jurisprudencial de comienzos del siglo XX ("Monnier", Cámara de Apelaciones de Poitiers, 20 de noviembre de 1901) marcó el rumbo que seguiría la jurisprudencia al hacer una interpretación de los verbos típicos como descriptivos de procesos causales, lo que provocó el surgimiento de una profusa legislación de delitos omisivos.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el marco de la discusión, cuando —justamente— una opción plausible al debate planteado, si se diera en el ámbito de la dogmática pura, sería modificar la legislación existente.[8]

Más allá de esta observación, debe decirse que el trabajo sobre autores tanto argentinos como extranjeros convierte a la obra en un aporte fundamental a la discusión ya por la sistematización de doctrina que realiza. Esta tarea, que podría creerse simple si se piensa en clasificar las posiciones en dos grupos antagónicos —constitucionalidad de los delitos de omisión impropia vs. inconstitucionalidad—, resulta más compleja cuando se empiezan a distinguir los matices en cada posición y la diversificación de los argumentos de uno y otro lado. En este punto, la tesis intenta no sólo recopilar opiniones, sino dar cuenta de estas diferencias, lo que logra acabadamente.

Por supuesto, al tratarse de un repaso exhaustivo de las posiciones argentinas y, cuando menos, amplio de posiciones extranjeras, esto lleva ínsito el problema de que una revisión tal, naturalmente deriva en la agrupación y contraposición de autores con diversos grados de calidad argumental, cuya identificación quedará en manos del avezado lector.

Sin embargo, como se dijo, es considerable la contribución que realiza a la obra, que consiste en el orden aportado a un debate donde las pretensiones de "diálogo" entre los distintos argumentos esgrimidos se ven frustradas por la ausencia de bases compartidas y por los malentendidos producto de, como señala el autor, vaguedades conceptuales —en esencia, la falta de claridad al momento de especificar las razones por las cuales el principio de legalidad se vería afectado—.

III. Estructura y repaso de la obra

Antes de comenzar con en el análisis principal, el autor dedica la primera de las cuatro partes en las que se estructura la obra, a realizar una introducción sobre los delitos de omisión a través de

[8] A modo de ejemplo, el autor, luego de elogiar la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, la descarta como una opción viable con la afirmación de que "el principal problema que tiene esta propuesta es el texto legal vigente en el sistema penal argentino". La razón que propone consiste en que "[e]n España quizás sea posible actualmente aplicar la concepción de SILVA, teniendo en cuenta que además de la cláusula de equiparación (art. 11), se ha legislado expresamente la omisión de socorro agravada. En el Código Penal argentino, en cambio no existe esa figura agravada de omisión de auxilio, y ni siquiera existe la cláusula de equiparación" (MOLINA, *supra* nota 2, p. 355). En igual sentido, al presentar la teoría de SCHÜNEMANN, sostiene que "una crítica muy fuerte que se puede hacer a esta teoría es que no considera como un supuesto de posición de garantía los casos de hecho precedente (…) Esta solución tal vez sea convincente en sistemas penales como el español que tienen expresamente consagrada la punición de la omisión de socorro agravada. Sin embargo, en el sistema penal argentino, no se podría imponer más sanción que la prevista en el artículo 108 del Código Penal (omisión de auxilio), lo que sería altamente insatisfactorio" (MOLINA, *supra* nota 2, p. 321).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un análisis de sus elementos constitutivos. Esta introducción es útil desde una perspectiva enfocada en la didáctica y necesaria para un posterior desarrollo de la obra en la que autor y lector compartan un bagaje de conceptos y un lenguaje que permita un mejor entendimiento —por ejemplo, disipando dudas sobre qué se entenderá por omisión propia o impropia—.[9] Esta presentación se limita al tipo objetivo de los delitos de omisión, y excluye así otros puntos conflictivos de su dogmática.[10] La restricción es pertinente en tanto el problema analizado en la tesis se circunscribe a elementos ubicados en aquel estadio.[11]

1. Inexistencia de afectación al subprincipio de *lex scripta*: el aspecto clásico de la discusión

La segunda parte de la obra está dedicada al análisis de la eventual afectación al principio de legalidad que supondría la falta de escritura de los delitos de omisión impropia. La cuestión en este punto versará sobre si es posible —desde la óptica constitucional argentina— subsumir un comportamiento omisivo en un tipo penal cuya descripción refiere a un verbo activo.

El autor, luego de presentar el objeto de la discusión y una descripción del principio de legalidad, y antes del desarrollo detallado de las distintas posturas, resume los dos argumentos centrales esgrimidos de uno y otro lado. Esta síntesis ya pone en evidencia la fuerza en la argumentación de quienes sostienen la constitucionalidad —o la debilidad en este punto de la posición contraria—: mientras el primer grupo señala la incorrecta interpretación que supondría limitar el alcance del verbo típico a aquellos procesos "causales" —como bien aclara MOLINA, empleando a estos fines la teoría de la equivalencia—, la respuesta de quienes sostienen la

[9] De entre los significados atribuidos a los términos, MOLINA opta por definir los "delitos impropios de omisión" o, usado indistintamente, las "omisiones impropias" como aquellas donde "no basta con el simple incumplimiento de la acción debida, sino que es necesario relacionar ese 'no hacer' con la producción de un resultado típico previsto en la ley como disvalioso" (MOLINA, *supra* nota 2, p. 59).

