

Serie CEDPAL  
Vol. 2

Kai Ambos (ed.)

## Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional

Cuarta Escuela de Verano en  
ciencias criminales y dogmática penal alemana



Göttingen University Press





Kai Ambos (ed.)

Ciencias criminales en Alemania  
desde una perspectiva comparada e internacional

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).



Published as Volume 2 of the series “Serie CEDPAL”  
by Göttingen University Press 2018

---

# Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional

Cuarta Escuela de Verano en ciencias  
criminales y dogmática penal alemana

Centro de Estudios de Derecho Penal y  
Procesal Penal Latinoamericano  
(CEDPAL)

Georg-August-Universität Göttingen

Editor

Kai Ambos

Serie CEDPAL

Volumen 2



Göttingen University Press

2018

Bibliographic information published by the Deutsche Nationalbibliothek

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.dnb.de>.

*Address of the Serie CEDPAL Editor*

Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos  
E-Mail: [cedpal@uni-goettingen.de](mailto:cedpal@uni-goettingen.de)  
<http://www.cedpal.uni-goettingen.de/>

This work is protected by German Intellectual Property Right Law.  
It is also available as an Open Access version through the publisher's homepage and the Göttingen University Catalogue (GUK) at the Göttingen State and University Library (<https://www.sub.uni-goettingen.de>).  
The license terms of the online version apply.

Set and layout: Susann Aboueldahab/Marieke Buchholz  
Cover design: Margo Bargheer  
Cover picture: Daniel Schwen: Great Hall (Aula) of Göttingen University, Wilhelmsplatz, Göttingen, Germany. Wikimedia commons.

© 2018 Göttingen University Press  
<https://univerlag.uni-goettingen.de>  
ISBN: 978-3-86395-366-9  
DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2018-1098>  
eISSN: 2512-7098

# Contenido

Presentación.....	iii
Introducción.....	v
Lista de siglas y abreviaturas.....	vii
<b>I. Principios y límites de la justificación</b>	
<i>Günther Jakobs</i> .....	1
<b>II. Estado y futuro del Derecho penal comparado</b>	
<i>Kai Ambos</i> .....	17
<b>III. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal</b>	
<i>Urs Kindhäuser</i> .....	53
<b>IV. El Derecho penal como <i>propria ratio</i></b>	
<i>Cornelius Prittwitz</i> .....	71
<b>V. Sobre el descuido de la prevención en la distribución del error en el juicio penal</b>	
<i>Ezequiel Malarino</i> .....	87
<b>VI. Proceso penal latinoamericano</b>	
<i>Daniel Pastor</i> .....	103

---

<b>VII. Verdad o legalidad: los límites del blanqueo de pruebas ilegalmente recogidas en un Estado de derecho</b>	
<i>Stephen C. Thaman</i> .....	115
<b>VIII. Sistemas de justicia penal desde una perspectiva europea comparada. Enfoque y rendimiento del Libro Guía Europeo de la justicia penal</b>	
<i>Jörg-Martin Jehle</i> .....	147
<b>IX. Complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Auschwitz</b>	
<i>Sentencia del BGH y comentario de Claus Roxin</i> .....	167
<b>Lista de autores</b> .....	185

## Presentación

El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) es una entidad autónoma del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen y parte integrante del Departamento para Derecho Penal Extranjero e Internacional. Fue fundado por la resolución del Rectorado de la Universidad de fecha 10 de diciembre de 2013 con base en la decisión del Consejo de la Facultad de Derecho de fecha 6 de noviembre de 2013. Su objetivo es promover la investigación en ciencias penales y criminológicas en América Latina y fomentar, a través de diferentes modalidades de oferta académica, la enseñanza y capacitación en estas áreas. El Centro está integrado por una Dirección, una Secretaría Ejecutiva y un Consejo Científico, así como por investigadores adscritos y externos (más información en [www.cedpal.uni-goettingen.de](http://www.cedpal.uni-goettingen.de)).

Una de las actividades principales del Centro es el desarrollo de la Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática penal alemana, la cual tiene por fin poner al alcance de estudiantes, investigadores, profesores y prácticos de las ciencias criminales un curso compacto sobre Derecho penal alemán, europeo e internacional, como también otras materias afines, dictado en lengua castellana y portuguesa por profesores y docentes de distintas universidades alemanas. Se trata de un evento sin antecedentes en las universidades de lengua alemana (incluidas las pertenecientes a Austria y Suiza), donde participan renombrados profesores y prácticos alemanes, quienes por medio de clases magistrales y el trabajo en módulos de estudio abordaron de manera rigurosa y extensa asuntos centrales de las ciencias criminales en Alemania y del Derecho penal europeo e internacional. En este libro presentamos los trabajos más importantes de la cuarta escuela de verano, realizada entre el 25 de septiembre y 6 de octubre del 2017 en la ciudad de Göttingen.

Agradecemos a todos los que han hecho posible la realización de las respectivas escuelas de verano. Tanto a sus asistentes, provenientes de 14 países latinoame-

ricanos, como a los miembros del CEPAL que se han comprometido con la organización y ejecución de cada uno de los eventos. Especial mención merecen Anett Müller, Susann Aboueldahab, Gustavo Urquizo, Sem Sandoval, Eneas Romero, Rodolfo González Espinosa y John Zuluaga. Agradecemos a Marieke Buchholz por la revisión final de este libro. Por último, a los autores de los trabajos que componen el libro Claus Roxin, Cornelius Prittwitz, Daniel Pastor, Ezequiel Malarino, Günther Jakobs, Jörg-Martin Jehle, Kai Ambos, Stephen C. Thaman y Urs Kindhäuser.

Kai Ambos – Ezequiel Malarino  
Director General – Director Académico  
Göttingen – Buenos Aires, julio de 2018

## Introducción

Nos alegra poder presentar el libro compilatorio de los trabajos discutidos en la *Cuarta Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana* del año 2017. Después de la generosa acogida que tuvieron los libros compilatorios de la primera (Ambos/Böhm, Temis 2012), segunda y tercera Escuela de Verano (Ambos/Böhm/Zuluaga, Göttingen University Press 2016), con esta entrega ponemos a disposición del público los trabajos que se ofrecieron en la cuarta versión de la misma.

En esta edición, una vez más, se logra una combinación de textos inéditos y de otras obras divulgadas con anterioridad en otros escenarios. Se encuentran – en el orden de las presentaciones durante el curso – textos dogmáticos sobre los principios y límites de la justificación (*Günther Jakobs*), la estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal (*Urs Kindhäuser*) y sobre el descuido de la prevención en la distribución del error en el juicio penal (*Ezequiel Malarino*); se presentan reflexiones sobre el estado y futuro del Derecho penal comparado (*Kai Ambos*), el derecho procesal penal latinoamericano (*Daniel Pastor*), los límites del blanqueo de pruebas ilegalmente (*Stephen C. Thaman*) y los sistemas de justicia penal desde una perspectiva europea comparada (*Jörg-Martin Jehle*). Además, se ofrece un análisis teórico-jurídico sobre el Derecho penal como *propia ratio* (*Cornelius Prittwitz*). Finalmente, se presenta un importante ejercicio de crítica jurisprudencial, concretamente a la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (Decisión del 20 de septiembre de 2016 – 3 StR 49/16) sobre la complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Auschwitz (*Claus Roxin*).

De esta manera, damos continuidad al proceso de divulgación de los contenidos de aquellos módulos temáticos o clases magistrales en los cuales se ha discutido de la formas más amplia y profunda muchos de los temas que atañen al ámbito de las ciencias criminales en Alemania, con trascendencia para latinoamérica. Esta

actividad de enseñanza no solo llega a su cuarta versión, sino, además, consolida un amplio proceso de acogida por parte del público de todo el espectro académico hispano- y lusoparlante. El extenso y profundo contenido temático entorno a múltiples problemas de las ciencias criminales en Alemania y, también, el gran y permanente interés de juristas de toda Latinoamérica, posicionan a esta Escuela como el escenario de intercambio académico más importante que existe entre este continente y Alemania en el ámbito de las ciencias criminales. Por estas razones, en adelante este espacio de intercambio universitario e intelectual será llamado “*Escuela Alemana de Ciencias Criminales (EACC)*”.

Kai Ambos  
Göttingen, agosto de 2018

## Lista de siglas y abreviaturas

AA.VV.	Autores Varios
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Add	Addendum
AFJS	Anuario de filosofía Jurídica y Social (revista Chile)
AIDP	Asociación Internacional de Derecho Penal
alt.	Alternativa
AmJComJ	American Journal of Comparative Law (revista EE.UU., también AJCL)
Am. U. Int'l L. Rev.	American University International Law Review (revista EE.UU.)
aprob.	aprobatoriamente, aprobando, de modo aprobatorio
art., arts.	artículo, artículos
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
Austl.J.Leg.Phil.	Australian Journal of Legal Philosophy (Revista Australia)
AZ	Aktenzeichen (número de referencia)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo del Land de Baviera)
BG	Bundesgericht (Tribunal Supremo Federal suizo)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BGBL	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial Federal alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo Federal alemán)
bibl.	Bibliografía
BKA	Oficina Federal de Investigación Criminal (Alemania)

---

BMJ	Bundesministerium der Justiz (Ministerio de Justicia Federal alemán)
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache (Boletín de la Cámara de los Länder)
BT	Bundestag (Parlamento alemán)
BtMG	Betäubungsmittelgesetz (Ley de Estupefacientes)
BT-Sitzung	Sesión plenaria del <i>Bundestag</i> (parlamento federal alemán)
BverfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
c.	contre
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
cap.	Capítulo
Cass. Pen.	Cassatione Penale (revista Italia)
C.A.S.E.	Critical Approaches to Security in Europe (colectivo de estudios críticos)
Colum. J. Transnat'l L	Columbia Journal of Transnational Law (revista EE.UU.)
CDI	Comisión de Derecho Internacional de la ONU (citada también por ILC)
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
Cfr.	confróntese
CG	Convención/ones de Ginebra de 1949
CIJ	Corte Internacional de Justicia (citada también como ICJ)
cit.	citado
Comp.	Compilador(a)
Coord.	Coordinador(a)
COPRI	Copenhagen Peace Research Institut
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional (citado también como ICC)
crít.	crítico, críticamente
DDR	Deutsche Demokratische Republik (República Democrática Alemana)
Dept.	Department
Dir.	Director
DJT-Gutachten	Deutscher Juristentag-Gutachten (Jornadas de los Juristas Alemanes – Dictámenes)
Dt.JZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Revista Alemania)
D/doc.	document(o)
d.p.i.	Derecho penal internacional
DSDC	Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados (Argentina)
DSCS	Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores (Argentina)
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
ECIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)
ed.	editor/edición
eds.	editores
Estados Unidos	Estados Unidos de Norteamérica (citado también como EE.UU., US o U.S.)
EG	Europäische Gemeinschaft (Comunidad Europea)
EJIL	European Journal of International Law (revista internacional)
ER	Estatuto de Roma
et al.	<i>et altera</i> (latín: ‘y otros’)
etc.	Etcétera
et. seq.	<i>et sequens</i> o <i>et sequential</i> (latín ‘y siguientes’)
EU	Europäische Union (Unión Europea)
EUCRL	European Criminal Law Review (revista europea)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (revista Alemania)
Eur.J.Crime	
Cr.L.Cr.J	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (revista europea)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (periódico Alemania)
FG	Festgabe (libro homenaje)
FNI	Front des Nationalistes et Intégrationnistes
FRPI	Forces de Résistance Patriotique d’Ituri
FS	Festschrift (libro homenaje)
GA	General Assembly y Goldammer’s Archiv für Strafrecht (revista Alemania)
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental alemana)
GLIPGö	Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen
GLJ	German Law Journal (Revista Alemania)
GoJIL	Goettingen Journal of International Law (revista Alemania)
GS	Gedächtnisschrift (libro en memoria)
HarvILJ	Harvard International Law Journal (revista Estados Unidos)
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review (revista Estados Unidos)
Hrsg.	Herausgeber (= Editor)
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafsachen o Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (revista electrónica Alemania)
HRW	Human Rights Watch
HRW/A	Human Rights Watch/Americas
HuV	Humanitäres Völkerrecht (revista Alemania)
ICC	International Criminal Court (citado también como CPI)
ICJ	International Court of Justice (citado también como CIJ)

---

ICLR	International Criminal Law Review (revista internacional, también Int.Cr.L.Rev.)
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (= TPIR)
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
ILC	International Law Commission (citado también por CDI)
Isr. L. Rev.	Israel Law Review (revista Israel)
JA	Juristische Arbeitsblätter (revista Alemania)
Jb	Jahrbuch (anuario)
JbLA	Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft, und Gesellschaft Lateinamerikas – Anuario de Historia de America Latina
jce	joint criminal enterprise
JICJ	Journal of International Criminal Justice (revista internacional)
JR	Juristische Rundschau (revista Alemania)
Jura	Juristische Ausbildung (revista Alemania)
JuS	Juristische Schulung (revista Alemania)
JZ	Juristen Zeitung (revista Alemania)
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (revista Alemania)
LJIL	Leiden Journal of International Law (revista Internacional)
LG	Landgericht (Tribunal del Land [estado])
LK-[autor]	Leipziger Kommentar (citado en la Bibliografía bajo <i>Jescheck</i> y otros)
loc. cit.	<i>locus citatus</i> (latín: ‘lugar citado’)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Revista Alemania) y Mouvement Démocratique Républicain
Müko-[autor]	Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch
MshrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (revista Alemania)
N. del T.	Nota del traductor
NGO	Non Governmental Organisation/s (citado también como ONG)
NJ	Neue Justiz (revista Alemania)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista Alemania)
NK	Nomos Kommentar y Neue Kriminalpolitik (revista Alemania)
N.Z.L.R.	New Zealand Law Reports (Revista Nueva Zelanda)
nm.	número/s marginal/es
nro.	número
nros.	Números
NS	Nationalsozialismus (nacional-socialismo)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista Alemania)

NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report (revista Alemania)
OEА	Organización de Estados Americanos
OGH	Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo)
OGHst.	Entscheidungen des Obersten Gerichtshof in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo)
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)
ONU	Organización de Naciones Unidas (citado también como UN)
ONG	Organización no gubernamental
OUP	Oxford University Press
OwiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de contravenciones administrativas)
p./pág.	página/s
parág.	parágrafo/s
PIDCP	Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (1966)
por ej.	por ejemplo
RabelsZ	The Rabel Journal of Comparative and International Private Law (Revista internacional)
RACP	Revista Argentina de Ciencias Políticas (revista Argentina)
Res.	Resolution
RFA	República Federal de Alemania
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich [imperio])
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo del Reich [imperio])
RHD	Revista de Historia del Derecho (revista Argentina)
RHDRL	Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene (revista Argentina)
RIDP	Revue Internationale de Droit Pénal (revista Francia)
RP	Revista Penal (revista España)
RW	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (revista Alemania)
s., ss.	siguiente, siguientes
SchwZstr	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht (revista Suiza)
scil.	<i>scilicet</i> (latín: ‘es decir’, ‘se refiere a’)
SK-[redactor]	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (citado en la Bibliografía bajo <i>Rudolphi</i> y otros)
Sect.	Section
sic	<i>sicut</i> (latín: ‘textualmente’)
SICTR	Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda

---

SICTY	Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
Slg.	Sammlung (colección, antología)
S/Res.	Security Council Resolution
S/S-[autor]	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts (ley para la reforma del Derecho penal)
StPO	Strafprozessordnung (Código Procesal Penal alemán)
StV	Strafverteidiger (revista Alemania)
TCFA	Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
t.	tomo
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda (= ICTR)
TransLCP	Transnational Law & Contemporary Problems (revista Estados Unidos)
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (= ICTY)
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UN	United Nations (citado también como ONU)
US o U.S.	United States (citado también como Estados Unidos, EE.UU.)
v.	versus
vers. al.	versión alemana (referencia a la obra original)
vol.	volumen
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Código penal internacional alemán)
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (revista Alemania)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (revista Alemania)
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht (Revista internacional)
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (revista Alemania)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (revista Alemania)
ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte (revista Alemania)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (revista Alemania)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista Alemania)

---

ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (revista Alemania)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (revista Alemania)



# I. Principios y límites de la justificación\*

*Günther Jakobs*

## I. Introducción

En el tema que debo abordar, a saber, los “principios y límites de la justificación”, se suele esperar una exposición sobre el Derecho *interno* del Estado, es decir, principalmente sobre la legítima defensa, los diversos estados de necesidad justificantes y los derechos en virtud del cargo. Aquí, en Colombia, las expectativas van probablemente más allá: a la vista de los cárteles de drogas y los paramilitares, que actúan de forma intensa, además de guerrillas que actúan por motivaciones políticas o que fingen tener tal motivación y a la vista de las fuerzas denominadas FARC, cuya meta política resulta entretanto difícil de reconocer, habría que decir también algo sobre la justificación en la guerra civil o en estados semejantes a la guerra civil. Pero hay que preguntarse inmediatamente: este juicio, ¿no se rige igualmente por el Derecho colombiano nacional, esto es, el Derecho interno del Estado? La respuesta reza: no solamente, pues el denominado Derecho internacional o Derecho de los pueblos (que en sentido estricto no regula las relaciones entre *pueblos*, sino entre *Estados*) también contiene preceptos cuyos estándares humanitarios hay que respetar “en caso de un conflicto armado que no tiene carácter internacional”, preceptos que están ubicados en un lugar destacado, a saber, en cada uno de los artículos 3 de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, cuatro veces, completados además por el Segundo Protocolo Adicional.

Ahora bien, está totalmente descartado exponer aquí a la vez los principios de la justificación según el Derecho interno del Estado y según el Derecho interna-

---

\* Traducción: Nuria Pastor Muñoz, Profesor Investigador Ramón y Cajal, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

cional, sobre todo porque yo no soy un internacionalista. Sin embargo, sí tendré que abordar, por lo menos, un ámbito en el que ambos ámbitos jurídicos se solapan, a saber, el problema del daño colateral, el cual se plantea, como es sabido, en el Derecho internacional de la guerra y – ello es menos conocido – también en el Derecho interno del Estado.

Para valorar esta situación, que no es en absoluto fácil de desentrañar, primero hay que explicar, antes que nada, de forma clara los principios y, con ello, los límites de la justificación, y comienzo con consideraciones al respecto para el Derecho nacional de un Estado moderno que se esfuerza por ser liberal y por ser un Estado de Derecho.

## II. Teoría de la justificación

### A. Teoría del injusto: deberes positivos y negativos

Empecemos con el esbozo de una teoría de la justificación y, si el Derecho penal no debe desembocar en un revoltijo de *topoi*, la teoría de la justificación no puede ser otra cosa que el reverso de la teoría del injusto, esto es, del ataque a la estructura normativa de la sociedad. ¿En qué consiste esta estructura normativa? Está formada por vínculos de expectativas estabilizados en el sentido de instituciones.

La institución general que engloba a todos es el vínculo de *libertad* de conducta y *responsabilidad* por las consecuencias de la conducta. Mediante este vínculo se generan los deberes negativos, esto es, los deberes de *no* (por ello: negativos) inferir daños a otras personas mediante la configuración de la propia organización, es decir, de no matar, no lesionar, no sustraer, etc. A este vínculo pertenecen también los deberes, fundados en la configuración de la organización, de detener un curso lesivo; hay que mencionar, por ejemplo, los deberes en virtud de injerencia o asunción, si bien también los deberes de mantener asegurada en el tráfico su propiedad. En todo caso, quien infringe estos deberes, sea mediante un hacer o mediante un omitir, es, en virtud de su *organización*, competente por el curso lesivo.

Junto a estos deberes negativos, esto es, de velar por que la propia organización no se expanda demasiado en perjuicio de otros, hay deberes positivos cuyo contenido es evitar un curso lesivo, también en el caso en que dicho curso *no* se funde en una expansión excesiva de la propia organización. Por ejemplo: los padres tienen que procurar asistencia médica para su hijo enfermo también en el caso de que no hayan causado la enfermedad mediante su comportamiento; el Presidente del Estado tiene que ordenar la lucha contra invasores o guerrilleros; los jueces deben llevar a cabo procesos y, sin duda, de forma neutral. A diferencia de lo que ocurre en el caso de los deberes negativos, los deberes positivos no afectan a todos, sino solamente a los titulares de un estatus *especial*, precisamente a los padres en relación a sus hijos o a los funcionarios en el ámbito de su cargo.

## B. Justificación: principio del ocasionamiento

### 1. Legítima defensa

Si una persona obligada negativa o positivamente no puede o no quiere cumplir sus deberes, si, por tanto, su esfera de organización se expande demasiado o si quien está obligado positivamente no realiza la prestación que debe realizar, se puede impedir el daño amenazante interviniendo en la esfera del obligado primariamente como esfera de *quien ha ocasionado* el curso amenazante. Conforme a este principio puede intervenir cualquiera, pero en un Estado de Derecho las vías de solución se canalizan, para numerosos conflictos, a través de determinados procesos.

Ampliamente no canalizado y, por tanto, libre para todos, es, en especial, el derecho a la defensa o a la defensa de tercero frente a ataques de particulares, siempre y cuando la Policía no haya asumido la solución del conflicto. El derecho a la defensa se fundamenta en la consideración de que una norma solamente puede orientar en la vida cotidiana si es afianzada cognitivamente de forma clara. Claramente: es cierto que la prohibición de matar también existe en favor de aquél que está amenazado con la pérdida de la vida por parte de una agresión antijurídica que tiene lugar en el presente, pero, debido a la falta de un afianzamiento cognitivo, esta vigencia de la norma, que ya es solamente normativa, “carece de valor” para el agredido y no le posibilita la orientación. El Derecho debe ser precisamente no sólo algo ideado, sino algo real en tales términos que sirva para la orientación cotidiana; por ello, Kant dedujo analíticamente del concepto de Derecho la facultad para coaccionar, y una de las posibilidades de coacción es la legítima defensa como garantía cognitiva de la expectativa normativa de no ser lesionado – o, en el caso de los deberes positivos: de ser cuidado –.

### 2. Estado de necesidad defensivo

El ocasionamiento por parte de quien en sí está obligado va mucho más allá de la legítima defensa. En la doctrina moderna, esta última se concibe como reacción a una agresión plenamente imputable, esto es, culpable, puesto que solamente de este modo se puede explicar la falta, por principio, de proporcionalidad entre el daño de la defensa y el daño de la agresión amenazante. Ahora bien, junto al ocasionamiento culpable aparece el ocasionamiento no culpable, que consiste en que el titular de la esfera de organización (1) excluye a otros de su administración o (2) administra la esfera de manera antijurídica (pero no culpable) en perjuicio de otros o (3) hace esto pero ni siquiera de manera antijurídica, si bien generando un riesgo especial. En este caso se habla de estado de necesidad defensivo, es decir, de la defensa frente a una esfera de organización que se ha vuelto – *sit venia verbo* – salvaje.

(1) En el primer caso hay un deber del propietario de (aseguramiento en él) tráfico. Quien como propietario excluye jurídicamente a otros de la administración de

un objeto (de una cosa o también de su cuerpo) tiene que intervenir, asegurando, en el caso de que del objeto surja un peligro: ¿Quién si no debería ser competente? Si no cumple su deber, entonces otros pueden realizar el trabajo en su lugar y a su costa. El derecho de intervención acaba con el final del deber de prestación del propietario, esto es, cuando el daño de la defensa sea desproporcionadamente más elevado que el daño que amenazaba desde la cosa, y dicho daño es compensable. En este caso, el propietario puede acogerse a la máxima, que se trata más adelante, según la cual para evitar daños más graves en una persona que, en todo caso, no ha desencadenado el conflicto de forma culpable, otros ciudadanos tienen que asumir pequeños perjuicios compensables que, entonces, han de ser compensados. Si la única razón de la competencia del propietario es la exclusión de los otros de la administración, se puede intervenir solamente en el objeto del que proviene el peligro (o en un objeto de menor valor), y el propietario quedará libre mediante la derelicción, siempre y cuando mediante ésta no genere peligros adicionales. Por ejemplo, el propietario puede dar permiso para serrar el árbol que, en la tormenta “del siglo”, ha caído y ha quedado atravesado en la calle.

(2) Cuando el titular ha administrado su esfera de organización de forma anti-jurídica (aunque no culpable), no solamente hay que responder con el objeto peligroso: al igual que el titular está obligado en virtud de la injerencia a evitar el daño a su costa, otros pueden intervenir en su esfera jurídica al fin de tal evitación y, por cierto, también en objetos de los que no surge peligro alguno. Por ejemplo, si un enfermo mental a quien estaba permitido moverse sin vigilancia apuñala a otra persona, se puede intervenir en todos los derechos del enfermo – con el límite, que antes ya se ha señalado, de la falta de proporcionalidad – para salvar a la víctima; en caso de necesidad, cuando no sea posible mantener de otro modo con vida a la víctima, se puede matar al enfermo. Ahora bien, el peligro a evitar se tiene que poder explicar como la consecuencia de la organización de aquél en quien se debe intervenir; este presupuesto falta, por ejemplo, en caso de movimientos incontrolados en un momento de trance condicionado por la enfermedad.

(3) La conducta antijurídica (pero no culpable) es solamente un subcaso destacado de la generación de un riesgo *especial*: este último también se puede generar de manera permitida sin que en tal caso el que lo genera, solamente por el hecho de que no actúa antijurídicamente, pueda ser distanciado de los peligros que surgen. En especial, aunque no exclusivamente, en la existencia de un deber de aseguramiento respecto a determinadas actividades se puede reconocer que en tales casos concurre la creación de un riesgo *especial*. El ejemplo principal es el manejo de vehículos: si, pese al manejo correcto de un vehículo, se produce un accidente con un peatón que, a su vez, también se ha comportado correctamente, el conductor (que aquí, para simplificar las cosas, hace las veces de titular) está obligado en virtud de injerencia a buscar ayuda, y los terceros pueden prestar esta ayuda interviniendo en los derechos del titular.

El resultado respecto a (1) hasta (3): en todos los grupos de casos conforme al principio del ocasionamiento – se han esbozado la legítima defensa y el estado de

necesidad defensivo – el deber de tolerancia no es un deber de *sacrificio* de aquél en quien se interviene, sino más bien el deber de cargar con los *costes* de la resolución del conflicto, y ese deber surge de la competencia del titular de una esfera de organización por las consecuencias – no casuales – de su organización.

Los ejemplos de legítima defensa y estado de necesidad defensivo planteados hasta este momento atañen esencialmente a deberes negativos. Pero también en el caso de los deberes positivos que no se cumplen por falta de querer o de poder las cosas no son, en principio, si bien solamente en principio, distintas. Por tanto, si los padres no quieren o no pueden cuidar a su hijo, terceras personas pueden prestar el cuidado a costa de aquellos, lo cual en general podría desembocar en una especie de “realización sustitutoria”, puesto que una coacción – en caso de legítima defensa, esto es, en caso de falta de voluntad culpable de los padres de cumplir su deber –, en sí posible, a realizar la prestación, raras veces se puede llevar a cabo como coacción a un hacer determinado y, en tal caso, solamente con dificultad y, en último término, solamente mediante tortura.

No es por casualidad que se acaban de mencionar los padres *sin voluntad* o sin capacidad, y no los igualmente deficientes Presidentes de Estado, jueces, oficiales de policía, etc. La razón de ello es evidente: cuando estas últimas personas no cumplen las tareas propias de su cargo, éstas no pueden ser realizadas mediante la legítima defensa o el estado de necesidad defensivo por parte de terceras personas dispuestas a ayudar; más bien hay *procesos* determinados mediante los cuales averiguar y, en su caso, subsanar los errores – procesos parlamentarios, procesos judiciales, procesos administrativos y, en cada caso, el *lex specialis derogat legi generali* –. Por ejemplo, al Fiscal que se niega a presentar la acusación ante el Tribunal competente se le ha de hacer entrar en razón mediante un recurso de vigilancia disciplinaria<sup>1</sup> y no, por ejemplo, maltratarlo hasta que acabe por acusar. Solamente en el caso de conductas que sean por antonomasia *ajenas* al cargo entran en juego los derechos de necesidad generales; de nuevo con un ejemplo: al oficial de policía que empieza a disparar a un preso se le puede impedir, mediante legítima defensa, que realice esta acción.

Por último, respecto al principio del ocasionamiento, hay que tratar, aunque sea brevemente, el problema del daño colateral. ¿Cómo hay que tratar, en la legítima defensa, el caso en que la defensa solamente es posible si se contraataca al agresor pero, al mismo tiempo, se daña gravemente a una tercera persona ajena al conflicto? Por ejemplo, el disparo de una escopeta evita la agresión antijurídica pero también se desvía y entra en el ojo de una persona ajena al conflicto. Todos los estudiantes que han oído la clase de Parte General del Derecho penal (o sea, que no han dormido durante ésta) conocen la solución: están justificadas en virtud de la legítima defensa solamente las intervenciones sobre el agresor, y no las interven-

---

<sup>1</sup> *Dienstanfsichtsbeschwerde*: petición en el sentido del artículo 17 Ley Fundamental en caso de presunta infracción de sus deberes por parte de un funcionario que se dirige al superior jerárquico. [N. de la T.]

ciones sobre personas ajenas al conflicto; frente a estas últimas solamente es posible una justificación en virtud de una situación de estado de necesidad agresivo (de la que todavía hemos de hablar). En cambio, tal como se mostrará, las cosas no son tan fáciles en el caso del daño colateral cuando éste se ha valorar desde la perspectiva del Derecho internacional.

### 3. Pena y custodia de seguridad

Las causas de justificación conforme al principio del ocasionamiento y conforme a los derechos en virtud del cargo que obedecen a este principio que han sido tratadas hasta este momento se basan todas ellas en que un comportamiento de organización realizado u omitido hace al titular de la esfera de organización competente por cargar con los *costes* de la solución del conflicto. A este ámbito también pertenecen en especial aquellos derechos en virtud del cargo que facultan a la persecución penal y ejecución de la pena, pues el autor del delito ha cuestionado el irrenunciable afianzamiento cognitivo de la vigencia de la norma y debe, como ocasionador – incluso culpable – cargar con los – *sit venia verbo* – “*costes* de reparación”.

En el caso de la custodia de seguridad las cosas no son muy distintas, si bien en este caso no se parte directamente de la vigencia de la norma, sino de la persona del sujeto que hay que custodiar como “ejemplar” de la institución jurídica “persona”. También la personalidad solamente puede ofrecer orientación en la medida en que esté afianzada cognitivamente en las personas concretas, y este afianzamiento no solamente falta en el caso de un comportamiento incorrecto presente de la persona, sino que también falta cuando su autorrepresentación permite deducir que esta persona delinquirá una y otra vez de forma grave. A diferencia de lo que afirmaba Kant, la sociedad civil no puede integrar un pueblo de demonios si estos siguen siendo demonios: la vigilancia debería alcanzar cotas gigantes. Los ciudadanos deben comportarse en general fiablemente de forma fiel al Derecho, sin vigilancia constante, si es que ha de existir una sociedad civil, pues también la personalidad ha de estar afianzada cognitivamente para poder ofrecer verdadera orientación. Por ello, los ciudadanos, si su tratamiento como ciudadanos debe tener lugar en la práctica, tienen la incumbencia de mostrar una actitud de fidelidad al Derecho mediante su hacer y dejar de hacer. La delincuencia seria repetida como lesión de esta incumbencia no constituye, ciertamente, un delito *adicional junto a* los delitos cometidos, pero hace que quien lesiona su incumbencia aparezca como inidóneo para una sociedad civil: no puede moverse libremente en ella, y eso lo ha ocasionado él mismo mediante sus hechos culpables.

*C. Justificación: principio de la primacía de los intereses públicos*

## 1. Estado de necesidad agresivo

Junto al principio del ocasionamiento, que acabo de concluir, aparece el principio de la primacía de los intereses públicos. Si, por un interés público, se interviene en los derechos de una persona, la pérdida que surge se ha de compensar, y ello significa que la pérdida se tiene que mantener dentro del marco de lo compensable. En el caso concreto, puede que la intervención sea tan pequeña que no “valga la pena” compensar; esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una calle se cierra por un breve espacio de tiempo para hacer posible un transporte pesado o cuando tienen lugar otros menoscabos insignificantes del derecho, en sí existente, a participar en el uso común. Sin embargo, en principio, lo que rige es que quien, sin haber ocasionado, tiene que tolerar, puede liquidar, es decir, puede exigir una compensación (y quien ha ocasionado, como ya se ha indicado, no tiene que tolerar, sino cargar con los costes).

Lo que se pretende decir se puede aclarar mediante el ejemplo del estado de necesidad agresivo, un anuncio que podría generar sorpresa: el estado de necesidad agresivo – al igual que el mandato de prestar socorro, § 323 c Código Penal alemán<sup>2</sup> –, ¿no se basa en la solidaridad *entre los ciudadanos*, esto es, en la solidaridad existente con independencia del Estado, sea como resquicio del cristianismo, sea como exigencia ética o sea como cálculo económico o utilitarista? Desde luego, sería difícil convertir estas fundamentaciones en algo *jurídico*, pues el cristianismo, la ética, el beneficio para todos o la felicidad de la mayoría no son, en todo caso, categorías *genuinas* del Derecho. Por consiguiente, debería seguirse otro camino, que el colega Pawlik de Friburgo descubrió hace diez años cumplidos en una monografía decisiva sobre el estado de necesidad.

En la sociedad moderna se han roto las viejas comunidades: clan, gran familia, tribu. Estas comunidades también eran comunidades económicas, y como las cosas les iban bien o a todos o a nadie, o todos pasaban necesidad o nadie la pasaba. La división del trabajo, sobre todo en la sociedad industrial, ha hecho surgir, en el lugar de una economía común, un adaptarse a un mercado de actores anónimos que llevan una economía cada uno para sí y que, precisamente de este modo, contribuyen al beneficio común de la sociedad civil. Hegel, que es uno de los primeros que procesa esta evolución desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, afirma que el individuo ya no es miembro de la comunidad tradicional, sino “*hijo de la sociedad civil*”, y así como antes la comunidad exigía del individuo y aceptaba las

---

<sup>2</sup> El § 323 c Código penal alemán tipifica la “omisión del socorro debido”, previendo el castigo con una pena privativa de libertad de hasta un año o multa de quien en caso de accidente o de peligro común o necesidad no preste ayuda cuando ello es necesario y se le puede exigir, conforme a las circunstancias, en especial cuando es posible auxiliar sin peligro propio y sin infringir otros deberes importantes. [N. de la T.]

pretensiones de éste, ahora la sociedad civil tiene “tantas pretensiones frente a él como derechos tiene él frente a ella”. El bienestar del individuo, esto es, su interés legítimo, se convierte en un derecho dirigido *a la sociedad civil*.

Con ello se debería vislumbrar qué tienen que ver estas consideraciones con el estado de necesidad agresivo: quien se encuentra en una necesidad intensa, quizá incluso existencial, tiene *frente a la sociedad civil* un derecho a ayuda. Según esto, se trata de situaciones de conflicto en las que es *el Estado* el que *primariamente* tiene que procurar una solución, y cuando éste prescribe una vía de solución, ello es vinculante. Por ejemplo, quien no puede pagar el pan no debe aprovisionarse en la primera panadería, sino dirigirse a la Oficina de Asistencia Social, y cuando el seguro obligatorio no prevé un determinado medicamento para los enfermos, el asegurado no puede sustraerlo (hurtarlo) en la farmacia: en estos casos se excluye el estado de necesidad agresivo. La ley alemana expresa la primacía de los procesos regulados en forma de *cláusula de adecuación* (§ 34 frase 2 Código Penal alemán<sup>3</sup>).

La primacía del Estado también se muestra en la medida en que hay que darle a él la posibilidad de solucionar el conflicto, siempre y cuando ello sea posible sin que empeore la situación. De nuevo con un ejemplo: quien descubre un gran incendio tiene que llamar a los bomberos y no organizar por su cuenta, por la vía del estado de necesidad, una acción de salvamento mediante intervenciones en los derechos de otros y, en concreto, tampoco cuando esta acción de salvamento tenga “menos costes” que los “costes” que genera la intervención estatal. La perspectiva no la rigen los “costes”, sino que la rige la primacía del ordenamiento jurídico. En todo caso, en lo referente a los supuestos de bagatela se puede argumentar que los procesos no han sido establecidos *para dichos supuestos*.

Por tanto, el estado de necesidad agresivo solamente entra en consideración si no hay previstos procesos para la resolución del conflicto o si el Estado es incapaz de actuar. En tal caso, los ciudadanos están obligados – al margen de su deber de ayuda en caso de amenaza de catástrofes (§ 323 c Código Penal alemán) – a tolerar intervenciones en sus derechos, en caso de que el daño que surja de ese modo sea compensable y el beneficio esperado “prevalezca esencialmente” (§ 34 frase 1 Código Penal alemán<sup>4</sup>). Pero ¿de dónde surge el deber de tolerancia? Los ciudadanos podrían objetar, *primero*, que no están obligados a realizar prestaciones más allá de su carga fiscal y, *segundo*, que no es tarea suya representar al Estado. La *primera* objeción es correcta y, por ello, aquello que se ha de sacrificar debe ser algo compensable y, además, debe ser compensado. En el principio del ocasionamiento hay un deber de cargar con los *costes* de la solución del conflicto; en cambio, aquí, en la primacía de los intereses públicos, hay un deber de *sacrificio*. Ahora bien, la *segunda*

<sup>3</sup> Según el § 34 frase 2 CP alemán, concurre un estado de necesidad justificante solamente en la medida en que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro. [N. de la T.]

<sup>4</sup> El § 34 CP alemán, que define el estado de necesidad justificante, exige, en la frase 1, que en la ponderación de los intereses en conflicto, esto es, los bienes afectados y el grado de los peligros amenazantes, “el interés protegido prevalezca esencialmente sobre el menoscabado”. [N. de la T.]

objeción es incorrecta: al igual que en una gran familia nadie puede refugiarse en un único rol, sino que, en caso de necesidad, también tiene que asumir tareas que en sí debían ser realizadas por otros, la sociedad civil tiene, en caso de necesidad, un derecho frente a todos a que realicen, en representación de los órganos estatales, un sacrificio compensable, esto es, en lo que se refiere al estado de necesidad agresivo, a que toleren una intervención.

En conclusión, el beneficiario no tiene un derecho directo frente a quien soporta la carga, tal como sugeriría la idea de solidaridad, sino que más bien tiene un derecho frente a la sociedad civil y *por ésta* tiene que sacrificarse quien soporta la carga. El derecho a un sacrificio y el deber de sacrificar se vehiculan mediante la sociedad civil.

El principio de la primacía de los intereses públicos va más allá del estado de necesidad agresivo. Pienso, en especial, en los deberes de sacrificio de aquéllos que han adquirido voluntariamente un estatus especial como, por ejemplo, soldados profesionales o bomberos. En este trabajo no se va a continuar analizando este tema, al igual que solamente se puede mencionar el problema más espinoso de la primacía de los intereses públicos, a saber, la legitimación de la prisión provisional contra un sujeto – como después se constata – no culpable.

## 2. Daño colateral

### a. Derecho internacional

Ahora que, en el marco del principio de primacía de intereses públicos, me centro en el problema del daño colateral, hay que empezar con la situación jurídica del Derecho internacional. En un conflicto armado internacional, esto es, esencialmente en una guerra entre Estados que, en general, no se puede desarrollar en modo alguno sin que existan fuertes peligros de daños colaterales, según el Derecho internacional general y el Primer Protocolo de las Convenciones de Ginebra (artículo 51 apartado 5 letra b), las acciones militares solamente están permitidas cuando éstas tienen metas militares, aunque amenazan con menoscabar a civiles y bienes no militares de una forma – que aquí no se va a especificar con más detalle – todavía *proporcionada*. Dicho de forma coloquial: el lanzamiento de una bomba a una unidad de lucha que se reúne para el ataque no debe omitirse por el hecho de que dicha bomba vaya a matar también a la cantinera o a un cartero que pasaba en bicicleta por ahí.

La pregunta de si los *no* combatientes pueden defenderse frente al lanzamiento de la bomba, si es que tienen la posibilidad de hacerlo, se responde, *desde la perspectiva del Derecho internacional*, de forma hasta cierto punto sencilla: en ningún caso pueden hacerlo mediante acciones de combate, puesto que no son combatientes. Por ejemplo, en una trinchera se encuentran de cuclillas diez soldados y un civil, que, sea como fuere, ha llegado allí. Desde la trinchera enemiga situada en frente y al alcance, son lanzadas dos granadas de mano; rápidamente un soldado devuelve la

primera granada y, con ello, logra acallar en parte a la trinchera enemiga. Desde el punto de vista del Derecho internacional, el soldado puede actuar así. También el civil devuelve rápidamente la segunda granada y, de este modo, acalla al resto de la trinchera enemiga, de la que, de lo contrario, habría que haber temido más ataques: según el Derecho internacional general, el civil no puede actuar de este modo.

Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, es decir, con los fundamentos del Derecho del presente, no se puede *fundamentar* esta valoración del Derecho internacional. No obstante, sí se puede *explicar*: por una parte, la guerra se debe refrenar, lo cual, sin embargo, solamente es posible si no se acaba prohibiéndola *de facto*, mediante la exclusión todos los daños colaterales, pues en tal caso los Estados no lo aceptarían. Por otra parte, se deberían prohibir totalmente las acciones de francotiradores, para que la línea del frente pueda ser marcada claramente. En el camino entre estos dos polos queda la víctima de un daño colateral que, en consecuencia, ha sido por su parte *privada de sus derechos*. Esta privación de derechos significa, en todo caso cuando haya una amenaza de perder la vida, que la víctima es *excluida* del vínculo del Derecho. Pero entonces, la víctima se encuentra en el estado de la libertad *prejurídica* y puede ayudarse a sí misma como pueda y quiera, si bien, en la praxis, será difícil que nunca pueda hacerlo.

#### b. “Guerra civil”

Si estas consideraciones se trasladan a una guerra civil, en el caso de lucha contra guerrilleros o en situaciones semejantes, la situación jurídica se complica, puesto que el Estado que lucha contra los rebeldes está al mismo tiempo obligado positivamente a proteger a las víctimas de eventuales daños colaterales, pues tales víctimas son sus propios ciudadanos. Con todo, el deber de tolerancia de las víctimas no plantea problemas cuando el daño amenaza con producirse en bienes *compensables*: el ciudadano tiene que sacrificar estos bienes compensables en interés del Estado, si bien tiene que ser resarcido por ello. Por ejemplo, si los rebeldes se atrincheran en una propiedad rural (cuyos habitantes han huido), en caso de necesidad el Estado puede, mediante su Poder Militar (cuya competencia conforme a la Constitución se presupone aquí), destruir la propiedad con granadas, si bien tiene que reparar a los propietarios, al igual que ha de ocurrir en la causa de justificación del estado de necesidad agresivo.

La decisión será, en cambio, más difícil cuando no se trate de bienes compensables, sino de bienes existenciales, especialmente de la vida, y este caso no es sólo teoría, pues los rebeldes tienden a atrincherarse en medio de ciudadanos fieles al Derecho y a utilizarlos así de escudos. Es evidente que, en una situación de estas características, en principio el Poder Militar no puede hacer nada que pudiera costar la vida a los ciudadanos fieles; por tanto, debe esperar a una oportunidad “más favorable”. Sin embargo, la situación de lucha puede estar configurada de tal manera que los rebeldes, si se retrasa el golpe, consigan una ventaja enorme de la que no se les puede privar de manera alguna o, en el mejor de los casos, con elevadas pér-

didias. Formulada la pregunta de forma concreta: ¿se puede atacar al precio de la vida de cinco personas ajenas al conflicto si, en caso de no hacerlo, dentro de poco se tendrá que volver a tomar toda la región, lo cual quizá no se logre y que, desde luego, costará la vida de cincuenta soldados?

¿Cuál podría ser el fundamento para exigir de las personas ajenas al conflicto el sacrificio de la vida? Pues es *su* Estado el que lucha por su propia existencia. Pero ¿existe para los ciudadanos que no tienen el estatus especial de un soldado profesional un deber de sacrificarse por su Estado o, dicho de forma más precisa, de dejarse sacrificar? Rousseau responde afirmativamente a esta pregunta: en su planteamiento, el ciudadano se define mediante lo general, y cuando lo general exige el sacrificio de la vida, éste tiene que realizarse. Sin embargo, esta es una solución que presupone heroísmo y que en la época presente, post-heroica, solamente convence a algunos, pero no constituye desde luego la *communis opinio*.

En Alemania, el problema se ha discutido intensamente tras el 11 de septiembre de 2001 respecto al caso en el que un avión comercial secuestrado por terroristas va a ser dirigido contra un edificio en el que suele haber personas, salvo que un derribo interrumpa inmediatamente el vuelo, por cierto con la consecuencia de la muerte de todos los pasajeros y todos los miembros (legales) de la tripulación. (Contra los secuestradores opera la legítima defensa o el correspondiente derecho en virtud del cargo.) Las soluciones propuestas para el problema consisten o bien en conclusiones naturalísticas erróneas (los pasajeros y la tripulación estarán “de todos modos” muertos pronto; además, su número es menor que el de las personas del edificio elegido) o son poco plausibles en esta época post-heroica (del estatus de ciudadano se deduciría un *deber* de sacrificio) o incluso vacilantes (estado de necesidad defensivo, puesto que la existencia de los pasajeros debería convertirse en una “intrusión”) o no prácticas (*disculpación* de los órganos del Estado que actúan) o, finalmente, fatalistas (*fiat justitia, pereat mundus*).

En estas situaciones, el Derecho llega a su límite: el conflicto no puede resolverse *dentro* del Derecho, puesto que el derecho de la generalidad y el derecho de los individuos – que pertenecen totalmente a la generalidad – se enfrentan. Quien no abogue por un *pereat mundus*, tendrá que excluir a los individuos, esto es, dejarlos sin derechos, y eso no tiene nada que ver con la relación de cifras, sino con la necesidad de mantener lo general, lo cual también podría ocurrir en caso de que fueran pocas personas las que representan lo general frente a muchos que están perdidos.

“Exclusión” significa que las personas son expulsadas del Derecho, privadas de derechos, esto es, despedidas (mejor: empujadas) a la libertad del estado original. Quien no soporta esto como *ultima ratio* para la defensa del país, tampoco debería aspirar a un alto cargo político, y ello significa, a la inversa, que quien aspire a tal cargo, tiene que poder soportar exclusiones – de nuevo, como *ultima ratio* –; de lo contrario, en tiempos revueltos, se irá a pique. Ciertamente, los excluidos habrán “perdido”, puesto que difícilmente podrá tener jamás éxito una defensa en contra de su sacrificio. Sin embargo, no se puede prohibir la defensa, puesto que, debido a la exclusión, ya no existe ningún vínculo de Derecho mediante el cual se pueda

“transportar” una prohibición. Así, el resultado es el que resulte  *fácticamente*  de la proporción de fuerzas.

También hay un daño colateral cuando el Estado intenta liberar a rehenes retenidos por los terroristas y se sabe que, al hacerlo, se matará a  *un rehén concreto* , por ejemplo, porque se encuentra en la central de los secuestradores que ha de ser bombardeada. Las cosas son distintas en el caso de la liberación de un rehén o de un grupo de rehenes en el que no está claro si aquélla se logrará o si, en cambio, conducirá a daños de relevancia existencial en una persona no determinada  *ex ante* . En concreto, en la misma toma del campamento en el que está retenido un rehén o un grupo de rehenes, puede producirse su muerte o la muerte de algunos de ellos. En tales casos, en los que la persona que resulta lesionada también participa en las oportunidades de la acción de liberación, es posible – a diferencia de lo que ocurre en los casos de daños colaterales – una justificación y, en concreto, conforme a las reglas del consentimiento presunto, algo que aquí solamente puede explicarse brevemente. El consentimiento presunto se basa, en lo que se refiere a los peligros existenciales, en la idea del estado de necesidad agresivo, pero tiene en cuenta la particularidad de que el titular del bien puesto en peligro (por ejemplo, la vida de un rehén) es idéntico con el titular del bien que se ha de proteger (por ejemplo, la libertad  *de ese mismo*  rehén). En esta situación no sería adecuado insistir en que el éxito del salvamento o la posibilidad de salvamento tienen que preponderar  *esencialmente*  sobre el daño o peligro de daño, sino que es suficiente una preponderancia que sea todavía medible, de manera que el titular de los bienes estaría presuntamente de acuerdo con la acción de salvamento. Por ejemplo, un rehén enfermo, mal cuidado, es liberado en una acción que, con un 20 por ciento de probabilidad puede fracasar y costarle la vida al rehén – también en caso de fracaso concurre una justificación por consentimiento presunto –.

En concreto, son relevantes las circunstancias de la detención, en especial, la situación de abastecimiento, cuánto tiempo ya ha transcurrido y cuánto tiempo de pérdida de libertad queda presuntamente por pasar, asimismo el mayor o menor miedo al riesgo de las personas que hay que liberar y otros factores. Esto no se puede seguir detallando en este lugar.

### III. Resumen

- 1) El caso más claro de justificación según el  *principio del ocasionamiento*  es la justificación en virtud de legítima defensa. Junto a ella aparece la justificación en virtud del estado de necesidad defensivo. (II. B. 1 y 2)
- 2) La justificación de la imposición de la pena y de la custodia de seguridad también se deriva de dicho principio. (II. B. 3)
- 3) En los casos mencionados en 1º) y 2º) no hay un deber de aquél en quien se interviene consistente en  *sacrificar*  intereses, sino consistente en cargar con los  *costes*  de la resolución de un conflicto. (II. B. 1 a 3)

4) El estado de necesidad agresivo se basa en el *principio de la primacía de los intereses públicos* y fundamenta un deber de *sacrificio*; solamente se justifican intervenciones en bienes *compensables*. (II. C. 1.)

5) El Derecho internacional público excluye a las víctimas de los daños colaterales (en la medida en que permite esos daños), puesto que les prohíbe la defensa. (II. C. 2. a)

6) El problema del daño colateral se agudiza en la guerra civil, puesto que el Estado está obligado *positivamente* a proteger a las víctimas potenciales. (II. C. 2. b)

#### IV. Comentarios sobre la doctrina

1) Sobre la restricción de la *legítima defensa* al caso de la agresión *culpable*, véase Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª edición, 1991, 12/16 y ss.

2) Sobre todas las cuestiones del estado de necesidad justificante, véase Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, 2002. – La cita de Hegel se encuentra en su *Filosofía del Derecho*, § 238.

3) Sobre el *problema del daño colateral* la referencia a Rousseau corresponde a su “*Contrat Social*” II/5. – Sobre el problema, que en Alemania se discute a propósito del ejemplo del derribo de un avión secuestrado, véase:

a) Centrándose en la brevedad del margen de vida que queda “de todos modos”: Hirsch, «Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen», en: Hettinger y otros (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper*, 2007, pp. 149 y ss., p. 160, p. 161. – Sin embargo, esto no va más allá de una descripción de la situación fáctica, por lo que no alcanza el plano de lo jurídico: el plano de la *competencia* de las víctimas potenciales. – Además, esta perspectiva sesga el problema: si desde el avión se fuera a tirar una bomba a la ciudad, después de lo cual el avión podría aterrizar de forma segura, los pasajeros y la tripulación no estarían “de todos modos” muertos pronto; véase Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª edición, 2008, pp. 84 y ss.

b) Ponderando el tamaño de los grupos de personas: Hörnle, «Töten um viele Leben zu retten. Schwierige Notstandsfälle aus moralphilosophischer und rechtlicher Sicht», en: Putzke y otros (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, 2008, pp. 556 y ss., p. 570\* (según esta autora, en una “situación de empatía” entre los grupos de víctimas potenciales lo decisivo es la “relación

---

\* Existe traducción al castellano: «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal», en InDret 2/2010, pp. 1 y ss., trad. Pastor Muñoz, [http://www.indret.com/pdf/744\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf) <12.06.2018>. [N. de la T.]

de cifras”). El hecho de que no exista argumento alguno contra la despersonalización no altera el problema en nada; al respecto, Jakobs, *Rechtswang und Personalität*, 2008, pp. 20 y ss., pp. 25 y ss.

c) Planteamiento según el cual el ciudadano ha de estar obligado al sacrificio, puesto que solamente de este modo se puede mantener la capacidad de acción del Estado; con distintos puntos centrales, por ejemplo, Pawlik, «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JZ* 2004, pp. 1045 y ss., p. 1052; Isensee, «Leben gegen Leben. Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug», in: Pawlik y otros (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2002, pp. 205 y ss.\*; Depenheuer, *Selbstbehauptung des Rechtsstaats*, 2007; Hillgruber, «Der Staat des Grundgesetzes – nur „bedingt abwehrbereit“?», *JZ* 2007, pp. 209 y ss. – hoy en día, en la época post-heroica, difícilmente puede fundamentarse un *deber* de personas sin un estatus especial (como lo tienen, por ejemplo, los soldados profesionales) de renunciar, por el Estado, a la vida; en esencia, tendría que haber, por tanto, una despersonalización de las víctimas.

d) La existencia de los pasajeros como “intrusión”: Köhler, quien se centra en que – “sin acción imputable en sentido estricto” – “la existencia personal [...] tiene efectos antijurídicos, de forma objetivamente imputable, en otra persona” («Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», en: Hoyer y otros [eds.], *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, 2006, pp. 257 y ss., p. 266); según este autor, a la existencia de la persona le es “inmanente el elemento de convertirse en una intrusión” (pp. 266 y s.). – *De este modo*, se convierte a las primeras víctimas de los terroristas, a saber, los pasajeros y el personal de a bordo, en personas que tienen que responder de una “intrusión”, como si *ellas* hubieran organizado el abuso del avión (al respecto, Merkel, «§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?», *JZ* 2007, pp. 373 y ss., p. 384 y s.).

e) Contra una exculpación de los órganos estatales que actúan: Jakobs, «Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand», in: Amelung y otros (eds.), *Festschrift für Volker Krey*, 2010, p. 207 y ss., p. 209; Isensee (ob. cit. *supra*), pp. 231 y ss. – También la solución de Roxin («Der Abschuss gekapertter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», *ZIS* 2011, pp. 552 y ss., pp. 562 y s.), según la cual en “casos extremos” se excluye la “responsabilidad penal”, no puede eliminar ese defecto: la Policía y, eventualmente, el Poder Militar tendrían que aspirar a evitar el intento injusto (!) de solucionar el conflicto – de un modo que no se diferencia de la construcción mediante un supuesto estado de necesidad disculpante –.

---

\* Existe traducción al castellano: «Vida contra vida. El dilema de derechos fundamentales del ataque terrorista con un avión de pasajeros capturado», trad. Pastor Muñoz, publicada por la Universidad Externado de Colombia. [N. de la T.]

Sin embargo, Roxin ve acertadamente que queda excluida una justificación frente a las víctimas potenciales (pp. 553 y ss., con referencias detenidas de las posiciones defendidas).

f) La exclusión de las víctimas del daño colateral la reconoce Merkel, «Die „kollaterale“ Tötung von Zivilisten im Krieg», *JZ* 2012, pp. 1137 y ss., p. 1144. Este autor basa una “*nonideal justification*” en el artículo 51 apartado 5 letra b del Primer Protocolo Adicional de las Convenciones de Ginebra.

g) Sobre el consentimiento presunto, véase Jakobs, *en el lugar citado*, 15/16 y ss.

## V. Comentarios sobre la situación jurídico-constitucional en Alemania

El *ejército federal* [*Bundeswehr*] sirve a la “defensa”, artículo 87 a apartado 2 Ley Fundamental.

También puede movilizar en un “sistema de seguridad colectiva recíproca”, artículo 24 apartado 2 Ley Fundamental.

Presta “ayuda en caso de catástrofe”, artículo 35 apartados 2, 3 Ley Fundamental (con ello se quiere decir: como ayuda técnica).

En “estado de necesidad interno” (también en caso de lucha contra los rebeldes organizados y militarmente armados) el ejército puede ser movilizado de forma subsidiaria a las Fuerzas de la Policía, pero no en caso de que se oponga a ello el Congreso Federal [*Bundestag*] o el Senado Federal [*Bundesrat*], artículo 91 apartado 2, 87 a apartado 4 Ley Fundamental; véase también el artículo 87 a apartado 3 Ley Fundamental (protección de objetos, regulación del tráfico, “caso de defensa” y en “caso de tensión”, respectivamente).



## II. Estado y futuro del Derecho penal comparado\*

*Kai Ambos\*\**

**Resumen:** El Derecho penal comparado se encuentra ante nuevos retos, debido a la globalización e internacionalización del derecho, así como a la aparición de nuevas amenazas (terrorismo, criminalidad cibernética). Esta situación permite plantear la siguiente pregunta: ¿puede esta disciplina hacer un aporte significativo para mejorar la seguridad de los ciudadanos? Para responder a este interrogante es necesario realizar algunas precisiones fundamentales, especialmente con relación a los siguientes temas: concepto e historia del Derecho penal comparado (al respecto A.);

---

\* La versión original en alemán de este trabajo será publicada en la revista *Rechtswissenschaft* de la editorial Nomos con el título “*Stand und Zukunft der Strafrechtsvergleichung*”. Traducción al español por Dr. iur. Gustavo Emilio Cote Barco, LLM, profesor asistente de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia). *Nota del traductor:* las citas textuales en alemán tanto del texto principal como de los pies de página han sido traducidas y la versión original se encuentra entre corchetes. Asimismo, las citas textuales en inglés que se encuentran en el texto principal también se han traducido, no así las que se encuentran en los pies de página, dada la extensión de los mismos. Tampoco han sido traducidas las citas textuales en francés. Adicionalmente, se debe advertir que el término “*Strafrechtsvergleichung*” podría ser traducido de forma literal más exactamente como “comparación del Derecho penal”, lo cual permitiría expresar con mayor claridad que la expresión “Derecho penal comparado”, que dicho término no designa una “rama” del Derecho penal, sino más bien una aproximación metodológica a su estudio. Sin embargo, se ha mantenido la expresión “Derecho penal comparado”, dado que ésta resulta más común en el ámbito hispanohablante.

\*\* Profesor de la Universidad Georg-August de Göttingen (Alemania) y juez del Tribunal Especial para Kosovo, La Haya. Las opiniones expresadas en el presente trabajo corresponden a la condición de investigador del autor – Agradezco a mis estudiantes asistentes M. Niñe y J. Schlake por su apoyo en la investigación y formateo del texto.

su importancia y funciones (al respecto B.); sus objetivos, métodos y fundamento normativo (al respecto C.); así como sobre el estado de la investigación y su enseñanza (al respecto D.). El análisis detallado de todos estos aspectos tendría que ser tratado en una monografía particular; por esta razón, las notas al pie del presente trabajo contienen numerosas referencias. Las alternativas y la importancia que el Derecho penal comparado puede tener en el futuro (al respecto E.) dependen de la forma como se afronten los retos a los que se ha hecho alusión.

**Palabras clave:** derecho (penal) comparado (historia, objetivos, métodos, funciones, fundamento normativo), comparative criminal justice, comparación cultural, internacionalización, globalización.

**Zusammenfassung:** Die Strafrechtsverglei­chung sieht sich durch Globalisierung und Internationalisierung des Rechts sowie neuere Bedrohungslagen (Terrorismus, Cyberkriminalität) vor neue Herausforderungen gestellt. Doch kann sie überhaupt einen nennenswerten Beitrag zur Verbesserung der Sicherheit der Bürger leisten? Um diese Frage zu beantworten, sind zunächst einige grundlegende Vorklärungen notwendig: zu Begriff und Geschichte der Strafrechtsverglei­chung (dazu A.), zu Bedeutung und Funktionen (B.), zu ihren Zielen und Methoden sowie der normativen Grundlage (C.) sowie zum Stand in Forschung und Lehre (D.). All das müsste monographisch näher ausgebreitet werden; die Fußnoten enthalten deshalb zahlreiche weiterführende Hinweise. Aussichten und zukünftige praktische Bedeutung der Strafrechtsverglei­chung (E.) werden davon abhängen, wie sie sich zu den genannten Herausforderungen stellt.

**Schlüsselbegriffe:** Strafrechtsverglei­chung (Geschichte, Ziele, Methoden, Funktionen, normative Grundlage), comparative criminal justice, Kulturvergleich, Internationalisierung, Globalisierung.

**Abstract:** Comparative criminal law is currently facing the new challenges posed by the globalisation and internationalisation of law on the one hand and novel threats such as terrorism and cybercrime on the other. Thus, the question arises whether it is actually possible for comparative criminal law to make a meaningful contribution to improving citizens' security? Some fundamental issues need to be clarified before this question can be answered: the concept and history of comparative criminal law (see A.), its significance and function (B.), its aims and methods as well as its normative foundation (C.), and the current state of research and teaching in the field (D.). All of these points merit further attention in their own right, and to this end references to additional literature on each topic are provided in the footnotes. The outlook for and future practical significance of comparative criminal law (E.) will depend on how the field responds to the abovementioned challenges.

**Key words:** Comparative (criminal) law (history, objectives, methods, functions, normative foundation), comparative criminal justice, cultural comparison, internationalisation, globalisation.

## A. Fundamentación: Concepto e historia

### I. Concepto

Por “Derecho penal comparado” se debe entender, al menos en sentido programático y si se toma en serio este concepto, la investigación comparativa del Derecho penal extranjero,<sup>1</sup> lo cual, en sentido amplio, debe comprender también al derecho procesal penal así como a la administración de justicia – en el sentido de una comparación integral de la justicia penal (“*comparative criminal justice*”) –.<sup>2</sup> Solo de esta manera es posible una comparación estructural tal y como se explicará más adelante. En lo que a la comparación se refiere, ésta puede tomar como base el ordenamiento jurídico propio, para valorarlo teniendo en cuenta el Derecho penal extranjero; aunque los ordenamientos jurídicos objeto de análisis simplemente pueden compararse sin llevar a cabo ninguna valoración.<sup>3</sup> En todo caso, es difícil establecer un único concepto de “Derecho penal comparado”, dado que éste se adapta de forma dinámica de acuerdo con los fines u objetivos que se persiguen con cada comparación.<sup>4</sup> En este sentido, es posible afirmar que el Derecho penal comparado

---

<sup>1</sup> Para un concepto de derecho comparado de esta clase ver en general por ejemplo *E. Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, en: K. Zweigert/H.-J. Putfarken (ed.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt 1978, p. 86 (“derecho comparado significa que las disposiciones jurídicas de un Estado son discutidas junto con las disposiciones de otro ordenamiento jurídico o con todos, pasados o presentes, los que sea posible. Nosotros investigamos qué preguntas son formuladas aquí y allá y cómo se responden, luego, cómo se relacionan las respuestas entre ellas” [“*Rechtsvergleichung bedeutet, daß die Rechtssätze eines Staates [...] mit den Rechtssätzen einer anderen Ordnung auseinandergesetzt werden oder auch mit möglichst vielen anderen aus Vergangenheit und Gegenwart. Wir untersuchen, welche Fragen da und dort gestellt und wie sie beantwortet werden, sodann, wie sich die Antworten zueinander verhalten.*”]); ver también *A. Junker*, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, *JZ* 1994, p. 921 (922) (Comparación como “proceso” [“*Vorgang*”]).

<sup>2</sup> Fundamental *D. Nelken*, *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*, Los Angeles: Sage 2010. Este concepto es empleado con frecuencia para referirse a la comparación normativa del Derecho penal sustancial y procesal, ver por ejemplo *E. Grande*, *Comparative Criminal Justice: a Long Neglected Discipline on the Rise*, en: M. Bussani/U. Mattei (ed.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge 2012, p. 191–204; también *P. Roberts*, *On Method: The Ascent of Comparative Criminal Justice*, *Oxford Journal of Legal Studies* 22 (2002), p. 539–561 (revisando *D. Nelken*, *Contrasting Criminal Justice: Getting from Here to There*, Aldershot, Hants, England; Vermont, Vt.: Ashgate/Dartmouth 2006).

<sup>3</sup> Ver *A. Eser*, *Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung*, en: H.-J. Albrecht (ed.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht – Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Berlin 1998, p. 1499 (1501).

<sup>4</sup> Ver *A. Eser*, *Strafrechtsvergleichung: Entwicklung – Ziele – Methoden*, en: A. Eser/W. Perron (ed.), *Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa*, Berlin 2015, p. 929 (941) con más referencias en el pie de página 7 (“el concepto depende decisivamente de

se dirige de cierta manera a un “*moving target*”, por lo cual “captarlo en una definición global pero que al mismo tiempo sea específica y tenga validez general” parece “casi imposible”<sup>5</sup>. Además, el objeto de la comparación puede variar considerablemente:<sup>6</sup> es posible comparar solamente el derecho positivo – en el sentido del antiguo derecho comparado legalista (dogmático-conceptual y normativo) – o incluir también los valores que le son subyacentes; asimismo, es posible ir más allá de lo normativo y tomar como punto de referencia problemas concretos para investigar las respuestas que estos han generado – en el sentido del método funcional, aún hoy dominante –, para lo cual es posible concentrarse en los problemas sociales concretos (“*problem-solving approach*”) o incluir también en el análisis las instituciones jurídicas que se han implementado para solucionarlos (“*functional-institutional approach*”). De hecho, las condiciones socioculturales de los ordenamientos jurídicos particulares también pueden ser objeto de comparación (“*Kulturvergleich*”). Sobre esto se volverá más adelante.<sup>7</sup> En consecuencia, siguiendo la definición de *Rheinsteins* aún hoy válida, es posible afirmar que el derecho comparado es “una ciencia del derecho (entendido como producto social) empírica, que investiga la correspondencia de la vida en sociedad con las normas legales”<sup>8</sup>, o, según una definición más reciente de *Eser*, “una comparación de diferentes derechos, científica y sistemáticamente dirigida a un objetivo específico y de acuerdo con esto metodológicamente adaptada”<sup>9</sup>. Por otro lado, el derecho comparado, en cuanto comparación de la justicia penal tal y como se ha entendido sobre todo en el ámbito angloamericano, se pregunta de manera más general y decididamente más empírica (en contraste con las anteriores definiciones), sobre cómo “las personas e instituciones en diferentes lugares” tratan con “problemas de delincuencia”<sup>10</sup>, para lo cual la atención se centra la mayoría de las veces en la ejecución penal y en los operadores judiciales.<sup>11</sup> Este tipo de comparación parece más adecuada que la propuesta por los enfoques tradicionales para abordar los retos a los que se ha hecho referencia.

---

la finalidad que se persiga con la comparación” [*wonach das Verständnis des Begriffs “offenbar entscheidend davon” abhängt, “welcher Zweck damit gerade verfolgt wird.”*]).

<sup>5</sup> [“fast aussichtslos”] ... [“in einem sowohl allumfassenden wie gleichermaßen spezifischen und dabei auch noch allgemeingültigen Begriff zu erfassen”] *Eser*, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1500.

<sup>6</sup> Ver también *Eser*, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1501; *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1050–1056 con más referencias.

<sup>7</sup> Al respecto ver más adelante apartado C.II.

<sup>8</sup> [“empirische, Gesetzmäßigkeiten des Soziallebens erforschende Wissenschaft vom Recht als allgemeiner Kulturerscheinung”] *M. Rheinstein*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München 1987, p. 21.

<sup>9</sup> [“ein wissenschaftlich-systematisch auf ein bestimmtes Ziel ausgerichtet und dementsprechend methodisch angepasstes Vergleichen verschiedener Rechte”] *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 962; más sencillo *J. Pradel*, *Droit pénal comparé*, Paris: Dalloz 2008, p. 3 (“*l’étude des différences et des ressemblances entre deux (ou plusieurs) ensembles juridiques pénaux*”).

<sup>10</sup> [“people and institutions in different places”] ... [“crime problems”] *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 1.

<sup>11</sup> *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 1 (“[...] links between crime, social order and punishment, and explores the roles played by police, prosecutors, courts, prisons and other actors and institutions in the wider context of various forms of social control.”).

## II. Historia

La importancia del Derecho penal comparado fue descubierta desde principios del siglo XIX.<sup>12</sup> Anselm von Feuerbach (177–1833) no solo se sirvió teóricamente del empirismo del método comparativo con miras a la creación de una – también históricamente orientada<sup>13</sup> – “jurisprudencia universal”<sup>14</sup>, sino que de esta misma manera utilizó el derecho procesal penal comparado en su lucha por la reforma al proceso penal, para lo cual tuvo en cuenta especialmente los desarrollos que habían tenido lugar en Francia.<sup>15</sup> Posteriormente, Karl Joseph Anton Mittermaier (1787–

---

<sup>12</sup> Ver H.-H. Jescheck, *Entwicklung, Aufgaben und Methode der Strafrechtsvergleichung*, Tübingen 1955, p. 10 (10–24); Pradel, *Droit* (nota al pie 9), p. 16 ss.; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1503 s.; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 943 s., 949 – en general sobre la historia del derecho comparado H. Jung, *Zu Theorie und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, en: R. De Giorgi (ed.), *Il diritto e la differenza: scritti in onore di Alessandro Baratta*, Vol. 1, Lecce: Pensa multimedia 2002, p. 361; Grande, *Comparative* (nota al pie 2), p. 193; W. Heun, *Die Entdeckung der Rechtsvergleichung*, en: W. Heun/F.Schorkopf (ed.), *Wendepunkte der Rechtswissenschaft: Aspekte des Rechts in der Moderne*, Göttingen 2014, p. 9 (10 ss.) (quien ubica este desarrollo alrededor del año 1800, pero ve un auge en la primera mitad del siglo XIX con Feuerbach); J. Basedow, *Comparative Law and its Clients*, *American Journal of Comparative Law (AJCL)* 62 (2014), p. 821, 827 ss. (“not before the end of the nineteenth century”, 829; diferencia seis niveles de desarrollo); M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 10 (“traditional comparative law” a principios del siglo XX). Sobre la importancia, incluso más temprana, de los estudios comparados en otras áreas (etnología, lingüística, religión, etc.) como “scientific method” ver N. Jansen, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, en: M. Reimann/R. Zimmermann (ed.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 305 (318 ss.).

<sup>13</sup> Sobre la relación entre derecho comparado e historia del derecho, primero durante la República de Weimar, ver S. Vogenauer, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung um 1900: Die Geschichte einer anderen “Emanzipation durch Auseinanderdenken”*, *RabelsZ.* 76 (2012), 1122 ss.; también H. Kötz, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, *JZ* 1992, p. 20 (21 s.) (“madera del mismo tronco” [“Holz vom gleichen Stamm”]); Junker, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 923 (“la misma raíz” [“dieselbe Wurzel”]); Heun, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12) p. 15 s., 19; para un enfoque decididamente histórico ver A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1. edición, Edinburgh: Scottish Academic Press 1974, p. 1 (3) (derecho comparado como “*Legal History concerned with the relationship between systems*”, p. 6); al contrario, resaltando las diferencias U. Kischel, *Rechtsvergleichung*, München 2015, § 1 notas marginales (nm.) 27 ss. (en el marco de la investigación histórica no se discute sobre la interpretación correcta del derecho extranjero por medio de entrevistas con juristas prácticos, de manera que la comparación estructural a la que se hace referencia más abajo (nota al pie 119 ss.) no es posible).

<sup>14</sup> P.J.A. von Feuerbach, *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen* (1810), en: Anselms von Feuerbach *kleine Schriften vermischten Inhalts*, 1. Abteilung, Nürnberg 1833, p. 152 (163).

<sup>15</sup> P.J.A. von Feuerbach, *Über die Gerichtsverfassung und das richterliche Verfahrens Frankreichs, in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Aalen 1825. Con relación a Feuerbach también Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 11 s.; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1503; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 943 s.; M. D. Dubber, *Comparative Criminal Law*, en: Reimann/Zimmermann (ed.), *Handbook* (nota al pie 12), p. 1287 (1292 ss.: “good place to start”). Sobre la importancia especial del desarrollo en Francia ver T. Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. edición, Berlin 2011, p. 88 ss.

1867) y Heinrich Albert *Zachariä* (1806–1875), discípulos de Feuerbach, también se inspiraron en la perspectiva comparada con este mismo objetivo.<sup>16</sup> Así pues, el proceso penal alemán (reformado) liberal no hubiera sido posible sin los modelos francés y angloamericano.<sup>17</sup> A principios del siglo XX *Franz von Liszt*, “el gran impulsor y promotor del derecho comparado en el área del Derecho penal”<sup>18</sup>, presentó su teoría, de orientación empírica, según la cual el derecho comparado debía informar sobre la “dirección del desarrollo” de la vida en sociedad, para permitir al legislador la “intervención decidida” en dicho desarrollo o la “proposición consciente de objetivos”<sup>19</sup> y así identificar los “rasgos del ‘derecho correcto’”<sup>20</sup>. Además, bajo la influencia decisiva de Liszt, apareció a principios del siglo XX (1905–1909) en 16 tomos la “Presentación comparativa del Derecho penal alemán y extranjero”<sup>21</sup>, la cual traía consigo los primeros lineamientos del Derecho penal comparado legislativo<sup>22</sup> y ha sido definida por Leon Radzinowicz como un “hito en la historia de los estudios penales comparados”<sup>23</sup>; con esto, el Derecho penal compa-

<sup>16</sup> Cfr. *C. J. Mittermaier*, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft, Stuttgart und Tübingen 1845; *del mismo autor*, Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren im Zusammenhang mit den politischen, sittlichen und sozialen Zuständen und in den Einzelheiten der Rechtsausübung dargestellt, Erlangen 1851; *H. A. Zachariä*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer konsequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips, Göttingen 1846; al respecto también *E. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen 1965, p. 288 ss., 292 s., 297.

<sup>17</sup> *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1512.

<sup>18</sup> [“*der große Förderer und Anreger der Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Strafrechts*”] *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 10.

<sup>19</sup> [“*Entwicklungsrichtung*”] ... [“*zielbewusstes Eingreifen*”] ... [“*die bewusste Zwecksetzung*”] *F. v. Liszt*, Tötung und Lebensgefährdung (§§ 211–217, 222 RStGB), en *K. Birkmeyer* entre otros (ed.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Berlin 1905–1909, BT Bd. V, 1905, p. 1 (4 s.).

<sup>20</sup> [“*Kennzeichen des ‘richtigen Rechts’*”] *F. v. Liszt*, Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung. II., ZStW 27 (1907), p. 91 (95) (“en la tendencia empírica existente de la vida social organizada en el Estado visualizo la marca del ‘derecho correcto’; solo de esta manera es posible construir un sistema científico de la política” [“*In der empirisch gegebenen Entwicklungsrichtung des im Staat organisierten gesellschaftlichen Lebens erblicke ich als das Kennzeichen des ‘richtigen Rechts’; nur auf dieser Grundlage lässt sich ein wissenschaftliches System der Politik aufbauen*”]); *ders.*, Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung, ZStW 26 (1906), p. 553 (556). Sobre *v. Liszt* también *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 10 s.; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 949.

<sup>21</sup> [“*Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*”] *Birkmeyer* entre otros (ed.), nota al pie 19.

<sup>22</sup> Sobre el origen histórico del derecho comparado legislativo ver *Henn*, Rechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 13 ss., el cual es visto por este autor – junto con el derecho comparado científico y jurídico-práctico – como una de las raíces del derecho comparado moderno.

<sup>23</sup> [“*landmark in the history of comparative penal studies*”] *L. Radzinowicz*, International Collaboration in Criminal Science, The Law Quarterly Review 58 (1942), p. 110 (128).

rado debería haberse erigido como una disciplina autónoma.<sup>24</sup> De hecho, incluso antes se comenzó con la “Edición de Códigos Penales no alemanes en traducción alemana”<sup>25</sup>, la cual, aunque en forma diferente, subsiste hasta hoy.<sup>26</sup>

Paralelamente se dio una cierta *institucionalización* del derecho comparado, por medio de la creación de varias asociaciones,<sup>27</sup> de las cuales se deben mencionar dos en especial: en primer lugar, en 1888 fue fundada la *Internationale Kriminalistische Vereinigung* por Liszt, van Hamel und Prins,<sup>28</sup> y luego, como su sucesora, en el año 1924 y por iniciativa francesa la AIDP.<sup>29</sup> En el ámbito del *common law*, aunque considerablemente después (1989), se estableció la *Society for the Reform of Criminal Law* con sede en Canadá.<sup>30</sup> A nivel científico el trabajo de estas asociaciones ha sido complementado por organizaciones especializadas dedicadas a la investigación, especialmente por el Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional de la ciudad de Friburgo, el cual hace parte de la Sociedad Max-Planck desde 1965.<sup>31</sup>

## B. Importancia y funciones del Derecho penal comparado

### I. Importancia

Si bien aquí no se pretende sobredimensionar la relevancia del derecho (penal) comparado al punto de llegar a considerarlo como el “oficio de la época”<sup>32</sup>, su importancia difícilmente puede ser exagerada en tiempos de globalización e inter-

<sup>24</sup> Ver también *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 943 (ningún método sistemático o disciplina especial del derecho comparado hasta finales del siglo XIX).

<sup>25</sup> [*“Edition außereuropäischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung”*] *Jescheck*, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 13, 15 (de 1888 a 1942 54 tomos, después otra vez a partir de 1952). La sección extranjera de la revista ZStW fue fundada solo hasta 1953 como boletín informativo (*Jescheck*, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 15 con pie de página 19).

<sup>26</sup> Vgl. <https://www.mpic.de/de/forschung/publikationen/uebersetzungen.html> <19.06.2018>.

<sup>27</sup> *Jescheck*, *Entwicklung* (nota al pie 12), 16 ss.; *Pradel*, *Droit* (nota al pie 9), p. 21 ss.; *Eser*, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1504 s.; *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 949 s.

<sup>28</sup> *Jescheck*, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 12 s., 17; *Eser*, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1505.

<sup>29</sup> *Jescheck*, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 18 s., sobre el grupo alemán [Landesgruppe] de Adolf Schönke fundado en 1951 ver p. 24.

<sup>30</sup> *Eser*, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1505. La revista oficial de esta sociedad es la “Criminal Law Forum”, Springer, cuyo editor “*in-chief*” es el autor de este texto.

<sup>31</sup> *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 947 s. con más referencias (el cual surgió de un instituto fundado por Adolf Schönke en el año 1938 en la Universidad de Friburgo); ver también *Pradel*, *Droit* (nota al pie 9), p. 24 s.

<sup>32</sup> Así *A. v. Bogdandy*, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum*, JZ 2011, p. 1; *del mismo autor*, *Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft. Betrachtungen zu einem identitätswandelnden Prozess*, en: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (ed.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2015, p. 145; similar *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 950 s. (“[...] probablemente no ha habido época en la que el llamado al derecho comparado haya sido tan fuerte como hoy en día” [*“[...] wahrscheinlich gab es noch keine Zeit, in welcher der Ruf nach Strafrechtsvergleichung lauter als heutzutage erschallt wäre.”*]).

nacionalización del derecho.<sup>33</sup> La globalización ha conducido a una institucionalización masiva en forma de organizaciones y asociaciones supranacionales – las cuales operan a nivel mundial o regional, como instituciones públicas o privadas –, que generan<sup>34</sup> una enorme demanda de estudios legales comparados y en las que miles de juristas procedentes de varias naciones día a día deben realizar análisis comparativos, dando lugar a una “*comparación viva de sistemas jurídicos*”<sup>35</sup>.

Para el *Derecho penal supranacional* la importancia del derecho comparado surge de las mismas fuentes legales primarias,<sup>36</sup> especialmente de los derechos fundamentales europeos, derivados desde tiempo atrás de las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”<sup>37</sup>. Adicionalmente, la “aproximación de las legislaciones penales”<sup>38</sup>, propuesta en el marco del *Derecho penal de la Unión Europea (EU)*,

<sup>33</sup> Sobre el incremento en general de la importancia debido a cinco factores ver U. Sieber, *Strafrechtsvergleichung im Wandel – Aufgaben, Methoden und Theoriesätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft*, en: U. Sieber/H.-J. Albrecht (ed.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Berlin 2006, p. 78 (80 ss.); sobre cuatro fenómenos en particular Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 951-953 (de un “mercado de oferta a uno de demanda” [von “Angebots- zu einem Nachfragemarkt”]); del mismo autor, *Zum Stand der Strafrechtsvergleichung: eine literarische Nachlese*, en: Ch. Safferling entre otros (ed.), *FS Streng*, Heidelberg 2017, p. 669 (672 s.); ver también H. Jung, *Grundfragen der Strafrechtsvergleichung*, *JuS* 1998, p. 1 (“importancia creciente” [“Bedeutungszuwachs”]), p. 7 (“nueva era [...]” [“neue Ära [...]”]); del mismo autor, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 380 (“efecto estimulante de la europeización e internacionalización” [“stimulierende Wirkung von Europäisierung und Internationalisierung”]); del mismo autor, *Wertende (Straf-)Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff*, *GA* 2005, p. 1 (2 s.) (derecho comparado como “ganador” de la internacionalización [“Strafrechtsvergleichung als ‘Gewinner’ der Internationalisierung”]); T. Weigend, *Criminal Law and Criminal Procedure*, en: J. M. Smits, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Elgar 2006, p. 214 (215 ss.) (“increase of its relevance”); S. Beck, *Strafrecht im interkulturellen Dialog*, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, Baden-Baden 2011, p. 65 (66) (“reactivación” [“Wiederbelebung”]); F. Meyer, *Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 87 (87–89) (“mayor impulso” [“ungeheurer Auftrieb”]). – respecto a la influencia de la globalización sobre el derecho comparado ver Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 825 s., 837, 857; sobre “global comparative law” en este sentido Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 187 ss. (quien diferencia entre “hegemonic and counter-hegemonic globalisation” así como “globalised localism” y “localised globalism”), sobre el debilitamiento de las fronteras estatales (“fading state borders”) a través de convergencia de normas jurídicas, regionalización y transnacionalización p. 222 ss.