[10] Por ejemplo, no se detiene el autor en si los delitos omisivos merecen un tratamiento análogo a los comisivos en lo referido al tipo subjetivo. Sobre esto y las consecuentes repercusiones que esto podría tener en la tentativa, en la presente publicación: DONNES, "La tentativa en el delito de omisión y la posibilidad de diferenciar distintas etapas al igual que en el delito comisivo".

[11] Pese a esto, dentro de la presentación del tipo objetivo de los delitos de omisión, el autor presenta ciertos conflictos que suelen suscitarse en este terreno aunque estos no guarden relación directa con el objeto del trabajo. Así, es posible encontrar breves presentaciones de conflictos tales como, a modo de ejemplo, la autopuesta en peligro por parte de la propia víctima (MOLINA, *supra* nota 2, p. 36), las capacidades generales o individuales (p. 49) o los supuestos donde existe un deber de asistir a más de una persona (p.50).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

inconstitucionalidad, en lugar de rebatir por qué una interpretación adscriptiva del verbo típico sería inapropiada, insiste sobre la supuesta falta de escritura.

Aquí, el autor clasifica las posiciones en tres grandes grupos: aquellos que abogan por su inconstitucionalidad, por su constitucionalidad, y quienes, pese a encontrarse más cerca de este último punto de vista, entienden que la incorporación de una cláusula de equivalencia sería conveniente.

A lo largo de esta exposición se realiza un perfecto contrapunto entre los argumentos ya existentes, cuyas conclusiones sobre los delitos impropios de omisión oscilan de un lado al otro del límite entre una interpretación admitida y una analogía *in malam partem*. La obra resulta, como se adelantó, un repaso útil y bien logrado de las posiciones existentes en doctrina nacional. Se observan también numerosas referencias a la doctrina extranjera que, no obstante, y lógicamente, ya no tienen vocación de ser exhaustivas.

Luego, continúa con la toma de posición que, como se adelantó, será en el sentido de que no existe conflicto alguno con el mandato constitucional de ley escrita. En este punto, MOLINA se alinea con SILVA SÁNCHEZ[12] respecto del error que supone una interpretación atada al causalismo. Pone a prueba estas consideraciones desde las objeciones opuestas por SCHÜNEMANN, pero finalmente concluye que "[e]ntender que los verbos típicos se refieren a acciones y omisiones no surge ya solamente del entendimiento del 'lenguaje común' como lo llama SCHÜNEMANN, sino —y lo que es más importante en esta cuestión— de la interpretación de las figuras penales que exige una visión desde el normativismo".[13]

Finalmente, antes de cerrar el capítulo, el autor destaca dos argumentos que valora especialmente por su aparente efectividad y elabora una respuesta específica para cada uno de ellos. De este modo, da respuesta a las críticas hechas por ZAFFARONI Y SILVESTRONI, respecto de la capacidad del art. 106 y de otros delitos del Código Penal para construir un sistema que dé respuestas satisfactorias desde la óptica de la justicia ante una eventual imposibilidad de admitir la punición de omisiones por delitos descriptos de modo activo. Entre estas dos presenteaciones, el autor analiza la diferencia que traza GULLCO entre los delitos dolosos e imprudentes —

[12] En este segmento, trabaja con lo desarrollado por SILVA SÁNCHEZ en, principalmente, "La comisión por omisión y el nuevo Código Penal español", en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
[13] MOLINA, *supra* nota 2, p. 130.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

admitiendo la punición de conductas omisivas en los últimos pero no así en los primeros— y le reprocha que "no es válido sostener un argumento puramente lingüístico para llegar a esta conclusión".[14]

Para concluir que la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia por falta de escritura debe ser rechazada, entonces, el autor ancla su postura en una crítica al apego al concepto de "causación" a la hora de determinar la responsabilidad penal y señala, con ejemplos, cómo en otros institutos apartarse de este tipo de apreciaciones naturalistas no pareciera significar conflicto alguno.[15]

2. Afectación al subprincipio de *lex certa*: el aspecto más novedoso de la discusión

La tercera y cuarta parte constituyen el terreno fértil donde se desarrolla la propuesta de la tesis. En la primera sección se plantea el problema para, luego, proponer una solución en la siguiente.

Así, en un comienzo el objetivo consiste principalmente en presentar las distintas teorías que han buscado definir los alcances de los supuestos que fundamentan posiciones de garantía. Antes de analizar cada una de ellas, el autor adelanta que, con el fin de evaluarlas, tendrá en cuenta dos parámetros: el principio de legalidad en su aspecto *lex certa*, que "sólo se verá satisfecho cuando veamos una teoría que sirva para identificar con certeza en todos los casos de omisión impropia, quiénes serían exactamente los eventuales autores de ese delito",[16] y un principio axiológico, según la justicia de las soluciones a las que se arribaría.[17]

Sentadas estas bases, comienza el análisis con la teoría formal de las fuentes. Con este fin, identifica cada una de ellas —la ley, el contrato y el hecho precedente—, para realizar luego un repaso de los autores que la han adoptado a la hora de exponer la responsabilidad por delitos

[14] Ídem, p. 141.
[15] Ídem, p. 172. Al respecto, otra crítica en SANCINETTI, *supra* nota 1, pp. 291 ss.
[16] MOLINA, *supra* nota 2, p. 181. Es aquí que aparecen los primeros indicios de si acaso se trata de un estándar más alto que el exigido en otros aspectos. Este tema será retomado luego en el apartado V.
[17] Es así que, ya en este momento de la obra, se vislumbra una tensión que atravesará principalmente el capítulo final, marcada por la potencial conflictividad entre estos dos criterios. En efecto, en los términos en los que es planteado el análisis, desde el prisma constitucional, el principio de legalidad debería funcionar como un límite infranqueable, independientemente de la injusticia que esa solución suponga en el caso concreto. Las consideraciones referidas a este conflicto serán retomadas luego en el apartado VI.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

omisivos y, por último, realizar su crítica desde los parámetros antes referidos. Este ejercicio es llevado a cabo principalmente a través de la construcción de casos límite donde existirían dudas sobre le existencia de una posición de garantía o, bien, objetando —en la mayoría de las ocasiones en función de opiniones ya vertidas, logrando esta suerte de "diálogo" entre autores— el fundamento elegido.