<sup>34</sup> Para un enfoque basado en la demanda ver Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 837 ss. (quien diferencia entre “clients” de la academia, “legal professions”, “legislature” y las “unification agencies”).

<sup>35</sup> [“living comparison of laws”] ver Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 854–856, 857 (“massive institutional foundation for comparative law”, “institutional side of globalization”).

<sup>36</sup> Sobre esta influencia vertical de arriba hacia abajo también Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 999–1001.

<sup>37</sup> [“aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten”] Ver art. 6 (3) Tratado de la Unión Europea (TUE).

<sup>38</sup> Art. 67 (3) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); también art. 82 (1) TFUE, art. 83 (2) TFUE; sobre reparación de perjuicios “de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros” ver art. 340 (2) TFUE.

así como la creación de “normas mínimas” tanto en el campo del Derecho penal procesal como material,<sup>39</sup> supone, en primer lugar, determinar mediante investigaciones comparativas sobre los sistemas legales de los Estados que pertenecen a la UE, en dónde existe dicha necesidad de aproximación. Para establecer normas procesales mínimas se deben tener en cuenta, además, “las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos” de dichos Estados.<sup>40</sup> Estas diferencias se deben identificar precisamente mediante investigaciones de derecho comparado. La posibilidad de iniciar el trámite de “suspensión del procedimiento legislativo”, prevista en el Tratado de Lisboa, cuando un “proyecto de directiva” dirigida a la aproximación de las legislaciones internas afecta “aspectos fundamentales” del sistema de justicia penal de uno de los Estados miembros,<sup>41</sup> exige también a la Comisión, en cuanto iniciadora del trámite legislativo, tener en cuenta este tipo de aspectos al proponer cada proyecto, anticipando al mismo tiempo las posibles reservas que los Estados puedan presentar; nuevamente, esto exige que la Comisión esté familiarizada – mediante estudios comparativos – con los fundamentos de los ordenamientos jurídico-penales nacionales. A nivel operativo, los órganos de la UE a los que se les ha confiado realizar investigaciones transfronterizas (Europol, OLAF, Eurojust y la futura fiscalía europea)<sup>42</sup> se deben ocupar permanentemente de la interpretación y aplicación del derecho interno de los Estados miembros, ya que, debido a la inexistencia de un verdadero derecho procesal penal europeo, dichas investigaciones se deben realizar conforme al sistema legal del Estado en donde se lleven a cabo este tipo de actividades en concreto (*lex loci*), de manera que las investigaciones criminales transfronterizas suponen la aplicación de diferentes ordenamientos jurídicos. Precisamente aquí se evidencia el cambio de perspectiva desde el plano nacional al supranacional y europeo.<sup>43</sup> En el marco del Consejo de Europa, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha ocupado de asuntos que involucran problemas jurídico-penales (materiales y procesales) que exigen un conocimiento profundo del derecho del Estado demandado.<sup>44</sup> Asimismo, la prohibición europea de doble persecución penal<sup>45</sup> requiere una decisión que

---

<sup>39</sup> Para el derecho procesal penal ver art. 82 (2) TFUE (“para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza”); para el Derecho penal material ver art. 83 (1) TFUE (“normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza”).

<sup>40</sup> Art. 82 (2) TFUE.

<sup>41</sup> Art. 82 (3), art. 83 (3) TFUE.

<sup>42</sup> Sobre estos órganos ver *K. Ambos*, *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 5. edición 2018, § 13; en castellano *Ambos*, *Derecho Penal Europeo*, Madrid: Thomson Reuters, 2017, Cap. V nm. 1 ss.

<sup>43</sup> Sobre europeización metodológica ver *v. Bogdandy*, *Internationalisierung* (nota al pie 32), p. 144–146.

<sup>44</sup> Ver *Ambos*, *Strafrecht* (nota al pie 42), § 10 nm. 12 ss.; *Ambos*, *DP Eur.* (nota al pie 42), Cap. II nm. 16 ss. y 104 ss.

<sup>45</sup> Ver art. 54 Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de

ponga fin al proceso en el Estado que en un primer momento ha juzgado a la persona en cuestión,<sup>46</sup> pues bien, la clasificación legal de dicha decisión, necesaria para determinar si en el caso concreto la prohibición de doble persecución es aplicable, no es posible si no se conoce el derecho procesal extranjero relevante.<sup>47</sup>

En el área del *Derecho penal internacional* se tienen los principios generales del derecho en sentido clásico – entendidos como los principios comunes a los ordenamientos jurídicos más importantes<sup>48</sup> – como una de las fuentes que aquí siempre se han reconocido.<sup>49</sup> Esto se desprende de la teoría tradicional de las fuentes del dere-

la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa y art. 50 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>46</sup> Al respecto y sobre las demás condiciones ver *Ambos*, Strafrecht (nota al pie 42), § 10 nm. 163 ss.: *Ambos*, DP Eur. (nota al pie 42), Cap. II nm. 161 ss.

<sup>47</sup> Ver en este sentido también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 994 s.

<sup>48</sup> Solo en este contexto puede reclamar cierta relevancia la división entre “familias jurídicas” (clásico al respecto *R. David*, Les grands systèmes de droit contemporains, 1. edición., Paris: Dalloz, 1964, p. 12 s.; *R. David/C. Jauffret-Spinozi*, Les grands systèmes de droit contemporains, Paris: Dalloz 2002, p. 15 s.; *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts, Tübingen 1996, p. 62 ss.; *Siems*, Comparative Law, nota al pie 12, s. 73 ss.), especialmente la distinción entre el ámbito angloamericano (“*common law*”) y germano-románico (“*civil law*”), en la medida en que permite – por decirlo de alguna manera, desde una primera mirada – delimitar la investigación a ordenamientos jurídicos representativos (asimismo *P. de Cruz*, Comparative Law in a Changing World, 3. edición, London: Routledge-Cavendish 2007, p. 35; *Kötz*, Abschied von der Rechtskreislehre?, ZEuP 1998, p. 493, 504 (“primera orientación a grandes rasgos” [“*erste grobe Orientierung*?”]); *Siems*, en el lugar indicado, p. 92 (“*didactic aim*”); *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 4 nm. 19, 25 s.). Por lo demás, dicha división se debe rechazar, debido a que ignora las diferencias que existen al interior de cada “familia” – por ejemplo entre el Derecho penal inglés y el de los Estados Unidos (a nivel federal) o entre el Derecho francés y el alemán – y resalta solo las similitudes, en otras palabras, tiende a la simplificación; además, tiene un sesgo hacia el derecho civil y margina a los ordenamientos jurídicos no occidentales, como aquellos de las antiguas colonias o del mundo islámico y budista (ver críticas de *Kötz*, en el lugar arriba indicado, p. 495 ss.; *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 7, 80 ss.; *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 4 nm. 11–17, 20–24; crítico también *H. Heiss*, Hierarchische Rechtskreiseinteilung: Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?, ZVglRWiss 100 (2001), p. 396 (399 ss.), aunque él mismo propone una división jerárquica (412 ss., 416 ss.); *J. Husa*, Classification of Legal Families Today – Is it Time for Memorial Hymn?, Revue Internationale de Droit Comparé 56 (2004), p. 11 ss.; *Weigend*, Criminal Law (nota al pie 33), p. 219; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1069 s.; antes también *G. Frankenberg*, Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law, Harvard International Law Journal 26 (1985), p. 411 (442 s.)). – También existen otros intentos de división, por ejemplo, a nivel general entre tradiciones jurídicas, ver *H. P. Glenn*, Legal traditions of the world: sustainable diversity in law, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 1 ss., 60 ss. (crítico al respecto *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 131 ss.); o desde una perspectiva político-criminal según modelos de Estado y de sociedad, *M. Delmas-Marty*, Les grands systèmes de politique criminelle, Paris: Presses universitaires de France 1992, p. 81 ss. Sobre las “*units of comparison*” ver también *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 28 ss.

<sup>49</sup> Ver, aunque algo exagerado, *Jeschke*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 31 (lucha contra la “criminalidad internacional” a través del derecho comparado; especial responsabilidad con relación a la creación de un “Derecho penal internacional”, el cual “en cuanto consciencia objetiva de la humanidad está llamado a asegurar [...] los grandes postulados de la justicia frente a los efectos del «odio incondicional» de los tiempos de guerra” [*Bekämpfung des “internationale[n] Verbrechen[tu]m[s]” durch Rechtsverglei-*

cho internacional,<sup>50</sup> acogida en el Estatuto de Roma (ER) para el Derecho penal internacional contemporáneo.<sup>51</sup> La existencia de la Corte Penal Internacional (CPI), así como de varios tribunales penales internacionales, ha contribuido para que el Derecho penal comparado adquiriera una importancia práctica enorme,<sup>52</sup> aunque la práctica judicial la mayoría de las veces no va más allá de una selección arbitraria (“*cherry picking*”<sup>53</sup>) de ordenamientos jurídicos nacionales, razón por la cual en este contexto sería deseable un proceder más sistemático.<sup>54</sup> Sobre esto se volverá más adelante.<sup>55</sup>

En el *derecho de la cooperación judicial* [*Rechtshilferecht*] existe un contacto permanente con ordenamientos jurídicos extranjeros y, dependiendo del tipo de cooperación – extradición/entrega, “pequeña” asistencia judicial o cooperación en la ejecución de decisiones judiciales – y de relación jurídica entre los Estado – mediada o no por un tratado internacional, bilateral o multilateral –, los conocimientos sobre el derecho del Estado requirente o requerido son necesarios o por lo menos útiles. Incluso en un sistema como la UE, en el cual cada vez adquiere mayor relevancia el reconocimiento mutuo<sup>56</sup> de las decisiones judiciales, el derecho interno no es desplazado completamente por el derecho secundario,<sup>57</sup> sino que de hecho puede aparecer como una de las razones para rechazar una petición o requerimiento<sup>58</sup> o

*chung, besondere Verantwortung bezüglich der Schaffung eines “völkerrechtlichen Strafrechts”, nämlich als “das sachliche Gewissen der Menschheit dazu berufen, die Gerechtigkeit in ihren großen Postulaten [...] zu sichern gegen die Auswirkungen des «bedingungslosen Hasses» der Kriegszeit [...]”*); recientemente también L. Chiesa, *Comparative Criminal Law*, en: M. D. Dubber/T. Hörnle (ed.), *Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 1089 (1093 s.); Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1013.

<sup>50</sup> Ver art. 38 (1) (c) ER (“*general principles of law recognized by civilized nations*”).

<sup>51</sup> Ver art. 21 (1) (c) ER (“*general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime [...]*”). Al respecto también Grande, *Comparative* (nota al pie 2), p. 191; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 991 (aplicación subsidiaria del derecho extranjero en el marco del Derecho penal comparado judicial [*subsidiäre Fremdrechtsanwendung im Rahmen judikativer Strafrechtsvergleichung*]), (1002).

<sup>52</sup> Ver También Weigend, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 217.

<sup>53</sup> Así la crítica formulada especialmente en los Estados Unidos al uso del derecho comparado por parte de los tribunales, ver M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2014 (e-book), p. 147; T. Kadner Graziano, *Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?*, en: M. Andenas/D. Fairgrieve (ed.), *Courts and Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 25 (30) con más referencias.

<sup>54</sup> Ver también P. Roberts, *Comparative Law for International Criminal Justice*, en: E. Örucü/D. Nelken (ed.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford: Hart 2007, p. 339 (340, 350 ss., 363, 365) (quien aboga por un “*more explicit, systematic, and methodologically astute recourse to comparative legal method*” y en este sentido discute seis áreas).

<sup>55</sup> Ver apartado C.II.

<sup>56</sup> Sobre este principio ver *Ambos*, *Strafrecht* (nota al pie 42), § 9 nm. 26 s.; *Ambos*, *DP Eur.* (nota al pie 42), Cap. I nm. 25 ss.

<sup>57</sup> Sobre los instrumentos de la UE con carácter de derecho secundario ver *Ambos*, *Strafrecht* (nota al pie 42), § 12 nm. 14 ss.; *Ambos*, *DP Eur.* (nota al pie 42), Cap. IV nm. 14 ss.

<sup>58</sup> Ver por ejemplo art. 3, 4 Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (*Diario Oficial* n° L

para la imposición de condiciones para la ejecución de una determinada decisión judicial.<sup>59</sup> En la clásica asistencia judicial basada en un tratado de cooperación, el principio de la punibilidad recíproca supone examinar el Derecho penal del Estado requirente,<sup>60</sup> de manera similar a lo que ocurre en el contexto de las normas sobre la aplicación del Derecho penal a hechos cometidos en el extranjero respecto al derecho del lugar en donde se ha consumado la conducta punible.<sup>61</sup> Cuando no existe tratado la situación depende del Estado requerido, razón por la cual es recomendable estar familiarizado desde antes con su sistema legal y sobre todo con su práctica en esta materia.

## II. Funciones

Estos ejemplos muestran que el derecho comparado, por un lado, constituye en varios sentidos el fundamento del Derecho penal a nivel internacional. Debido a que el Derecho penal internacional y el Derecho penal europeo se alimentan en buena parte de los ordenamientos jurídico-penales nacionales – no obstante la interpretación autónoma del derecho supranacional y el proceso de institucionalización a este nivel –, le corresponde al derecho comparado una función fundamental en tanto fuente de información, no solamente como mecanismo para “producir” principios generales del derecho en el sentido clásico ya mencionado. Al mismo tiempo el derecho comparado permite la comparación horizontal a nivel internacional entre las distintas instituciones y su derecho, por decirlo de alguna manera, más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales. Sobre esto se volverá más adelante.

Por otro lado, bajo ciertas circunstancias, puede ser razonable para el legislador nacional consultar en perspectiva comparada el derecho extranjero antes de regular una determinada situación (*Derecho penal comparado legislativo*).<sup>62</sup> Pero, también los distintos actores del sistema de justicia penal – fiscales, defensores y jueces – dependen cada vez más de los resultados de análisis comparativos para resolver pro-

---

190 de 18/07/2002 p. 0001–0020), modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI.

<sup>59</sup> Ver por ejemplo art. 5 Decisión Marco del Consejo (nota al pie 58).

<sup>60</sup> Ver por ejemplo art. 2 (1) Convenio Europeo de Extradición. Al respecto en este contexto también *Eser, Entwicklung* (nota al pie 4), p. 992–994 (“poder punitivo dependiente del derecho extranjero” [*“fremdrechtsabhängige Strafgevalt”*]).

<sup>61</sup> Ver § 7 (1) y (2) Código Penal alemán (“en el lugar de los hechos con amenaza de pena” [*“am Tatort mit Strafe bedroht”*]).

<sup>62</sup> Ver *Weigend, Criminal Law* (nota al pie 33), p. 215; *Eser, Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1005 ss.; *Chiesa, Comparative* (nota al pie 49), p. 1091; ver también Sect. 3 (1) Law Commissions Act 1965 (“duty of each of the commissioners [...] to obtain [...] information as to the legal system of other countries [...]”); desde una perspectiva comparativa general ver *Kischel, Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 22 ss.; sobre el legislador como “cliente” del derecho comparado ver *Basedow, Comparative Law* (nota al pie 12), p. 842 ss.

blemas en casos concretos (*Derecho penal comparado judicial*),<sup>63</sup> debido a que la criminalidad – justamente en el espacio de libertad, seguridad y justicia que constituye la UE<sup>64</sup> – ya no tiene lugar únicamente al interior las fronteras nacionales. Finalmente, pero no menos importante, el Derecho penal comparado puede ser desarrollado desde el punto de vista *científico-teórico*<sup>65</sup>, bien sea para obtener una visión ampliada del derecho propio o para la solución de problemas jurídicos fundamentales (derecho comparado como quinto método de interpretación).<sup>66</sup>

Hasta aquí se han mencionado las *funciones* clásicas del Derecho penal comparado<sup>67</sup> que han ganado importancia desde mediados del siglo XIX. Si, además, es posible complementar estas tres funciones con una cuarta función por medio del “Derecho penal comparado evaluativo-competitivo”<sup>68</sup>, es una pregunta que puede dejarse abierta, puesto que la valoración<sup>69</sup> cumple de todas maneras un rol impor-

<sup>63</sup> Esta función del derecho comparado fue formulada incluso en el año 1900 por el civilista Zitelmann como “importancia en la aplicación del derecho” [*“Bedeutung in der Rechtsanwendung”*], ver *E. Zitelmann, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung*, Dt JZ V (1900), p. 329, reproducido en: K. Zweigert/H.-J. Puttfarcken (ed.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt: Wiss. Buchges. 1978, p. 11 (11 s.). Los ejemplos en la jurisprudencia penal alemana son múltiples, ver BGHSt 1, 297; 2, 152; 2, 257; 5, 30; 5, 337 así como BGHSt 38, 214 (228 ss.: consideración del derecho procesal extranjero sobre la pregunta del incumplimiento de los deberes policiales y sus consecuencias). Sobre derecho comparado judicial ver también *Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung* (nota al pie 48), p.16 ss.; K. H. Ebert, *Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen*, Berlin 1978, p. 176 ss.; *Eser, Funktionen* (nota al pie 3), p. 1507–1510; *Eser, Entwicklung* (nota al pie 4), p. 984 ss.

<sup>64</sup> Vgl. art. 67 (1) TFUE.

<sup>65</sup> Sobre las diferentes denominaciones (“científico-teórico”, “teorético”, “académico”) [*“wissenschaftlich-theoretisch”, “theoretisch”, “akademisch”*] ver *Eser, Entwicklung* (nota al pie 4), p. 967.

<sup>66</sup> La reivindicación de interpretación comparativa del derecho nacional se remonta a K. Zweigert, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, RabelsZ 15 (1949/50) p. 5 (8 ss.) (con referencia al art. 1 del Código Civil suizo); sobre el derecho comparado como quinto método de interpretación en derecho constitucional ver P. Häberle, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, JZ 1989, p. 913 (916 ss.); con más detalle *Kischel, Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 53 ss. (resaltando especialmente la importancia para resolver casos difíciles, nm. 72–76); desde el punto de vista jurídico-penal *Jung, Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 380; *Eser, Entwicklung* (nota al pie 4), p. 953 s. con pie de página 67.

<sup>67</sup> Sobre estas tres funciones ver *Eser, Funktionen* (nota al pie 313), p. 1506 ss.; (nota al pie 4), p. 955 s., 966 ss.; antes también *Jeschke, Entwicklung* (nota al pie 12), p. 26 ss., pero no tan diferenciado ni tan sistemático.

<sup>68</sup> [*“evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung”*] Así *Eser, Entwicklung* (nota al pie 4), p. 956, 1020 ss. (con una impresionante diferenciación y construcción de varios subgrupos y formas), para una lista de 30 (!) enfoques adicionales, p. 956–959.

<sup>69</sup> Sobre el rol de la valoración en el derecho comparado ver *Eser, Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1026 ss., quien asume una posición intermedia entre las de Radbruch y v. Liszt, según la cual la valoración es posible pero no obligatoria, es decir que, por un lado, puede haber derecho comparado sin valoraciones, pero, por otro, según el objetivo de la comparación la valoración puede ser deseable y necesaria (1028 s., auch 1084). Sobre la diferencia entre descripción y valoración (sin excluir esta última) ver *M. Mona, Strafrechtsvergleichung und comparative justice: Zum Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung, Grundlagenforschung und Rechtsphilosophie*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 103 (113). En contra de entender la valoración como parte del derecho comparado

tante en el verdadero derecho comparado, por ejemplo, en el marco de una muestra comparativa de diferentes alternativas jurídico-políticas.<sup>70</sup>

## C. Objetivos, métodos y fundamento normativo

### I. Objetivos

Las funciones aquí mencionadas del Derecho penal comparado describen al mismo tiempo sus – en todo caso múltiples<sup>71</sup> – objetivos: orientación al legislador por medio del Derecho penal comparado legislativo, apoyo a la administración de justicia en el marco del Derecho penal comparado judicial y problematización de aspectos fundamentales del sistema penal a través del Derecho penal comparado científico-teórico. Sobre esta base, se debe resaltar que en la discusión comparativa so-

---

(lo cual haría parte de la crítica que el derecho comparado hace posible) ver *E. Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, Rhein. Zeitschrift für Zivil- und ProzessR 13 (1924), p. 279 (280) (ver, sin embargo, p. 286 ss., en donde éste exhorta a la crítica jurídica y política, así como al mejoramiento del ordenamiento jurídico); sobre Rabel y la inclusión de la valoración como quinto nivel en el análisis comparativo por Konrad Zweigert como uno de los sucesores de Rabel en el Instituto Max-Planck de Hamburgo *Basedow, Comparative Law* (nota al pie 12), p. 832 s. Sobre una diferenciación entre “comparación de valoraciones” [“*Vergleich von Wertungen*”] y “valoración de soluciones” [“*Wertung von Lösungen*”], según la cual esta última no pertenecería al derecho comparado en estricto sentido *U. Sieber, Grenzen des Strafrechts. Strafrechtliche, kriminologische und kriminalpolitische Grundlagenfragen im Programm der strafrechtlichen Forschungsgruppe am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, en: H.-J. Albrecht/U. Sieber (ed.), *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung: Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 2004*, Berlin 2006, p. 35 (74 s.); sin embargo, sobre la poca importancia de la pregunta sobre la ubicación, ver *del mismo autor, Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 120; crítico en este sentido también *Eser, Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1027. Sobre la formulación de la “pregunta esencial sobre la valoración [...] de una manera válida para todos los sistemas” [“*wesentlichen Wertungsfragen [...] in einer für alle System gültigen Weise*”] en el marco del Derecho penal comparado, *W. Perron, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, ZStW 109 (1997), p. 281 (299).

<sup>70</sup> *Sieber, Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 120 (“fundamentación racional de las decisiones valorativas” [“*rationale Begründung der Bewertungsentscheidung*”] como condición del rol cumplido por el derecho comparado en cuanto instrumento de *good governance*); *Weigend, Criminal Law* (nota al pie 33), p. 219 s. (importancia de “*quality judgments*”); *Mona, Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 69), p. 115 ss. (valoración con miras a la teoría de la justicia); *Eser, Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1084–1087 (1084: “[...] se espera una toma de posición definitiva, la cual no se puede entender sin una cierta valoración” [“*[...] eine abschließende Stellungnahme erwartet, bei der meist nicht ohne gewisse Wertungen auszukommen sein wird.*”]); *Beck, Strafrecht* (nota al pie 33), p. 78 (no solamente entiendo la regulación sino también valorarla), 85 (valoración “inevitable”); *Kischel, Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 10 s.

<sup>71</sup> Sobre la pluralidad de los objetivos *Jung, Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 378 s.; sobre su flexibilidad *Kischel, Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 5; sobre cuatro funciones o metas de conocimiento ver *G. Dannemann, Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, en: *Reimann/Zimmermann* (nota al pie 12), p. 383 (402–406: *unifying law, solving particular problems, applying foreign law, understanding law*).

bre el derecho propio surgen a la luz sus fortalezas y sobre todo sus debilidades.<sup>72</sup> El derecho comparado hace posible entonces – o al menos así debería hacerlo – la reflexión crítica sobre el sistema jurídico propio<sup>73</sup> y facilita una visión integral del mismo.<sup>74</sup> Además, la perspectiva comparada crea “contrapesos para evitar la sobrevaloración de la dogmática propia y su mundo conceptual”<sup>75</sup> y – aún más – evidencia “en el derecho qué es cambiante y qué es perpetuo [...]”<sup>76</sup>. No obstante, el derecho comparado puede considerarse científico, tal y como ocurre con cualquier disciplina, solo si a través suyo es posible conocer algo que sin él permanecería oculto. Esto exige más que el simple conocimiento del derecho extranjero<sup>77</sup> y más que la yuxtaposición de normas pertenecientes a ordenamientos jurídicos foráneos, aislada y alejada de la realidad social; cuando se habla de Derecho penal comparado en realidad se hace referencia, como lo propagó Franz von Liszt, a “algo nuevo, autónomo [...] que es diferente de los ordenamientos jurídicos individuales comparados y no se encuentra sin más comprendido en ellos”<sup>78</sup>.

Más allá de esto, los riesgos que trae consigo la globalización económica – “sociedad mundial del riesgo”<sup>79</sup> –, como hechos punibles cometidos en o a través de

---

<sup>72</sup> Ver también Junker, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 928 (“condicionamientos del derecho propio” [*“Bedingtheiten des eigenen Rechts”*]); M. D. Dubber/T. Hörnle, *Criminal Law. A comparative approach*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. vi; Chiesa, *Comparative* (nota al pie 49), p. 1091; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 969; Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 1.

<sup>73</sup> Fundamental Frankenberg, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 411 ss., 443 s. (derecho comparado como “*learning experience*” por medio del distanciamiento y diferenciación y con el objetivo de la autorreflexión), quien de hecho reprocha al método funcional tradicional la poca capacidad de autocritica y reflexión (p. 433 ss.); crítico también en este sentido frente al método funcional R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, en: Reimann/Zimmermann (ed.), *Handbook* (nota al pie 12), p. 339 (379 s.). Diferente Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 20 s. (a pesar de que el derecho comparado promueve la comprensión, es limitado para el estudio dogmático profundo del derecho propio).

<sup>74</sup> Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), p. 14 (“*holistic picture*”).

<sup>75</sup> Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 44; ver también G. Radbruch, *Der Mensch im Recht: ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts*, Göttingen 1957, p. 108 s. (“valorar en sus deficiencias y ventajas” [*“[...] in ihren Mängeln und Vorzügen würdigen”*]).

<sup>76</sup> Radbruch, *Mensch* (nota al pie 75), p. 108 s.

<sup>77</sup> Al respecto como simple aspecto del derecho comparado sin pretensión científica Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 3 ss. (8), 13.

<sup>78</sup> [*“etwas Neues, Selbständiges [...] das von den einzelnen verglichenen Rechten verschieden, in ihnen nicht ohne weiteres enthalten ist”*] F. v. Liszt, *Zur Einführung, Rückblick und Zukunftspläne*, en: F. v. Liszt (ed.), *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*. Band I: *Das Strafrecht der Staaten Europas*, Berlin 1894, p. XIII (XIX); crítico H. Schultz, *Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung*, en: H.-H., Jescheck/G. Kaiser (ed.), *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, Berlin 1980, p. 7 (19 s.) (también acepta un derecho comparado con menos pretensiones). En este sentido también sobre “*comparing*” vs. “*compiling criminal law*”, Chiesa, *Comparative* (nota al pie 49), p. 1090 s.

<sup>79</sup> [*“Weltrisikogesellschaft”*] El concepto se remonta a Ulrich Beck, ver U. Beck, *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M. 1986; también U. Sieber, *Grenzen des Strafrechts. Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-*

Internet, criminalidad organizada transnacional y terrorismo, imponen al Derecho penal comparado nuevos retos y lo llevan a asumir nuevas tareas con nuevos objetivos. En este contexto, en general se espera que el Derecho penal comparado proporcione respuestas sólidas desde el punto de vista normativo y empírico, dirigidas al control jurídico-penal de estas situaciones.<sup>80</sup> Respuestas racionales y bien concebidas, como se esperan del derecho comparado científico-teórico, requieren suficiente tiempo, con el cual, sin embargo, la mayoría de las veces no cuenta la política criminal de corto plazo y ligada a cálculos electorales. De hecho, se han planteado incluso serias dudas sobre si el derecho comparado realmente puede proporcionar dichas respuestas. Éstas dependen en realidad de una variedad de factores ajenos al derecho, de manera que se debe reivindicar una perspectiva interdisciplinaria, en donde además se tenga en cuenta la práctica de persecución policial (incluso secreta), en el sentido de la ya mencionada comparación integral de la justicia penal.

## II. Métodos

Lo anterior demuestra la importancia de la determinación del objetivo para definir el método. No es posible desarrollar un método de derecho comparado de manera abstracta, puesto que en cada caso se deben tener en cuenta los objetivos principales del proyecto de comparación.<sup>81</sup> Se requiere entonces una cierta *apertura metodológica*, la cual deja espacio suficiente para la imaginación,<sup>82</sup> ya que el método seleccionado debe corresponder al objetivo perseguido; el método debe entonces ser funcional al objetivo, de manera que se debe escoger el método más idóneo para lograrlo.<sup>83</sup> Sin embargo, se debe diferenciar entre objetivo y método,<sup>84</sup> pero reconociendo su interdependencia, debido a que el método no se puede determinar sin

---

Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, ZStW 119 (2007), p. 1 (3 ss.).

<sup>80</sup> Ver también *Sieber*, Grenzen (nota al pie 79), p. 16, 53 s. (derecho comparado metodológicamente asegurado como fundamento de una política criminal racional).

<sup>81</sup> *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 961, 966, 1038 s.; *del mismo autor*, Stand (nota al pie 33), p. 682; también *Lagodny*, ZIS 2016, p. 679 s.; *del mismo autor*, GA 2017, 165 (167); resaltando también la determinación del objetivo *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 77 s.; similar *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 2; también *P. Roberts*, Interdisciplinarity in Legal Research, en: M. McConville/W. Hong Cui (ed.), Research Methods for Law, Edinburgh 2017, p. 90 (105: “research questions” determinan “interdisciplinary methods”).

<sup>82</sup> *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1038; ver también *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 343 (sin adherir a un método específico); *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 7 (“plurality of methods”).

<sup>83</sup> *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1040; ver también *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 362 (direccionamiento de los métodos hacia el objetivo); *Basedon*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 837 (“purpose and context [...] determine the research design [...]").

<sup>84</sup> En ocasiones esto se pierde de vista en el Derecho penal comparado dada la gran variedad de enfoques posibles (ver pie de página 68), crítico también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1038.

tener en cuenta los objetivos.<sup>85</sup> Así pues, a pesar de que no es posible determinar *un solo método* específico para el derecho comparado, si es posible delimitar un marco metodológico dentro del cual se puede mover la investigación comparativa.

En primer lugar, teniendo en cuenta la necesidad de estar abierto a todos los resultados posibles, quien realiza una comparación no debe partir desde el principio de su propio punto de vista dogmático o político-criminal, en cuanto hipótesis de trabajo o punto de referencia (*tertium comparationis*)<sup>86</sup>,<sup>87</sup> aunque naturalmente éste puede servir como primer parámetro de orientación<sup>88</sup> y de hecho lo hará debido al bagaje jurídico previo de todo investigador.<sup>89</sup> Como punto de partida la atención se debe centrar, en principio, – en el sentido del *método funcional* ya mencionado<sup>90</sup> – en el problema específico sobre el que se pretende indagar, para preguntarse posteriormente cómo se ha intentado solucionar dicho problema en cada uno de los ordenamientos jurídicos objeto de investigación o – con mayor acento en la institucionalización – qué función cumple la institución jurídica específica desarrollada en el ordenamiento jurídico analizado para la solución de este problema (“pregunta por la funcionalidad”<sup>91</sup>), más allá de la terminología empleada en cada contexto y

<sup>85</sup> Ver por ejemplo *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 2 (“ilusorio” [“illusorisch”]), 147 s. Ver, en otro sentido, *v. Liszt*, Tötung (nota al pie 19), p. 4 (derecho comparado “solo es posible debido a un método bien establecido” [“nur möglich auf Grund einer feststehenden Methode [...]”]); también *Schulz*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 1 (derecho comparado mismo como un “método específico” [“bestimmte Methode”]).

<sup>86</sup> “punto de referencia para la comparación”.

<sup>87</sup> Así todavía *Jeschke*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 36 ss., 37 s., 40 ss., quien propone como punto de partida la perspectiva dogmática o político-criminal propia (primer nivel), posteriormente la interpretación del derecho extranjero (segundo nivel), para después sistematizar (tercer nivel) y finalmente valorar jurídica y políticamente (cuarto nivel). Crítico con razón al respecto por ejemplo *U. Nelles*, Rechtsvergleichung per Internet? Einige Aspekte zum Generalthema „Zukunft der Strafrechtsvergleichung“ en: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Grop/G. Heine entre otros (ed.), Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, p. 1005 (1009); *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1045.

<sup>88</sup> *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1063.

<sup>89</sup> Crítico sobre la orientación marcadamente occidental del derecho comparado tradicional *Frankenberg*, Comparisons (nota al pie 48), p. 422 s., 442.

<sup>90</sup> Sobre su origen en la teoría del carácter instrumental del derecho formulada por Jhering (*Zwecktheorie*) ver *K. Zweigert/K. Siehr*, Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method, AJCL 19 (1971), p. 215 (218 s.); también *Frankenberg*, Comparisons (nota al pie 48), p. 433 con pie de página 78 (mencionando también a Pound); sobre la primera vez que este método se mencionó explícitamente por Ernst Rabel en el año 1925 *Heun*, Rechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 20 y *Basedow*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 831; desarrollado por *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (nota al pie 48), p. 33 ss.; *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 25 ss.; en el contexto del Derecho penal comparado mencionado explícitamente por primera vez por *H.-H. Jeschke*, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozessreform, ZStW 86 (1974), p. 761 (772 (haciendo referencia a un problema social), 775 (“equivalencia funcional” [“funktionellen Gleichwertigkeit”]).

<sup>91</sup> [“Funktionalitätsfrage”] *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (nota al pie 48), p. 33; *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 922; *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1521; *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 363 s.; *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 342; *Sieber*,

de su clasificación bajo una determinada disciplina.<sup>92</sup> El funcionalismo en el derecho comparado<sup>93</sup> hace referencia entonces – en principio sin ninguna pretensión metodológica adicional<sup>94</sup> – a una forma de proceder que no parte de conceptos jurídicos y legales,<sup>95</sup> sino – con orientación empírica<sup>96</sup> – de la consideración de

---

Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 112–114; Pradel, Droit (nota al pie 9), p. 47 s.; Heun, Rechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 25 s.; Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 14–16, § 3 nm. 3–5, 181; C. Wendeborst, Rechtssystemvergleichung, en: Zimmermann (ed.), Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung, Berlin: Mohr Siebeck 2016, p. 1 (30); sobre la aplicación en “mercados jurídicos transnacionales” G.-P. Callies, Zur Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen, en el mismo lugar, p. 167 (182 ss., 188 s.).

<sup>92</sup> Ver Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 71, quien señala acertadamente que la limitación del método funcional a ciertas ramas del derecho parece no tener sentido, dado que la división tradicional entre derecho civil, público y penal, así como las subdivisiones al interior de cada categoría, no está presente en otros ordenamientos jurídicos, de manera que se debe preguntar más bien de forma general cómo cada ordenamiento jurídico y a través de cuál institución jurídica reacciona ante el problema analizado.

<sup>93</sup> El término “funcionalismo” tiene varios significados y es utilizado en diferentes disciplinas; crítico respecto a su frecuente ambigüedad y su uso arbitrario Michaels, Functional (nota al pie 73), p. 341, 342 ss., 381; crítico también Nelken, Comparative (nota al pie 2), p. 45 (“*can involve a number of traps*”); sobre el reemplazo de este concepto por un derecho comparado contextual, con el fin de comprender mejor su significado Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 199–201.

<sup>94</sup> Acertadamente M. Kubiciel, Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung, RW 2012, p. 212 (213 s.); crítico Michaels, Functional (nota al pie 73), p. 340 (“*As theory it hardly exists [...]*”), p. 362 (resaltando el enfoque instrumental), p. 363 (“*undertheorized approach [...]*”); crítico también Frankenberg, Comparisons (nota al pie 48), p. 416 ss. (“*marginal role of theory*”), p. 433 ss. (“*vulgar version of sociological functionalism*”); en cierta medida sobre una teoría basada, entre otros, en el método funcional, Sieber, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 126–129.

<sup>95</sup> Crítico por esta razón B. Fateh-Moghadam, Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung, en: Razón y otros (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 41 (43 ss.), quien pretende reemplazar el método funcional por un funcionalismo operativo, debido a que aquel se basaría en suposiciones estructural-funcionalistas (como la existencia de los mismos problemas sociales en relaciones sociales estables) y, al orientarse por consideraciones extrajurídicas, negaría la autonomía de la argumentación jurídica (44 ss.). El enfoque propuesto por este autor se fundamenta en la teoría de sistemas y en consecuencia parte de la autopsias de los sistemas jurídicos y de la autorreferencia de la argumentación legal, en vez del reconocimiento de problemas sociales extrajurídicos (52 ss.). Aunque este enfoque tiene razón cuando afirma que dentro de cada sistema jurídico también se deben tener en cuenta las formas específicas de fundamentación jurídico-dogmática [*juristisch-dogmatische Begründungszusammenhänge*] (en este sentido también Kubiciel, Funktionen (nota al pie 93), p. 215), acepta la idea bastante problemática y poco plausible, según la cual los sistemas jurídicos son completamente autónomos; crítico con razón T. Weigend, Diskussionsbemerkungen, en: Beck y otros (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 131 (el ordenamiento jurídico no tiene “vida propia”, sino que se encuentra determinado por “decisiones sociales y políticas específicas” [*Rechtsordnung führe ‘kein Eigenleben’, sondern werde von bestimmten sozial und politisch geprägten Entscheidungen determiniert*]); crítico también en este sentido Kubiciel, Funktionen (nota al pie 93), p. 215 s., cuando reconoce que las formas específicas de fundamentación jurídico-dogmática al final están influenciadas jurídico-estructuralmente y por esto puede ser necesaria “una comparación parcial del entorno socio-cultural” [*Partialvergleich des soziokulturellen Regelungsumfelds*], especialmente cuando se trata de comprender una institución jurídica determinada o un sistema jurídico en general a través de una micro-comparación.

<sup>96</sup> Michaels, Functional (nota al pie 73), p. 342 (“*functionalist comparative law is factual*”); Kischel,

problemas sociales como *tertium comparationis*<sup>97</sup> (“problemas sociales que requieren regulación”<sup>98</sup>) y de la función de las instituciones que han sido desarrolladas como respuesta a ellos, para así posibilitar la comparación – libre de prejuicios conceptuales o dogmáticos – entre instituciones jurídicas de distintos ordenamientos que hacen las veces de equivalentes funcionales<sup>99</sup>.<sup>100</sup> Por ejemplo:

- No se debe preguntar si la *instigación* es punible en un ordenamiento jurídico-penal extranjero, sino cómo se trata en dicho contexto la influencia psíquica de una persona sobre el autor (principal) o el hecho de haber generado en éste la decisión de cometer una conducta punible.

---

Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 181 (“enfoque fáctico” [*faktische Herangehensweise*]); Callies, Rolle (nota al pie 91), p. 170, 172, 187 (“*law in action*”); también Siems, Comparative Law (nota al pie 12), p. 35 (“*the way it is enforced*”); desde el punto de vista jurídico-penal E. Hilgendorf, Zur Einführung: Globalisierung und Recht, en: Beck y otros (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 11 (24).

<sup>97</sup> Ver Michaels, Functional (nota al pie 73), p. 367–369.

<sup>98</sup> [*regelungsbedürftiges soziales Ordnungsproblem*] Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1053.

<sup>99</sup> La equivalencia funcional es resaltada por Michaels, Functional (nota al pie 73), p. 363, 381 como fundamento – junto a una “*epistemology of constructive functionalism*” – de un método funcional más robusto, sobre su cercanía a la *praesumptio similitudinis* p. 370 s. (371: “*functional equivalence is similarity in difference*” en la medida en que las instituciones jurídicas pueden ser similares con relación a la función que cumplen, pero en sí pueden ser al tiempo diferentes); al respecto nuevamente crítico Frankenberg, Comparisons (nota al pie 48), p. 436 s.; Nelken, Comparative (nota al pie 2), p. 46 (“*misleading to assume that modern criminal justice systems all face the same ‘problems’ [...]*”); relativizando Dannemann, Comparative (nota al pie 71), p. 338, 394–396, 399, 401, 406, 418 s. (solo respecto a los resultados prácticos de una micro-comparación e incluso por funcionalistas mismos relativizado; al final, tanto las semejanzas como las diferencias son igual de importantes y el balance apropiado en la atención sobre unas u otras depende del objetivo de la comparación); Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 77 s., § 3 nm. 15, 194–197. La presunción de similitud es de todas maneras una presunción y por consiguiente se puede desvirtuar, dado que “*comparative work is both about discovering surprising differences and unexpected similarities*” y “*what we will usually need to explain is the unfamiliar mixture of both [...]*” (Nelken, Comparative (nota al pie 2), p. 32, 37); también Jansen, Comparative Law (nota al pie 12), p. 306, 336 (búsqueda de “*similarities and dissimilarities of different cultural or social phenomena*”, “*process of constructing relations of similarity and dissimilarity*”); Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 184). Sobre *praesumptio dissimilitudinis* en la comparación de sistemas jurídicos no nacionales Wendehorst, Rechtssystemvergleichung (nota al pie 91), p. 31.

<sup>100</sup> Resumiendo la crítica al funcionalismo Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 6 ss. (diferenciando entre la crítica al enfoque, al trasfondo y del posmodernismo), 189 ss. (identificación de los diferentes estilos de pensamiento de los funcionalistas y de sus críticos); también Siems, Comparative Law (nota al pie 12), p. 27 s., 37 ss. (identifica tres puntos críticos: énfasis excesivo en las semejanzas, aceptación inadmisible de que existen los mismo problemas sociales, así como – crítica posmoderna – de que el derecho cumple funciones específicas).