Este esquema se repite a lo largo de la vasta presentación de teorías. Entre tantas otras, y en una selección meramente ejemplificativa, es posible mencionar aquella reversión de la teoría formal que incorpora como cuarta fuente los deberes morales o derivados de la convivencia social,[18] la teoría de las funciones,[19] la propuesta de HUERTA TOCILDO,[20] la de SILVA SÁNCHEZ o aquella de GIMBERNAT ORDEIG.

En este marco, un apartado especial es dedicado a las teorías de SCHÜNEMANN y JAKOBS. En cuanto a la primera, MOLINA destaca su vocación de restringir los alcances de las posiciones de garantía en tanto esta sostiene que "las valoraciones meta-jurídico-penales no crean posiciones de garante jurídico-penales, sino que simplemente acotan el ámbito en que los deberes de garante jurídico-penales pueden existir"[21] y resume la búsqueda de SCHÜNEMANN de una equivalencia entre acción y omisión para admitir un caso concreto de comisión por omisión en que "el elemento común entre acción y omisión sería la relación existente entre el centro personal de dirección de la acción y el movimiento que ha causado el resultado".[22]

[18] MOLINA critica esta teoría por adolecer de una imprecisión que, a mi ver, no es tal, sino que el problema estará dado por el excesivo alcance de sus límites. De hecho, los ejemplos aportados por JIMÉNEZ DE ASÚA, uno de sus exponentes, a los fines de delimitar los alcances de esta cuarta fuente, dejan en claro que todas aquellas hipótesis de omisión de auxilio quedarían absorbidas por el homicidio por omisión. La "convivencia social" se correspondería, entonces, con el concepto de "solidaridad mínima". El problema, en consecuencia, no sería tanto la falta de precisión en sus límites, sino el excesivo alcance de estos y, como señala luego MOLINA, el conflicto está dado por el criterio de distinción, que objetivamente no tiene límites y debe entonces ser acotado por el tipo subjetivo para ajustarse a soluciones aceptables desde un principio axiológico.

[19] El problema de esta teoría, analizada desde el fin que guía la investigación de MOLINA, estará dado por la generalidad de su enunciación, que el mismo KAUFMANN reconocía como una clasificación que no solucionaría aquello que debía ser resuelto por la parte especial.

[20] Esta teoría merece una mención especial por tratarse de una guía para MOLINA cuyos presupuestos en gran medida adopta (MOLINA, *supra* nota 2, p. 20). La autora, ante la indeterminación que supondría una cláusula de conversión —incluso alguna que enumere de modo genérico determinados supuestos generales de posiciones de garantía— propone instaurar un sistema de *numerus clausus*. MOLINA, si bien comparte sus puntos de partida, se diferencia luego al entender que incluso esta medida no solucionaría los problemas del mandato de certeza (al respecto ver *infra* nota 35).

[21] Ídem, p. 313.

[22] Ídem, pp. 313-314.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin embargo, tampoco lo convence esta teoría. Al responder toma las críticas de HUERTA TOCILDO y PERDOMO TORRES, y esquematiza las objeciones en dos: por un lado, sostiene que "el criterio del dominio sobre la causa del resultado es extremadamente impreciso"[23] y, por otro, alega que la exclusión del hecho precedente como fundamento de una posición de garante llevaría a soluciones injustas.[24]

MOLINA hace aquí una conexión con la teoría de JAKOBS, a partir de la búsqueda de una base común de imputación para acciones y omisiones, que también este autor propone, aunque con dos fundamentos en lugar de uno: la competencia por organización en un determinado ámbito y la competencia por institución. Pese a reconocer que "la teoría de JAKOBS ha sido una de las que más se ajusta al principio de legalidad, y al criterio de justicia en cuanto a sus soluciones",[25] finalmente también es descartada. Con citas en HUERTA TOCILDO, GRACIA MARTÍN y SCHÜNEMANN, las objeciones son planteadas desde el parámetro de la legalidad, por considerar que el concepto de "competencia institucional" no es de fácil delimitación, y desde el principio de justicia, a través de una serie de ejemplos centrados en supuestos de matrimonios y parejas convivientes y sus consecuencias en cada caso.

Como cierre, el autor dedica un apartado exclusivo al análisis de la injerencia. La razón por la que el autor justifica esta decisión es la particular imprecisión que, a su juicio, revisten los alcances del "hecho precedente", problemáticos para todas las teorías. La afirmación hecha por MOLINA respecto de la imposibilidad de que exista siquiera un acuerdo claro respecto de la efectividad del hecho precedente para fundar una posición de garante, será de importancia luego para la conclusión que delinea el autor, como se verá en el apartado V, ya que sugiere que no existe supuesto alguno en el ámbito de la injerencia donde se verifique un grado mínimo aceptable de consenso.

A modo de cierre, cabe una observación: a lo largo del trabajo, en ciertos pasajes es posible encontrarse con que el autor, en más de un aspecto, propone soluciones de corte normativo,

[23] Ídem, p. 320.
[24] Sobre el razonamiento que lo lleva a esta afirmación y una objeción que se podría oponer: *supra* nota 8.
Además, en este caso resulta confusa cuál sería entonces la solución convincente para el autor. En efecto, aquí realiza una crítica fundada en la injusticia de las soluciones que arrojaría el sistema ante la exclusión de la injerencia. Sin embargo, el autor también señala la falta de precisión absoluta reinante respecto del "hecho precedente", de modo que se puede pensar que quien la reconociera como un fundamento, podría ser acreedor de una crítica en virtud del otro parámetro propuesto por MOLINA: el mandato de certeza.
[25] MOLINA, *supra* nota 2, p. 331.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

insinuando las desventajas implicadas en la opción contraria. De este modo, principalmente en lo relativo al concepto de causalidad, propone romper con las ataduras de índole naturalista y desarrollar así soluciones que aporten mayor previsibilidad y coherencia al sistema.

Sin embargo, esta voluntad de centrarse en la dimensión de significado de las conductas, no se mantiene estable a lo largo de toda la obra. Es así que, al llegar al capítulo a cuyo tratamiento está dedicado este apartado, estas consideraciones no llegan a conmover su análisis. En este punto, el tratamiento dado a la teoría de JAKOBS, por ejemplo, pese a representar la cristalización de las aspiraciones normativas en el concepto de rol social y los consiguientes *deberes de evitación,*[26] no se diferencia de aquel que reciben la teoría formal de las fuentes o la funcional: es descartada por no satisfacer el mandato constitucional de certeza.

Dicho esto, veamos entonces qué propone MOLINA.

IV. Una solución de hermenéutica

Luego de un extenso repaso por las teorías que intentan definir los supuestos donde existe una posición de garante, MOLINA señala cuál es, a su juicio, el problema real en los delitos de omisión impropia[27] y en qué consistiría la solución aceptable tanto desde el punto de vista del principio de legalidad como desde un principio de justicia.

Para el autor, las opciones son dos: o bien declarar la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia, o salvar su constitucionalidad "limitando al máximo su punición".[28]

Como solución, sostiene que "tendremos que partir de la idea general de que los delitos de omisión impropia son inconstitucionales en el Código Penal argentino por la falta de precisión de uno de sus elementos. A partir de allí, se podrán equiparar a los supuestos de comisión sólo aquellos casos de omisión de los cuales surja de manera indiscutible una posición de garantía, sólo

[26] Al respecto, en la presente publicación: CÓRDOBA, "Delitos de infracción de deber".
[27] El autor, finalmente, sostiene que el *conjunto de teorías y su variedad* impiden vislumbrar atisbo alguno de precisión (en este sentido, MOLINA, *supra* nota 2, p. 451). Ante esta afirmación, surge la duda de si la existencia de una teoría que definiera de manera precisa los supuestos fundantes de posiciones de garantía hubiera bastado para convencer al autor de una solución en este terreno, o si ya el camino recorrido por la doctrina penal y el estado actual de las opiniones —caótico, según MOLINA—, impiden pronunciarse por la existencia de certeza alguna y, de esta manera, el desarrollo de una teoría efectiva en dar una respuesta tampoco satisfaría, por lo tanto, el mandato constitucional.
[28] Ídem, p. 525.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los supuestos en los cuales difícilmente se pueda pensar en un garante más competente para evitar la producción del resultado típico".[29] Asimismo, completa la propuesta con un último criterio limitador relacionado con el tratamiento que merecen los potenciales errores, ya sea sobre elementos del tipo o sobre la obligación que los ata al bien jurídico. Explica MOLINA que "*debe darse un tratamiento especial, más flexible, incluso para los casos de error sobre los alcances de la posición de garantía*. Estos errores deberían tratarse de manera igual a los errores sobre la existencia misma de la posición de garantía".[30]

Para llegar a esta propuesta,[31] no obstante, el autor hace una concesión significativa. Acepta, primero, y sin mayores dificultades, que el argumento de la indeterminación por ser una característica intrínseca a más de un instituto del Derecho penal,[32] "trae algo de tranquilidad" pese a no solucionar el problema de la eventual inconstitucionalidad de la categoría. A continuación profundiza esta idea y pone de manifiesto que existen limitaciones ínsitas en el lenguaje que

[29] Ídem, pp. 511-512.

[30] Ídem, p. 517 (resaltado en el original).

[31] En cuanto a los motivos que llevan a MOLINA a inclinarse por esta propuesta general, como se adelantó al presentar los dos parámetros que selecciona el autor para evaluar las distintas teorías —el respeto al principio de legalidad y un principio axiológico—, la tensión generada entre estos dos criterios resulta de difícil resolución. En efecto, sería correcto reservar una declaración de inconstitucionalidad para aquellos casos donde no exista interpretación alguna que resulte aceptable desde la óptica constitucional —como doctrina y jurisprudencia han tenido oportunidad de señalar—, pero si el caso fuera este, consideraciones de política criminal no deberían afectar la decisión a tomar. En este sentido se pronuncia MOLINA en algunos pasajes de la obra (MOLINA, *supra* nota 2, p. 502). No obstante, al continuar con la lectura, ante la ausencia de argumentos claros y explícitos de por qué una interpretación restrictiva salvaría los problemas de falta de precisión, llama la atención el anteúltimo punto de las conclusiones donde se afirma que en el análisis de cuál decisión es conveniente tomar "deben tenerse en cuenta las consecuencias de política criminal" (p. 526), dejando abierto el fundamento último de su propuesta.