- No se debe preguntar si el *hurto* [*“Diebstahl”*] en el sentido del § 242 del Código Penal Alemán (StGB por sus siglas en alemán) es punible, sino cómo se protege en determinado contexto el patrimonio económico o, más exactamente, cómo se protege de la apropiación de cosas o bienes por parte de un tercero.
- No se debe preguntar si el proceso penal puede terminar debido a la *confesión*, sino si existe alguna posibilidad de terminar anticipadamente un proceso penal mediante el reconocimiento de responsabilidad o la negociación entre quienes en él participan.

Para evitar un enfoque instrumental demasiado estrecho,<sup>101</sup> ciertamente se debe tener en cuenta el contexto *histórico y cultural*<sup>102</sup> en los que operan las instituciones jurídicas, así como algunos conceptos generales<sup>103</sup> y el rol que cumplen los actores de cada sistema penal (*“agency”*), en el sentido de la ya varias veces mencionada comparación de la justicia penal<sup>104</sup>.<sup>105</sup> En este sentido, se debe proceder de manera

<sup>101</sup> Crítico por ejemplo *Roberts*, On Method (nota al pie 2), p. 540 con más referencias.

<sup>102</sup> Con material ilustrativo *H. Jung*, Rechtsvergleich oder Kulturvergleich, en: G. Freund/U. Murmann/R. Bloy/W. Perron (ed.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, p. 1467 (1475 ss.).

<sup>103</sup> De esta manera se pasa de la comparación de problemas funcionales a la comparación de conceptos, la cual en todo caso hace parte del enfoque funcional; ver *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 166–169, 190–192.

<sup>104</sup> Ver también *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 45 (quien critica que para el enfoque funcionalista el rol de los actores es irrelevante), p. 48 (*“finding out what criminal justice actors [...] actually think [...]”*); para esto también *T. Hörnle*, Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft, en: K. Tiedemann/U. Sieber/H. Satzger/C. Burchard/D. Brodowski (ed.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, Baden-Baden 2016, p. 289 (303); sobre teoría del derecho comparativa (*comparative jurisprudence*) *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 129 s. (*“law in minds”*). De hecho, uno de los padres del enfoque funcional (nota al pie 89), Hein Kötz, aceptó en 1998 que este método tiende a dejar de lado los procesos mediante los cuales se generan ciertos resultados (*Kötz*, Abschied, nota al pie 48, p. 505).

<sup>105</sup> Un “giro cultural” de este tipo ha sido discutido especialmente en la literatura francesa e inglesa, ver *P. Legrand*, Le Droit Comparé, 5. edición, Paris: Presses universitaires de France 2015, p. 123 (*“la comparaison [...] sera CULTURELLE ou ne sera pas”*); al respecto *H. Jung*, Kontinuität und Wandel – Der französische Beitrag zur Theorie, en: U. Sieber/G. Dannecker/U. Kindhäuser/J. Vogel y otros (ed.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstatsachen, Köln 2008, p. 1515 (1521 s.); *V.G. Curran*, Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law, AJCL 46 (1998), p. 43 (reclamando, en la p. 51, una *“immersion into the political, historical, economic and linguistic contexts”*, para emprender una *“valid examination of another legal culture”*); *R. Cotterrell*, Comparative Law and Legal Culture, en: Reimann/Zimmermann (ed.), Handbook (nota al pie 12), p. 709 ss. (711) (*“Culture [...] appears fundamental – a kind of lens through which all aspects of law must be perceived [...]”*); *D. Nelken*, Defining and using the concept of legal culture, en: Öricü/Nelken (ed.), Comparative Law (nota al pie 54), p. 109 ss. (110: *“[...] a focus on legal culture directs us to examine the interconnections between law, society and culture as they are manifested also in the ‘law in action’ and the ‘living law’.”*); *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 48 ss.; *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 101 ss., 119 ss. (*“cultural turn”*

empírica,<sup>106</sup> desde una perspectiva macro, para llevar a cabo – al contrario de la

como consecuencia de la crítica posmoderna al derecho comparado tradicional, consideración de la “legal culture” como parte de un derecho comparado socio-jurídico); desde la perspectiva alemana recientemente G. Olson, Introduction: Mapping the Pluralist Character of Cultural Approaches to Law, German Law Journal (GLJ) 18 (2017), p. 233 ss. (245) (“transdisciplinary and culturally-oriented research on law in Germany”) y F. Reimer, Law as Culture? Culturalist Perspectives in Legal Theory and Theory of Methods, GLJ 18 (2017), p. 255 ss. (sobre la relación entre cultura y derecho desde el punto de vista alemán). En la literatura alemana se encuentran autores, incluso desde el siglo XIX con Wilhelm Arnold y Josef Kohler, que problematizan la relación entre derecho y cultura (ver Reimer, en el lugar arriba mencionado, p. 256 con más referencias). Algunas décadas después Radbruch definió al derecho como un “fenómeno cultural” [“Kulturerscheinung”] y a la ciencia jurídica como “ciencia de la cultura” [“verstehende Kulturwissenschaft”] (Rechtsphilosophie. Studienausgabe, Heidelberg: C.F. Müller, 1999, p. 34, 115), para hablar de “comparación entre las culturas jurídicas” [“Vergleich zwischen den Rechtskulturen”] (Solo la comparación entre las dos culturas jurídicas enseña a valorarlas en su singularidad, en sus deficiencias y en sus ventajas [“Erst der Vergleich zwischen den beiden Rechtskulturen lernt jede von ihnen in ihrer Eigenart kennen, in ihren Mängeln und Vorzügen würdigen”], G. Radbruch, Erneuerung des Rechts, en: A. Kaufmann (ed.), Gesamtausgabe, Tomo 3: Rechtsphilosophie, Heidelberg 1990, p. 80 (81); siguiendo a Radbruch H. Scholler, Rechtsvergleichung als Vergleich von Rechtskulturen – Ein Beitrag zu Gustav Radbruchs Rechtsvergleichung, en: F. Haft (ed.), Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, p. 743 (744); también Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 182, 185, 220–225, § 4 nm. 40–44; Reimer, en el lugar arriba indicado, p. 262 [“compare law means to compare cultures”], quien es de la opinión de que “almost any legal system can be viewed as a cultural archive – a repository of the history of social-political thought”, p. 269); aunque la discusión en términos jurídico-penales es más reciente, ver Hilgendorf, Einführung (nota al pie 96), p. 22 s.; Beck, Strafrecht (nota al pie 33), p. 65 ss. (derecho comparado referido a la cultura, el cual “va más allá de la comparación de culturas jurídicas e incluye diversos hallazgos interdisciplinarios sobre la cultura” [“über den Vergleich von Rechtskulturen hinausgehend, diverse interdisziplinäre Erkenntnisse über die Kultur [...] in die Vergleichung einbezieht”], p. 67); crítico al respecto Fateh-Moghadam, Funktionalismus (nota al pie 95), p. 49 s. (sin embargo, desde la perspectiva del funcionalismo operativo, ver nota al pie 95); crítico debido a un cierto nacionalismo Wendeborst, Rechtssystemvergleichung (nota al pie 91), p. 32 s. – Sobre un derecho comparado contextual – solo diferente en la denominación (ver nota al pie 93) – que también incluye la cultura jurídica, ver Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 146 ss., 199 ss. (en resumen nm. 201; haciendo énfasis en la teoría del error 202), § 4 nm. 45 s.; similar sobre la dependencia contextual y reclamando un “cambio contextual de las teorías” [“eines Kontextwechsels der Theorien”] K. Yamanaka, Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg – Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre, en: M. Jehle/V. Lipp/K. Yamanaka (ed.), Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, Göttingen 2008, p. 173 (174 s.); con más detalle y con ejemplos, el mismo autor, Kontext- und Paradigmenwechsel bei Rechtsrezeption und -fortbildung mit Beispielen der japanischen Strafrechtswissenschaft, en: E.W. Plywaczewski and E.M. Guzik-Makaruk (ed.), Aktuelle Problem des Strafrechts und der Kriminologie, Warschau 2017, p. 252 ss. (análisis del cambio de contexto con relación a conceptos y sistemas jurídicos recepcionados en el sistema social y de normas así como en la argumentación); sobre el desarrollo actual del Derecho penal japonés G. Duitge/M. Tadaki (ed.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jh., Tübingen 2017. – Sobre la relación entre enfoques jurídico-culturales y pluralistas ver Olson, en el lugar arriba mencionado, p. 233 ss. así como el número correspondiente del GLJ.

<sup>106</sup> Sobre Derecho penal comparado empírico ver por ejemplo R. Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2011, p. 65; Nelles, Rechtsvergleichung (nota al pie 87), p. 1013 ss.; sobre el enfoque empírico en el derecho comparado en general ver Basedow, Comparative Law (nota al pie 12), p. 837, 856; sobre enfoques socio-jurídicos y cuantitativos Siems, Comparative Law (nota al

frecuente implementación esquemática de instituciones jurídicas (“trasplantes jurídicos”<sup>107</sup>) – la adaptación pertinente a cada cultura jurídica y así no solamente hacer los ajustes necesarios respecto a la institución jurídica adoptada, sino también para lograr entender adecuadamente (en su contexto) las instituciones jurídicas existentes.<sup>108</sup> Un enfoque funcional ampliado de esta manera permite tener en cuenta las particularidades culturales<sup>109</sup> de cada ordenamiento jurídico,<sup>110</sup> sin pretender una comparación cultural demasiado ambiciosa<sup>111</sup>; los aspectos culturales a

pie 12), p. 119 ss., 145 ss. (sobre “*comparative criminal law*” en este sentido p. 140 ss.); sobre el enfoque empírico en *comparative criminal justice* nota al pie 10 así como el texto principal correspondiente.

<sup>107</sup> Fundamental al respecto *Watson*, *Legal Transplants* (nota al pie 13), p. 21; de manera comprehensiva sobre la razón, efectos, formas y práctica (desde el derecho romano) *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 190 ss. (reconociendo se importancia real en el desarrollo del derecho, diferenciando la dependencia contextual para identificar efectos positivos y negativos y proponer una orientación más fuerte hacia las distintas políticas); también *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 34 ss., § 3 nm. 127 s.; crítico frente a la imposición del Derecho penal extranjero *A. Eser*, *Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung. Zu „wertenden“ Funktionen und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, en: Freund y otros (ed.), *FS Frisch* (nota al pie 102), p. 1441 (1459 s.).

<sup>108</sup> Ver *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 18 ss. (entendimiento de distintos métodos de control social “*in the context of their own structures and expectations*”, p. 21), p. 40 ss. (“*cross-culturally valid explanations*”), p. 88 (“*broader cultural ways of thinking*”), p. 93 (“*cross-cultural collaboration*”); *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 11, 14, 75 (consideración del context jurídico-cultural, extra-jurídico, político y social [en este sentido – contexto social – sobre la importancia del la sociología del derecho § 1 nm. 36]), § 3 nm. 170 s. (condiciones de funcionamiento del derecho); también *Dannemann*, *Comparative* (nota al pie 71), p. 413 s.; *Basedow*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 837; *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 194 ss.

<sup>109</sup> Sobre el condicionamiento cultural en nuestro contexto ver *Schultz*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 78 ), p. 14; *Jung*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 366, 371 s.; más reciente *Hilgendorf*, *Einführung* (nota al pie 96), p. 23 (derecho como “parte de la cultura” [*Recht als “Teil der Kultur”*]); *Beck*, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 81, 83, 86 (“entrelazamiento” [*“Verwobenheit”*]); *Meyer*, *Internationalisierung* (nota al pie 33), p. 90; *Kubiciel*, *Funktionen* (nota al pie 94), p. 214 (“culturalmente impregnado” [*“kulturell imprägniert”*]); también *K. Ambos*, *Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität*, *GA* 2016, p. 177 (184–187) con más referencias; en castellano: Sobre el Futuro de la Ciencia jurídica penal alemana: apertura y metodo discursivo en lugar de provincialismo presuntuoso, *Revista Penal* 2016, p. 5 ss. (19–20). Fundamental sobre los factores que marcan un ordenamiento jurídico, verbalmente (“formantes” [*“Formanten”*]), por ejemplo, ley, jurisprudencia) o implícitamente (“criptotipos” [*“Kryptotypen”*]), especialmente formas de pensamiento) ver *Sacco*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 106), p. 59 ss., 61 s., 74; crítico *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 39 ss.

<sup>110</sup> Asimismo *Michaels*, *Functional* (nota al pie 73), p. 365 (“*assumes that legal rules are culturally embedded [...]*”), p. 381.

<sup>111</sup> Es posible afirmar que una comparación cultural es demasiado ambiciosa teniendo en cuenta el concepto mismo de cultura, el cual es abierto e indeterminado; esto lo deben aceptar incluso quienes promueven este tipo de comparación, ver *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 48 ss. (“*highly controversial*”, p. 50); *Beck*, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 71 ss. (“riesgo de la vaguedad del término cultura”! [*“Risiko der Vagheit von Kultur!”*]); al respecto también – como uno de los autores más representativos – *D. Nelken*, *Using the concept of legal culture*, *Australian Journal of Legal Philosophy* (*Austl.J.Leg.Phil.*), p. 29 (2004), p. 1 (1, 7 ss.), quien de hecho también propone una definición vaga (“*stable patterns of legally oriented social behaviour and attitudes*”, p. 1) y reconoce que dicho concepto es

los que se hace referencia – la correspondiente “cultura de control”<sup>112</sup> – se deben tener en cuenta, más bien, de manera complementaria,<sup>113</sup> no solamente para “reprimir” la subjetividad que surge del contexto cultural de cada quien,<sup>114</sup> sino también para ser siempre conscientes de la relatividad y condicionalidad valorativa del

---

“difficult to define and easy to abuse” (p. 8); resumiendo *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 4 nm. 30 s., 44 (diferencia entre cultura jurídica externa – actitud de la población – e interna – actitud de los juristas –) y nm. 33–36 (presenta la controversia ilustrativa entre Friedman y Cotterrell), quien sigue un enfoque específicamente jurídico – a diferencia de uno socio-jurídico – (§ 4 nm. 51: “aspectos no-jurídicos del contexto” no se dejan “solo a otras disciplinas” [*nichtjuristische Aspekte des Kontexts* “nicht „alleine anderen Fachdisziplinen“ überlassen]), sobrealora la frontera entre estos dos enfoques (§ 4 nm. 38–44) y finalmente acepta el concepto de cultura jurídica haciendo referencia al contexto (§ 4 nm. 45 s.; al respecto ver nota al pie 105); crítica fundamental por *T. Gutmann*, *Recht als Kultur?*, Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 13 (el concepto de cultura solo genera “confusión” [*Kulturbegriff stifte nur „Verwirrung“*], p. 36 s. (“el derecho comparado que hace referencia a la cultura [...] está condenado al fracaso [...] visiones según las cuales los ordenamientos jurídicos nadan como albondigas en una sopa de culturas y se consumen completamente no pueden explicar nada” [*“kulturbezogene Rechtsvergleichung [...] zum Scheitern verurteilt [...] Vorstellung, dass Rechtsordnungen wie Knödel in einer triiben Kultursuppe schwimmen und sich langsam voll saugen, vermag nichts zu erklären”*]); ver respuesta a la crítica en *Reimer*, *Law* (nota al pie 105), p. 263 ss.

<sup>112</sup> *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 58 con más referencias.

<sup>113</sup> Asimismo *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1054 s.; *Hörmle*, *Plädoyer* (nota al pie 104), p. 303 s.; reconciliando las posiciones de Beck (nota al pie 33) y Fateh-Moghadam (nota al pie 95) *W. Perron*, *Operative-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 121 ss. (método operativo-funcionalista para el derecho comparado legislativo y método orientado a la cultura para la unificación jurídico-penal a nivel internacional, lo cual conduce, sin embargo, – en el marco del derecho comparado legislativo – a los trasplantes legales criticados líneas arriba, ver nota al pie 107); *Beck*, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 67, quien presenta el enfoque que propone como complemento de los métodos existentes; mediando también *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 285 ss., 313 ss. (quien en todo caso promueve expresamente la expansión del derecho comparado por medio de disciplinas no jurídicas, ver nota al pie 105, y en este sentido habla de “implicit comparative law”, pero finalmente reclama el enriquecimiento mutuo entre los enfoques); *Kubiciel*, *Funktionen* (nota al pie 94), p. 212 (216) (comparación cultural parcial); *Reimer*, *Law* (nota al pie 105), p. 270 (diálogo entre el derecho y ciencias de la cultura); sobre interpretación teniendo en cuenta la comparación cultural *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 63 s.

<sup>114</sup> Ver también *Beck*, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 71 (percepción consciente de la subjetividad del punto de partida propio), p. 77 (revelación del condicionamiento cultural propio); también *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 12–14, 186 s. (entendimiento estrecho de neutralidad y libertad de prejuicios), 227 s. (perspectiva jurídica nacional como fuente de errores); *Jansen*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 314 s. (“wholly neutral perspective [...] neither possible nor desirable [...]”). La subjetividad de quien realiza una comparación fue señalada especialmente por *Légrand*, *Droit* (nota al pie 105), p. 5 y desde el escepticismo epistemológico de otras visiones posmodernas (al respecto *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 28; también *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 97); ver también *Frankenberg*, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 414 ss. (por esto la diferenciación mencionada arriba) y *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 18 ss. (peligro del etnocentrismo). Los prejuicios que de aquí resultan explican la afirmación de Damaška, según la cual “lawyers socialised in different settings of authority can look at the same object and see different things” (*M. R. Damaška*, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven: Yale University Press 1986, p. 66).

ordenamiento jurídico propio.<sup>115</sup> Todo esto hace que la cooperación interdisciplinaria sea necesaria,<sup>116</sup> lo cual de todas maneras no implica que todos los factores culturales y toda la complejidad que encierra el fenómeno estudiado pueda ser comprendida automáticamente.<sup>117</sup> Al final se depende en buena medida de la experticia y seriedad de los socios cooperantes provenientes de los ordenamientos jurídicos foráneos,<sup>118</sup> mientras no se tenga la posibilidad de familiarizarse con éstos mediante estadías de investigación medianamente largas.<sup>119</sup>

Adicionalmente, el método que involucra el sistema de justicia penal en general, como subyace a la *comparación estructural* jurídico-penal [strafrechtlicher *Strukturvergleich*]<sup>120</sup>, posibilita la identificación más exacta de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos particulares, especialmente a nivel de la aplicación del derecho. El objetivo de una comparación estructural de esta clase consiste en investigar la “conexión específica de regímenes normativos y aplicación práctica del derecho” en diferentes ordenamientos jurídicos<sup>121</sup>, por medio de un método empírico-

<sup>115</sup> Convincente *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 75 (derecho como “acuerdo entre todas las verdades y valores de una sociedad determinada” y “en todo caso como expresión y elemento precisamente de la cultura y de la comunicación de una sociedad histórica y geográficamente específica” [Recht als “Kompromiss zwischen alle individuellen Wahrheiten und Werten einer konkreten Gesellschaft” und „doch notwendig Ausdruck und Element gerade der Kultur und Kommunikation dieser historisch und geographisch speziellen Gesellschaft [...]”]).

<sup>116</sup> Ver también *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 80; *Meyer*, Internationalisierung (nota al pie 33), p. 92; en general sobre la necesidad de la interdisciplinaria ver *Schultz*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 14; *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 368 s.; sobre interdisciplinaria como visión metodológica (inglesa) *Roberts*, Interdisciplinarity (nota al pie 81), p. 92 ss.; escéptico, sin embargo, *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 162–164 (resaltando los métodos jurídicos originales y rechazando los “préstamos” de disciplinas extrañas).

<sup>117</sup> Esto lo acepta también *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 80 (la consideración de todos los factores culturales es imposible, la cultura es “categóricamente incomprensible” [“kategorisch nicht fassbar”]).

<sup>118</sup> Sobre este problema ver nota al pie 128.

<sup>119</sup> Ver en este sentido la diferenciación que hace Nelken entre “*virtually there*”, “*researching there*” y “*living there*” (“*observing participants*”), la cual constituye un “*continuum running from least to greatest engagement with another society*” y su ordenamiento jurídico, *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 93 ss. con más referencias; sobre la necesidad de intercambio (“*immersion*”) en el ordenamiento jurídico extranjero también *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 104 ss. (reconociendo con razón que no es posible ser un “*complete insider*”, p. 308); sobre las dificultades de la investigación sobre el derecho vivido ver también *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 265.

<sup>120</sup> Sobre este concepto ver también *W. Perron*, Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojekts „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich“, en: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Gropp/H.-G. Koch (ed.), Grenzüberschreitungen: Beiträge um 60. Geburtstag von Albin Eser, Freiburg 1995, p. 127 ss.; *del mismo autor*, Grenzen (nota al pie 69), p. 291 ss.; también *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 2 s.; *del mismo autor*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 363 (366 ss.) (quien probablemente se inspiró en las consultas del Consejo Asesor del Instituto Max-Planck, al cual perteneció durante el desarrollo del proyecto sobre comparación estructural, ver también del mismo autor nota al pie 19); sobre el origen del proyecto, el cual se remonta al año 1988, ver *A. Eser*, § 1 Zur Genese des Projekts – Ein Werkstattbericht, en: Eser/Perron (ed.), Strukturvergleich (nota al pie 4), p. 3 (14 ss.).

<sup>121</sup> [“*spezifische Verbindung von normativen Regelungen und praktischer Rechtsanwendung*”] En Eser/Perron

inductivo de análisis de casos – desde la subsunción de un supuesto fáctico<sup>122</sup> hipotético bajo el Derecho penal material vigente, pasando por el tratamiento jurídico-procesal, hasta llegar a la etapa de ejecución penal<sup>123</sup> –.<sup>124</sup> Las variaciones en el supuesto fáctico<sup>125</sup> permiten precisar las diferentes valoraciones del contenido de injusto de los hechos relevantes – la “graduación del desvalor del hecho”<sup>126</sup> –, no solamente con miras a la adecuación típica, sino también – en todo el sentido del análisis procesal de casos ya mencionado – con relación a la pena prevista, a la dosificación punitiva concreta a nivel judicial y a la ejecución penal. Quien investiga sobre el sistema jurídico de un determinado Estado debe entonces realizar entrevistas a profundidad semiestructuradas con la ayuda de juristas prácticos y académicos;<sup>127</sup> en este sentido, la selección de las personas entrevistadas,<sup>128</sup> así como la evaluación y/o análisis de las respuestas – necesariamente heterogéneas<sup>129</sup> – ad-

---

fueron cubiertos ocho países (Alemania, Inglaterra/Gales, Francia, Italia, Austria, Portugal, Suecia y Suiza); sobre la justificación de esta limitación ver *W. Perron*, § 2 Ziel und Methode der Untersuchung, in Eser/Perron (ed.), *Strukturvergleich* (nota al pie 4), p. 27 (37).

<sup>122</sup> “Método de la solución de casos ficticios” [“Methode der Lösung fiktiver Fälle”], ver *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (34) (cursiva en original). La comparación de casos ficticios garantiza la identidad del objeto de comparación; los casos reales se diferenciarían siempre entre sí (p. 35).

<sup>123</sup> *Eser*, § 1 (nota al pie 120), p. 3 (21); *Perron*, en el mismo lugar, p. 31; *Perron*, en el mismo lugar, p. 767–770; ver también en este sentido el catálogo de criterios para las entrevistas con los expertos nacionales, en el mismo lugar, p. 39 s.; antes también *Schultz*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 78), p. 12 (inclusión del “curso real de la administración de justicia [...] desde la investigación policial hasta [...] salida de la ejecución” [“Einbeziehung des „tatsächliche[n] Gangs der Strafrechtspflege [...] von der polizeilichen Ermittlung bis zur [...] Entlassung aus dem Vollzug [...]“]); *Weigend*, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 218 (“[...] look at the foreign system as a whole [...]”).

<sup>124</sup> *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (29); *W. Perron*, § 11 Einführung, en: Eser/Perron (ed.), *Strukturvergleich* (nota al pie 4), p. 767.

<sup>125</sup> Verificación de cuatro variantes del caso del tirano del hogar, ver *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (32 s.), sobre la selección de este grupo de casos por medio del análisis de la literatura nacional relevante p. 38.

<sup>126</sup> *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (32). Ese era el punto central de las tres primeras variantes del caso (homicidio planeado o espontáneo del esposo mientras estaba dormido), mientras que la cuarta variante (homicidio ante un ataque) se centraba en la existencia de una posible justificante (legítima defensa) o exculpación; *Perron*, § 11 (nota al pie 124), p. 767 (768), especialmente sobre la absolución en la cuarta variante p. 821 s. (822–838).

<sup>127</sup> *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (34 s., 39 s.) (60–120 minutos por entrevista con guías para realizarlas); sobre las preguntas ver el formato de análisis en el anexo, p. 1137 ss.

<sup>128</sup> Se escogió entre 9 (Portugal) y 17 (Francia) personas para entrevistar, tanto de la práctica como del ámbito académico, ver, *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (38 s.). Crítico en general sobre encuestas a expertos *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 91 ss. (entre otras preguntas, ¿cómo podemos estar seguros de que los expertos nacionales realmente nos cuentan lo que ellos saben?).

<sup>129</sup> Autocrítico en este sentido también *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (36) (respuestas “bastante heterogéneas” [“recht heterogen”], “vacíos considerables” [“erhebliche Lücken”] en el análisis), (44) (no siempre hay una diferencia clara entre la visión del entrevistado y el pronóstico sobre decisiones judiciales; no todas las preguntas son relevantes en todos los países, pero debido a que se trata de un método explorativo esto es inevitable); además, no todos los entrevistados cuentan con el mismo nivel de competencia en todas las áreas, ver por ejemplo *W. Perron*, § 16 Besonderheiten der

quieren una relevancia especial.<sup>130</sup> La referencia al proceso penal está dirigida al resultado en tanto se debe preguntar si el tipo de proceso en el caso específico tiene alguna influencia en la sentencia y en una posible condena y, de ser así, en qué medida; mientras que el curso del proceso penal como tal (en cuanto proceso penal ordinario o abreviado), así como las cargas que pueda tener el acusado son, al contrario, dejadas de lado.<sup>131</sup> De esta manera debe ser posible adquirir información sobre el “funcionamiento real” de las normas jurídico-penales en el ordenamiento jurídico analizado y extraer de allí las similitudes y diferencias con otros sistemas.<sup>132</sup> Además, se deben poder “reconocer las estructuras y formas de funcionamiento de las diferentes culturas jurídicas”<sup>133</sup>. En primer plano no se encuentran entonces los contenidos jurídico-positivos de las diferentes disposiciones normativas individuales en sí mismas – en el sentido de una simple explicación del derecho extranjero –, sino más bien las “relaciones estructurales” entre dichas disposiciones y su aplicación práctica.<sup>134</sup> Un enfoque de este tipo, el cual es más empírico y se ocupa del sistema de justicia penal en general, presupone (acertadamente) el reconocimiento de la limitación del enfoque “dogmático” tradicional o puramente normativo, ya que éste no solamente no puede “dar cuenta completamente” del “sentido normativo” de diferentes regulaciones nacionales,<sup>135</sup> sino que tampoco puede explicar la forma real de funcionamiento de las disposiciones respectivas en un determinado sistema de justicia penal.<sup>136</sup> El alcance de un enfoque de estas características obviamente depende de cuántos grupos de delitos y tipos de casos, así como de cuántos países se investiguen.<sup>137</sup> Otra ventaja del método de comparación estructural es

---

Strafvollstreckung, en: Eser/Perron (ed.), Strukturvergleich (nota al pie 4), p. 909 (con relación a la ejecución penal solo una competencia limitada).

<sup>130</sup> Sobre este tipo de análisis con más detalle Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (40–45) (análisis de transcripciones literales por medio de EDV); sobre el formulario de análisis ver anexo p. 1137 ss.

<sup>131</sup> Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (33 s.) (centro de atención en “la terminación del proceso mediante un veredicto sobre la culpabilidad y la pena” [Fokus auf “*Verfahrensbeendigung durch Urteilspruch über Schuld und Strafe*”]).

<sup>132</sup> Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (29).

<sup>133</sup> [“*Strukturen und Funktionsweisen der unterschiedlichen Rechtskulturen*”] Perron, § 11 (nota al pie 124), p. 767.

<sup>134</sup> Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (29).

<sup>135</sup> [“*den normativen Bedeutungsgehalt*”] ... [“*nicht vollständig erfassen*”] Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (30).

<sup>136</sup> Sobre la consideración de “concepciones ético-sociales y [...] relaciones sociales” [“*sozialethischen Vorstellungen und [...] sozialen Verhältnissen*”], así como de la “realidad social” [“*soziale[n] Wirklichkeit*”] ver Schultz, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 10 s.; igualmente Perron, Grenzen (nota al pie 69), p. 286 s., 301 (“obviedad” [“*Binsenweisheit*”]); Jung, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 364 (“validez empírica de las normas” [“*empirische Geltung der Normen*”]), 368 (“trabajo de campo” [“*Feldforschung*”]); Sieber, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 116 s. (inclusión de la realidad por medio del derecho comparado [“*Wirklichkeitsebene*”]); Weigend, Criminal Law (nota al pie 33), p. 218 s.; también Hilgendorf, Einführung (nota al pie 96), p. 22; Mona, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 110 s. (inclusión de la “realidad social” [“*sozialen Wirklichkeit*”]).

<sup>137</sup> En este sentido, el proyecto de comparación estructural realizado en Friburgo tiene – respecto a un solo tipo de delito (homicidio) con una sola clase de casos (tirano del hogar) y solo ocho países

que el enfoque inductivo hace necesario un proceder discursivo del proyecto a nivel grupal y de esta manera permite superar un déficit de los proyectos comparativos tradicionales<sup>138</sup>: la elaboración paralela de los informes sobre los países comparados sin o con muy poca comunicación entre los investigadores de cada país y la elaboración del análisis transversal con preguntas (bilaterales) ocasionales a los investigadores.<sup>139</sup> Por lo demás, el método inductivo – en el marco de un proyecto de investigación continental-europeo – también demuestra que la contraposición entre una fundamentación deductiva propia del *civil law* y una fundamentación inductiva propia del *common law* constituye una simplificación,<sup>140</sup> la cual probablemente ni siquiera se puede constatar en un primer nivel teórico-jurídico de diferenciación en los diferentes sistemas jurídicos pertenecientes a cada uno de estos dos ámbitos.<sup>141</sup>

Adicionalmente, la existencia de varios *tribunales penales internacionales* hace que sea necesario aplicar la perspectiva comparada no solamente de forma horizontal, para analizar los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados, sino también de forma vertical, con el fin de determinar en qué medida la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha sido influenciada por los sistemas jurídicos nacionales

---

analizados (nota al pie 121) – un valor cognitivo limitado. Sin embargo, dicho proyecto tenía sobre todo un carácter experimental, razón por la cual debería “servir más que todo para el desarrollo y prueba de un método de investigación que pueda ser tenido en cuenta en futuros proyectos y trabajar con él otros temas y otros ordenamientos jurídicos” [“*vorrangig der Entwicklung und Erprobung einer Untersuchungsmethode dienen, mit der in etwaigen späteren Projekten auch andere Themen und andere Rechtskreise bearbeitet werden können.*”] (Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (37); al respecto también K. Ambos, GA 2017, 560). En general sobre la elección de países y criterios A. Esser, FS Streng (nota al pie 33), p. 673 ss.

<sup>138</sup> Una comparación clásica de éstas tiene lugar mediante tres pasos: (1) trabajo exegético con los ordenamientos jurídicos seleccionados, dado el caso teniendo en cuenta los fundamentos socio-económicos y culturales, y elaboración de los informes por país; (2) sistematización y organización del material y de los resultados para la elaboración del análisis transversal; (3) formulación de la valoración jurídico-política y recomendaciones. Similar el modelo de tres fases para la comparación individual de L.-J. Constantinesco/Léontin-Jean, *Rechtsvergleichung*, Bd. 2, *Die rechtsvergleichende Methode*, Köln u.a.: Heymann 1972, p. 137 ss. (determinar, entender y comparar), también Dannemann, *Comparative Law* (nota al pie 71), p. 406–418 (selección de los objetos de comparación, así como de las preguntas y ordenamientos jurídicos; descripción de dichos objetos, del contexto y de los resultados; análisis de las diferencias y de las similitudes y de la información); para una estructura de cuatro niveles ver Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 13 ss. (la determinación de la pregunta de investigación y de los países a comparar aparece aquí como una cuestión preliminar en primer lugar, pero los otros tres pasos son similares a las propuestas ya mencionadas); aún más detallados los ocho pasos de de Cruz, *Comparative Law* (nota al pie 48), p. 242 ss.; resumiendo Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 32 ss., quien además da consejos útiles para la construcción de una investigación comparativa y para la forma concreta de trabajo, § 3 nm. 236 ss., 249 ss.).

<sup>139</sup> En este sentido sobre la realización concreta de la investigación Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (34 ss.).

<sup>140</sup> Ver Chiesa, *Comparative Law* (nota al pie 49), p. 1098 s.

<sup>141</sup> Al respecto ver Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 41 ss. (concluyendo que se ha exagerado la diferenciación y que mejor se debe distinguir entre derecho occidental y no occidental, p. 68 ss.).

y, al contrario, en qué medida los sistemas jurídicos nacionales han sido influenciados por aquella.<sup>142</sup> En este sentido, es posible hablar de un Derecho penal comparado circular – influencia del derecho nacional sobre los tribunales penales internacionales (hacia arriba) y al revés (hacia abajo) –,<sup>143</sup> lo cual parece ser más idóneo que el derecho comparado<sup>144</sup> universal clásico – por lo general sobredimensiona-

<sup>142</sup> Ver, desde la perspectiva del derecho internacional, *D. Shelton*, *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation and persuasion*, Oxford: Oxford University Press 2011; *E. Kristjansdottir/A. Nollkaemper/C. Ryngaert* (ed.), *International Law in Domestic Courts: Rule of Law Reform in post-conflict States*, Cambridge: Intersentia 2012; *Eser*, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1508 s.; *A. Dolidze*, *Bridging Comparative and International law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, *European Journal of International Law (EJIL)* 26 (2015), p. 851 ss. (analizando la “vertical diffusion” de instituciones jurídicas entre el Estado nacional y el derecho internacional, en forma de una “upward diffusion” de conceptos nacionales con la respectiva internacionalización como resultado y una “downward diffusion” de conceptos internacionales); desde el punto de vista del Derecho penal internacional ver *M. Delmas-Marty*, *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law*, *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, 1 (2003), p. 13 (16 ss.) (aporte del derecho comparado, por un lado, al desarrollo del Derecho penal internacional [“hybridization”], por otro lado, a su integración en el derecho nacional); sobre la influencia del Derecho penal internacional a nivel nacional ver *Ebene W. W. Burke-White*, *The Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia & Herzegovina*, *Columbia Journal of Transnational Law* 46 (2008), p. 279; *E. Kirs*, *Limits of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina*, *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011), p. 397 ss.; *S. Horowitz*, *How International Courts Shape Domestic Justice: Lessons from Rwanda and Sierra Leone*, *Israel Law Review (IsLRev)* 46 (2013), p. 339; *N. Roht-Arriaza*, *Just a “Bubble”?: Perspectives on the Enforcement of International Criminal Law by National Courts*, *JICJ* 11 (2013), p. 537 ss.; *Y. Shany*, *How Can International Criminal Courts Have a Greater Impact on National Criminal Proceedings? Lessons from the First Two Decades of International Criminal Justice in Operation*, *IsLRev* 46 (2013), p. 431 ss.

<sup>143</sup> Sobre la concepción tradicional de la circulación entre ordenamientos jurídicos nacional, ver *Sacco*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 106), p. 25 s.

<sup>144</sup> Cuyo objetivo, el cual consiste en incluir en principio todos los ordenamientos jurídicos del mundo (en este sentido y con relación a la “jurisprudencia universal” de Feuerbach ver nota al pie 14; sobre el derecho civil *Rabel*, *Aufgabe* (nota al pie 69), p. 283: “Mil veces matizado y citado bajo el sol y el viento el Derecho de cada pueblo desarrollado. Todos estos cuerpos vibrantes juntos constituyen un todo que aún no ha sido captado completamente por nadie con suficiente comprensión” [“*Tausendfältig schillert und zittert unter der Sonne und Wind das Recht jedes entwickelten Volkes. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden einen noch von niemandem mit Anschauung erfasstes Ganzes.*”]), es, por muchas razones, casi imposible de realizar, una de ellas es que dicho enfoque siempre ha sido eurocentrista, a pesar de que fue precisamente desde esta perspectiva que se propuso este objetivo (demasiado acético en este sentido *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 111 s., quien, sin embargo, con razón se refiere al problema de la sistematización, p. 114–116, el cual realmente solo se puede solucionar con ayudas informáticas; sobre el complemento informático en el derecho comparado, aunque solo rudimentariamente, p. 124 s.); también crítico *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 976–978 (“menos realista” [“wenig realistisch”], el derecho comparado “no puede ser global ni total desde el punto de vista temático” [“weder gleichermaßen global noch thematisch total sein”]), sin embargo, debe ser abierto “con relación al espacio y el objeto” [“räumlich wie gegenständlich offen sein”], es decir, debe evitar el aislamiento y en principio debe ser lo más amplio posible); *A. v. Bogdandy*, *Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung. Eine hegelianische Reaktion auf Ran Hirschs*

do – para desarrollar reglas y principios de validez realmente universal teniendo como base el nivel supranacional mismo<sup>145</sup> y reconociendo a la jurisprudencia supranacional como su fuente.<sup>146</sup> De esta manera, por un lado, los tribunales penales internacionales hacen las veces de “laboratorios de un discurso jurídico-penal transcultural”<sup>147</sup>, al tiempo que, por otro lado, los principios generales del derecho deben ser desarrollados a partir de los ordenamientos jurídicos nacionales con miras a los fines y objetivos de dichos tribunales.<sup>148</sup> Para esto, como se mencionó líneas arriba,<sup>149</sup> es necesario que el análisis sea lo más representativo y sistemático posible. Un enfoque circular, como el que aquí se ha mencionado, toma en cuenta las nuevas estructuras de gobierno, tal y como se han construido especialmente en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, puesto que hace más fácil entender el nivel supranacional como un nivel autónomo de creación de derecho.<sup>150</sup> A su turno, los sistemas supranacionales mismos – bien sea regionales o universales – también posibilitan un análisis comparado horizontal,<sup>151</sup> más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales, como sería, por ejemplo, la comparación entre distintos tribunales penales internacionales.<sup>152</sup>

---

*Comparative Matters*, Der Staat 55 (2016), p. 103 (110) (en discusión con la obra mencionada debido al universalismo norteamericano y afirmando que “todo universalismo es al mismo tiempo un particularismo” [“*ein jeder Universalismus doch stets auch ein Partikularismus ist*”). Obviamente, en este contexto juega un rol importante el problema varias veces mencionado de los recursos, al respecto por ejemplo *Callies*, Rolle (nota al pie 91), p. 173 s.

<sup>145</sup> Para una discusión instructiva sobre los efectos de la globalización sobre la administración de justicia y el derecho comparado ver *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 71 ss.

<sup>146</sup> En general, sobre la relación entre derecho comparado y jurisprudencia internacional, ver *E. Rabel*, Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung, *RabelsZ* 1 (1927), S. 1 (5 ss.); sobre el derecho comparado como fuente de la jurisprudencia internacional ver *M. Bothe*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, *ZaöRV* 36 (1976), p. 280; sobre la necesidad del derecho comparado con miras a la “*hybridization*” o “*cross-fertilization*” para el desarrollo de un Derecho penal internacional pluralista *Delmas-Marty*, Contribution (nota al pie 142), p. 13, 16, 18–21; más específico, sobre el desarrollo de principios generales en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *F. O. Raimondo*, General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals, Leiden: Nijhoff 2008, p. 84 ss.

<sup>147</sup> [“*Laboratorium für transkulturelle Strafrechtsdiskurse*”] *J. Vogel*, Transkulturelles Strafrecht, *GA* 2010, p. 1 (12); también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1003.

<sup>148</sup> *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1111.

<sup>149</sup> Ver nota al pie 54.

<sup>150</sup> Ver al respecto *Meyer*, Internationalisierung (nota al pie 33), p. 90 ss. (resaltando la necesidad de enfoques multidisciplinarios).

<sup>151</sup> Al respecto desde una perspectiva principalmente civilista *Wendehorst*, Rechtssystemvergleichung (nota al pie 91), p. 8 ss. (quien entiende por “sistemas jurídicos no atados al derecho nacional” [“*nationalrechtlich ungebundene Rechtssysteme*”] también aquellos sistemas que no están anclados institucionalmente, como por ejemplo, el derecho religioso o los principios del derecho reconocidos en un área determinada).