[32] Se trata de un argumento fuerte por su carácter consecuencialista que, por un lado, admite un ámbito de indeterminación, pero a la vez pone en evidencia que este resulta igual o equiparable a aquel que toleramos en otros aspectos de la parte general. MOLINA intenta combatir la premisa argumentativa de esta idea al desmerecer el grado de indeterminación que existiría respecto de otros institutos. Pero, en esta empresa, niega un paralelo tal entre la falta de precisión existente respecto del círculo de autores posibles en lo delitos impropios de omisión y los restantes institutos a través de una comparación sobre la base de dos parámetros cuya suficiencia puede cuestionarse: "la experiencia común de vida" y "el catálogo de teorías que podemos encontrar en la materia". El primero es utilizado al referirse a la imprudencia en una afirmación cuya constatación empírica sería de un resultado incierto: "[l]a experiencia común de vida es un parámetro con fuerte influencia en la determinación de qué conductas son imprudentes y cuáles no. Por ello, hay mayor acuerdo en definir las conductas violatorias a un deber de cuidado, que en la definición de cuándo una persona es garante de ciertos bienes jurídicos" (MOLINA, *supra* nota 2, p. 494). El segundo parámetro podría cuestionarse teniendo en cuenta que la certeza de la ley debe evaluarse desde su letra. Pero si se siguiera la lógica del criterio propuesto por el autor, bastaría con la existencia de dos teorías contrapuestas para que la certeza de la ley ya se viera afectada. Que las opciones sean dos, tres o varias, no modificaría, si esto se quiere afirmar, la incertidumbre generada.
No obstante, más allá de estas observaciones, debe decirse que el hecho de que este contrargumento no alcance para rebatir las objeciones planteadas, de cualquier modo, no invalida la propuesta final del autor.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

impiden siquiera aspirar a una certeza absoluta. Es en este punto del análisis en el cual MOLINA se aferra al concepto de "determinabilidad suficiente", con especial apego al desarrollo de SCHÜNEMANN[33] y de STRTENWERTH.[34]

Frente a la estrictez que MOLINA emplea para descartar por imprecisos los criterios propuestos por otros autores, puede sorprender esa concesión que se introduce al final de su tesis. El problema quizás sea que el autor no define desde el comienzo cuál es el estándar aceptable de certeza y este pareciera sufrir una flexibilización a partir de las consideraciones a las que se hizo referencia en el párrafo anterior. En efecto, al comenzar, se introduce al análisis con una referencia que sugiere que aquél se situará más allá de lo que permite un lenguaje que recurre al uso de términos taxonómicos,[35] y esta percepción es confirmada en ciertos pasajes del repaso de las diversas teorías, rechazadas como soluciones plausibles por su falta de precisión de manera sistemática.[36] Sin embargo, en el último apartado,[37] el autor se vuelca sobre las consideraciones referidas a la imposibilidad de alcanzar una certeza absoluta y pareciera distender este estándar. Este punto de inflexión permite entrever cuáles serán las premisas de las que partirá para arribar a su propuesta final.

[33] SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (traducción a cargo de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO DE MURILLO), Madrid, Marcial Pons, 2009 [1971], pp. 301-321. Si bien adopta esta idea, no debe olvidarse que en lo referido a la determinación de la posición de garante, las propuestas de SCHÜNEMANN también fueron rechazadas como soluciones plausibles.

[34] STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible* (traducción de la 4.ª ed. a cargo de Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 2008 [2000], p. 459.

[35] Conforme fue citado en el apartado IV, "sólo se verá satisfecho cuando veamos una teoría que sirva para identificar con certeza en todos los casos de omisión impropia, quiénes serían exactamente los eventuales autores de ese delito" (MOLINA, *supra* nota 2, p. 181).

[36] En este sentido, el autor afirma: "[p]articularmente, sostengo que tampoco la instauración de un sistema de *numerus clausus* de delitos omisivos podría solucionar el problema de la afectación al principio de legalidad en su forma de ley cierta o estricta" (MOLINA, *supra* nota 2, p. 347) y explica esta observación señalando que aunque cada tipo penal contuviera una enumeración de las fuentes de la posición de garante, aún subsistiría este problema dado que "no sabemos con precisión —porque la ciencia penal no lo puede determinar— hasta dónde llega el concepto de ley, de contrato, de hecho precedente, o de relaciones de confianza especial" (p. 348). No obstante, sería posible pensar en una legislación con un sistema de *numerus clausus* que lograra romper con las fuentes propias de la teoría formal de las fuentes. Así, por ejemplo, el Código Penal francés establece quiénes serán responsables por las conductas descriptas. A modo ilustrativo, y para seguir con el ejemplo que MOLINA utiliza como caso prototípico, pueden mencionarse los artículos 227-15 y 227-16, los cuales penan con hasta siete años de prisión el privar de alimentos o de los cuidados necesarios para su salud a un menor de quince años, que se elevarán hasta treinta si las omisiones características de este delito conllevan la muerte, a "un ascendente o toda otra persona que ejerza la autoridad parental o que tenga autoridad sobre el menor".

[37] A partir de la p. 495 de la obra, es posible notar una flexibilización de los parámetros a través de un progresivo reconocimiento de la imposibilidad de convertir a la certeza absoluta en un objetivo a alcanzar.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. Consideraciones finales: una discusión aún abierta

La obra de MOLINA se encarga de hacer dialogar de manera fructífera a quienes han hecho sus aportes al debate sobre la adecuación constitucional de los delitos impropios de omisión. En este sentido, es una síntesis bien realizada de las opiniones contrapuestas y de aquellas que —a veces, sin notarlo— comparten más de lo que sus emisores creen.

Señala, con claridad, las confusiones generadas alrededor de los eventuales problemas constitucionales que podrían suponer los delitos de omisión impropios: las vagas referencias al principio de legalidad no distinguen entre los distintos aspectos de éste que podrían verse afectados. Entonces, se producen discusiones donde las bases mismas no son compartidas por los intervinientes. La obra, en este sentido, es digna de recomendación.

El lector, no obstante, no encontrará aquí una guía que permita definir la discusión. A la pregunta con la que se abre este comentario, la respuesta es negativa: la solución a la que llega MOLINA no aspira a dar un cierre al debate sobre las hipótesis que fundamentan una posición de garante, sino que, de manera más acotada, y como el autor lo anticipa, la propuesta final consiste en una solución teórica referida a los criterios hermenéuticos que permitirían sostener la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia, sin expedirse sobre cuáles serían aquellos supuestos en los que, en palabras del autor, "la posición de garantía se imponga irrecusablemente".[38]

En resumen, la obra pone orden en la discusión, para que hacia el futuro puedan resultar más fecundos los debates en torno a los supuestos que fundamentan las posiciones de garantía. Pero si, inmediatamente luego del vasto repaso de las teorías existentes, alguien se viera tentado a creer que "ya está todo dicho" sobre la temática, la conclusión a la que arriba el autor pone en evidencia que aún queda mucho camino por recorrer en la indagación por criterios dogmáticos fiables.

La obra de MOLINA es, sin lugar a dudas, un nuevo punto de partida que incentivará la búsqueda de teorías que aporten criterios para responder a la pregunta clave de cuándo estamos dispuestos a admitir que existe una posición de garante.

[38] MOLINA, *supra* nota 2, p. 526.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal" de Luís Greco

Leandro A. Dias*

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2015
Fecha de aceptación: 27 de noviembre de 2015

Greco, Luís, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, Marcial Pons, 2015, 485 pp.

De la mano de la editorial Marcial Pons, y con una impecable traducción de José R. Béguelin y Paola Dropulich, se ha publicado en español una versión levemente reducida de la tesis doctoral del actual profesor de Augsburgo, Luís Greco. "Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach" es el título que lleva esta obra, que se enmarca claramente en el punto clave de lo que se conoce como Filosofía del Derecho penal: investigación filosófica sobre el Derecho penal como práctica social y, en especial, sobre la justificación del castigo, esto es, sobre las razones para castigar, sobre si las hay y, en su caso, cuáles son.[1] Dentro de este marco, el problema reside en que las posturas que se presentan como novedosas en materia de teoría de la pena, como bien señala Pawlik,[2] demuestran más bien una lectura incompleta de la vasta

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura "Elementos de Derecho penal y procesal penal", cátedra de Marcelo A. Sancinetti (UBA). Profesor adjunto interino en la asignatura "Derecho Penal", Instituto Superior de Seguridad Pública (ISSP). Agradezco al Prof. Dr. Marcelo D. Lerman por las sugerencias realizadas a un borrador de este comentario y por las discusiones que hemos tenido respecto de la presente obra. Contacto: leandrodiasder@gmail.com.

[1] Ferrante, "Filosofía del Derecho Penal", en Fabra/Spector (eds.), *Manual de Teoría y Filosofía del Derecho, volumen III*, México, Instituto de Investigaciones de la Universidad Autónoma de México, en prensa.

[2] Pawlik, "Prólogo", en *La libertad institucionalizada*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, p. 9.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bibliografía existente que una verdadera innovación, por lo que toda obra que pretende redefinir las razones del castigo estatal debe ser tomada *cum grano salis*.

Sin embargo, lejos de ser arrogante, GRECO no pretende redefinir la historia del pensamiento filosófico sobre el castigo estatal, sino, en primer lugar, analizar críticamente y observar a su mejor luz al filósofo liberal que es considerado por muchos como el padre del Derecho penal moderno: P. J. A. FEUERBACH. En ese aspecto, el autor de la obra logra, en el primer capítulo ("Historia del Derecho"), no sólo introducir al lector a los aspectos centrales del pensamiento de FEUERBACH, sino también despejar una serie de prejuicios que nacieron a partir de una sobre simplificación que fue generándose hasta la actualidad. El punto decisivo de este problema, que GRECO expone con enorme claridad, se relaciona con un rasgo fundamental de la teoría de la pena. Y es que usualmente se considera a la "teoría de la coacción psicológica" de FEUERBACH como una teoría basada en una noción de *rational choice*, que concibe a potenciales delincuentes que calculan costos y beneficios antes de cometer ilícitos. Sin embargo, GRECO pone de relieve que se está en presencia de una concepción superficial del pensamiento de FEUERBACH y presenta a la "psicología de la coacción psicológica" como un ejemplo de la psicología asociativa, de un modo completamente distinto al entendimiento tradicional. Esta psicología asociativa deja de lado las elecciones racionales provenientes de la reflexión (humana-voluntaria), para centrarse en la asociación (animal-automática): si el delito fuera asociado psicológicamente con la pena (que haría las veces de estímulo), el potencial autor de un hecho ilícito no podría pensar en el delito sin tomar conciencia de la punibilidad. En este aspecto, consistente en demostrar cómo históricamente se ha deformado el pensamiento de FEUERBACH, el autor de este libro se mueve con enorme versatilidad y elocuencia, ofreciendo argumentos sólidos, concluyentes. Además, le muestra al lector cuál era la postura (muchas veces implícita) de FEUERBACH respecto de temas de gran actualidad, tales como la relación entre Derecho y moral, la prohibición de la pena de muerte, o la sujeción de los jueces a la ley positiva.[3] Esta caracterización limpia de las ideas de FEUERBACH le permite al autor analizar la actualidad de dichas ideas en el capítulo III y reformularlas según los estándares modernos.