<sup>152</sup> Ver, desde una perspectiva más normativa, *R. O’Keefe*, *International Criminal Law*, Oxford: OUP 2015, p. 111 ss., 483 ss.; *K. Ambos*, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations*

### III. Fundamento normativo

Independientemente del método aplicado, los estudios de derecho comparado no deben realizarse solo de forma instrumental, buscando resultados concretos,<sup>153</sup> pues también se deben tener en cuenta – en el sentido de un derecho comparado valorativo [*wertende Rechtsvergleichung*]<sup>154</sup> o, en todo caso, como lo haría un legislador democrático<sup>155</sup> – las decisiones axiológicas que en términos *constitucionales y de derechos fundamentales* han tomado los Estados liberales de derecho.<sup>156</sup> Esto se desprende de la necesidad de valoración mencionada líneas arriba,<sup>157</sup> puesto que con el análisis comparado surge la pregunta subsiguiente sobre la mejor forma de cumplir dichos ideales. El método funcional no proporciona los elementos necesarios para

---

and General Part, Oxford: OUP 2013, p. 40 ss. (51–53); *del mismo autor*, Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure, Oxford: OUP 2016, p. 8 ss. (44); desde una perspectiva decididamente más empírica *A. Smeulers/B. Hola/T. van den Berg*, Sixty-Five Years of International Criminal Justice: The Facts and Figures, *Int.Cr.L.Rev.* 13 (2013), p. 7 ss.

<sup>153</sup> Crítico en este sentido *J. Vogel*, Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichung, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 205 (207 ss.); también *P. Haucke*, Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechtsharmonisierung in der EU, en: *ibid.*, p. 255 (260); *Kubiciel*, Funktionen (nota al pie 94), p. 218 s.; *Eser*, Evaluativ (nota al pie 107), p. 1460; también *Michaels*, Funcional (nota al pie 73), p. 351.

<sup>154</sup> Fundamental, también sobre la historia de los conceptos *Eser*, Evaluativ (nota al pie 107), p. 1443 ss. (1450 ss.); *del mismo autor*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 929 (1020 ss.); antes también *Jung*, Wertende (nota al pie 33), p. 1 ss.; sobre la importancia para el derecho europeo *Heun*, Rechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 26 s.; delimitando frente al Derecho penal comparado en donde se comparan valoraciones [*wertvergleichende Strafrechtsvergleichung*] *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 119 ss.; sobre “values” y “evaluation” en la dogmática jurídica *N. Jareborg*, Legal Dogmatics and the Concept of Science, en: Freund y otros (ed.), *FS Frisch* (nota al pie 102), p. 49 (57).

<sup>155</sup> Sobre la vinculación del legislador democrático a los derechos fundamentales, prohibición de arbitrariedad y derechos humanos ver *Ambos*, Zukunft (nota al pie 109), p. 187; *Ambos*, Futuro (nota al pie 109), p. 16.

<sup>156</sup> Para un fundamento axiológico anclado en los derechos humanos ver también *H. Jung*, Sanktionensysteme und Menschenrechte, Bern y otros 1992, p. 43–48; también *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 121 s. (“orientación hacia el ser humano en una sociedad abierta y así hacia el principio general de la libertad [...]” [*“Ausrichtung auf den Menschen in einer offenen Gesellschaft und damit auf das allgemeine Freiheitsprinzip [...]”*]); también *Eser*, Evaluativ (nota al pie 107), p. 1463 s.; *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 79 ss. (“comparación [...] orientada a los derechos humanos” [*“menschenrechtsorientierte [...] Vergleichung”*]); antes también *K. Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung, Berlin 2002, p. 45. – Un enfoque orientado a la obtención de beneficio económico y a la eficiencia, como subyace especialmente al análisis económico del derecho (ver *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 56 ss., 68 ss.), no es compatible con esto (crítico frente al análisis económico en el derecho comparado también *ibid.*, § 3 nm. 65–67 ss., 95 s., quien señala que aquí solo se emplea el análisis económico ortodoxo de manera selectiva y limitada); predominantemente económico es también el derecho comparado estadístico, al respecto *ibid.*, § 3 nm. 106 ss.; sobre derecho comparado numérico en este sentido también *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 145 ss.

<sup>157</sup> Ver nota al pie 69 s.

realizar esta valoración, pues se enfoca, desde una perspectiva micro, sobre todo en los rendimientos de cada institución jurídica analizada.<sup>158</sup> En todo caso, el interés por establecer el grado de realización de los valores constitucionales y el respeto a los derechos humanos constituye solo un punto de partida en un meta-nivel, el cual se debe concretar de manera intersubjetiva en el marco de cada proyecto de investigación comparativo.<sup>159</sup>

Un derecho (penal) comparado de orientación funcional, estructural y cultural se enfoca también en la construcción teórica de fundamentos, de ahí su carácter científico. Con esto no se quiere negar la relevancia del Derecho penal comparado legislativo o judicial.<sup>160</sup> Sin embargo, los análisis comparados teóricamente más elaborados van más allá de las preguntas concretas relevantes para un legislador o un juez y buscan también comprender de manera general el sistema penal como un todo, sus principios fundamentales y las instituciones que lo soportan. En este sentido, el Derecho penal comparado puede ser considerado como método, en general, de la dogmática jurídica y, en particular, de la dogmática jurídico-penal,<sup>161</sup> ya que a través suyo es posible sistematizar el contenido del derecho vigente y, mediante la comparación de diferentes enfoques y soluciones, contribuir a su aplicación consistente y libre de contradicciones. El Derecho penal comparado así entendido supone sobre todo investigar y discutir (teóricamente) los fundamentos del sistema penal, más allá de la simple comparación de normas jurídicas y conceptos dogmáticos, bien sea analizando a profundidad fenómenos específicos (perspectiva micro) o estudiando aspectos generales de cada sistema y sus instituciones (perspectiva macro),<sup>162</sup> así como sus efectos en diferentes contextos sociales y cul-

---

<sup>158</sup> Ver *Michaels*, *Functional* (nota al pie 73), p. 373 ss. (381).

<sup>159</sup> Ver *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 119–123 (con delimitación correcta de las preguntas preliminares frente a la valoración como tal: (1) comparabilidad del objeto de regulación [problemas comparables], (2) comparabilidad de los parámetros de valoración y (3) comparación de las normas concretas, p. 119–121); también *del mismo autor*, *Grenzen* (nota al pie 79), p. 53 ss.; crítico y complementando desde una perspectiva “evaluativa-competitiva” *Eser*, *Evaluativ* (nota al pie 107), p. 1447 (1449 s., 1450 ss.), en donde él entiende como tal un derecho comparado cuyos “objetivos [...] pueden abarcar desde la valoración neutral hasta la compatencia de intereses específicos” [“*deren „Zielsetzungen [...] von neutraler Wertung bis zu interessengeleitetem Wettbewerb reichen können [...]“*] (p. 1453, con más detalle 1454 ss.) y diferencia entre funciones y métodos (p. 1450 ss., 1460 ss.).

<sup>160</sup> Sobre esta clasificación del derecho comparado ver nota al pie 62 ss.

<sup>161</sup> Ver también *M. Donini*, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*, Berlin 2006, p. 30; similar sobre la relación simbiótica entre derecho comparado y dogmática *Junker*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 924.

<sup>162</sup> Sobre derecho comparado micro y macro ver por ejemplo *Jung*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 362 s.; *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 17 s.. Esta terminología [*Mikro- und Makrovergleichung*] no está libre de discusión; en otro sentido por ejemplo *Sacco*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 106), p. 29 s. (comparación al interior de una familia jurídica o entre familias jurídicas); sobre “sistemología” [*“Systemologie”*] (comparación de sistemas) como aporte original del derecho comparado a la ciencia *ibíd.*, p. 125–127; desde la perspectiva de las familias jurídicas *Dannemann*, *Comparative* (nota al pie 71), p. 387 s.; desde una perspectiva histórica *Basedow*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 830 s.; más reciente *Wendeborst* (nota al pie 91), p. 1 ss.. Además, esta diferenciación

turales.<sup>163</sup> De esta manera, como se mencionó al principio de este trabajo,<sup>164</sup> es posible analizar críticamente el sistema jurídico propio.<sup>165</sup> En todo caso, el derecho comparado así desarrollado no está libre de objetivos más concretos,<sup>166</sup> ya que (como toda investigación con la cual se pretende identificar y elaborar fundamentos) de todas maneras busca proporcionar conocimientos sobre temas puntuales<sup>167</sup> y aspira a tener validez intercultural,<sup>168</sup> en el camino (pedregoso) hacia una ciencia jurídico-penal universal.<sup>169</sup>

---

no se puede realizar siempre con claridad, más bien existe “una continuidad creciente de comparaciones que identifican tipologías a nivel muy especializado [...] hasta llegar a una división en jurisdicciones con un alto grado de generalización” [“*ein Kontinuum zunehmend typisierender Vergleichung vom sehr spezialisierten Einzelvergleich [...] bis hin zu hochgradig generalisierenden Einteilung in Rechtskreise.*”] (Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 18).

<sup>163</sup> Ver también Sieber, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 94 s., 109 s. (conocimiento sistemático de distintos ordenamientos jurídico-penales); Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 973–975 (con una lista de diferentes orientaciones); como asignatura básica desde una perspectiva histórica A. Koch, Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsvergleichung, en: Freund y otros (ed.), FS Frisch (nota al pie 102), p. 1483 (1485 ss.).

<sup>164</sup> Ver arriba apartado C.I.

<sup>165</sup> Ver también Hilgendorf, Einführung (nota al pie 96), p. 15; Mona, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 104, 106 ss. (quien por esta razón define al derecho comparado como una “disciplina subversiva” [“*subversive Disziplin*”]). Esto sucede (por su puesto), con mayor razón, cuando se trabaja como jurista extranjero en un ordenamiento jurídico distinto al propio, al respecto con experiencia propia O. Lagodny, Fallstricke der Strafrechtsvergleichung am Beispiel der deutschen Rechtsgutslehre, ZIS 2016, p. 679.

<sup>166</sup> Asimismo Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 963–965 (resaltando con razón la legitimidad de los objetivos y la corrección de los métodos); diferente, sin embargo, la opinión mayoritaria, Jescheck, Rechtsvergleichung (nota al pie 90) p. 764; G. Kaiser, Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie, en: G. Kaiser/T. Vogler (ed.), Strafrecht – Strafrechtsvergleichung, Freiburg 1975, p. 79 (82); Schultz, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 8 (“pura comparación” [“*reine Forschung*”]); así también Sieber, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 94; igualmente Callies, Rolle (nota al pie 91), p. 174.

<sup>167</sup> Asimismo Mona, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 109, quien a pesar de citar a Schultz (nota al pie 166), reconoce que se deben perseguir objetivos más generales, como por ejemplo la justicia. El mismo Schulz se pregunta por los “objetivos científicos” [“*wissenschaftliche Ziele*”] del derecho comparado (p. 19).

<sup>168</sup> Sobre el “principio de generalización” en este contexto, el cual hace referencia a la capacidad de generalización de ideas jurídicas o instituciones, ver *v. Bogdandy*, Rechtsraum (nota al pie 32), p. 1.

<sup>169</sup> Frente a esto *v. Liszt* (Einführung (nota al pie 78), p. XX, XXV) declaró como principal tarea del derecho comparado [“*böchste Aufgabe*”] la construcción de “una ciencia jurídico-penal común a partir de todos los ordenamientos jurídicos individuales, pero que va más allá de todos ellos” [“*eine gemeinsame, allen einzelnen Rechten entnommene, aber über ihnen allen stehende Strafrechtswissenschaft*”] como “derecho del futuro” [“*Recht der Zukunft*”]; más ambicioso sobre una ciencia jurídico-penal “universal” Sieber, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 129 s., quien recientemente ha hecho accesible en la página web del Instituto Max-Planck el “Sistema de Información para Derecho Penal Comparado” [“*Max-Planck-Informationssystem für Strafrechtsvergleichung*”] (Sieber Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 124, 129); sin embargo, el proyecto, implementado desde 2004, solamente comprende 25 ordenamientos jurídicos con relación a varios problemas de la parte general del Derecho penal, ver <https://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/vi.html> <14.11.2017>. La idea

## D. Situación de la investigación y enseñanza del Derecho penal comparado

La internacionalización a la que se hizo referencia al principio del presente trabajo, y de la que hoy en día tanto se habla, indudablemente ha conducido a que la *investigación* comparativa gane mayor importancia; así lo demuestran el número de tesis doctorales y de colecciones en distintas editoriales con enfoque comparativo.<sup>170</sup> La investigación que se lleva a cabo en Alemania es razonablemente visible a nivel internacional, aunque también aquí tiene primacía el idioma inglés.<sup>171</sup> En este sentido se debe destacar que una de las principales obras contemporáneas de derecho comparado ha sido escrita precisamente por un investigador alemán que actualmente se desempeña como profesor en Inglaterra.<sup>172</sup> Sin embargo, la internacionalización no ha tenido el mismo efecto sobre la enseñanza del derecho, a pesar de que la importancia del derecho comparado en este ámbito ha sido reconocida desde tiempo atrás<sup>173</sup> y de que éste es considerado, con razón, como una asignatura básica,<sup>174</sup> precisamente debido a que esta disciplina es capaz, como ninguna otra, de generar reflexiones críticas sobre el derecho propio. De hecho, anteriores reclamos, mediante los cuales se llamó la atención sobre la necesidad de tener en cuenta en la formación de nuevos juristas la internacionalización,<sup>175</sup> únicamente han conducido – al margen de algunos pocos proyectos emblemáticos<sup>176</sup> – al establecimiento del derecho europeo como curso obligatorio.<sup>177</sup> El derecho (penal)

---

original fue presentada en el año 2000 por Ursula Nelles, con ocasión de la invitación del Director del Instituto de ese entonces, Eser, ver *Nelles*, Rechtsvergleichung (nota al pie 87), p. 1005 s. con pie de página 1, 1016 s.; también crítico sobre la implementación *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 976 s. Sobre una “ciencia jurídico-penal transnacional” [“*transnationale Strafrechtswissenschaft*”] también *Hörnle*, Plädoyer (nota al pie 104), p. 303 ss.

<sup>170</sup> Ver por ejemplo las colecciones sobre Derecho penal internacional y extranjero de las editoriales Duncker & Humblot y Nomos, las cuales complementan las colecciones tradicionales del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional y Extranjero.

<sup>171</sup> Así también *Ambos*, Zukunft (nota al pie 109), p. 187 s.; *Ambos*, Futuro (nota al pie 109), p. 16–17.

<sup>172</sup> *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12).

<sup>173</sup> Ver por ejemplo *B. C. Aubin/K. Zweigert*, Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht, Tübingen 1952, p. 28 s. “factor central de la formación [...]” [“*zentraler Bildungsfaktor*[...]”]; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (nota al pie 48), p. 20 (importancia para la instrucción académica como objetivo); *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 921 (“implementado en la enseñanza universitaria” [“*in der Universitätslehre etabliert*”]); además *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 378; también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 948.

<sup>174</sup> *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 921, 927.

<sup>175</sup> Ver *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 1.

<sup>176</sup> Ver por ejemplo el proyecto de Wurzburg “Sistemas Globales y Competencia Intercultural” [“*Globale Systeme und interkulturelle Kompetenz*”], mediante el cual se intenta inculcar en la formación de juristas competencias fundamentales para el tratamiento del derecho y cultura extranjeros; al respecto *Hilgendorf*, Einführung (nota al pie 96), p. 14 así como [www.gsik.de](http://www.gsik.de) <09.07.2018>.

<sup>177</sup> Así también *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 7 (“referencias europeas” [“*europarechtliche Bezüge*”] como curso obligatorio en Saarland); sobre la importancia también *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 921. Esto también se puede confirmar con una mirada a los reglamentos vigentes de los exámenes estatales de derecho, los cuales prevén el derecho europeo como materia

comparado sigue estando en una especie de estancamiento, de manera que la afirmación realizada por *Jung* en 1998, según la cual “aún no es fácil” para el derecho comparado “encontrar su espacio en los estudios de derecho”<sup>178</sup>, todavía hoy se mantiene vigente.<sup>179</sup> Incluso la jurisprudencia acude al derecho comparado solo de manera selectiva y buscando sobre todo fundamentar resultados concretos.<sup>180</sup>

La poca importancia que el Derecho penal comparado ha tenido en la práctica se debe también a que los estudios comparados del derecho han sido dominados por el derecho civil.<sup>181</sup> Así, en el ámbito de habla alemana,<sup>182</sup> existen 57 facultades de derecho,<sup>183</sup> con un total de 141 departamentos [*Lehrstühle*] de derecho comparado,<sup>184</sup> de los cuales 12 tienen énfasis en Derecho penal, 24 en derecho público (en sentido estricto) y 96 en derecho civil; 8 de los 11 departamentos que existen en Alemania con énfasis en Derecho penal utilizan la denominación “Derecho penal comparado” [*Strafrechtsvergleichung*],<sup>185</sup> mientras que la denominación de las tres restantes únicamente hace referencia a “derecho comparado” en general [*Rechtsvergleichung*].<sup>186</sup> En lo que tiene que ver con las áreas de profundización en los programas académicos, el Derecho penal comparado aparece a lo sumo en el marco del derecho comparado en general<sup>187</sup>, del derecho internacional<sup>188</sup> o de las ciencias criminales<sup>189</sup>.

---

obligatoria (en Saarland también aspectos internacionales).

<sup>178</sup> [*“nach wie vor nicht leicht” sei, “sich im Studium des Rechts zur Geltung zu bringen”*] *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 6.

<sup>179</sup> Sobre las dificultades de la integración en la enseñanza general ver *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 18.

<sup>180</sup> Ver *E. Schramm*, Die Verwendung strafrechtsvergleichender Erkenntnisse in der Rspr. des BGH und BVerfG, en: Beck y otros. (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 155 ss.

<sup>181</sup> Ver *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 1; *H. Heiss*, Hierarchische Rechtskreiseinteilung – Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?, ZVglRWiss 100 (2001), p. 396 (401) (“típicamente [...] asentado en el derecho civil” [*“typischerweise [...] im Privatrecht angesiedelt”*]); *Dubber*, Comparative (nota al pie 15), p. 1288; *Hilgendorf*, Einführung (nota al pie 96), p. 12 (“dominio del derecho civil” [*“Domäne des Zivilrechts”*]); *Mona*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 104 s.; *Grande*, Comparative (nota al pie 2), p. 191; *Eser*, Stand (nota al pie 33), p. 670; diferente *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 68 ss. (“cierto predominio” [*“genisse Vorherrschaft”*]), pero el derecho comparado es universal y existe en todas las ramas del derecho).

<sup>182</sup> Los siguientes datos fueron proporcionados por mí (antigua) asistente Muriel Nißle con base en la búsqueda por él realizada en Internet.

<sup>183</sup> 45 en Alemania, 5 en Austria, 6 en Suiza (de habla alemana) y 1 en Luxemburgo.

<sup>184</sup> Alemania: 126 departamentos para derecho comparado (85 derecho civil, 21 derecho público, 11 Derecho penal, 9 historia del derecho); Austria: 3 departamento, 1 instituto (2 derecho civil, 1 Derecho penal así como un instituto para derecho procesal civil, derecho de insolvencia y derecho procesal comparado); Suiza: 10 departamentos (8 derecho civil, 2 derecho público); Luxemburgo (1 derecho civil, 1 derecho público).

<sup>185</sup> Bonn, Fráncfort del Óder, Friburgo, Gießen, Hamburgo, Hannover, Colonia, Osnabrück.

<sup>186</sup> Gotinga, Fráncfort del Meno, Berlin (Humboldt-Universität).

<sup>187</sup> Así por ejemplo en Wurzburg, [https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02000100/studium/schwerpunktbereich/SPB\\_mit\\_Vorlesungen\\_fuer\\_HP.pdf](https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02000100/studium/schwerpunktbereich/SPB_mit_Vorlesungen_fuer_HP.pdf) <01.11.2017>.

<sup>188</sup> Así por ejemplo en Jena,

[http://www.rewi.uni-jena.de/rewi2media/Downloads/Studium/Hinweise\\_SB.pdf](http://www.rewi.uni-jena.de/rewi2media/Downloads/Studium/Hinweise_SB.pdf) <1.11.2017>.

De esta manera, con relación a la formación jurídica, probablemente Alemania se mantiene rezagado frente a Francia y varios otros países.<sup>190</sup> El hecho de que la situación en los Estados Unidos probablemente sea peor, si se acepta la famosa crítica formulada por el profesor de Yale John *Langbein* contra las facultades de derecho norteamericanas y la práctica jurídica en general en dicho país,<sup>191</sup> resulta de poco consuelo. Esta consideración también se puede realizar respecto a otros ordenamientos jurídicos pertenecientes al *common law*, sobre todo cuando se trata de la comparación con sistemas cuyo idioma no es el inglés.<sup>192</sup>

## E. Perspectivas

A pesar de las tendencias hacia la renacionalización que surgen en medio de corrientes populistas – bien sea en Europa o más allá (“*America first*”) –, los retos que trae consigo la criminalidad transnacional, la cual ciertamente no solo se limita al denominado Estado Islámico, promueven un mayor protagonismo del Derecho penal comparado, pero con mayor énfasis en la comparación integral del sistema de justicia penal que en la elaboración de fundamentos, y con especial interés en las formas de persecución penal y en la cooperación judicial. La práctica, especialmente policiva, reclama aportes dirigidos a la armonización de los sistemas penales – especialmente con miras al trabajo conjunto de las agencias e instituciones encargadas de la persecución penal –, ya que las diferencias en los detalles técnicos y operativos dificultan la persecución penal transnacional contra sospechosos de haber cometido conductas punibles. En consecuencia, respecto al Derecho penal comparado entendido como disciplina científica y académica, es posible preguntarse hasta donde está dispuesto a quedar reducido a una simple herramienta auxiliar para la consecución de intereses judiciales y policivos, con mayor razón, además, si se tiene en cuenta que difícilmente se puede esperar del Derecho penal comparado

---

<sup>189</sup> Así por ejemplo en Berlín (Humboldt-Universität), <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/st/fsj/juratag/SP7.html/> <19.06.2018> y en Gotinga, <http://www.uni-goettingen.de/de/kurzbeschreibung-sb-6--kriminalwissenschaften/450905.html> <01.11.2017>.

<sup>190</sup> Ver *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 948 con más referencias en el pie de página 42.

<sup>191</sup> *J. Langbein*, *The Influence of Comparative Procedure in the United States*, *AJCL* 43 (1995), p. 545 (549, 554) (“[...] *study of comparative procedure [...] little following [...] If the study of comparative law were to be banned from American law schools tomorrow morning, hardly anyone would notice. [...] They operate on the assumption that the foreigners have nothing to teach [...] Fortified in the lucrative fool’s paradise that they inhabit, American legal professionals have little incentive to open their eyes to the disturbing insights of comparative example*”); algo más optimista *V. V. Palmer*, *Insularity and Leadership in American Comparative Law: The Past One Hundred Years*, *Tulane Law Review* 75 (2001), p. 1093 (1097) (“*In truth, given its isolation, it would appear to have done well under the circumstances, at least by any quantitative measure*”).

<sup>192</sup> Es sintomático que el único libro sobre Derecho penal comparado (nota al pie 72; crítico *C.-F. Stuckenberg*, *Dubber*, Markus D./Hörnle, Tatjana: *Criminal Law. A Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press 2014. XXXVIII, 671; *ZStW* 128 (2016), p. 292) es de autoría de dos alemanes (*Dubber* und *Hörnle*), de los cuales el primero enseña en Canadá.

tradicional respuestas aceptables desde el punto de vista práctico, que no puedan ser encontradas de todas maneras por cualquier operador judicial lo suficientemente creativo o a las que no se pueda llegar por medio de la cooperación concreta entre agencias o instituciones dedicadas a la persecución penal. El Derecho penal comparado científico no debe perder el interés por el sistema penal entendido como un todo, es decir, por los fundamentos de la persecución penal propia de un Estado de derecho, en donde los derechos humanos y constitucionales se aseguren, aún cuando ésta tenga lugar más allá de las fronteras nacionales y se dirija contra personas que se definan a sí mismas como enemigas de las sociedades liberales. El Derecho penal comparado entendido como investigación y elaboración de fundamentos debería entonces transformarse en una ciencia jurídico-penal inter y transnacional, en las que se discuta menos sobre la dogmática nacional de cada ordenamiento jurídico y, por el contrario, ocupe un lugar más relevante la reflexión teórica jurídico-penal, así como el análisis de los sistemas de justicia, mediante procesos orientados al diálogo intercultural.<sup>193</sup>

---

<sup>193</sup> Para un intento de diálogo anglo-alemán ver:  
<http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/en/anglo-german-dialogue> <19.06.2018>.

### III. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal\*

*Urs Kindhäuser*

**Abstract:** En el presente trabajo, el autor expone su fundamentación de la legitimación de los delitos de peligro. Tras un análisis crítico del paradigma de la agresión en Derecho penal, el autor presenta su concepto de lesin de un bien jurídico, de peligro y de “daños de peligro” y, a partir de éstos, explica cómo se puede legitimar la existencia de los delitos de peligro. Además, dedica las últimas líneas a aclarar algunos malentendidos en la comprensión de su teoría de los delitos de peligro y lo hace de la mano de los delitos de falso testimonio.

#### I. Introducción

1. En los últimos años apenas ha habido otro tema que haya ocupado tan intensamente a la ciencia jurídico-penal en Alemania como la pregunta sobre el fin y la legitimación de los delitos de peligro. Esto lo explica una serie de razones muy distintas, de las cuales quiero mencionar especialmente tres.

De entrada, son interesantes los problemas más bien técnicos de cómo hay que definir y sistematizar los delitos de peligro. El concepto de peligro se pone habitualmente en relación con la probabilidad de la lesión de un bien jurídico. En la terminología tradicional, se distingue entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, según cuál sea la clase e intensidad del peligro. Esta división tosca

---

\* Traducción de Nuria Pastor Muñoz, Doctora en Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Becaria de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto de Derecho penal de la Universidad de Bonn. Título original: Struktur und Legitimation strafrechtlichen Gefährdungsdelikte.

se refina mediante una profusión de formas mixtas y modalidades de peligro; así, se dice que existen, entre otros, delitos de acumulación, delitos de idoneidad, delitos de peligrosidad, delitos de peligro potencial y delitos de peligro abstracto-concreto.<sup>1</sup> El rendimiento de esas distinciones es ciertamente bajo, pues no pocas veces la clase del peligro depende de la clase del bien jurídico afectado, de manera que tras la división se esconden, más que modalidades generales de delito, las peculiaridades de los bienes jurídicos afectados. Por ejemplo, el honor se menoscaba de una forma distinta a aquélla en que se menoscaba el patrimonio o la integridad física.

Más importante y fundamental que estos problemas técnicos es la cuestión de la fundamentación del injusto de los delitos de peligro, pues todos los delitos de peligro tienen el elemento negativo común de que su injusto no consiste en la lesión de un bien jurídico. Solamente cuando se haya aclarado si los delitos de peligro tienen un contenido autónomo de injusto frente a los delitos de lesión, merece la pena responder a la pregunta técnica de si este injusto se puede subdividir en otras formas específicas de delito.<sup>2</sup> Por esta razón, en las siguientes consideraciones me concentraré en la posibilidad de fundamentar un injusto autónomo de peligro.

La tercera razón de la intensa discusión en torno a los delitos de peligro atañe al anclaje ético-social del Derecho penal en una sociedad pluralista. Aquí se entrelazan dos movimientos con un efecto de reforzamiento mutuo. Por una parte, en una sociedad pluralista, se erosiona hasta quebrarse aquella base de orientación religiosa común y acuerdo moral que une a todos los ciudadanos del Estado. El Derecho se presenta como único sustituto más o menos estable para resolver aceptablemente conflictos de manera general. La consecuencia de esto es que la sociedad se “juridifica” cada vez más y, por tanto, aumenta la importancia del Derecho penal como medio de reacción frente al comportamiento desviado. En esta mecánica social, la reivindicación del carácter fragmentario del Derecho penal se convierte, tarde o temprano, en un postulado político-criminal no vinculante.

Por otra parte, la vida en las sociedades industriales modernas implica una serie de riesgos cuyo dominio no solamente supera al individuo, sino que, además, conduce a inseguridades que apenas pueden ser dominadas por el conjunto de la sociedad. Progreso técnico y riesgos crecientes van de la mano y caracterizan la sociedad actual, desde una perspectiva sociológica, como sociedad del riesgo.<sup>3</sup> El único instrumentario que tiene la posibilidad de poner en relación valorándolas las

---

<sup>1</sup> Cfr. por todos *Woblers*, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, 2000; *Zieschang*, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, p. 52 ss.

<sup>2</sup> En esa medida, acertadamente *Zarzyk* *ZStW* 113 (2001), p. 192 (p. 194 s.).

<sup>3</sup> Cfr. por todos *Beck*, *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986; *el mismo.*, *Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit*, 1988; *Kaufmann*, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem – Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, 2ª ed., 1973; una crítica reflexiva desde el punto de vista del Derecho penal en *Kindhäuser*, *Universitas* 1992, p. 22 ss.; *Prittwitz*, *Strafrecht und Risiko*, 1993.

ventajas y desventajas de correr riesgos, así como de conducirlos a cauces reguladores es el Derecho. De ahí que se invoque infaliblemente al Derecho penal cuando hay que asegurar mediante sanciones la observancia de los valores límite para los riesgos socialmente tolerados. A esto se añade que toda innovación técnica en el intercambio de bienes ofrece también la posibilidad de un abuso. Esto puede ocurrir mediante el aprovechamiento de las circunstancias técnicas como, por ejemplo, en el caso de la estafa informática o en el de las lesiones de los derechos de autor en internet, pero también puede tener lugar mediante sabotaje o acciones terroristas. La misma posibilidad de abuso alimenta los temores individuales y colectivos, los temores se apaciguan mediante la prevención y la necesidad de prevención se sacia mediante el recurso a las sanciones del Derecho penal. De esta manera, el Derecho penal se convierte, expresado en términos informales, en “arma multi-usos” del aseguramiento social.

2. En cierto modo, el legislador también puede hacer frente a la necesidad de una seguridad regulada con los medios del Derecho civil y del Derecho público. El Derecho civil puede, por ejemplo, vincular a una responsabilidad objetiva por la puesta en peligro derechos a la indemnización de daños y perjuicios, estimular de este modo la contratación de seguros y, con ello, influir preventivamente, a través de la presión de costes, en la observancia de los estándares de seguridad. Que este modelo funciona relativamente bien lo muestra en especial el tráfico rodado.

Con los instrumentarios del Derecho público se puede generar una seguridad considerablemente mayor. En este caso se puede, por una parte, sujetar las autorizaciones para comportamientos y actividades peligrosos a concesiones cuyo otorgamiento presuponga la acreditación de estándares de seguridad. Por otra parte, se pueden fijar valores límite para los riesgos e imponerlos coactivamente. Ejemplos de esto son el otorgamiento de un permiso de conducción en el tráfico rodado, la regulación de las emisiones de sustancias nocivas realizadas por las instalaciones industriales o el control de centrales nucleares y plantas de residuos.

Sin embargo, el legislador alemán considera que los medios que el Derecho civil y el Derecho público ofrecen para la protección frente a peligros y para su evitación no son suficientes y cree que no puede renunciar al Derecho penal – y en esto no se encuentra solo desde una perspectiva internacional –, sino que encaja en una evolución general del Derecho. Por Derecho penal entiendo aquí, por de pronto solamente en un sentido muy general, un ámbito del Derecho que reacciona frente a las lesiones culpables de la norma con la imposición de sanciones. En este sentido general, el fin del Derecho penal es constatar en un proceso formal la responsabilidad por lesiones de normas y someter a los responsables en especial a pérdidas de dinero o de libertad. De esta manera se puede mostrar que la infracción de la norma no merece la pena, de modo que se fortalece a los destinatarios de la norma fieles al Derecho en su fidelidad al Derecho y se disuade de tal comportamiento a los potenciales infractores de la norma.

El Derecho alemán conoce dos formas del Derecho penal en este sentido amplio. La primera forma es el denominado Derecho de las infracciones administrativas [*Ordnungswidrigkeiten*], el cual se desarrolló a partir del anterior Derecho de policía y Derecho penal administrativo. Aquel Derecho prevé multas para personas privadas y empresas que infrinjan las normas que sirven a la protección de la seguridad y orden públicos. En Derecho alemán hay tal cantidad de tipos de infracciones administrativas que apenas es abarcable, pues tales tipos se extienden desde una pequeña multa por aparcamiento indebido hasta la sanción de cárteles internacionales prohibidos con multas de varios cientos de millones de euros. No tengo noticia de la existencia de objeciones fundamentales contra el Derecho de las infracciones administrativas formuladas por filósofos de la moral, penalistas o criminólogos. Parece como si el Derecho de las infracciones administrativas fuera un procedimiento para la estabilización de normas jurídicas que se considera legítimo de forma general.

Junto al Derecho de las infracciones administrativas se encuentra el Derecho penal en sentido estricto, el cual une a la sanción un reproche ético-social y, a la vez, ofrece la posibilidad de someter al autor a una pena privativa de libertad. En lo que sigue, cuando yo hablo de “Derecho penal”, hago únicamente referencia a este denominado Derecho penal criminal. Precisamente por el reproche ético-social y por la posibilidad de la privación de libertad, se ve el Derecho penal como un Derecho sancionatorio más intenso en comparación con el Derecho de las infracciones administrativas, aun cuando las multas del Derecho de las infracciones administrativas, por ejemplo, en el Derecho de cárteles, puede ser mucho más elevadas que la pena de multa.

De aquí surge la problemática de nuestro tema: según una interpretación extendida en la ciencia jurídico-penal, una parte más o menos grande de los delitos de peligro tiene un contenido de injusto y de culpabilidad demasiado pequeño, de manera que su castigo con la pena criminal es cuestionable o, incluso, ilegítimo.<sup>4</sup>

3. Para comprender esta crítica es necesario volver la vista a la historia del Derecho penal y, en concreto, por lo menos 200 años atrás. A la filosofía de la Ilustración europea no solamente le debemos la idea de los derechos humanos y de la división de poderes, sino también la reivindicación de una pena adecuada a la culpabilidad y de una limitación del Derecho penal. El cambio de tercio decisivo para el Derecho penal alemán actual tuvo lugar con *Anselm von Feuerbach*, el penalista alemán más importante y discípulo de *Immanuel Kant*. *Feuerbach* no solamente estableció el principio “*nullum crimen sine lege*” y la teoría de la culpabilidad de la voluntad, sino que también desarrolló un criterio importante para la delimitación del Derecho penal: según éste, son punibles, junto a los delitos contra la existencia del Estado, solamente aquellos comportamientos mediante los cuales se lesiona un derecho subje-

<sup>4</sup> Especialmente crítico *Herzog*, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991; *Prittowitz*, *Strafrecht und Risiko*, 2000; la orientación contraria la define *Schünemann*, GA 1995, p. 201 ss.; moderadamente *Kuhlen*. GA 1994, p. 347 ss.

tivo de la víctima. Además, *Feuerbach* llevó esta idea a la práctica con su proyecto de un Código penal del Reino de Baviera de 1813.

*Feuerbach* no solamente logró elaborar un Código penal pronunciadamente breve, sino también muy notable. Entre otros, dejaban de ser punibles algunos delitos contra la moral tradicionales. Por ejemplo, los actos homosexuales consentidos no lesionan ningún derecho subjetivo de los intervinientes, de manera que, según *Feuerbach*, ya no eran merecedores de pena. Ahora bien, esta revolución resultó menos dramática de lo que parece a primera vista porque, aunque *Feuerbach* vació el Código penal, no dejó a la homosexualidad libre de sanción, sino que la desplazó, junto con otros muchos delitos tradicionales, a un Derecho policial abotagado.

En la teoría de *Feuerbach* se manifiesta, además, otra contradicción entre teoría y praxis. *Feuerbach* consideraba punibles comportamientos que, coherentemente según su teoría, no podría haber fundamentado como punibles. Ejemplo de esto son los delitos contra la Administración de Justicia. Así, *Feuerbach* pretendía construir el el perjurio [*Meineid*] como fraude contra una parte del proceso, para cumplir de este modo el requisito de la lesión de un derecho subjetivo. Sin embargo, cuando un testigo le da a un acusado una coartada falsa, es difícil ver en este comportamiento un fraude en perjuicio del acusado.

Ahora bien, parece que sobre todo la teoría de *Feuerbach* no satisface las exigencias político-criminales y dogmáticas de su tiempo, razón por la cual fue reemplazada en el período siguiente por la teoría de los bienes jurídicos fundada por *Birnbaum*<sup>5</sup>. La teoría de los bienes jurídicos desplazaba la atención desde el derecho a un objeto hacia el objeto sobre el que recae un derecho. Un ejemplo simple: mientras que para *Feuerbach* el injusto de los daños consistía en la lesión de un derecho sobre la cosa, la teoría de los bienes jurídicos ve el correspondiente injusto en el daño a la cosa sobre la que recae el derecho. La lesión de la sustancia reemplaza a la lesión del derecho.

No quiero explicar con detalle la continuación de la historia de la teoría del bien jurídico. Ésta se alejó, en parte hasta la desfiguración, del punto de partida del planteamiento de *Feuerbach*<sup>6</sup>, en la medida en que, por ejemplo, en el bien jurídico se veía el fin de una ley. De todos modos, en la muy extendida teoría personal del bien jurídico se ha conservado una idea fundamental de *Feuerbach*: según esta teoría, el bien jurídico debe servir, por lo menos indirectamente, al libre desarrollo personal del individuo. En este sentido se puede, por ejemplo, definir los bienes jurídicos como aquellas características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> NArch. CrimR 15 (1834), p. 149 ss.

<sup>6</sup> Sobre la evolución de la teoría del bien jurídico cfr., en especial, *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, 1962.

<sup>7</sup> Muestras de esto en *Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3ª ed, 2008, § 2 núm. marg. 6 s.

## II. El paradigma de la agresión

1. Con estas consideraciones previas he llegado al punto en el que aparece el problema de la legitimación de los delitos de peligro, pues, según una concepción general, los delitos de peligro son delitos en los que el injusto no radica en el menoscabo de la sustancia de un bien jurídico, sino que mediante el hecho se crea, más bien, solamente el peligro de una lesión. Según cuál sea la clase e intensidad de este peligro, se llevan a cabo las distinciones técnicas mencionadas al principio entre las diversas modalidades de delitos de peligro.

La concepción tradicional de los delitos de peligro se orienta según un esquema espacio-temporal que quiero denominar paradigma de la agresión.<sup>8</sup> Esto se puede aclarar con el ejemplo de una acción terrorista: un grupo de cinco fanáticos políticos planea hacer explotar una bomba en una fiesta popular y, de este modo, matar o lesionar una cantidad lo más elevada posible de personas cualesquiera. En este caso, los bienes jurídicos relevantes son, sobre todo, la vida y la integridad física.

En el estadio de planificación, el peligro está, de entrada, solamente en la intención del atentado. Los delitos que ya comprenden, en el estadio de planificación, el peligro de la lesión de un bien jurídico son denominados delitos de preparación. Comete un delito de preparación quien realiza una acción para posibilitar el hecho posterior. En nuestro ejemplo hay además un estadio relevante que es previo a la preparación concreta del hecho, a saber, el delito de organización de la constitución del grupo terrorista con la meta de planear y llevar a cabo tales hechos.

Pues bien, según el modelo del paradigma de la agresión, todos los demás estadios que median entre la planificación y la lesión se pueden subdividir también en determinadas modalidades de delitos. Así, el poder de disposición sobre una bomba se puede clasificar como posesión peligrosa. Además, la colocación de la bomba en el lugar de la fiesta popular se puede entender como una acción que es idónea para causar la muerte y lesiones graves de personas. Si finalmente la bomba explota, se puede diferenciar entre aquellas víctimas que han muerto o han sido lesionadas efectivamente y aquellas personas que más o menos por casualidad no han sufrido daños.

De este fraccionamiento espacio-temporal de un hecho punible desde la planificación hasta la lesión consumada deducen pues los defensores del paradigma de la agresión dos conclusiones: primero, valoran cada uno de los estadios de la realización del plan según la proximidad de cada uno de ellos a la lesión. Esto significa: el injusto más grave es la misma lesión del bien jurídico. Presenta un injusto menor aquella situación existente justamente antes de la lesión, en la cual depende más o menos de la casualidad que se produzca una lesión de la sustancia del bien. Esta

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, recientemente *Hirsch*, *Festschrift für Tiedemann*, 2008, p. 145 (p. 146 ss.).

situación se caracteriza como el resultado de la puesta en peligro concreto del bien jurídico afectado. Todos los demás estadios previos son estados de puesta en peligro abstracto, entre los cuales nuevamente la organización de un grupo terrorista o la planificación del atentado presentan el menor contenido de injusto.

La segunda conclusión de los defensores del paradigma de la agresión reza: con cada reducción del peligro y la disminución, que va unida a ella, del injusto, decrece también el merecimiento de pena del comportamiento, merecimiento que depende nuevamente del valor del bien jurídico. Esto significa: la constitución de una organización que planea atentados contra el cuerpo y la vida todavía podría ser eventualmente merecedora de pena. En cambio, la constitución de una organización que únicamente pretende cometer lesiones del honor ya no sería merecedora de pena.

2. No se puede negar que el paradigma de la agresión tiene un cierto atractivo estético. Con su ayuda, los delitos se pueden incorporar a un sistema clasificatorio que, entre otras cosas, permite ponderaciones en caso de situaciones de necesidad y de colisión de deberes, responde cuestiones de la teoría de los concursos y puede delimitar de manera relativamente flexible el ámbito del castigo legítimo con pena.

Sin embargo, la primera imperfección del paradigma de la agresión se muestra rápidamente al consultar la ley. Menciono algunos ejemplos del Código penal alemán que contradicen la ponderación del injusto que hace el paradigma de la agresión: el tipo de lesión de la estafa (§ 263 StGB) tiene la misma amenaza de pena que el tipo de peligro del fraude de subvenciones (§ 264 StGB), pese a que el último no exige ni la producción de un perjuicio patrimonial ni la concurrencia de un error de la víctima potencial. La creación, peligrosa en abstracto, de una organización ordenada a la comisión de determinados delitos puede incluso tener prevista una amenaza de pena más elevada que la comisión de los delitos en cuestión. Por último, los delitos de peligro abstracto del perjurio (§ 154 StGB) y de la corrupción de un juez (§ 332 apdo. 2 StGB) están configurados como tipos de delito con una pena mínima privativa de libertad de un año y, con ello, coinciden en el monto de la pena con delitos de lesión especialmente graves.

Ahora, en algunos casos, los defensores del paradigma de la agresión pueden salvar su modelo redefiniendo los bienes jurídicos. Así, por ejemplo, según ellos se podría decir que el fraude de subvenciones no protege el patrimonio como hace la estafa y que, por ello, no es un delito del campo previo a la estafa, sino que pretende asegurar de manera autónoma la capacidad funcional del sistema de subvenciones como bien jurídico autónomo. Que tras este planteamiento se encuentra una idea importante es algo que explicaré más adelante. Por el momento, ya basta con la objeción de que no todos los delitos de peligro se pueden reinterpretar como delitos de lesión. Precisamente los altamente problemáticos delitos de organización se refieren en su mayoría a acciones de preparación que están dirigidas a la lesión de bienes individuales. Subsiste el problema fundamental de que la situación legal existente no se puede explicar con el paradigma de la agresión.

3. No obstante, mi verdadera crítica al paradigma de la agresión concierne a otro punto: si resulta que el injusto está fundamentado en la lesión de la sustancia de un bien jurídico, entonces, ¿cómo puede una puesta en peligro constituir ni siquiera un injusto? Para constatar el peligro, los defensores del paradigma de la agresión se sirven de un observador ficticio del acontecer. En su opinión, existe un peligro cuando tal observador considera más o menos probable la producción de la lesión. Ahora, lo decisivo es de qué conocimientos se dota a este observador.

Si el observador ha de ser omnisciente, en un mundo determinado su juicio *ex ante* se solapa con la constatación *ex post* de que se ha producido el resultado de lesión pues, para un observador omnisciente, en un mundo determinado solamente son peligrosos aquellos estados que además conducen realmente a un resultado de lesión. Bajo esta condición, el juicio de peligro sería supérfluo. El injusto de peligro sería únicamente un estadio previo necesario al injusto de lesión.

Si el injusto de peligro ha de tener un significado autónomo respecto al injusto de lesión – y eso es lo que entienden los defensores del paradigma de la agresión –, entonces también debe concernir a aquellas situaciones en las que después no se ha producido el resultado de lesión. Sin embargo, en tal caso el juicio de peligro se basa en un error del observador, quien, por tanto, no conocía todos los hechos relevantes para un pronóstico correcto del curso causal. Pero ¿se puede fundamentar seriamente un injusto jurídico-penal mediante el error de un observador ficticio? ¿Podemos fingir un observador que se equivoca sobre el curso causal, basar en ese error un juicio de injusto y, entonces, castigar al autor por este injusto, aun cuando aquél no ha lesionado realmente ningún bien jurídico? Lo grotesco de esta argumentación queda claro ante todo cuando se considera que el observador tiene que ser fingido por aquel tribunal que ya sabe que no se ha producido el resultado de lesión.

A esto se añade otro despropósito. Bien podría ser que el autor concreto sepa, debido a sus especiales conocimientos, que como consecuencia de su comportamiento no se puede producir una lesión. En tal caso, al autor que parte de una situación correcta se le imputaría como injusto el error ficticio de un observador ficticio. Para evitar esta consecuencia absurda, hay que dotar al observador también de los conocimientos correctos del autor. Sin embargo, puesto que el juicio de peligro concierne al injusto del tipo objetivo y, en cambio, los conocimientos del autor pertenecen al tipo subjetivo, la teoría del paradigma de la agresión tiene que corregir el injusto objetivo con ayuda de los conocimientos del autor – una confusión infernal de los elementos objetivos y subjetivos del hecho –.

4. Por tanto, el paradigma de la agresión se enfrenta al siguiente dilema: en caso de que se haya producido una lesión, para la fundamentación del injusto objetivo no es necesaria la búsqueda de estadios previos de puesta en peligro. Cuando, en cambio, la lesión no se haya producido, tampoco hay un estadio previo a la lesión cuyo injusto objetivo se pudiera derivar de la lesión.

De esto se deduce que: el injusto objetivo de los delitos de peligro o bien no se puede ni siquiera fundamentar o bien el objeto del injusto de los delitos de peligro es un injusto autónomo respecto a la lesión de un bien jurídico en su sustancia. En lo que sigue quiero analizar con detalle la segunda de estas alternativas y dedicarme, antes que nada, a la fundamentación del injusto penal.

### III. Sobre la lesión del bien jurídico

1. Si los bienes jurídicos se entienden como características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho, el valor de los bienes jurídicos radica entonces en la función de hacer posible la libertad. En consecuencia, cuando los bienes jurídicos son menoscabados en su función de ser medio del libre desarrollo, su valor disminuye.

Este menoscabo puede afectar a la sustancia, pero tampoco en tal caso la disminución del valor radica en la mera modificación de la sustancia, sino en la reducción, mediante la modificación de la sustancia, de la posibilidad de servir al libre desarrollo. Con un ejemplo: que en la modificación de la sustancia de una cosa haya que ver una mejora o un daño es algo que depende de qué fin esté unido a la modificación. De acuerdo con esto, en la acción de escribir una carta no vemos un daño al papel, sino su utilización con sentido. Con otras palabras, los bienes jurídicos no son piezas de museo, sino características de las personas, cosas e instituciones en la vida social.

Quien acepte esta premisa también admitirá que la posibilidad de una utilización de los bienes conforme al fin no solamente se puede menoscabar mediante la modificación de su sustancia. Un ejemplo llamativo: para evitar que un propietario pueda utilizar un objeto de su pertenencia, puedo destruir ese objeto. También puedo sustraerlo o amenazar al propietario con dispararle en caso de que prenda el objeto. En todos estos supuestos, se priva al propietario de la posibilidad de utilizar el objeto y, con ello, también se menoscaba el valor del objeto en su función de medio. Por tanto, resulta insuficiente ver la disminución del valor de un bien jurídico para su titular solamente en la modificación de su sustancia.

2. En la vida cotidiana, esto es una obviedad. Suponiendo que yo tuviera una casa de vacaciones en otro país y que en éste estalla inesperadamente una guerra civil. El valor de venta de mi casa de vacaciones caería repentinamente de forma drástica, aun cuando los conflictos bélicos no la hubieran menoscabado en absoluto en su sustancia. Con este ejemplo queda claro que el valor de una cosa también depende de las condiciones marco en las que puede ser empleada conforme a su fin. Incluso en caso de que en las proximidades directas de la casa no hubiera tenido lugar hostilidad alguna, la utilidad de aquella se vería restringida, porque, por ejemplo, sería irracional desplazarse por la zona en guerra para llegar hasta la casa.

3. Pues bien, no es posible ver razón alguna por la que el Derecho penal solamente deba proteger a los bienes jurídicos frente a menoscabos de su sustancia. Para el propietario, la privación total de una cosa no constituye un perjuicio menor que la modificación de su sustancia. Una mirada al Código penal alemán muestra que el legislador también ve las cosas de esta manera. En un gran número de delitos, por ejemplo, se prevé el castigo con pena de los menoscabos de posibilidades muy diversas de utilización de cosas, junto a los daños, entre otros, la frustración de derechos de aprovechamiento u ocupación, la privación duradera de la posesión o la enajenación contraria a Derecho. Además, hay que tener en cuenta que también se protegen bienes jurídicos – como, por ejemplo, el honor – que no consisten en características sustanciales, sino que se fundan en una atribución normativa. Por eso, las lesiones del honor solamente son posibles en la medida en que no se respeten los derechos de una persona a la correcta atribución de alabanza y reproche.

#### IV. Sobre el concepto de peligro

1. Si los bienes merecen protección jurídico-penal no solamente frente a menoscabos de su sustancia, se plantea la pregunta de si, cuando el concepto de peligro se define solamente como estadio previo a un resultado de lesión, no se está entendiendo quizá de manera demasiado. Un ejemplo puede ilustrar este problema: en el piso 28 de un rascacielos S le dice a su amigo A que quiere suicidarse, abre una ventana y salta al vacío. Sería contrario al sentido del lenguaje que después A describiera este acontecimiento diciendo que S se expuso voluntariamente a un peligro para la vida. En cambio, el caso sería distinto si S quería mostrar a A que no tenía vértigo y, para probarlo, se hubiera puesto en el borde de la ventana. En este caso, tendría sentido que A le hubiera gritado que tenía que dejarlo porque, mediante ese comportamiento, S se estaba exponiendo a un peligro para la vida.

¿Por qué en el primer caso la utilización del concepto de peligro es incorrecta, mientras que en el segundo caso es correcta? Pues bien, el concepto de peligro es normativo en dos sentidos. Por una parte, se refiere a la posibilidad de un acontecimiento lesivo cuya producción no es deseada por quien habla. De ahí que el concepto de peligro no sea utilizado con sentido en caso de que quien habla no contemple el posible suceso como un daño. Quien compra un número de lotería no se expone al peligro de ganar el premio principal, sino, en todo caso, al peligro de haber gastado su dinero en vano. El equivalente positivo del peligro es la posibilidad.

Por otra parte, el concepto de peligro implica la incapacidad física, psíquica o cognitiva de poder evitar intencionadamente la producción de un daño cuando se ejecuta un comportamiento. De ahí que no se hable de un peligro cuando se está seguro de la producción de un daño, como ocurre, por ejemplo, en el salto del suicida desde el rascacielos. Y no se habla de un peligro cuando se considera seguro que se puede evitar la producción de un daño. Por tanto, al concepto de peligro

pertenece esencialmente el elemento de la inseguridad. Con otras palabras, peligro es inseguridad consciente.

Evidentemente, alguien puede encontrarse inconscientemente en peligro. Por ejemplo, alguien ignora que cerca de él hay una serpiente venenosa. Sin embargo, quien emite el juicio según el cual el afectado se cuenta en peligro sabe, en primer lugar, de la existencia de la serpiente y parte, en segundo lugar, de que el afectado no ve a la serpiente y de que, por ello, este último no se puede proteger intencionalmente frente a una posible picadura. En esta situación, el juicio de peligro está caracterizado de manera decisiva por el hecho de que el amenazado no tiene plena capacidad de evitación, debido a su ignorancia.

2. Los criterios del peligro – inseguridad respecto a la evitabilidad intencionada de un posible daño – se pueden trasladar de diversos modos a situaciones, así como a comportamientos.

De entrada, es significativa la situación en la que, desde la perspectiva de un bien, no se puede evitar intencionadamente un daño. En ese caso, se habla de una puesta en peligro, esto es, del estar-expuesto pasivo de un estado de inseguridad. Por ejemplo, una persona está en peligro cuando se le dispara y ella no sabe cómo se puede proteger rápida y eficazmente. O un patrimonio está en peligro concreto cuando su titular no tiene ninguna posibilidad de conjurar intencionadamente la disminución que le amenaza.

Además, hay comportamientos que pueden ser peligrosos y, en concreto, en dos sentidos. Desde la perspectiva de quien actúa, un actuar es peligroso cuando en su ejecución no se puede evitar intencionadamente la posibilidad de una autolesión. Así, por ejemplo, es peligroso asomarse exageradamente a la ventana, porque de esa manera eventualmente ya no se puede evitar perder el equilibrio y caer. Desde la perspectiva de un bien, un actuar puede ser peligroso cuando quien actúa – queriéndolo o no –, a consecuencia de la ejecución de la acción, ya no está en condiciones de evitar intencionadamente el menoscabo del bien. Por ejemplo: una persona deja correr libre a su perro mordedor y, de ese modo, no puede evitar que sean atacados unos niños que están jugando.

Por lo demás, las acciones y las situaciones pueden ser calificadas como peligrosas desde diversas perspectivas y para bienes distintos. Así, el conductor de un vehículo que corta una curva sin visibilidad actúa peligrosamente porque, en caso de que se le aproxime un vehículo en sentido contrario, no puede evitar intencionadamente ni el menoscabo de bienes propios ni el menoscabo de bienes ajenos.

Una observación terminológica: cuando no puedo evitar intencionadamente un posible menoscabo, esto significa que su producción o no producción depende, desde mi perspectiva, de la casualidad. En esa medida, en el concepto de peligro el elemento de la inseguridad también se puede sustituir por el elemento de la casualidad, manteniendo el mismo significado.

3. Que las consideraciones realizadas hasta el momento sobre el uso general del lenguaje del concepto de peligro se pueden trasladar sin más a las diferentes estructuras jurídico-penales del delito es algo evidente que no requiere una explicación exhaustiva.

Así, se puede caracterizar como delito de peligro concreto la descripción en un tipo penal de un daño inminente cuya producción solamente depende, desde la perspectiva del bien, de la casualidad.

Se pueden caracterizar como puestas en peligro abstractas aquellos casos en los que ejemplarmente se habrían dado todas las condiciones de una puesta en peligro si un bien se hubiera encontrado en el mismo lugar. A este respecto, el hecho de que en el mismo lugar no se encontrara un bien es algo que nuevamente tiene que depender de la casualidad. Con un ejemplo: cuando alguien corta una curva sin visibilidad, concurre un peligro abstracto, pues no se habría podido evitar intencionadamente un menoscabo en caso de que un vehículo se hubiera aproximado en sentido contrario. Que de hecho no se haya aproximado vehículo alguno era, desde la perspectiva del conductor o desde la perspectiva de cualquier participante en el tráfico, casualidad.

## V. Daños de peligro

1. Ahora quiero reunir las consideraciones precedentes sobre la fundamentación del injusto y sobre el concepto de peligro. Los bienes jurídicos – este era el punto de partida – son, por su función de servir como medio al libre desarrollo del individuo, valiosos y están jurídico-penalmente protegidos. Su valor disminuye sin duda cuando su sustancia es modificada en tales términos que se menoscaba su función de medio. Esto es lo que ocurre en la lesión de un bien jurídico.

Ahora bien, el valor de un bien para su titular también disminuye cuando se encuentra en una situación en la que solamente depende de la casualidad que tal bien sea menoscabado en su sustancia o no.<sup>9</sup> El ejemplo de la casa de vacaciones en la zona de guerra ha ilustrado que este daño no se ha de fundamentar, por ejemplo, diciendo que la situación es únicamente un potencial estadio previo a una lesión. Más bien, la casa pierde valor solamente por el estado de inseguridad en el que se encuentra, y ello con independencia de si es realmente dañada por actos de guerra. En la bolsa hay un dicho de los bolsistas según el cual nada es peor que la inseguridad; las acciones pueden perder valor de manera drástica solamente por los meros rumores de que los beneficios están bajando. Por ello es perfectamente posible y está perfectamente justificado ver en el peligro concreto el menoscabo autónomo de un bien, aun cuando el estado de puesta en peligro dure solamente poco tiempo.

---

<sup>9</sup> También *Binding*, Normen I, 4<sup>a</sup> ed., 1922, p. 372, ve en la evitación de la misma puesta en peligro el fin de las prohibiciones de puestas en peligro concretas e interpreta estas últimas como “conmoción de la seguridad en la existencia”, aun cuando fundamenta el desvalor de la puesta en peligro en que el bien no sea perturbado y no haciendo referencia a su función de medio.

Con todo, también las puestas en peligro abstractas se pueden valorar como menoscabos *sui generis*, pues los bienes no se pueden utilizar racionalmente como medio del libre desarrollo cuando no es suficientemente seguro que al emplearlos no serán dañados. Por ejemplo, sería irracional presentar una demanda ante el tribunal cuando resulta posible que el juez sea corrupto y los testigos mientan. O sería irracional desplazarse con un vehículo cuando es incierto si otros conductores están embriagados o si hay bandas de ladrones que hacen barricadas. Es cierto que, si no se demanda, no se perderá el proceso y que, si no se utiliza el vehículo, éste no sufrirá daños. Pero de ese modo se recortan las posibilidades de un libre desarrollo y los bienes no tienen para su titular el valor que podrían tener.

2. Si se parte de que a los delitos de lesión y de peligro les corresponde un injusto autónomo respectivamente, es difícil aclarar un problema frente al que el paradigma de la agresión se encuentra desvalido, a saber, el problema de que el monto de la pena no disminuye progresivamente desde los delitos de lesión hasta los delitos de peligro abstracto.

El hecho de que, según el Derecho penal alemán, los delitos de peligro abstracto de constitución de una organización terrorista y del perjurio tengan prevista, como tipos de delito, una pena mínima de privación de libertad de un año muestra lo grave que es para la configuración de la vida de los ciudadanos el peligro de una justicia que no funciona o de atentados terroristas.

Mientras que el delito de lesión característico tiene por objeto un conflicto individual, las intervenciones en los ámbitos de seguridad afectan a los intereses de una pluralidad de seres humanos, con la consecuencia de que, pese a que la carga para el individuo sea solamente pequeña, esa intervención se puede convertir cumulativamente en un injusto importante. Con un ejemplo: si en una pelea, mi vecino mata al amante de su mujer, ello no afecta en nada a la configuración de mi vida. En cambio, si descubro que unos terroristas han intentado hacer explotar una bomba en el tren con el que me desplazo diariamente al trabajo, esto me puede forzar a una importante restricción de la configuración de mi vida.

Ahora bien, en ningún caso puede ponerse en tela de juicio que el monto de pena previsto para los delitos de peligro abstracto puede estar ampliado por razones de prevención.

## VI. Resumen y malentendidos

1. Quiero resumir las consideraciones expuestas hasta ahora y luego abordar, acto seguido, de la mano del ejemplo de los delitos contra la Administración de Justicia, tres malentendidos a los que está expuesta mi concepción de los delitos de peligro.

En primer lugar, el resumen: los bienes jurídicos son características de las personas, cosas e instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho. En esta función como medios del libre desarrollo, los bienes jurídicos pueden ser menoscabados en su valor de tres modos:

(Primero:) Pueden ser modificados en su sustancia de tal manera que ya no puedan cumplir su función o que ya no puedan cumplirla en su totalidad. En este caso se ha producido la lesión de un bien jurídico.

(Segundo:) Se coloca a un bien jurídico en una situación en la que depende solamente de la casualidad que sea menoscabado en su sustancia. En tal tesitura, disminuye considerablemente el interés, orientado a la existencia segura, en la utilización del bien. Concorre un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro concreta.

(Tercero:) Se da una situación en la que no están garantizadas las condiciones de seguridad necesarias para una disposición racional sobre un bien. También en este caso el bien solamente se puede utilizar de manera restringida y, por ello, pierde en valor para su titular. Concorre un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro abstracta.<sup>10</sup>

En los tres casos da lo mismo si el bien está asignado individualmente a una persona o si sirve a la generalidad en el sentido de una utilidad colectiva.

2. Ahora los malentendidos. En ocasiones, mi concepción se entiende como si yo quisiera postular un super-bien jurídico de la seguridad y transformar, de acuerdo con esto, los delitos de peligro en delitos de lesión. Sin embargo, en mi concepción, la seguridad es solamente un criterio para el valor que tiene la utilización racional de un bien. Por tanto, no se amplía el alcance de los bienes jurídicos, sino que solamente se amplían las posibilidades de menoscabo de los bienes jurídicos.

3. Además, mi concepción se entiende como si sirviera para una legitimación acrítica de todos los posibles delitos de peligro. Sin embargo, las cosas no son en absoluto así. Mi planteamiento es puramente analítico, lo que significa: quiero mostrar solamente las condiciones bajo las cuales los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto se pueden entender, más allá del ingenuo paradigma de la agresión, como menoscabos específicos y, con ello, como un injusto autónomo. En absoluto afirmo que un delito de peligro concreto o de peligro abstracto sea merecedor de pena solamente debido al injusto que hay en él.

Si un comportamiento constituye un injusto y si este injusto es merecedor de pena son dos preguntas que hay que deslindar limpiamente. Sería perfectamente compatible con mi concepción sacar fuera del Derecho penal todos los delitos de peligro abstracto y asignarlos al Derecho de las infracciones administrativas. No obstante, en tal caso tendríamos de nuevo una situación en la que ya se encontró

---

<sup>10</sup> En este sentido, las normas de comportamiento de los delitos de lesión y de peligro son “normas que son un fin en sí mismas”, es decir: con el comportamiento contrario a la norma se causa *per se* el daño que la norma pretende evitar. La suposición de que en esta interpretación las normas de sanción de los delitos de peligro también son “normas que son un fin en sí mismas” es totalmente equivocada; en este sentido, sin embargo, *Tenthoff*, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 2008, p. 132.

*Feuerbach* cuando quiso rescatar el merecimiento de pena del perjurio mediante una construcción desequilibrada. En mi opinión, se puede defender el mantenimiento de una serie de delitos de peligro en el Derecho penal. Y la responsabilidad al respecto la tiene el legislador democrático.

4. Y con esto ya llego al último punto. Contra mi concepción se objeta que el estado de seguridad que los delitos de peligro han de garantizar no es otra cosa que el estado que existe cuando todos los ciudadanos respetan las normas de los delitos de lesión. Es decir, según esta objeción, la seguridad es únicamente un reflejo de la protección de bienes jurídicos concretos.<sup>11</sup>

Sin embargo, esta objeción pasa por alto que no todos los bienes jurídicos se pueden proteger de acuerdo con el simple esquema del paradigma de la agresión. Evidentemente, cuando se trata de la mera conservación de la sustancia de un bien, bastan los solos delitos de resultado. Así, sería totalmente supérfluo promulgar junto a la prohibición de las lesiones otra prohibición ubicua de la puesta en peligro corporal.

Sin embargo, hay bienes que no existen como tales en una sustancia, sino que son generados institucionalmente de forma permanente. Esos bienes, que en el momento del hecho todavía no existen, sino que se han de crear, no pueden ser protegidos con sentido – o, por lo menos, no solamente – frente a lesiones. Más bien, esos bienes han de ser protegidos ante todo asegurando suficientemente las condiciones bajo las cuales son creados. Con otras palabras, se ha de evitar que la creación de estos bienes mediante el hecho fracase o se vea dificultada. Un ejemplo de esto es la protección de la Administración de Justicia, en relación con la cual quiero desarrollar con más detalle esta idea de la mano de los delitos de falso testimonio [*Aussagedelikte*].

La tarea de la Administración de Justicia consiste en decidir los casos jurídicos correctamente, y esto requiere que los tribunales tengan, junto a el conocimiento suficiente de la ley, un conocimiento correcto de los hechos a los que se refiere la aplicación de las leyes. Un medio especialmente importante desde la perspectiva práctica para adquirir un conocimiento correcto de los hechos es la prueba de testigos y de peritos. En esa medida, los falsos testimonios también son especialmente idóneos para originar fallos incorrectos.

No obstante, sería evidentemente incorrecto configurar el falso testimonio como delito de resultado, es decir, considerarlo contrario a la norma solamente cuando conduzca efectivamente a un fallo incorrecto. Esto es así, en primer lugar, por las dificultades que surgen aquí en la prueba de la causalidad. Cuando se produzca un fallo incorrecto, se debería probar que ha sido precisamente el falso testimonio el que ha condicionado el carácter incorrecto de la sentencia. Que, en

---

<sup>11</sup> *Zaczyk* ZStW 113 (2201), p. 192 (p. 198); *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, p. 356; reiterado por *Hirsch*, FS Tiedemann, p. 145 (p. 162); *Tenthoff*, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 2008, p. 132.

cambio, el juez haya dado crédito solamente al autor y su conclusión no se base también suficientemente en otros hechos es algo que *ex post* no está en absoluto claro. Además, esta situación se agudiza en el caso de las sentencias colegiadas con votos disidentes. El Derecho de la revisión penal procesal alemán acude, no sin razón, a un concepto de causalidad normativo que se separa del Derecho material y que considera suficiente que concurren posibilidades de un nexo causal. Y en el Derecho procesal civil la sentencia puede deberse, pese al falso testimonio, a la distribución de la carga de la prueba.

Ahora bien, además y sobre todo, la sentencia no cae en el ámbito de competencia del autor, sino en el del tribunal. Ciertamente, el autor es responsable de lo que dice, pero no es responsable de que, con base en su declaración, se dicte una sentencia jurídicamente correcta. Tampoco entra en consideración la autoría mediata, pues el autor mediato ha de reunir todas las características de un autor y, en cambio, el autor como testigo o perito no reúne *per se* las características de un juez competente para dictar la sentencia. Esto significa: el bien jurídico de la sentencia jurídicamente correcta no puede ser lesionado en absoluto por el autor de un falso testimonio, porque este último no es responsable de que se dicte tal sentencia correcta.

Ahora bien, los partidarios del paradigma de la agresión tampoco afirman otra cosa. Utilizan más bien una artimaña, en la medida en que no ven el bien jurídico de la Administración de Justicia en las sentencias jurídicamente correctas de los tribunales, sino en la capacidad funcional de la Justicia. Sin embargo, una capacidad no es una sustancia, sino una disposición. Una disposición se define a través de las condiciones bajo las cuales se manifiesta. Por ejemplo: la fragilidad de un vidrio no es una propiedad que se añada a las propiedades de un vidrio. Que un vidrio es frágil significa, más bien, que está configurado de tal manera que se rompe cuando, por ejemplo, alguien lo tira al suelo. Y, en consecuencia, la capacidad funcional de la Justicia no es una propiedad que se añada a las propiedades de la Justicia, sino que expresa que esencialmente se cumplen todos los presupuestos bajo los cuales la Justicia puede sentenciar correctamente casos jurídicos en lapsos de tiempo razonables.

Y precisamente con estos estamos en los delitos de peligro: a las condiciones marco que se deben cumplir para que los tribunales puedan dictar sentencias jurídicamente correctas pertenece la seguridad de que los testigos y peritos están obligados a decir la verdad. En esta medida, la seguridad que se ha de garantizar en este caso no constituye el reflejo de una protección de bienes jurídicos a través de prohibiciones de lesión, sino la condición de que se pueda siquiera generar el bien jurídico de las sentencias jurídicamente correctas.

5. Los delitos de falso testimonio son un ejemplo característico de la utilización, necesaria y con sentido desde una perspectiva práctica, de los delitos de peligro. Estos delitos tienen su lugar genuino allí donde se trata de proteger ámbitos institucionalizados de la vida que son *per se* peligrosos o que son en gran medida sus-

---

ceptibles de abuso. Otros ejemplos son el tráfico rodado, la producción de armas y de sustancias químicas o la transferencia automatizada de dinero. En estos casos, los solos delitos de lesión son insuficientes, puesto que cada uno de estos ámbitos de la vida solamente puede funcionar cuando se cumplen estándares de seguridad. Si estas normas han de ser asignadas al Derecho penal criminal o al Derecho de las infracciones administrativas depende de su valor para el libre desarrollo del individuo.



## IV. El Derecho penal como *propria ratio*

*Cornelius Prittwitz*

### I. Justificación del tema

Una justificación del tema tal vez no parece necesaria. El carácter de *ultima ratio* del Derecho penal suena como un tema serio y eterno de las ciencias criminales. Y los miembros de la llamada “Escuela de Frankfurt” tienen la reputación de ser convencidos defensores de este principio.

Ahora, no cambié lados, no defiendo un Derecho penal expansivo (y por esto) populista. Pero tampoco quiero dar la milésima primera versión de una defensa de este principio.

Espero que no haya malentendidos. Es cierto, que la defensa de un Derecho penal, tal vez no minimalista, pero sí restringido, hoy día es tan urgente e importante como siempre. Y *una* justificación legítima de tratar el tema de *última ratio otra vez* es, que el principio ha perdido casi toda influencia en la política criminal. Tomen cualquier tema de los debates actuales en nuestras sociedades, y escucharán algunos, quienes demandan un rol importante al Derecho penal. En Alemania, para tocar unos de los temas más debatidos en los últimos meses, el debate sobre la legitimación y los límites de la asistencia al suicidio rápidamente cambió en un debate sobre el rol necesario del Derecho penal en este tema, y lo mismo pasó en otros debates, por ejemplo, el dopaje, el incesto, la crisis global financiera, y el turismo de jóvenes terroristas islamistas.

Es mi convicción, queda mi convicción – y no solamente la mía – que el Derecho penal en la mayoría de los problemas mencionados *no* sirve, peor: tiene una tendencia de prevenir acciones más prometedoras, no hablando de los daños colaterales inherentes de *cualquier* respuesta del Derecho penal.

Todo esto lo saben; ¡por lo menos saben que así pienso yo!

Pero hay otra razón, por la cual he tratado ese tema de nuevo, y esta razón *no* la esperarán necesariamente de un penalista de Frankfurt. ¿De que estoy hablando? Lo verán, si les cuento el título de una charla mía a un público no especializado la última semana: “cuanto más Derecho penal tolera la sociedad liberal sin perder la calidad de ser una sociedad liberal, pero también cuanto Derecho penal *necesita* la sociedad liberal, para no perder esta calidad de sociedad *liberal*.”

Lo que observo, es que nosotros los penalistas, acompañamos los debates y las reacciones por la parte del legislador, quien es – en la sociedad de los medios de masas – cada día más un legislador populista, acompañamos todo esto con *una sola* melodía, una sola tesis: ¡El Derecho penal tiene el carácter de última ratio y tiene que preservar este su carácter de ultima ratio! “In dubio pro libertate” – hay que ser cuidadoso con la sanción, la reacción más severa del Estado –.

Como lo dije antes, no he cambiado lados, todavía comparto el coro de los penalistas quien previene del abuso dañoso del Derecho penal.

Pero también opino, que tales fórmulas de alarma, ya no tiene efecto (si algún día tenían un efecto), y, más importante, estas fórmulas ya tienen una pátina, sueñan y tal vez *son* anticuados, por lo menos no han tomado adecuadamente en serio algunos cambios en nuestras sociedades.

Es por eso, que quiero sugerir, que tenemos que preguntar de nuevo y de manera nueva das dos preguntas: ¿Cuánto Derecho penal *necesita* la sociedad para permanecer liberal, y cuanto Derecho penal *soporta* sin perder su carácter de sociedad liberal?

## II. Introducción al tema\*

El carácter de *última ratio* del Derecho penal ha sido invocado *normativamente* por la ciencia del Derecho penal con la misma frecuencia con la que ha sido desmentido *empíricamente* por la política criminal.

Si el título de mi trabajo y, con más razón, el del primer apartado introductorio generan la impresión<sup>1</sup> de que se podría o debería plantear la despedida del principio de *ultima ratio*, la razón de tal reflexión no la constituye la detestable realidad político-criminal que se opone a este principio tan egregio como razonable, sino el hecho de que también *en el plano normativo* está teniendo lugar un debate sobre el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. Hace tiempo que Klaus Tiedemann cuestiona que el Derecho penal sea, en el ámbito del Derecho económico sancionador,

\* Traducción del texto siguiente: Dra. Nuria Pastor Muñoz, Prof. Investigadora Ramón y Cajal en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Título original: «Strafrecht als propia ratio». El texto es una versión modificada de mi contribución al libro homenaje a Claus Roxin, 2011, pp. 23.

<sup>1</sup> La impresión engaña. Como se mostrará, considero que el principio de *ultima ratio* es un principio de limitación de la protección penal de bienes jurídicos que es invariablemente necesario pero no es suficiente ni ha sido fundamentado suficientemente.

la *ultima ratio*<sup>2</sup> y Bernhard Haffke, que, con base en una argumentación liberal, ha rechazado una sociedad y un Estado que se consagren a una densidad perfeccionada de control [*perfektierte Kontrolldichte*], ha abogado por un Derecho penal que evita tal densidad de control no liberal, esto es – evidentemente – que *no* constituye la *ultima ratio*.<sup>3</sup>

En mi opinión, tal como he argumentado recientemente,<sup>4</sup> no hay que seguir estas propuestas. Que solamente se puede pensar en el Derecho penal como *ultima ratio* es algo que – por razones *normativas*, no por razones empíricas<sup>5</sup> – no se debe cuestionar. Enlazando aquí con las dos dudas expresadas por Tiedemann y Haffke a las que he hecho referencia, ni hay que reconocer un especial merecimiento de protección de la libertad precisamente de los operadores económicos, ni la preocupación por la libertad de todos los ciudadanos justifica de forma general la intervención drástica en la libertad de ciudadanos concretos cuando existen alternativas preferibles.

Ahora bien, el *ceterum censeo* de Tiedemann<sup>6</sup> durante décadas – que apunta solamente al Derecho penal *económico* – y las generalizaciones – provocadoras, en el mejor sentido de la palabra – de Haffke nos han ayudado a darnos cuenta que, en los tiempos de una concepción de la prevención orientada más a las consecuencias que a los principios, se aconsejaría mal a la ciencia del Derecho penal si se le dijera que continúe partiendo *a limine*, o sea, sin una fundamentación mucho más precisa, de la incomparabilidad, es decir, de la incomparable intensidad de intervención del Derecho penal y del carácter de *ultima ratio* que se deduce de ello.

### III. Provocaciones útiles

Aun cuando yo no sigo la propuesta de Tiedemann conforme a la cual un Derecho penal económico, que no constituye la *ultima ratio* sino un medio comparativamente leve, es un Derecho penal que también se debe considerar legítimo, el fruto de esta provocación teórico-penal nunca se puede valorar suficientemente. Y la agudización formulada por Haffke, conforme a la cual deberíamos de modo general

---

<sup>2</sup> TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 145, nota 22; sobre la reconstrucción y la valoración de la intervención de TIEDEMANN en el consenso (quizá ilusorio) sobre el principio de *ultima ratio* cfr. actualmente la tesis doctoral (dirigida por mi) de TRENDELENBURG, *Das (Wirtschafts-)Strafrecht zwischen prima und ultima ratio*, MS 2010, p. 179 ss.

<sup>3</sup> HAFFKE, *FS Roxin*, 2001, p. 955 ss.

<sup>4</sup> En el Simposio con motivo del 65 cumpleaños de Bernhard HAFFKE, en presencia de nuestro maestro común Claus ROXIN.

<sup>5</sup> Cfr. PRITTWITZ, en: *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts (Symposium für Bernhard Haffke zum 65. Geburtstag)*, 2009, p. 185 ss., p. 192 s.

<sup>6</sup> Cfr. Al respecto que TIEDEMANN, ciertamente, ha abogado en múltiples ocasiones por un Derecho penal económico que no constituye la *ultima ratio*, pero que nunca ha tratado en el contexto esta tesis, importante para los fundamentos del Derecho penal; y sobre una reconstrucción detallada de las aportaciones de TIEDEMANN al problema y la discusión de este topo: TRENDELENBURG (nota 5), p. 181.

querer y también considerar legítimo un Derecho penal que, como medio más liberal y, por ello, más leve, nos protege de la densidad de control perfeccionada, logra aclarar de nuevo el desafío intelectual y político de este principio tradicional. ¿En qué consisten exactamente tales desafíos?

### 1. Ampliación de la perspectiva

En primer lugar, hay que mencionar la *ampliación de la perspectiva* que radica en no calificar la caracterización de una (re-)acción estatal (jurídico-penal o de otra clase) como más o menos severa o leve solamente según los efectos de dicha (re-)acción sobre la *persona directamente afectada*, sino además según los efectos de dicha (re-)acción en el *grupo afectado en su conjunto*.<sup>7</sup> Éste puede ser un sector concreto de la sociedad, cuando – por ejemplo, en un contexto relacionado con el Derecho penal económico – se trata de limitar los riesgos de determinadas conductas mediante deberes de autorización y control; pero también puede ser la sociedad en su conjunto, por ejemplo, cuando se trata de comparar, en lo que se refiere a la intensidad de la intervención, las normas jurídico-penales relativas al tráfico rodado con la prevención técnica y un intenso control estatal.

La idea de que en el examen de la proporcionalidad de una medida estatal se han de tener en cuenta todos los afectados resulta de entrada tan plausible como rápida es la decisión de arrinconarla.

Pues – así reza el primer argumento y también el más importante – en el Estado de Derecho la medida estatal siempre tiene que estar justificada en relación al sujeto concreto directamente afectado. Justificar una sanción de intervención intensa frente al afectado por ella diciendo que, gracias a ella, todos los demás podrían actuar de manera más libre es algo que resulta preocupante desde el punto de vista jurídico-constitucional. Por otra parte, no se puede obviar totalmente el hecho de que en el nivel del legislador lo relevante no es la legitimación de la pena fijada en concreto, sino el tipo penal, la amenaza de pena, amenaza que, con todo, siempre se debe contemplar teniendo en cuenta la pena concreta que se deriva de ella.

Ahora bien, a esta objeción se unen otras que ya han sido bien documentadas. Al respecto, el primer plano lo ocupa la idea de que tales “liquidaciones entre libertades” [*Freiheitsaldierungen*] son difíciles o incluso imposibles, que, sobre todo, no existe criterio alguno para llevarlas a cabo.<sup>8</sup>

Ciertamente, a esta posición se le puede objetar con Trendelenburg – quien ha enriquecido este debate, en el que imperaba cierta vaguedad, con consultas a los

<sup>7</sup> Ahora bien, también se encuentran propuestas en este sentido en muchos otros autores; cfr. las referencias en HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 234, nota 130.

<sup>8</sup> Cfr. LÜDERSSEN, *FS Arthur Kaufmann*, 1993, p. 487 y p. 489; WEIGEND, *FS Triffterer*, 1996, p. 695 y p. 711, nota 93; HEFENDEHL (nota 10), p. 235. Últimamente BÖSE en: *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers*, 2009, p. 180, p. 181 y PRITTWITZ (nota 8), p. 189 y p. 191.

economistas<sup>9</sup> –, haciendo referencia al economista húngaro-americano John Har-sanyi, que tales comparaciones (y con ello, también liquidaciones [*Saldierungen*]) se realizan constantemente en la vida cotidiana, de manera que se puede argumentar que el rechazo “políticamente correcto” de dichas liquidaciones solamente camufla las comparaciones no explicitadas que, por ello, no se pueden someter a crítica.<sup>10</sup> También se desmiente esta posición de manera decidida – a mi ver, con buenos argumentos<sup>11</sup> –, de manera que, al final, la posición muy distintiva de los economistas y de los juristas orientados a lo económico no logra realmente arrojar mayor claridad. La praxis político-criminal se vería afectada por este debate más bien de forma indirecta, en la medida en que el panorama en los subsistemas sociales aquí relevantes no estaría definido por modelos de control que aspiran a la perfección y no contienen sanciones jurídico-penales, ni por tipos penales aislados que no están integrados en modelos de control, sino que estaría definido por la acumulación de ambas estrategias<sup>12</sup>. Al final de este debate, no podemos tranquilizarnos del todo con este *non liquet*, que suena conciliador, pues la política y, sobre todo, los *lobbies* que influyen en la política diferenciarán, sin lugar a dudas, en una mezcla de experiencias e intereses, entre estrategias de acumulación adoptadas por precaución y en un estado de ignorancia y – según cuál sea la situación de intereses – el control de intervención realmente intensa *con* el anexo de un Derecho penal simbólico y ámbitos libres de control o controlados con poca intensidad, que se legitiman *igualmente* sólo con Derecho penal simbólico.

## 2. Distinción de libertades de importancia diversa

Precisamente porque Tiedemann diferencia entre el Derecho penal en general, al que “en cuanto medio de intervención más severo del Estado, solamente se debería recurrir en último lugar, ya por razones jurídico-constitucionales”, y el Derecho penal económico, que con frecuencia “se debe considerar más leve [...] que una red completa de control a base de mecanismos jurídico-administrativos”<sup>13</sup>, se plantea la cuestión de si el trasfondo y justificación de este tratamiento diferenciado se debe a que la libertad no es igual a la libertad, a que concretamente en el contexto que analiza Tiedemann la libertad (afectada por la red de control) de todos los operadores económicos se debe valorar como más valiosa o más merecedora de protección.<sup>14</sup> Esto suena más escandaloso de lo que es; es perfectamente posible

---

<sup>9</sup> En el contexto de la economía del bienestar se discute el problema como el de la “utilidad interpersonal”. Referencias en TRENDELEBURG (nota 5), p. 157.