[3] Quizá aquí hubiese sido ideal que no se suprimiesen algunos apartados del libro original. En particular, el desarrollo de la teoría de la voluntad del dolo de FEUERBACH que realiza GRECO en la tesis original debería haber sido incluida, no sólo por la actualidad del tema, sino también para que el lector pueda observar cómo operan los fundamentos de FEUERBACH en una cuestión clave de la dogmática penal.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el segundo capítulo del libro, denominado "Filosofía del Derecho", GRECO ofrece las herramientas que luego serán la base de su teoría. En primer lugar, brinda una perspectiva sobre la relación entre Derecho y moral, entendida esta última como concepto opuesto al consecuencialismo, como un prototipo de exigencias fundadas deontológicamente o en la ética de las virtudes. En este apartado, el autor demuestra una preocupación que guiará toda su tesis: la necesidad de que se respete la autonomía de los ciudadanos y que el Estado no imponga una determinada moralidad. Por lo tanto, a nivel *individual*, GRECO plantea que la libertad de los ciudadanos no se puede limitar solamente a partir de consideraciones morales y señala que "[e]l amoralismo individual, es decir, la impermeabilidad completa entre el Derecho y la moral individual, se sigue sin pasos intermedios de la idea del ciudadano responsable, en que debe basarse toda representación de un ejercicio legítimo de poder". Esto lo llevará posteriormente a descartar la posibilidad de que el Estado imponga una moral, por lo que en este aspecto individual de la fundamentación de la pena necesariamente se deberá recurrir a consideraciones consecuencialistas y no deontológicas. Sin embargo, en el nivel de fundamentación de la conducta *estatal*, GRECO propone precisamente lo contrario: en tanto el Estado ejerce su poder en nombre de los hombres que se hallan en su ámbito de acción, debe tomar en serio a esos hombres y tratarlos con arreglo a algo más que criterios de adecuación a fines. Esto da lugar a un concepto clave para entender la postura de GRECO, ya que afirma la necesidad de que este deber del Estado de manejarse respetando ciertas reglas morales fundamentales (como la prohibición de la tortura) se concretice a partir de limitaciones laterales o *side constraints*, en la terminología de Robert NOZICK. Así, se delinea un sistema de doble vía, en el cual los mandatos de optimización y maximización, propios del consecuencialismo, se ven limitados por restricciones deontológicas absolutas. De esta manera, aparece una crítica rotunda a la teoría constitucional de la ponderación, que se basa en un entendimiento liberal del Derecho penal, en tanto se reconocen límites al accionar estatal que bajo ninguna circunstancia se está dispuesto a relativizar.

Lo interesante de la exposición de GRECO en este punto es que no se limita a fundamentar la existencia de ciertas limitaciones deontológicas al accionar estatal, sino que desarrolla cuáles podrían ser algunas de estas restricciones a partir de una reformulación del tradicional entendimiento kantiano de considerar al hombre como un fin en sí mismo (también llamada "prohibición de instrumentalización"). Así, presenta cinco lineamientos que deben ser tenidos en cuenta para analizar si se puede estar en presencia de una restricción deontológica absoluta

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

("proceso complejo de coordinación),[4] lo que le permite derivar prohibiciones intuitivamente justificadas, como la de la pena de muerte, de penas mutilantes, de castigos corporales, de la prisión perpetua y de la invasión de un ámbito de privacidad reservado a cada individuo. Cada una de estas prohibiciones requeriría de una tesis doctoral aparte, lo cual es reconocido por el autor, pero al menos se establece un bosquejo y no una mera enunciación de lineamientos abstractos que podrían resultar fácilmente manipulables.

El capítulo III representa el núcleo del trabajo, en el que se combinan los dos capítulos anteriores, esto es, la teoría de la pena de Feuerbach recibe el complemento analítico esbozado por GRECO, en el que se propone una justificación del castigo estatal de un modo consecuencialista respecto de los individuos, pero con limitaciones deontológicas para el accionar del Estado. Así, GRECO plantea una teoría de la pena dividida materialmente en dos partes. La primera, serían los fines de la pena, entendidos como situaciones cuyo fomento provee una buena razón para penar y que están orientadas de modo consecuencialista. La segunda parte serían las restricciones deontológicas a la pena, esto es, reglas incondicionales que no admiten excepciones, a cuya observancia está sujeta toda pena legítima. Puede vislumbrarse que esta tesis de GRECO se enmarca en la tendencia actual de ofrecer una unión entre consecuencialismo y deontología, que ha llevado a ROXIN a considerar que la disputa entre escuelas se encuentra superada,[5] a partir de una elegante división. De todos modos, en este aspecto, el autor es quizá demasiado optimista. En particular, no considera problemática esta combinación de teorías contrapuestas y señala que quienes intentan encontrar un modelo basado en un único principio del cual puedan derivarse todas las explicaciones parten de un prejuicio estético, un estereotipo que no se corresponde con la complejidad de los fenómenos. Esta frase desafortunada ha recibido una crítica contundente en otro lugar,[6] por lo que solamente cabe señalar aquí que con esta clase de teorías se da lugar a una perturbación en el equilibrio reflexivo, en tanto se recurre a conceptos que no pueden agregarse entre sí y, en todo caso, una combinación de ambos podrá dar lugar a resultados intermedios