<sup>10</sup> TRENDELEBURG (nota 5), p. 157.

<sup>11</sup> EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 1995/2005, p. 200.

<sup>12</sup> Así también HEFENDEHL (nota 10), p. 235 haciendo referencia a WEIGEND (nota 11), p. 695.

<sup>13</sup> TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, AT, nm. 63a.

<sup>14</sup> Me parece que solamente partiendo de esta tesis la tesis de la liquidación global [*Gesamtsaldierung*], normativamente difícil de admitir, adquiere plausibilidad; cfr. PRITTWITZ (nota 8), p. 191 s.

imaginar que un sector de la sociedad relevante para el sistema y la libertad de los que actúan en él sean privilegiados en esos términos.

En mi opinión, debemos a los impulsos de Tiedemann y Haffke la visión amplia de que tras la idea de la liquidación se esconde esencialmente la idea de ponderaciones de libertad. Ahora bien, puesto que *prima facie* la idea de tales *ponderaciones* de libertad no parece menos inaceptable que la de las *liquidaciones* de libertad, este tema no se ha discutido suficientemente hasta el presente. Ello también se puede deber a que, precisamente el ejemplo de los agentes económicos y su libertad especialmente importante ya no tiene especial fuerza de convicción, por lo menos tras la crisis financiera de 2008, de la que el mundo todavía no se ha recuperado. Ciertamente, con la recuperación económica, se desmorona el consenso en cuanto a que la crisis financiera fue posible también y sobre todo gracias a déficits de control y a renunciadas, con un aderezo neoliberal, al control por parte de los Estados, pero todavía puede decirse que la caracterización de un subsistema social como “*too big to fail*” pide control y no “juego libre de las fuerzas”. Y ello es aún más cierto porque – absolutamente con buenas razones – se rechaza de modo muy claro la responsabilidad (también jurídico-penal) por la crisis financiera como otra cara de la libertad del mercado financiero.

La experiencia histórica con el subsistema del mercado financiero, un subsistema en realidad no libre de control, pero sí (demasiado) poco controlado, junto con un Derecho penal puramente simbólico, cuya leve prevención mediante amenaza *no* presentaba efectos comprobables algunos,<sup>15</sup> no nos debe hacer perder de vista que las ponderaciones de libertad fundamentadas cualitativamente y no cuantitativamente sí podrían ser por supuesto un indicador de si la alternativa preferible es un sistema de control que recurre poco al Derecho penal o un régimen jurídico-penal que recurre poco al control.

### 3. Criterios de evaluación

Un desafío adicional de los planteamientos que ponen en duda la vigencia ilimitada del principio de *ultima ratio* consiste en que éstos exigen una formulación más precisa de la fundamentación del principio de *ultima ratio*. Una pormenorización (de las muchas posibles y necesarias que hay) atañe a la cuestión de si se puede determinar empíricamente cuál es el medio *más severo* o si ello se ha de determinar normativamente.

Con un ejemplo: si se pregunta (sobre todo, *ex ante*, esto es, antes de que uno de los interrogados se encuentre ante una investigación jurídico-penal y eventual condena) qué intervención se considera más intensa (por ejemplo, en un contexto

---

<sup>15</sup> Con razón desde la perspectiva de los agentes individuales, pues tras la crisis se ha mostrado que ésta – al margen de excesos *à la* MADOFF, que eran un fenómeno secundario y no los típicos representantes – no se basaba fundamentalmente en la culpa individual imputable a los individuos, sino en un fracaso del sistema.

de Derecho penal del medio ambiente), a saber, por una parte, deberes de autorización y un control sin lagunas como medidas de prevención, junto a el cierre de la empresa, fundamentado jurídico-administrativamente, como medida de sanción o, por otra parte, una amenaza de pena como medida de prevención y un castigo del infractor individual de la norma respecto al cual se puede probar que la infracción ha sido causada de forma culpable, no hace falta mucha imaginación para prever las respuestas. Sobre todo, en un Derecho penal que, por unas buenas razones y con éxito, ha refrenado la pena privativa de libertad a favor de la pena de multa, la reacción jurídico-penal será considerada por muchos como la más leve.

En efecto, cada vez se afirma con más frecuencia que la reacción jurídico-penal (en particular: también la pena privativa de libertad) no es en absoluto la reacción más severa. Según este planteamiento, al operador económico le afecta con mucha mayor dureza una *sanción administrativa* (elevada) de multa (que rebasa con creces el marco de las *penas* de multa que se pueden imponer<sup>16</sup>); y a una empresa le afecta con mucha mayor dureza que cualquier pena impuesta a uno de sus empleados (aunque sea de la dirección) una prohibición de actividades, la inclusión en una “lista negra” y consecuencias semejantes.

Que las cosas son así es algo que apenas puede discutirse. Y también opino que el Estado, a la hora de elegir sus medidas, tendría que hacerse tales preguntas relativas a la dureza con la que se experimentan las consecuencias jurídicas, debería en todo caso tener en cuenta los conocimientos empíricos existentes al respecto. Sin embargo, hay que negar que el carácter específico de *ultima ratio* del Derecho penal se base en tal sensibilidad (empíricamente comprobable) del destinatario de la norma frente a la sanción. El carácter de *ultima ratio* del Derecho penal surge más bien de lo específico de la “pena privativa de libertad”, la cual afecta, junto a la libertad ambulatoria, el núcleo de la libertad civil. Lo decisivo es sentar normativamente en un Estado liberal de Derecho y constitucional un Derecho penal que amenaza con penas privativas de libertad y las impone. Éstas no se pueden debilitar mediante actitudes, (quizá) empíricamente acreditables, de los ciudadanos sometidos al Derecho penal, conforme a las cual éstos prefieren soportar tres años en un establecimiento penitenciario a ser incluidos en una “lista negra”.

Por tanto, por razones jurídico-constitucionales, el Derecho penal nunca puede ser *prima ratio*, aunque el ciudadano X valore menos su libertad (ambulatoria) que otros intereses y libertades. Por ello, hay que aferrarse de forma inalterada a las exigencias de legitimación específicas y extraordinarias respecto al Derecho penal (económico).

---

<sup>16</sup> Por no hablar de las sumas que pueden ser “retiradas” en el marco de procesos de imposición de la multa. En el proceso de Siemens, la Fiscalía impuso una multa administrativa de 395.000.000 €. De éstos, 500.000 € constituyen la máxima multa prevista para hechos imprudentes (§§ 130 apdo. 3 frase 1, 30 apdo. 2 frase 2, 17 apdo. 2 OWiG); el importe que supera la suma de 500.000 € en una cantidad que resulta de multiplicar los 500.000 por 800 (!) surge de que se pudieron retirar los beneficios generados por el hecho (§§ 30 apdo. 3 en relación con 17 apdo. 4 OWiG).

#### IV. Relativizaciones teóricas del principio de *ultima ratio*

En conclusión, las reflexiones formuladas hasta ahora desembocan en que ¡el Derecho penal “incomparable” se convierte en comparable! El mantra del principio de *ultima ratio* se muestra cada vez más como un intento de inmunización por parte de las ciencias criminales que es inidóneo y ha sido desmentido constantemente por la política criminal práctica.

Trendelenburg ha demostrado de forma convincente que tanto los (que yo, con la pretensión de acentuación, pero no de valoración, he denominado) “apologetas del Derecho penal” como los (que también yo, de nuevo con la pretensión de acentuar, pero no de valorar, he denominado) “escépticos fundamentalistas del Derecho penal” parten en realidad de la incomparabilidad del Derecho penal.<sup>17</sup> Mientras que los unos parten de la eficiencia incomparable (y, a mi ver, más deducida que demostrada o meramente plausible) del Derecho penal y, por ello, entienden que, frente a los grandes problemas del planeta, hay que recurrir al Derecho penal como *prima* o incluso *sola ratio*, los otros insisten de forma estricta en la severidad, desde un principio incomparable, del instrumento Derecho penal, de la que se deriva necesariamente y al margen de toda comparación y ponderación el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal.

Mientras que Trendelenburg hace hincapié enérgicamente en que la insistencia prometedora en el carácter de *ultima ratio* presupone que se reconozca de entrada que el Derecho penal es un medio básicamente comparable a disposición del legislador que dirige y reacciona, antes de que la ciencia jurídico-penal declare y explicité – de manera más racional de lo que hasta ahora se ha considerado necesario – los parámetros de su *ciencia de la subsidiariedad*, yo quiero hacer referencia en este lugar a otro déficit de diferenciación que no es menos grave y que se esconde tras fórmula del Derecho penal como *ultima ratio*, una fórmula que casi ha degenerado en conjuro.

#### V. Riesgos y derechos de libertad como parámetros adicionales del recurso legítimo al Derecho penal

El discurso del Derecho penal como medio al que fundamentalmente sólo se recurrir de forma legítima cuando se emplea como *ultima ratio* implica que, a efectos de legitimabilidad del recurso al Derecho penal, no es relevante si se trata de prohibiciones penales clásicas, como por ejemplo la del robo y del asesinato, o más bien de prohibiciones penales de nuevo cuño, como por ejemplo las del Derecho penal del medio ambiente o el Derecho penal económico. En esa medida, tampoco tiene relevancia alguna la pregunta – muy relevante desde la perspectiva criminológica y, sobre todo, de la política criminal y familiar – de si el Derecho penal reacciona

---

<sup>17</sup> TRENDELENBURG (nota 5), p. 141–178.

frente a la violencia en la familia o en la calle; lo mismo puede decirse respecto a la pregunta de si se trata de injurias al vecino o al ejército.

A raíz de esta aplicación no diferenciada del principio de *ultima ratio*<sup>18</sup>, debido a que, de repente<sup>19</sup>, había conductas muy heterogéneas que eran candidatas a la criminalización, surgieron los debates mencionados arriba, por ejemplo, sobre si el Derecho penal económico (aunque, según el planteamiento de Tiedemann, no es precisamente *ultima ratio*, no obstante) podría considerarse legítimo, o sobre si no se podría renunciar al Derecho penal como “espada (reconocidamente) más afilada” cuando se trata de las cuestiones de subsistencia de este planeta (Stratenwerth<sup>20</sup>, entre otros) o del Derecho penal del medio ambiente como prototipo o concepto originario del delito (Schünemann<sup>21</sup>). Pero también las reacciones jurídico-penales frente al terrorismo y la denominada criminalidad organizada deducen de los peligros que en tales casos amenazan la legitimación de tal Derecho penal – con frecuencia extremadamente restrictivo de la libertad mediante una amplia criminalización en el campo previo –.

Estos debates olvidan que, más allá del principio de *ultima ratio*, hay que tener en cuenta factores que pueden limitar y, desde luego, deberían limitar el ámbito del recurso legítimo al Derecho penal y que, no obstante, pueden, en determinadas circunstancias, tener la capacidad de ampliar dicho ámbito. Al respecto se trata, por una parte, de riesgos específicos de determinadas conductas (o de determinados subsistemas de la sociedad) que limitan la intervención del Derecho penal; por otra parte, de sectores de la actividad social libres de control y de criminalización o de control y criminalización poco intensos que se han de determinar normativamente.

### 1. Riesgos insoportables y espacios de libertad insoportables

La imagen sugerente, esbozada por Haffke, de la insoportable densidad de control y del Derecho penal que genera, incluso de forma agradable, libertad, cambia rápidamente cuando se dejan de lado determinados ámbitos, en los que se rechazan de forma espontánea restricciones de libertad y se asumen a gusto (precisamente porque parecen soportables) riesgos que parecen soportables.

Basta con imaginarse el ámbito, para anticipar un ejemplo – que apenas admite réplica –, en el que se trata de puestas en peligro imprudentes y dolosas de riesgos de la energía atómica (§§ 310 ss., 327 s. StGB). Es casi inimaginable – y, por suerte,

---

<sup>18</sup> Esta comprensión no distintiva del principio de *ultima ratio* se debe a la historia del Derecho penal, en la medida en que se planteaba la pregunta del castigo con pena *legítimo* solamente respecto a conductas comparativamente homogéneas, la conducta clásicamente “desviada”.

<sup>19</sup> El concepto “de repente”, empleado aquí, no debería sugerir casualidad. El cambio se debe, por una parte, al desarrollo tecnológico y a los riesgos que han surgido de ello (sobre todo) en los últimos cien años; por otra parte, al cambio de paradigma (relacionado con lo anterior) desde las teorías absolutas de la pena a las teorías relativas de la pena.

<sup>20</sup> STRATENWERTH, *ZStW* 105 (1993), p. 679 ss.

<sup>21</sup> SCHÜNEMANN, *GA* 1995, p. 201 ss., p. 208.

tampoco refleja la realidad – hacer frente a estos peligros solamente, por una parte, con preceptos de autorización y otros de carácter jurídico-administrativo, por otra, con amenazas de pena del Código penal. Sin *controles* estrictos, sin lagunas y – por emplear la expresión de Haffke – *perfeccionados*, el empleo de la energía atómica resulta impensable a la vista de las potenciales consecuencias destructoras ya solo de los accidentes causados por imprudencia, que son todo menos improbables (piénsese solamente en los sucesos de Three Miles Island y Chernóbil). La mera mención de las libertades evidentemente restringidas de forma extraordinaria de los gestores y empleados de tales instalaciones nucleares resulta casi cínica. Todos los riesgos de este ámbito sólo son tolerables (si es que lo son) cuando existe una combinación, optimizada por expertos en seguridad, de prevención técnica y control estatal. El Derecho penal, con sus amenazas de pena, puede desde un principio obrar, en el mejor de los casos, flanqueando y, en el caso no tan bueno, solamente se podrá afirmar un efecto simbólico de aseguramiento [*Versicherung*], dirigido a la población, cuya verosimilitud y (no-)lesividad depende totalmente de la calidad de las medidas de control. Lagunas mínimas en el sistema de control conducen inmediatamente a que el aseguramiento tranquilizador se convierta en apaciguamiento.

Transparencia y control son *conditio sine qua non* para la sociedad que utiliza energía nuclear; el *big brother* no resulta amenazante, sino tranquilizante; a la inversa, los espacios de libertad de los agentes que actúan y omiten, sobre todo teniendo en cuenta el conflicto entre los incrementos de seguridad mínimos con efectos más bien a largo plazo y sus importantes costes que más bien se generan a corto plazo, estremecerían a la sociedad, si ésta supiera de aquéllos.

Generalizando el ejemplo, puede decirse que hay ámbitos con riesgos tan insostenibles que solamente una prevención técnica óptima y un control estatal perfeccionado que la acompañe sirven como candidatos para la prevención del peligro. El Derecho penal ve y – sabiamente – presupone que los seres humanos son imperfectos, que se comportan de forma imprudente, que al actuar no piensan en determinadas dimensiones de riesgo, esto es, por ejemplo, en lapsos de tiempo largos o en probabilidades muy bajas. Los riesgos a los que me refiero aquí son tan elevados que la prevención del riesgo ha de ser claramente adelantada y al margen del fallo humano, que es siempre posible. En este caso, la necesidad de seguridad es necesariamente una necesidad de *control*, y es tan elevada que se debe evitar el fallo humano que constituiría el presupuesto de la intervención del Derecho penal. La protección jurídico-penal, supuestamente flanqueante, no tiene en esa medida – tal como estaba previsto – efectos tranquilizadores, sino efectos casi amenazantes. Ello se debe a que dicha protección pone en evidencia que el sistema de control no garantiza la exclusión a tiempo y el descubrimiento a tiempo de dichos errores humanos.

Lo mismo es válido para todos los ámbitos (que están creciendo debido al desarrollo tecnológico) en los que la prevención humana del riesgo, con su propensión específica y no eliminable al error, no puede estar a la altura de los riesgos que se presentan como la otra cara de los resultados del desarrollo tecnológico útiles

para la sociedad. Tales riesgos se caracterizan por el hecho de que su producción – aunque ésta sea improbable – es valorada por la sociedad (entendida como sociedad informada) como *insoportable*. Incumbe a la política reconocer tales riesgos y presentarlos de forma transparente. Apostar totalmente, o aunque sólo sea esencialmente, por el Derecho penal significa aquí, igual que en cualquier otro caso, asumir la producción del daño, que siempre es posible.

Aquí no se debe ni se puede determinar cuáles son esos ámbitos en concreto. Para no exponerme innecesariamente al reproche de que tengo en gran estima, en la tradición sostenida de algunos penalistas de Frankfurt, un Derecho penal nuclear que, al final, es un Derecho penal de la pobreza y la miseria,<sup>22</sup> quiero *pars pro toto* discutir, de la mano del tráfico rodado, un ámbito especialmente interesante y también socialmente relevante bajo el título casos límite.

## 2. Espacios de libertad deseados y riesgos soportables

Con todo, antes conviene contemplar algunos ámbitos sociales en los que se también se plantean claramente cuestiones de seguridad, si bien las necesidades de protección tienen prioridad – por razones totalmente heterogéneas –. En estos ámbitos se plantea tanto la pregunta relativa al “si” fundamental de las restricciones a la libertad, como la cuestión, vinculada a la anterior, sobre si la alternativa más liberal y, en último término, preferible la constituye el control administrativo o el control jurídico-penal.

### a) Presupuestos constitutivos de la democracia

En primer lugar, hay que mencionar aquí aquellas conductas que son constitutivas para la democracia liberal, esto es – para hacer referencia a algunos ámbitos que, potencialmente, pueden ser relevantes a efectos de seguridad –, el libre intercambio de ideas y opiniones, la libertad de reunión y de organizarse políticamente, la libertad de prensa – hoy, mejor, libertad de los medios –.

No es necesario volver a leer 1984, de George Orwells, para ser consciente de lo importantes – incluso: constitutivas – que son *estas* libertades para un Estado liberal y para una democracia. Por otra parte, tampoco hay que olvidar que la comunicación libre lleva consigo *riesgos de seguridad* en el Estado de Derecho y para el Estado de Derecho y en la democracia y para la democracia. Se puede comunicar – secreta o abiertamente, por telecomunicación o en reuniones – en beneficio o en perjuicio de la democracia y el Estado de Derecho.

En este caso, al igual que en toda amenaza de lesión de bienes jurídicos, se plantea la cuestión de cuál es el camino “correcto” para evitar los peligros. Y aquí también se plantea la cuestión de cuál es el papel adecuado del control ejecutivo

---

<sup>22</sup> Así hace tiempo SCHÜNEMANN, por ejemplo en *GA* 1995, p. 201 ss.

estatal y el papel complementario que puede tener el Derecho penal. Y aquí – a diferencia de lo que sostengo en el ámbito de la vida económica – abogo efectivamente por una libertad ponderada de modo especialmente intenso. Esta ponderación está fundamentada cualitativamente, esto es, política y jurídico-constitucionalmente. Aquí ha de haber espacios de libertad y libertades porque la democracia y el Estado de Derecho solamente son posibles en un contexto libre. Todos los oscuros presagios que hacen estremecer a Haffke ante la densidad perfeccionada de control tienen aquí, y no en el caso del control del tráfico rodado, su lugar legítimo.

Ahora bien, con lo dicho todavía no se ha respondido a la cuestión de cuál es la relación entre control preventivo y Derecho penal reactivo. Efectivamente, en este ámbito es esencial que la libertad pase por delante de la seguridad.<sup>23</sup> En cambio, allí donde la libertad de los ciudadanos es restringida de forma verificable y coercitiva por parte del Estado, tiendo a abogar por el Derecho penal – que es, en esa medida, efectivamente “más liberal” –. El Derecho penal, en todo caso, un Derecho penal que no está insertado en sistemas de control abiertos o secretos (del servicio secreto), es, en la liquidación [*Saldierung*] y ponderación integrales de libertades, no solamente el instrumento más liberal, sino también el más arriesgado. Así como en la protección del medio ambiente (y también en el mercado financiero) Estado y sociedad *no* deberían, en mi opinión, correr el riesgo de recurrir al Derecho penal, que es poco prometedor, Estado y sociedad sí pueden y deben correr este riesgo en el ámbito de las libertades constitutivas de la democracia y el Estado de Derecho.

#### *b) Espacios de libertad de la sociedad individualista*

A mi parecer, las cargas están repartidas de forma semejante en los subsistemas de la sociedad que tienen que ver con la imagen del ser humano recogida en la Ley Fundamental. Esta imagen del hombre es individualista; la libertad del individuo en cuanto ciudadano, también su integración, jurídico-constitucionalmente consagrada, en la familia, constituyen libertades ponderadas con especial intensidad por la Constitución, que, en primera línea, hablan a favor de un *prae* fundamental de la libertad frente a la seguridad y, en segundo lugar, a favor de anteponer la arriesgada promesa de seguridad del Derecho penal a la densidad de control perfeccionada.

Los campos de aplicación de esta línea político-criminal son numerosos. Y aquella renuncia a la densidad de control que radica en la opción por el Derecho penal será objeto de discusión. “Violencia en la familia y, en general, en el entorno

---

<sup>23</sup> Con ello, no solamente se hace referencia a la relación, a primera vista dilemática entre seguridad y libertad. No es que la libertad no necesite a la seguridad; sin embargo, históricamente y en el presente las amenazas a la libertad mediante la política de seguridad son más realistas y amenazantes que las amenazas a la seguridad mediante la garantía de la libertad. Cfr. PRITTWITZ en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2007, p. 225 ss.

social inmediato” sería una palabra clave; otra sería: espacios de libertad libres de control o sometidos a control poco intenso en la (tele-)comunicación, pese a los peligros que ello implica. Aquí únicamente es posible esbozar el debate, no desarrollarlo. Ahora bien, si la imagen sugerente de Haffke logra tener efecto, ello ocurre en estos ámbitos en los que lo relevante son los individuos y la libertad individual. Aquí habrá y debe haber espacios de secreto y no una transparencia perfecta, aquí reinará y debe reinar la confianza, aquí la cuestión es el cuidado de los contactos personales y la lucha contra la alienación, este es el lugar para la confianza en la autonomía y la renuncia al control desde fuera, aquí la disposición a asumir responsabilidad es presupuesto del desarrollo social deseado, la tendencia a una responsabilidad aguada y no percibida es dañina, aquí, finalmente, se trata de los riesgos necesarios para la libertad [*Freiheitlichkeit*] y aquí las necesidades de seguridad y aseguramiento, por mucho que se haga referencia a ellas con buena intención, ahogan los elementos constitutivos de la sociedad liberal, que no consisten en otra cosa que en individuos que piensan y actúan de forma libre.

### 3. El caso límite del tráfico rodado

El Tribunal Supremo del Estado Federado de Oldenburg afirmó el año pasado en una resolución que el control del tráfico por medio de la videovigilancia es inconstitucional.<sup>24</sup> Una pesquisa a través de buscador ha arrojado, respecto a los conceptos mencionados cumulativamente “libertad, Alemania y tráfico rodado”, 2’6 millones de resultados. Y también Bernhard Haffke y Bernd Schünemann asocian con fuerza la libertad al subsistema social tráfico rodado, por ejemplo, cuando Haffke pregunta retóricamente si la sociedad realmente quiere las pérdidas de libertad que van vinculadas a la prevención técnica,<sup>25</sup> y Schünemann considera que el actual sistema alemán de control constituye la “regulación de un Estado de policía”.<sup>26</sup> Frente a esto, en el Simposio de Passau sostuve, con intención de provocar pero no de ofender, que quien aboga, en el tráfico rodado, por el Derecho penal en vez de por una densidad de control perfeccionada, sigue asumiendo *noles volens* los aproximadamente 5.000 muertos del tráfico.<sup>27</sup>

Sirviéndome de los criterios esbozados y también de los criterios “blandos” impresionantemente exactos de Haffke,<sup>28</sup> quiero mostrar que, y la razón por la que el tráfico rodado constituye un caso límite en el que no se tiene que pedir necesariamente control perfeccionado, pero en el que tampoco se puede ver automáticamente en todo control al Estado policía que amenaza la libertad.

---

<sup>24</sup> OLG Oldenburg, sentencia del 27.11.2009 – Ss Bs 186/09.

<sup>25</sup> HAFFKE, *FS Roxin*, 2001, p. 967.

<sup>26</sup> SCHÜNEMANN, en: *Mediating Principles*, 2006, p. 18 y p. 22.

<sup>27</sup> PRITTWITZ (nota 8), p. 193.

<sup>28</sup> Cfr. HAFFKE, *FS Roxin*, 2001, p. 966 y mi esbozo, basado en ello, en PRITTWITZ (nota 8), p. 185.

El ámbito que, en mi opinión, debería que dar más ampliamente libre de Derecho penal – o, todo lo más, debería ser pobre en Derecho penal y ello con prudencia y de modo inequívocamente flanqueante – estaría caracterizado por riesgos insoportables de los que se deriva que los espacios de libertad también son insoportables. Habrá que admitir rápidamente que el tráfico rodado no puede subsumirse en dicho grupo de ámbitos. Evidentemente, cada muerto del tráfico rodado es un muerto de más. Pero con esta afirmación también estará inmediatamente de acuerdo todo detractor de la densidad perfeccionada de control y se molestará por el reproche de la asunción de esta víctima humana. Que en este ámbito los riesgos son una amenaza para la existencia es algo que se puede negar sin cinismo alguno. Más bien son riesgos que, ciertamente, serían impensables sin el progreso técnico, pero que estriban, en su mayor parte, en que el ser humano no ha estado a la altura del progreso técnico, esto es, en que asume imprudentemente y, en parte, quizá incluso dolosamente riesgos para sí y para otros que no debería asumir si tuviera una actitud racional frente al riesgo.

Ahora bien, a la inversa tampoco es posible subsumir el tráfico rodado en el ámbito que aquí ha sido caracterizado como aquél que más puede quedar libre de control. Que en el tráfico rodado están en juego libertades que son constitutivas para la democracia y el Estado de Derecho es algo que ni siquiera afirmarán los conductores apasionados. Lo que queda es la temerosa pregunta de si y en qué medida el individuo alemán se siente predominantemente libre en cuanto a participante en el tráfico rodado, si precisamente en este caso está en juego la imagen del hombre de la Ley Fundamental.

A un resultado ambivalente en términos semejantes se llega si se inserta el tráfico rodado en el escenario escalofriante de control dibujado por Haffke.<sup>29</sup> El conductor que es, en secreto y con ganas, vertiginoso temerá la transparencia; la víctima de los pilotos de pruebas que parecen considerar que las autopistas del sur de Alemania forman parte de una esfera secreta lo verá, si sobrevive el choque, de otra manera. Efectivamente contra de un exceso de control habla el hecho de que el tráfico rodado, en cierta medida seguro – e incluso reconocido por el Derecho – vive de la confianza y no de la desconfianza. A favor de los controles habla el hecho de que los espacios de libertad no son limitados mediante contacto personal, sino que sus límites son levantados mediante relaciones alienadas.

*Summa summarum* en este caso hay que conceder al Estado y – sobre todo – a la sociedad la elección de la relación complementaria que parezca apropiada entre control no liberal (prometedor de seguridad) y Derecho penal liberal arriesgado.

---

<sup>29</sup> Véase una vez más Haffke FS Roxin, 2001, 966 y mi esquema al respecto en Prittwitz (nota 8), p. 185.

## VI. Derecho penal como *última*, pero sobre todo como *propria ratio*

¿Es posible mantener el principio de *ultima ratio* del Derecho penal o las consideraciones aquí realizadas obligan a despedirse del hijo, teóricamente querido pero prácticamente abandonado, del Derecho penal y la política criminal?

A quien no niegue *a limine* la comparabilidad del Derecho penal con otras medidas estatales tampoco le quedará más remedio que sostener que el principio de *ultima ratio* es teóricamente disonante. Por otra parte, en la medida en que no se trate a este principio de rica tradición como si fuera una pieza de museo, sino que se considere que constituye, en el marco constitucional alemán y europeo, expresión del principio de proporcionalidad, se incorporarán a dicho principio los recortes del principio que se han admitido aquí, para poder así mantenerlo. El Derecho penal no es una medida cualquiera del Estado. El Derecho penal es arriesgado, porque asume no solamente en términos teóricos, sino de forma muy real el no ser respetado y que se produzca el daño. Todo lugar en que no sea posible correr este riesgo, no es lugar para el Derecho penal. El Derecho penal es en tal caso, también cuando otras medidas parecen fracasar, no la *ultima ratio*, sino que es, por inapropiado, desproporcionado y, por tanto, *ninguna ratio*.

Ahora bien, precisamente las esferas de libertad ponderadas jurídico-constitucionalmente, que luchan por un Derecho penal que es, bajo el punto de vista de la seguridad, arriesgado, y que, por tanto, probablemente podrían poner en duda la vigencia del principio de *ultima ratio* son, por el hecho de que se elige el medio menos apropiado en términos de seguridad pero más liberal, a fin de cuentas medidas estatales proporcionadas, en concreto, respetuosas con los valores dados previamente por la Constitución.

La *ultima ratio* contiene, junto a la referencia a los medios, también la referencia a los fines; y constituiría un malentendido tecnocrático del principio de *ultima ratio* reconocer como fin únicamente la solución eficaz del problema. Por tanto, no hay que despedirse de este principio, pero sí de su uso no comprometedor y carente de consecuencias.

Espero que Claus Roxin, que domina más que nadie el equilibrio entre orientación a los principios y realismo pragmático, simpatice con esta conclusión.



## V. Sobre el descuido de la prevención en la distribución del error en el juicio penal

*Ezequiel Malarino*

**Resumen:** El trabajo se ocupa de un aspecto normativo de la distribución del error en el juicio penal. Con argumentos centrados en la prevención del delito, cuestiona la creencia ampliamente arraigada de que un error que resulta en la condena del inocente es moralmente *mucho* peor que uno que resulta en la condena de un culpable. Concluye que la prevención del delito debería ser un factor, entre otros, a tener en cuenta al establecer el nivel del estándar de prueba en el juicio penal. Sugiere, asimismo, que la explicación por la cual la opinión tradicional no tiene en consideración a la prevención del delito al decidir sobre el nivel del estándar de prueba puede deberse a un prejuicio cognitivo.

1. ¿En qué medida las teorías de la pena deberían influenciar los criterios de imputación jurídico-penal? ¿Deberíamos distribuir la responsabilidad penal con base en ideas como la disuasión, la resocialización o la incapacitación si éstas resultan ser medios adecuados para el fin de la prevención? ¿Deberíamos estructurar el proceso penal y, en particular, las reglas de prueba de modo de maximizar la prevención? El presente proyecto de investigación gira en torno a preguntas como las recién expresadas. Este trabajo se ocupa de una cuestión relacionada con la tercera pregunta, a saber, si la prevención debería ser un factor relevante al establecer el nivel del estándar de prueba para decidir casos penales.

2. La creencia de que en la adjudicación de casos penales el riesgo de error debe distribuirse asimétricamente de modo de evitar, en lo posible, la condena del inocente está fuertemente afianzada tanto en la literatura jurídico-penal como filosófica. William Blackstone expresó esa idea con una frase que ha devenido emblemática de lo que es hoy la opinión estándar acerca de cómo deben distribuirse los errores en el juicio penal: “es mejor que diez culpables escapen a que un inocente sufra”<sup>1</sup>. La frase no es entendida en el sentido de una fórmula matemática exacta sobre la frecuencia con que deben ocurrir absoluciones erróneas y condenas erróneas. Nadie sostiene que un sistema penal justo es aquel que por cada condena de un inocente absuelve a diez culpables. No tanto porque una proporción estadística sobre los tipos de error (ésta o cualquier otra) no podría ser implementada con seguridad en una regla probatoria<sup>2</sup>, sino principalmente porque cumplir con una proporción (cualquiera que fuera) no asegura un resultado justo.<sup>3</sup> Más bien, esa frase es usada como un eslogan para expresar un juicio de valor comparativo acerca de los costos relativos de los distintos tipos de error judicial, a saber, que *un error que resulta en la condena del inocente es moralmente mucho peor que uno que resulta en la condena de un culpable*. Con esto no sólo se quiere significar que en el proceso penal los errores no deben distribuirse de acuerdo al principio de simetría, como es usual en el proceso civil, sino tampoco conforme a un principio de asimetría débil. El proceso penal exigiría un *principio de asimetría fuerte* porque “la disutilidad de condenar al inocente excedería en mucho la disutilidad de absolver a un culpable”<sup>4</sup>. La opinión tradicional sostiene, por ello, que para que el juzgador pueda considerar válidamen-

<sup>1</sup> William Blackstone (4 *Commentaries of the Law of England*, 1770), citado, entre muchos otros, en Alexander Volokh, 146 *U.Pa.L.Rev.* 173, 173. Otros autores famosos han sugerido proporciones completamente diferentes, por ej. Voltaire (*Zadig, ou la destinée*, 1747) 2:1, Hale (*History of the Pleas of the Common Crown*, 1778), 5:1; Fortescue (*De laudibus Legum angliae*, 1470), 20:1; Franklin (*Letter to Benjamin Vaughan*, 1785), 100:1; Mandeville (*The fable of the Bees*, 1724), 500:1; Maimonides (*Mishneh Torá*, siglo XII), 1000:1, sobre éstas y otras proporciones, cfr. Volokh, 146 *U.Pa.L.Rev.* 173, 173 ss y Epps, 128 *Harv. L. Rev.* 1065, (2015), 1067.

<sup>2</sup> Comúnmente se asume que llevar la proporción de Blackstone (10:1) a una regla probatoria requeriría un estándar de prueba de 0,9091. Pero esto no necesariamente es así. Ese estándar sólo garantizaría la proporción 10:1 si se cumplen dos presupuestos bastante improbables: que exista la misma cantidad de culpables que de inocentes en juicio y que exista la misma prueba de cargo respecto de los culpables e inocentes en juicio. Bajo otra distribución de culpables e inocentes en juicio o de la prueba en contra de culpables e inocentes en juicio se necesitaría un estándar de prueba mayor o –mucho más probable– menor. Y como no podemos conocer con certeza tal distribución, no podemos determinar con exactitud qué estándar probabilístico es idóneo para garantizar la proporción deseada. Por lo tanto, por sí mismo, un estándar de prueba no puede garantizar una proporción exacta de absoluciones erróneas y condenas erróneas, cfr. Allen, 76 *Mich. L. Rev.* 30 (1977), 47; DeKay, 21 *Law & Soc. Inquiry* 95, (1996), 119–126; Lilquist, 36 *U. C. Davis L. Rev.* 85 (2002), 96, 105; Laudan, *Truth, Error and Criminal Law*, 73.

<sup>3</sup> Un sistema que por cada 100 personas que juzga absuelve a 91 culpables y condena a 9 inocentes respeta la proporción de Blackstone de diez falsos negativos por cada falso positivo (10:1), pero es injusto; cfr. Laudan & Allen, 85 *Chi.-Kent. L. Rev.* 23 (2010), 26.

<sup>4</sup> Solum, 17 *Harv.J.L. & Pub. Poll'y* 691, 701.

te como probada la hipótesis de la acusación la prueba que confirma esa hipótesis debe sobrepasar un umbral probatorio muy exigente de modo que se minimice en lo posible el riesgo de condenas erróneas. Ella sostiene, asimismo, que el estándar “más allá de toda duda razonable” incorpora un estándar de prueba exigente que captura en líneas generales ese juicio de valor.<sup>5</sup>

La opinión tradicional defiende, por lo tanto, dos tesis distintas, una tesis descriptiva y otra normativa. La tesis descriptiva dice que el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” incorpora un principio de asimetría fuerte a favor de las absoluciones erróneas. La tesis normativa afirma que el proceso penal debería adoptar dicho principio de asimetría fuerte. Ambas tesis son discutibles; al menos mucho más discutibles de lo que sus seguidores creen que son. Este trabajo se ocupará solamente de la segunda de estas tesis. Aunque hay mucho para decir en contra de la primera,<sup>6</sup> su corrección o incorrección no altera en nada la discusión que aquí se va a hacer. Por ello, independientemente de que el estándar “más allá de toda duda razonable” recoja un estándar de prueba exigente e independiente-

---

<sup>5</sup> El voto del juez Harlan en *In re Winship*, decisión en la cual la Corte Suprema de los EE.UU. reconoció el anclaje constitucional del estándar más allá de toda duda razonable en la quinta enmienda, describe claramente esta posición: “Porque el estándar de prueba afecta la frecuencia comparativa de estos dos tipos de resultados erróneos [condenas erróneas y absoluciones erróneas], la elección del estándar a ser aplicado en un particular tipo de litigio debería reflejar, en un mundo racional, una evaluación de la disutilidad social comparativa de cada uno [...] [p]or ejemplo, no consideramos más grave en general que haya un veredicto erróneo a favor del demandado que un[o] a favor del actor [...] En un caso penal [...] no consideramos la disutilidad social de condenar a un inocente equivalente a la disutilidad de absolver a quien es culpable [...] consideramos que la exigencia de prueba más allá de duda razonable en un caso penal está asentada en una determinación de valor fundamental de nuestra sociedad de que es mucho peor condenar a un inocente que dejar que el culpable quede libre” (397 U.S. 358 (1970), 371–372).

<sup>6</sup> Los comentaristas y la jurisprudencia asumen como algo evidente que el estándar más allá de toda duda razonable requiere una distribución fuertemente asimétrica del error a favor de las falsas condenas (aunque en relación con los jueces ha sido controvertido si lo que ellos dicen que hacen es lo que de hecho hacen; así, Walen, 76 *La. L. Rev.* 355 (2015), 374). Sin embargo, puede dudarse de que este estándar exprese *necesariamente* un principio de asimetría fuerte. No hay nada en el sentido lingüístico de “duda razonable” que nos obligue a concluir que sólo es razonable una duda cuando sobrepasa un umbral probatorio exigente. El adjetivo “razonable” es tan impreciso que su concreción sólo puede lograrse a través de argumentación; qué es “razonable” es una cuestión normativa que debemos determinar a través de ponderación de los intereses en juego. En otras palabras, duda razonable es la duda que estamos dispuestos a tolerar luego de una adecuada ponderación de los costos y beneficios de diferentes modos de distribución del error (Walen, 76 *La. L. Rev.* 355 (2015), 371; Lilquist, 36 *U. C. Davis L. Rev.* 85 (2002), 162). Por otra parte, algunos autores sostienen que el estándar “más allá de toda duda razonable” es la *mejor* protección que se le puede dar al inocente en un mundo falible (con matices, cfr. Tribe, 84 *Harvard L. Rev.* 1329 (1971), 1374; Tribe, 84 *Harvard L. Rev.* 1810 (1971), 1818; Stein, *Foundations of Evidence Law*, 175. Pero esto está equivocado. Hay mucho más que podemos hacer para evitar la condena del inocente que establecer que la decisión sobre la culpabilidad debe probarse “más allá de toda duda razonable” (cfr. Laudan, *La elemental aritmética epistémica*, 123 s.). Sin ir más lejos, cumpliría mucho mejor ese objetivo si la culpabilidad debiera ser probada “más allá de toda duda” *simpliciter* (estándar que ha sido sugerido para casos que involucran pena de muerte, cfr. Lilquist, *Am. Crim. L. Rev.*, 42, 45 (2005)).

mente de si los juzgadores utilizan de hecho un estándar de prueba exigente en casos penales<sup>7</sup>, la pregunta aquí relevante es si un estándar exigente en tanto minimiza el riesgo de condena del inocente al costo de aumentar el riesgo de absolución del culpable está normativamente justificado.

El punto de vista tradicional está en lo correcto en cuanto a que la selección del estándar de prueba debe basarse en una ponderación de los costos relativos de los diferentes tipos de error judicial;<sup>8</sup> pero se equivoca en el análisis de los costos. Llega al resultado de que es mucho peor condenar a un inocente que absolver a un culpable y, en consecuencia, que un proceso penal debería establecer un estándar de prueba exigente para minimizar los falsos positivos, porque pondera exclusivamente el costo de causar al acusado inocente un sufrimiento inmerecido (pena) con el costo de no causar al acusado culpable un sufrimiento merecido (pena).<sup>9</sup> Sin embargo, al computar exclusivamente los *costos directos de los distintos tipos de sentencias erróneas* – básicamente, costos en términos de merecimiento –, descuida otros costos de absolver al culpable distintos del mero hecho de que al culpable no se le imponga la pena merecida. Estos costos son, principalmente, costos en prevención

---

<sup>7</sup> Los estudios empíricos realizados con juicios simulados muestran que no siempre los *jurados* llegan a resultados diferente en cuanto a la prueba de los hechos cuando deciden con base en el estándar de prueba más allá de toda duda razonable que cuando lo hacen con la regla de la preponderancia de evidencia. Para una reseña de estos estudios cfr. Walen, 76 *La. L. Rev.* 355, 374 (2015), 373–377 y Lilquist, 36 *U. C. Davis L. Rev.* 85 (2002), 111–117.