[4] En particular, estos lineamientos serían los siguientes: 1) se debe tratar de un aspecto fundamental de la existencia humana; 2) la actuación del Estado debe ser totalmente incompatible con el reconocimiento de ese aspecto fundamental; 3) se deben tomar en serio las emociones morales; 4) se deben tomar en serio los escritos y pensamientos de la tradición liberal; 5) se deben tomar en serio las propias prohibiciones que se intentan establecer, sin la posibilidad de excepciones.

[5] ROXIN, "Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año V, n.º 6, julio de 2015, p. 3. Sin perjuicio de lo expuesto, y a diferencia de ROXIN, GRECO explícitamente reconoce y propone un elemento deontológico como parte constitutiva de su teoría: las ya mencionadas limitaciones laterales.

[6] Véase, PAWLIK, "Buchrezension. Luís Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie", en *ZIS*, n.º 4, 2011, p. 262.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

problemáticos, o bien a que en el caso concreto ceda necesariamente una de las dos posturas (por ejemplo, flexibilizando el alcance de las *side constraints*, para dar lugar a una preeminencia de las razones consecuencialistas por sobre las deontológicas).

Pero más allá de plantear una teoría de la pena de doble vía, GRECO ofrece su perspectiva de distintos aspectos vinculados, tales como la noción de pena y el llamado "concepto material del delito", este último vinculado con la discusión sobre el objeto de protección de Derecho penal. Estos apartados resultan extremadamente educativos, debido a que el autor da cuenta de más de dos siglos de literatura, por lo que el libro ya de por sí resulta recomendable si se desea obtener información de primer nivel sobre estas discusiones. El único detalle negativo, que no es privativo de estas secciones sino de la obra general, es el excesivo recurso a argumentos históricos, a pesar de que en más de una oportunidad GRECO precisamente rechaza esta clase de explicaciones en favor de otras de tinte normativo. En particular, el autor recurre en demasiadas oportunidades a descartar ideas por considerarlas ideológicamente maleables, en especial si alguna de ellas fue utilizada por el nacionalsocialismo. Pero esta clase de argumentos y de vinculaciones con períodos totalitarios de la historia, que hoy se repiten hasta el hartazgo, no resultan concluyentes para descartar una teoría. Y es que hasta la teoría más liberal puede ser tergiversada por un régimen totalitario que busca legitimación, algo que también es reconocido por GRECO en el libro.

Incluso se le presenta al lector un excurso sobre el principio *nullum crimen sine lege* o, mejor dicho, sobre la justificación deontológica del principio de legalidad penal. Y en lo que hace al objetivo principal del trabajo, es decir, el análisis de FEUERBACH a su mejor luz, GRECO produce un enlace necesario, reformulando la teoría de la coacción psicológica, que pasa a entender a la *intimidación*, en tanto fin de la conminación penal, como el brindar razones de sensatez para que los ciudadanos se comporten de cierta manera. Este segmento del trabajo resulta por demás interesante, en especial en la comparación con las diversas objeciones y en la refutación de otras teorías. Quizá el punto menos contundente tenga que ver con la crítica a la teoría de la prevención general positiva, actualmente dominante. Esto se debe a que hoy en día las formulaciones de esta teoría son tan variadas que resultan muy difíciles de clasificar y sistematizar, más allá del intento de GRECO de derivar solamente dos vertientes (prevención general positiva moral y prevención general positiva jurídica). Un análisis más pormenorizado de los distintos autores que hoy en día sostienen visiones de esta clase podría haber ayudado a ofrecer un poco más de claridad en el asunto.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por otro lado, GRECO también resuelve de modo atractivo el problema del fin de la imposición de la pena, que pasa a derivarlo del principio de legalidad y no como una consecuencia de la intimidación. A su vez, trata los llamados fundamentos jurídicos de la conminación penal y de la imposición de una pena, que para FEUERBACH residían en el hecho de que con la pena no se afectan los derechos de nadie, por un lado, y que el delincuente consiente su propia punición, por otro. En el primero de los casos, el autor del libro rechaza, con buenas razones, este fundamento, mientras que en el siguiente caso presenta un concepto de culpabilidad muy interesante, entendida como falta de prudencia referida a la norma, que con seguridad no pasará inadvertido.

A modo de cierre, debe decirse que "Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach" es una obra recomendable para quienes desean incursionar en la discusión científica actual sobre teoría de la pena, que a partir de un objetivo modesto intenta ofrecer una fundamentación global de la pena desde una más que bienvenida perspectiva liberal. Incluso quienes no coincidan en general con algunas de las propuestas de GRECO, encontrarán en cada uno de los apartados del libro un bagaje de información indispensable para conocer los más recientes avances en la materia. Esta publicación, con seguridad, será sólo el comienzo de un arduo debate académico, que el profesor de Augsburgo se ha encargado de fortalecer enormemente con esta obra.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/