<sup>8</sup> Esta afirmación debe ser matizada. La posición tradicional en tanto sostiene que la selección del estándar de prueba debe basarse en una ponderación de los costos del error judicial asume el modelo de la utilidad esperada de la teoría de la decisión. Aplicando este modelo al estándar de prueba, Kaplan y Cullison, en dos trabajos diferentes pero coetáneos, han sostenido que el estándar de prueba que maximiza el bienestar social es una función de la utilidad de condenar al inocente y la utilidad de absolver al culpable (utilidades que, por supuesto, pueden asumir valores negativos), cfr. Kaplan, *Decision Theory and Reasonable Doubt*, 251; Kaplan, 20 *Stan. L. Rev.* 1065 (1968); Cullison, *U. Tol. L. Rev.* 538 (1969). Dado que la doctrina tradicional sostiene que la disutilidad de una absolución errónea es menor que la disutilidad de una condena errónea, concluye que un aumento del bienestar social requeriría un estándar de prueba exigente. Sin embargo, como ha advertido Tribe, 84 *Harvard L. Rev.* 1329 (1971), 1378 ss., el modelo de Kaplan y Cullison es incompleto, porque ignora las utilidades asociadas a las sentencias correctas. Para la selección del estándar de prueba deberían ponderarse no sólo las utilidades de las sentencias erróneas, sino las utilidades de todos los resultados posibles de la decisión judicial: absoluciones (correctas y erróneas) y condenas (correctas y erróneas) (o bien, los *valores* de estos resultados, cfr. Kahneman & Tversky, 47 *ECONOMETRICA* 263 (1979), 275). Con todo, por razones de simplicidad y conveniencia en el texto se seguirá presentando el problema tal como lo hace la opinión tradicional. Para el argumento que aquí se va a hacer no hay diferencias.

<sup>9</sup> Esto mismo podría haber sido expresado como una ponderación entre el costo de no darle al culpable lo que merece (sufrimiento) con el costo de darle al inocente lo que no merece (sufrimiento). Sin embargo, la presentación del problema dada en el texto pone de manera más clara que penar al inocente no solo implica un costo en términos de merecimiento, sino también un daño concreto a la persona que lo sufre.

del delito. En este trabajo se va a sostener que si tales costos son tenidos en cuenta, deberíamos adoptar un estándar de prueba menos exigente del que normalmente se cree apropiado para decidir casos penales.

3. El nivel del estándar de prueba puede ser relevante para la prevención del delito de diversas maneras; primero, porque incide en el cálculo de la decisión a delinquir y, por lo tanto, en la disuasión; segundo, porque afecta la cantidad de sujetos que serán encarcelados y, por lo tanto, impedidos de delinquir mientras cumplan sus penas; tercero, porque puede contribuir a minar la confianza que los ciudadanos tienen en su sistema de justicia y de ese modo, incentivar actos de venganza privada y, en general, de desobedecimiento del derecho. En lo siguiente se expondrán sintéticamente estos argumentos.

(a) *Disuasión*. La teoría de la disuasión asume una visión racionalista de la persona y las causas del delito. Bajo este punto de vista, la decisión individual a cometer un delito depende de una relación entre los costos y los beneficios esperados de la comisión del delito. Un individuo será disuadido siempre que la expectativa de pena supere el beneficio que obtendría con el delito. La expectativa de pena es, principalmente, una función de la severidad de la pena y de la probabilidad de que la pena sea impuesta. A su vez, la probabilidad de imposición de la pena depende de la probabilidad de que el delito sea detectado y se inicie un proceso penal y de la probabilidad de que una persona sea finalmente considerada culpable y condenada por ese delito. Por lo tanto, cuanto más severa sea la pena y cuanto más probable sea su imposición, menor será la predisposición de la persona a cometer delitos.<sup>10</sup> Este mismo esquema sirve para representar la cantidad total de delitos, la llamada oferta criminal, pues ésta es la sumatoria de las decisiones individuales a favor del delito. Por lo tanto, la cantidad de delitos depende de la magnitud de la amenaza penal y de la probabilidad de que esta amenaza se cumpla. Desde esta perspectiva es plausible asumir que la elección de un estándar de prueba afecta la cantidad total de delitos. Un estándar de prueba exigente para considerar como probada la hipótesis de que el acusado es culpable hará más difícil una condena de lo que lo haría uno menos exigente. De este modo, si todo lo demás permanece igual, cuanto más exigente sea el estándar de prueba, menor será la probabilidad de imposición de la pena y, con ello, menor será la disuasión; correspondientemente, mayor será el número de delitos cometidos y mayor el número de víctimas.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Esta presentación es extremadamente simplificada; otras variables también pueden afectar la decisión a cometer un delito, como, por ejemplo, la celeridad de la imposición de la pena o la utilidad que obtendría el sujeto al utilizar el tiempo en otra actividad, lícita o ilícita.

<sup>11</sup> La hipótesis de la disuasión asume que la oferta criminal es elástica a la expectativa de pena. Hay otras explicaciones del delito que parten de que la oferta criminal no es – o no es tanto – una función de la expectativa de pena, sino de un conjunto de complejos factores económicos, sociales y hasta biológicos. Sin embargo, ambas perspectivas no se excluyen necesariamente. El delito puede tener causas sociales, económicas y biológicas profundas, pero también resultar, en parte, de un cálculo de costos y beneficios del potencial autor. La cuestión relevante es entonces determinar en qué medida la

(b) *Incapacitación*. A diferencia de la disuasión, la incapacitación previene delitos no a través de proporcionar razones para abstenerse del delito, sino a través de imposibilitar su comisión con el aislamiento físico del condenado. La tesis de la incapacitación es atractiva porque apela a la simple idea, apoyada por el sentido común, de que durante el tiempo en que un criminal está encarcelado no cometerá delitos en la sociedad.<sup>12</sup> También desde este punto de vista es plausible asumir que el nivel de un estándar de prueba incide en la criminalidad. Como vimos, un estándar de prueba exigente hace más difícil obtener sentencias condenatorias tanto de inocentes como de culpables. Cuando un culpable queda libre, no sólo perdemos eficacia preventiva por una disminución de la disuasión, sino también por falta de incapacitación. Por lo tanto, *ceteris paribus*, cuanto más exigente sea el estándar de prueba, menor será la probabilidad de imposición de la pena y, consecuentemente, menor la cantidad de personas encarceladas; si es menor la incapacitación, entonces mayor será el número de delitos cometidos y mayor el número de víctimas.<sup>13</sup>

(c) *Credibilidad en el sistema de justicia y venganza privada*: Un estándar de prueba puede afectar la prevención de otro modo. Como vimos, cuanto más exigente sea el estándar de prueba, menos inocentes serán condenados, pero más culpables serán absueltos. Si el estándar es muy exigente es posible que se genere en la población la percepción de que el sistema de justicia *normalmente* fracasa en condenar al culpable.<sup>14</sup> Si esto ocurre, la confianza de la sociedad en el sistema de justicia probablemente se verá afectada, lo que, a su vez, puede influir en la disposición de las personas a obedecer el derecho. En otras palabras, si las personas creen que el Estado no está muy preocupado en su seguridad y que no hace mucho para condenar a los culpables, entonces no es irrazonable suponer que algunas (¿cuántas?) tomarán la justicia por mano propia.

---

oferta delictiva es elástica en relación con la pena esperada. Si la expectativa de pena disuade y en qué medida lo hace es, en definitiva, una cuestión empírica.

<sup>12</sup> Se ha dicho, por ello, que la incapacitación “funciona por definición”, dado que sus efectos resultan simplemente de la restricción de la libertad del autor sin necesidad de hacer ninguna conjetura sobre la naturaleza humana, así Wilson, *Thinking About Crime*, 145–147. Hay otras formas de incapacitación diferentes del encierro; la pena de muerte o la castración son claros ejemplos. En general puede decirse que una pena tiene un efecto incapacitante si elimina la oportunidad de cometer delitos por medio de restricciones físicas. En este trabajo sólo interesan los efectos incapacitantes de la pena privativa de la libertad.

<sup>13</sup> Por supuesto, si la incapacitación previene delitos es una cuestión empírica. Por lo tanto, para determinar si la condena de un inocente es peor que la absolución de un culpable también es necesario determinar cuántos delitos son evitados en razón de que una persona en prisión está imposibilitada de cometerlos.

<sup>14</sup> En una encuesta de amplio alcance realizada en los EE.UU., el 70 % de los encuestados contestó que creía que el sistema de justicia hacía muy difícil la condena del culpable (Gallup Jr., *The Gallup Poll: Public Opinion 1993*, 232).

4. Los argumentos recién hechos sugieren que la alteración de un estándar de prueba afecta la prevención del delito. Aunque la suerte de estos argumentos depende, en definitiva, de su respaldo empírico, ellos son, desde un punto de vista racional, altamente plausibles. Si se hace a un lado por el momento la cuestión empírica y se asume que un estándar de prueba tiene efectos sobre la criminalidad, se podrá apreciar que el conflicto de intereses, tal como es presentado por la opinión tradicional, es exageradamente simplista. El descuido de la prevención lleva a creer que la ponderación relevante es entre el mal de penar a *inocentes* y mal de no penar a *culpables*, cuando, en verdad, se trata fundamentalmente, aunque no sólo, de una ponderación entre el mal de penar a *inocentes* y el mal de lesionar, asesinar, etc. a *inocentes*. Por lo tanto, un estándar de prueba, en lugar de minimizar el riesgo de un daño inmerecido a *acusados inocentes*, debería, ante todo, minimizar el riesgo de un daño inmerecido a *inocentes tout court*.

Es posible que la explicación de por qué la opinión tradicional toma en cuenta solamente los costos directos del error judicial, sin atender a los efectos de un estándar de prueba sobre la prevención del delito, esté relacionada con un prejuicio cognitivo. Dado que al evaluar cómo distribuir errores a través de un estándar de prueba se pone en primer plano el momento de la decisión judicial, parece irremediable que la atención se concentre en la situación de un juez frente a un acusado de carne y hueso que puede ser culpable o inocente.<sup>15</sup> Si el problema es presentado de ese modo, es probable que se produzca alguno de los siguientes tipos de distorsiones. Los costos de una absolución errónea relacionados con la prevención del delito pueden ser pasados por alto por completo, o bien menospreciados como meros costos indirectos que involucran a víctimas potenciales.

Cuando se produce el primer tipo de distorsión, una condena errónea es vista como una interferencia directa en la vida de una persona concreta, mientras que una absolución errónea, en cambio, tan sólo como una omisión de hacer lo que se debe hacer. Este tipo de distorsión produce una ceguera absoluta respecto de las consecuencias de una absolución errónea diferentes al costo directo de no dar al culpable lo que merece. Quien ve el problema de este modo pasa por alto por completo el efecto de las reglas de prueba en la orientación y control del comportamiento.

Cuando se produce el segundo tipo de distorsión se advierte que puede haber costos de absolver al culpable en términos de prevención del delito, pero no se los tiene en cuenta por considerarlos costos meramente indirectos y estadísticos. Este tipo de distorsión consiste en suponer, por supuesto erróneamente, que los inocen-

---

<sup>15</sup> Quienes evalúan el nivel de un estándar de prueba puede que sean presas de un efecto de foco. Schkade y Kahneman han definido el efecto de foco o de focalización (en sus términos, ilusión de focalización) como el prejuicio que se produce cuando al evaluar una categoría se focaliza la atención en un subgrupo de esa categoría con el resultado de que este subgrupo es sobrevalorado en relación con el subgrupo en el cual no se ha centrado la atención, cfr. Schkade & Kahneman, *Psychological Science*, v 9 n 5, 340–346 (1998).

tes condenados en juicio son víctimas *actuales* (individualizadas) del sistema penal, mientras que el fracaso en prevenir delitos sólo genera víctimas potenciales (*estadísticas*). De este modo, una condena errónea es vista como un costo *directo* del estándar de prueba y, en cambio, una víctima de un delito a causa de los efectos sobre la prevención de un estándar de prueba como un mero costo *indirecto*. Pero esto también es un error inducido por concentrar la atención en la función del estándar de prueba en el juicio penal. Independientemente de que para la justificación ético-política de una medida estatal debería ser irrelevante si ella tiene como consecuencia una víctima identificada o una no identificada (siempre que en ambos casos la probabilidad de producir el resultado sea la misma),<sup>16</sup> en el caso que analizamos estamos siempre frente a víctimas futuras no identificadas. En efecto, aunque la función primaria de un estándar de prueba sea establecer el nivel de suficiencia probatoria que debe satisfacer la hipótesis de la acusación en el juicio penal, el momento relevante para evaluar una política que propone establecer o modificar un estándar de prueba es el legislativo y, en ese momento, todas son víctimas estadísticas; en ese momento, se sabe que va a haber víctimas, tanto víctimas inocentes del juicio penal como víctimas inocentes de delitos, pero no se sabe quiénes van a ser las víctimas; unas y otras son víctimas del sistema penal en razón de que el Estado decidió establecer ciertas reglas probatorias (y no otras). Como hemos visto, una elevación del estándar de prueba produce, en principio, una disminución del primer tipo de víctimas, pero un aumento del segundo. Una disminución del estándar de prueba produce, en principio, el efecto contrario. Por la misma razón, la distinción entre costos directos (basados en la aplicación de un estándar de prueba en el juicio penal) e indirectos (basados en los efectos de un estándar de prueba sobre la prevención) es inadecuada. Se trata, en ambos casos, de costos (estadísticamente) previsibles de una regla que establece un determinado estándar de prueba.

Otra probable razón por la cual la opinión dominante menosprecia los costos preventivos de la absolución de culpables es que ellos son considerados el resultado de una mera omisión estatal (o un dejar suceder); por el contrario, una condena errónea es vista como una interferencia activa en la vida de un inocente. La distinta relevancia moral entre actuar y omitir (o entre actuar y dejar suceder) justificaría un estándar de prueba exigente.<sup>17</sup>

También este punto de vista es problemático. Conviene comenzar con una aclaración acerca de qué situaciones estamos evaluando y cuáles no. El hecho de

---

<sup>16</sup> El hecho de que tengamos una empatía mayor por víctimas individualizadas que por víctimas no individualizadas es un conocido prejuicio cognitivo, cfr. Loewenstein, Small & Strnad, *Statistical, identifiable, and iconic victims*, 32–35; Small, Loewenstein & Slovic, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 102 (2007) 143–153.

<sup>17</sup> Ofrecen esta explicación, aunque sin pronunciarse a favor de una distinta relevancia moral entre actuar y omitir, Harel, Safra & Segal, *The Journal of Law and Economics, & Organization*, vol. 21, No. 1, 57–75, 64; a favor, explícitamente, Hosein, 33 *Law & Phil.* 235 (2014), 239 s.

que el juez penal cuando condena al inocente *actúa* y, en cambio, cuando absuelve al culpable solamente *deja que ocurran* consecuencias nocivas en términos de prevención del delito es irrelevante para el caso que analizamos, porque aquí no interesa evaluar el comportamiento del juez, sino opciones de regulación del estándar de prueba penal. En efecto, no se trata de evaluar el caso de un juez que deliberadamente condena a una persona que sabe que es inocente (por ejemplo, condena a muerte a una persona que odia) en relación con la de otro que deliberadamente absuelve al culpable porque sabe que de ese modo se producirá un delito que desea (por ejemplo, porque sabe que el culpable apenas es dejado en libertad matará a la persona que el juez odia). Independientemente de cómo sea evaluada moralmente en tal caso la distinción entre actuar y omitir (o, mejor, entre actuar y dejar suceder), nuestro problema es diferente. En nuestro caso, el juez se limita a aplicar el estándar de prueba seleccionado *legislativamente* con la consecuencia de que en algunos casos condenará a inocentes (más con un estándar de prueba débil que con uno exigente) y en otros absolverá a culpables (más con un estándar de prueba exigente que con uno débil). Por lo tanto, lo que estamos evaluando no es la conducta particular de un juez cuando condena o absuelve, sino las reglas que definen la práctica o institución en la que el juez cumple la función de juzgar.<sup>18</sup> Aplicada a la función regulatoria Estado, la distinción entre actuar y omitir es problemática en un doble sentido: por un lado, es ininteligible; por el otro, es moralmente irrelevante.

En primer lugar, no hay forma de hablar coherentemente de “acciones” y “omisiones” (o de una acción y un mero dejar suceder) en el contexto de la regulación estatal porque el Estado no puede más que adoptar una entre las distintas políticas que entran en consideración. Si el Estado se propone regular el nivel del estándar de prueba en el juicio penal, tendrá que elegir entre distintas opciones de regulación que producirán distintas consecuencias.<sup>19</sup> No es claro en qué sentido puede verse una diferencia fenomenológica cuando el Estado *adopta* un estándar de prueba débil (que tiene por consecuencia más inocentes condenados y menos culpables absueltos) que cuando *adopta* uno exigente (que produce menos inocentes condenados, pero más culpables absueltos; y, por lo tanto, más víctimas de delitos). Por lo demás, cada uno de estos estándares producirá los mismos tipos de resultados, aunque en distinta proporción; con un estándar de prueba exigente también tendremos condenas de inocentes (aunque en menor medida que con uno débil) y con un estándar de prueba débil también tendremos culpables absueltos y fracaso en prevención (aunque en menor medida que con uno exigente). Por lo tanto, en el contexto de la regulación estatal la cuestión relevante no es entre actuar y omitir, sino qué curso de acción debe ser tomado. Si el estado *actúa* cuando aprueba una opción regulatoria que contiene un estándar de prueba exigente entonces del mis-

<sup>18</sup> Estamos, por lo tanto, en el nivel de la justificación de una práctica en el sentido rawlsiano, cfr. Rawls, *The Philosophical Review*, vol. 64, No. 1, 3 (1955).

<sup>19</sup> Cfr. Sunstein & Vermeule, 58 *Stan. L. Rev.*, 703 (2005), 719 ss.

mo modo actúa cuando aprueba una opción regulatoria que contiene un estándar de prueba menos exigente. Si el Estado sólo omite cuando no previene delitos porque eligió un estándar de prueba exigente, entonces sólo omite cuando no evita la condena del inocente porque eligió un estándar de prueba débil.

En segundo lugar, es difícil ver en qué sentido podría ser moralmente relevante la distinción entre actuar y omitir (o entre actuar y dejar suceder) cuando se evalúan políticas penales. Si existe una distinción moral entre el actuar y el omitir también depende de si existen obligaciones preexistentes. Si alguien está obligado a proteger los bienes jurídicos de otro, la pregunta de si ha lesionado esos bienes mediante una acción o una omisión es desde el punto de vista moral cuanto menos poco significativa. Por lo tanto, si los individuos pueden reclamar un derecho frente al Estado a que éste los proteja de hechos ilícitos de otros individuos, entonces no parece irrazonable sostener que el Estado deba tener en cuenta los efectos de las reglas sobre la criminalidad, independientemente de que la regla contemplada favorezca la criminalidad solamente a través de no imponerle obstáculos. Un Estado no puede desligarse de responsabilidad por las víctimas de delitos producidas por establecer una regla de prueba que, para evitar la condena de inocentes, permite la absolución de culpables, aunque se considere que esas víctimas son producto de una mera omisión estatal.

Por lo demás, aun cuando se considere que el fracaso en prevenir delitos debido a la selección de un estándar de prueba exigente es una omisión estatal y se acepte una distinción moral entre actuar y omitir, eso no implica que la prevención del delito no deba contar en absoluto al establecer el estándar de prueba. Incluso quienes aceptan una distinta relevancia moral entre actuar y omitir reconocen que los resultados producidos por omisión también cuentan. Además, el hecho de que se atribuya un valor diferente a causar una consecuencia a través de un comportamiento activo y dejar que *esa consecuencia* ocurra a través de una mera omisión no dice nada sobre cuánto cuenta la consecuencia que se produce por una omisión (sólo dice que cuenta *menos* que la *misma* consecuencia producida a través de una acción). La consecuencia producida por una omisión puede aún contar *mucho* y puede contar *más* que *otra* consecuencia producida por una acción (quien deliberadamente rasguña a otro se comporta de manera menos reprochable que quien deliberadamente no impide, pudiendo hacerlo, la muerte de un niño que se está ahogando). Por lo tanto, aceptar una distinción moral entre acción y omisión no explica el descuido de la opinión mayoritaria en tener en cuenta a la prevención del delito como un factor (incluso importante) al establecer el estándar de prueba.

5. Si bien este trabajo defiende que tomarse en serio la prevención debería llevarnos a adoptar un estándar de prueba menos exigente del que normalmente se considera apropiado para decidir sobre la culpabilidad del acusado en un juicio penal, no propone un nivel de estándar de prueba específico. En primer lugar, porque el hecho de que la prevención sea un factor a tener en cuenta al establecer el nivel de un estándar de prueba no quiere decir que sea la *única* consideración relevante. Un

estándar de óptima prevención no necesariamente es un estándar óptimo *all things considered*. Puede haber razones económicas (costos monetarios) o ético-políticas para no adoptar un estándar que maximice la prevención. Por lo demás, puede haber disputas en cuanto al peso que le corresponde a la prevención en el examen de todos los intereses relevantes, una cuestión que depende no sólo de la pregunta empírica sobre la medida en que una variación del estándar de prueba afecta la criminalidad, sino también de cuáles son los otros intereses relevantes<sup>20</sup> y del peso que se le asigna a cada uno de ellos en el análisis conjunto.

En segundo lugar, porque no contamos con datos precisos sobre la medida en que una alteración del estándar de prueba afectará la prevención del delito. La determinación exacta de cómo un cambio en el estándar de prueba incidirá en la prevención depende de numerosas variables difíciles de cuantificar y, al respecto, la investigación empírica es todavía deficitaria. Con todo, las investigaciones empíricas indican que especialmente la incapacitación tiene efectos preventivos no despreciables y, por lo tanto, hay fuertes razones para asumir que una disminución del estándar de prueba traerá consigo una ganancia preventiva importante.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Sobre lo cual también puede haber disputas. Si uno asume una posición consecuencialista clásica, como el utilitarismo, y considera que la pena es un mal cuya imposición sólo puede justificarse si resulta ser un medio idóneo para excluir un mal mayor (el delito) (Bentham, *Principles of Morals and Legislation*, 1988 (1781), cap. XIII, 1, II, 170), entonces el castigo del culpable debe computarse como un costo negativo al igual que el castigo del inocente. Dado que para esta perspectiva penar al culpable no es un bien positivo, entonces absolverlo no es un costo en sí mismo. Los únicos costos de absolver al culpable serían costos en términos de pérdida de eficacia preventiva, no costos de merecimiento. Pero un consecuencialista también puede incluir al merecimiento entre los factores relevantes de la ponderación. Desde este punto de vista, castigar al culpable no sería un costo, sino un beneficio que contaría a favor de una decisión; en cambio, penar al inocente sería un costo también en términos de merecimiento. En otras palabras, quien considere que lo único que interesa es maximizar el bienestar social, entonces el sufrimiento impuesto al culpable también debe computarse como un costo (en definitiva, el bienestar general es la sumatoria del bienestar individual y la pena supone una pérdida de bienestar para quien la sufre, independientemente de que sea culpable o inocente); pero quien cree que darle al culpable su merecido es un valor intrínseco, aunque no crea que este valor sea el único que deba contar, puede incorporar este factor de merecimiento como un valor positivo en el cálculo consecuencialista (adviértase que el valor positivo del merecimiento en cuanto valor intrínseco es diferente del aumento del bienestar social por la satisfacción de las víctimas o de la sociedad en general por ver que se hace justicia). Por último, un consecuencialista podría adoptar una posición intermedia a las dos presentadas en relación con el merecimiento si, siguiendo a Kagan, sostiene que la culpabilidad opera como una tasa de descuento en el cálculo del bienestar (*culpability discount rate*); en nuestro caso, esto implicaría que castigar al culpable es un mal, pero no un mal tan grande como como castigar al inocente, cfr. Kagan, *Normative Ethics*, 55.

<sup>21</sup> Un amplio repaso de los estudios criminológicos sobre incapacitación puede encontrarse en Piquero & Blumstein, *J. Quant. Criminol.* (2007)23, 267-285; Travers, Western & Redburn (eds.), *The Growth of Incarceration*, 130 ss.; Blumstein, Cohen, Roth & Visser, *Criminal Careers and "Career Criminals"*, 1 ss., 122, ss. La mayoría de los estudios reportan las estimaciones del efecto preventivo de la incapacitación en términos de elasticidad. La elasticidad delito-incapacitación mide el cambio porcentual del delito en relación con un incremento de un 1 % en la tasa de encarcelamiento. Las estimaciones promedio indican que la elasticidad es -0,2; por lo tanto, es necesario un 5 % de aumento del encarcelamiento para lograr una reducción del delito de un 1 % (cfr. Piquero & Blums-

Una aclaración antes de terminar. Incluir a la prevención como un factor a tener en cuenta al establecer el estándar de prueba del juicio penal no supone adoptar un estándar de prueba *extremadamente* bajo,<sup>22</sup> porque tal estándar ya no sería aconsejable por razones preventivas. Un estándar de prueba muy débil, como, por ejemplo, si para condenar bastara una mínima sospecha, podría crear la percepción de que el sistema penal condena casi sin distinguir entre culpables e inocentes, lo que generaría en la sociedad una desconfianza tan fuerte hacia las autoridades que probablemente afectaría su disposición a obedecer el derecho. Tal estándar, por otra parte, generaría la percepción de que no importa lo que *uno* haga porque, de todos modos, será condenado y, en consecuencia, reduciría el *incentivo* para ser fiel al derecho. Por lo tanto, un estándar de prueba extremadamente bajo ya estaría excluido por razones preventivas, porque podría comprometer la legitimidad de la autoridad y con ello afectar las razones morales para obedecer el derecho (razones fundadas en esa legitimidad) y sería inefectivo desde el punto de vista disuasivo, porque eliminaría el estímulo para obedecer el derecho. Si no cometer el delito no exime de los costos de cometerlo, entonces no hay ninguna razón prudencial para la abstención.<sup>23</sup>

---

tein, *J. Quant. Criminol.* (2007)23, 270). En relación con la frecuencia delictiva, los resultados varían enormemente. El número anual promedio de delitos por autor activo es, según algunas estimaciones, 12 (Cohen) y, según otras, 187 (Zedlewski) (cfr. Piquero & Blumstein, *J. Quant. Criminol.* (2007)23, 271, señalando, sin embargo, que las estimaciones de Zedlewski tienen serios defectos). Marvell & Moody Jr. han corregido varios de los defectos de estudios precedentes y estimado que el promedio anual de delitos por autor activo es de 25 delitos, y se reducen a 12 si se toma en cuenta el 90 percentil (Marvell & Moody Jr., *J. Quant. Criminol.* (1994)10:109–140). Según Blumstein et al., hay una amplia coincidencia en que la frecuencia delictiva anual es 2 a 4 delitos por año para delitos violentos, y 5 a 10 para delitos contra la propiedad (Blumstein, Cohen, Roth & Visher, *Criminal Careers and "Career Criminals"*, 4). Por su parte, en relación con un estudio conducido en Italia, Buonano y Raphael, sostienen que el encarcelamiento previene entre 14 y 46 delitos por año, hurtos y robos en su mayor parte (Buonano & Raphael, *American Economic Review* 2013, 103(6), 2462). Los estudios econométricos llegan a elasticidades similares (cfr. Travers, Western & Redburn (eds.), *The Growth of Incarceration*, 140, 146 ss.) Estos estudios, preferidos por los economistas, examinan el efecto total del encarcelamiento, sin discriminar entre efectos preventivos debidos a la incapacitación y a disuasión, sobre la tasa de criminalidad. Un repaso de las investigaciones sobre disuasión puede encontrarse en Nagin, 5 *Annu. Rev. Econ.* 83–105; Donohue III, *Social Research*, vol. 74, No 2, 382 s.; von Hirsch, Bottoms, Burney & Wikström, *Criminal Deterrence and Sentence Severity*; Tonry, 37 *Crime & Just.* (2008), 279; Nagin & Pogarsky, *Criminology* (2001), 39.

<sup>22</sup> Esto es lo que teme Walen, 76 *La. L. Rev.* 355 (2015), 420, 423.

<sup>23</sup> Como sostiene Png, *International Review of Law and Economics* (1986), 6, 101/105, 101: “en la medida en que un individuo que no ha violado la ley es obligado a pagar una indemnización, los costos de violar la ley, en relación con no hacerlo, serán reducidos. El resultado será más violaciones de la ley”.

**Bibliografía**

Allen, Ronald, “The Restoration of In Re Winship”, 76 *Mich L. Rev.* 30 (1977).

Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, New York: Prometheus Books, 1988 (1781).

Blumstein, Alfred, Cohen, Jacqueline Roth, Jeffrey A. & Visher, Christy A. *Criminal Careers and “Career Criminals”* (Washington D.C.: The National Academies Press, 1986).

Buonano, Paolo & Raphael, Steven “Incarceration and Incapacitation: Evidence from the 2006 Italian Collective Pardon”, *American Economic Review* 2013, 103(6): 2437–2465.

Cullison, Alan D., “Probability Analysis of judicial factfinding: Preliminary outline of the Subjective Approach”, *U. Tol. L. Rev.* 538 (1969).

DeKay, Michael, “The Difference Between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standars of Proofs”, 21 *Law & Soc. Inquiry* 95 (1996).

John Donohue III, “Economic Models of Crime and Punishment”, *Social Research*, vol. 74, No 2, 379–412, 382 s. (2007).

Epps, Daniel, “The Consequences of Error in Criminal Justice”, 128 *Harv. L. Rev.* 1065 (2015).

Gallup Jr., George, *The Gallup Poll: Public Opinion 1993*, Lanham: Rowman and Littlefield Publishers, 1994.

Harel, Alon, Safra, Zvi & Segal, Uzi, “Ex-Post Egalitarianism and Legal Justice”, *The Journal of Law and Economics, & Organization*, vol. 21, No. 1, 57–75.

Hosein, Adam Omar, “Doing, Allowing, and the State”, 33 *Law & Phil.* 235 (2014).

Kagan, Shelly, *Normative Ethics*, Colorado-Oxford: Westview Press, 1998.

Kahneman, Daniel & Tversky, Amos, “Prospect Theory: An Analysis of Decisions Under Risk”, 47 *ECONOMETRICA* 263, 275 (1979).

Kaplan, John, "Decision Theory and Reasonable Doubt", en: Layman E. Allen & Mary E. Caldwell (eds.), *Communication Sciences and the Law: Reflections from de Jurimetrics Conference*, New York: Bobbs-Merrill co., 1965, 251.

Kaplan, John, "Decision Theory and Factfinding Process", 20 *Stan. L. Rev.*, 1065 (1968).

Laudan, Larry & Allen, Ronald J., *Deadly Dilemmas II: Bail and Crime*, 85 *Chi.-Kent. L. Rev.* 23 (2010).

Laudan, Larry, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge et al.: Cambridge University Press, 2006.

Laudan, Larry, "La elemental aritmética epistémica del derecho II: Los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el Derecho penal", en: Carmen Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid et al.: Marcial Pons, 2013, 119 ss.

Lilquist, Erik "Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability", 36 *U. C. Davis L. Rev.* 85 (2002).

Lilquist, Erik, "Absolute Certainty and the Death Penalty", *Am. Crim. L. Rev.*, 42, 45 (2005).

Loewenstein, George, Small, Deborah A. & Strnad, Jeff, "Statistical, identifiable, and iconic victims", en: Edward J. McCaffery & Joel Slemrod (eds.), *Behavioral Public Finance*, New York: Russel Sage Foundation Press, 2006, 30.

Marvell, Thomas B. & Moody Jr. Carlisle E., "Prison Population Growth and Crime Reduction", *J. Quant. Criminol.* 10:109–140 (1994).

Nagin, Daniel S., "Deterrence: A Review of Evidence by a Criminologist for Economists", 5 *Annu. Rev. Econ.* 83–105 (2013).

Daniel Nagin & Greg Pogarsky, "Integrating Celerity, Impulsivity, and Extralegal Sanction Threats into a Model of General Deterrence: Theory and Evidence", *Criminology*, 39(4), 2001.

Alex Piquero & Alfred Blumstein, "Does Incapacitation Reduce Crime?", *J. Quant. Criminol.* (2007)23, 267–285.

Png, Ivan P.L., "Optimal Subsidies and damages in the presence of judicial error", *International Review of Law and Economics* (1986), 6, 101/105, 101.

Rawls, John, “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, vol. 64, No. 1, 3 (1955).

Schkade, David A. & Kahneman, Daniel, “Does Living in California Make People Happy? A Focusing Illusion in Judgements of Life Satisfaction”, *Psychological Science*, v 9 n 5, 340–346 (1998).

Small, Deborah A., Loewenstein, George & Slovic, Paul, “Sympathy and callousness: The impact of deliberative thought on donations to identifiable and statistical victims”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 102 (2007) 143–153.

Solum, Lawrence B., “You Prove it! Why Should I?”, *17 Harv. J.L. & Pub. Pol’y* 691 (1994).

Stein, Alex, *Foundations of Evidence Law*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2005.

Sunstein, Cass & Vermeule, Adrian, “Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs”, *58 Stan. L. Rev.*, 703 (2005).

Tonry, Michael, “Learning from the Limitations of Deterrence Research”, *37 Crime & Just.* 279 (2008).

Travers, Jeremy, Western, Bruce & Redburn, Steve (eds.), *The Growth of Incarceration in the United States. Exploring causes and consequences* (Washington D.C.: The National Academies Press, 2001), 130 ss.

Tribe, Lawrence, “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process”, *84 Harvard L. Rev.* 1329 (1971).

Tribe, Lawrence, “A Further Critique of Mathematical Proof”, *84 Harvard. L. Rev.* 1810, (1971).

Volokh, Alexander, “N Guilty Men”, *146 U.Pa.L.Rev.* 173 (1997).

von Hirsch, Andrew, Bottoms, Anthony Burney, Elizabeth & Wikström, Per-Olof, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research* (Oxford: Hart Publishing, 1999).

Walen, Alec, “Proof Beyond a Reasonable Doubt: A Balanced Retributive Account”, *76 La. L. Rev.* 355 (2015).

Wilson, James, *Thinking About Crime*, New York: Basic Books, 2<sup>a</sup> rev. Ed, 1983.



## VI. Proceso penal latinoamericano

*Daniel Pastor\**

### La tarea del proceso penal

Conocer y decidir son los verbos que condensan la misión que justifica la existencia de procesos penales. Los órdenes jurídicos sintetizan estas tareas bajo las consignas de descubrir la verdad acerca de unos hechos *ab initio* inciertos y aplicar la ley sustantiva al resultado de esa encuesta.

Por tanto, toda legislación relativa al enjuiciamiento penal está predispuesta para regular, a partir de la sospecha de que fue cometido un delito, los procedimientos necesarios para comprobar o descartar los requisitos normativos que autorizan la atribución al responsable de las consecuencias jurídico-penales previstas para el caso de que éste, efectivamente, deba responder por un hecho punible.

Es una historia sencilla y muy conocida. Juicios y sentencias judiciales se deciden por medio de un debate limpio en torno a afirmaciones, refutaciones y pruebas relativas a lo que puede considerarse verdadero respecto de la escenificación de unos hechos en el proceso. A la aserción fáctica que resulte procesalmente vencedora le corresponderá la aplicación de la ley material y de los efectos establecidos por ésta para esa situación. Hecho con esfuerzo no es, sin embargo, un trabajo desmesurado. La mayoría de las veces debería ser una tarea sin demasiadas complicaciones.

---

\* Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal y Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Consejo Científico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Georg-August-Universität Göttingen.

Los códigos procesales penales disciplinan detalladamente esa función por medio de un juicio adecuado al régimen que establecen en lo básico los derechos fundamentales previstos por el orden jurídico constitucional y los tratados internacionales. La acusación, cuya formulación genera el juicio y constituye el momento de ejercicio de la acción, contiene la pretensión condenatoria sobre la base de una propuesta acerca de los hechos y su consecuente significado jurídico, mientras que la defensa postula las aserciones que refutan esa posición. La prueba jurídicamente controlada ofrece al tribunal los elementos para resolver la contienda. Antes del juicio es necesaria una etapa previa, pues el ministerio público, la fiscalía, no conoce el caso, dado que, a diferencia de un actor civil o un acusador particular, no ha sufrido los hechos y debe investigarlos para decidir si ejercerá la acción o si no lo hará. Después del juicio, al menos en caso de condenación, se debe disponer la revisión de la sentencia si el agraviado la impugna.

Así pues, un enjuiciamiento penal óptimo debería enfrentar al imputado con el ministerio público (y con nadie más) en un proceso regulado en dos instancias a lo sumo, la primera de las cuales se compone de tres etapas como máximo (investigación, preparación del juicio y debate con sentencia).

Junto a la ley procesal es determinante para el sistema de enjuiciamiento penal el modelo de organización judicial que, lamentablemente, no siempre suele ser regulado como un libro específico dentro de los propios códigos procesales penales.

Al realizar la función procesal penal el poder judicial contribuye a la misión que convalida la existencia del estado constitucional y democrático de derecho: asegurar una convivencia social pacífica y próspera (Volk). Esto surge del programa de los catálogos de derechos constitucionales, de derechos fundamentales y de derechos humanos que todas las sociedades democráticas avanzadas han consagrado como sus reglas supremas de orientación para la conducción de quienes mandan y de quienes son mandados en la vida comunitaria. Por consiguiente, la tarea del tercer poder del estado es sólo la de resolver adecuadamente controversias judiciales. Esta labor es la que legitima el poder del que dispone la judicatura y justifica el alto costo que pagan los contribuyentes para mantenerla. Los elencos de derechos fundamentales modernos, especialmente los posteriores a la Segunda Guerra Mundial, son claros y exhaustivos en la regulación del poder de los estados y en el establecimiento de sus límites, muy en particular frente al ejercicio de la fuerza pública en materia penal.

Pero en todo esto no debe perderse de vista que el proceso penal es, en verdad, una tragedia. Por ello, al igual que el Derecho penal, el enjuiciamiento criminal debe ser tratado como un mal necesario. Mientras las sociedades no encuentren otra forma de lidiar con la violencia más que con violencia, el Derecho penal seguirá ocupado en reglamentar penas, razonables y moderadas, para las conductas sociales que quiebren del modo más grave la prohibición de no afectar arbitrariamente los bienes y valores de la comunidad más dignos de veneración y respeto. Pero el Derecho penal no puede punir sin proceso, y el proceso, por su parte, no puede

evitar ir penalizando, ya mientras se desenvuelve, a quien sin embargo declara que debe ser tratado como no culpable. Según las premisas del célebre silogismo de Carnelutti sobre la implicancia del proceso en el castigo: no se puede castigar sin procesar pero procesando se castiga. Por consiguiente, “el sufrimiento del inocente es el costo insuprimible del proceso penal”. Al mal del delito le sigue el mal de la pena, como a la desgracia de la víctima le sigue el drama del proceso para el imputado que, de ser declarado responsable del hecho, abre el telón a la desgracia del condenado. Por eso las normas, las prácticas y las teorías sobre el funcionamiento del aparato represivo estatal deben estar orientadas por criterios humanistas, liberales y moderados de análisis y discusión, en lo cual tiene un papel fundamental el respeto hacia todos los afectados y su dolor.

## Pasado

España y Portugal introdujeron en Latinoamérica el sistema penal dominante durante su conquista y colonización: la Inquisición (Struensee y Maier). Desde el descubrimiento del Nuevo Mundo hasta el surgimiento de las repúblicas independientes en el siglo XIX la pertenencia de prácticamente toda Latinoamérica al imperio español llevó a que en toda su extensión rigiera el mismo derecho procesal penal, que sólo en matices vinculados a la organización judicial difería de las leyes que regulaban el proceso penal en la península, fundamentalmente *Las Siete Partidas* (Maier). Este modelo inquisitivo respondía a la tradición romana de finales del Imperio reformada por la influencia medieval del derecho canónico. Debido a la misma tradición jurídica tampoco era diferente el derecho procesal penal vigente en el Brasil durante la dominación portuguesa.

Se trata de un estilo judicial caracterizado por una jurisdicción centralizada, burocrática y vertical, sin distribución de poderes entre acusador y juez, con el acusado como órgano de prueba y no sujeto del proceso, con procedimientos escritos en actas que normalmente permanecían en secreto para el imputado, con prueba legal tasada y un amplio uso de la tortura como técnica regulada de investigación, en tanto que la obtención de la confesión del acusado era el fin primordial de este modelo de enjuiciamiento que, por ese medio, consideraba que debía descubrirse la verdad. La sentencia debía estar fundada para permitir su impugnación, que abría una inspección completa de lo decidido para facilitar que el control centralizado de las resoluciones pudiera llegar hasta el vértice de la organización judicial que había delegado su ejercicio (efecto devolutivo de los recursos).

Durante el siglo XIX los movimientos de emancipación de las colonias europeas de Latinoamérica no persiguieron sólo la independencia de España y Portugal, sino que fundamentalmente impulsaron un cambio de sistema político, una transición de los estados monárquicos absolutos del *Ancien Régime* a estados de derecho estructurados bajo la forma de la república constitucional que había sido teorizada por los pensadores de la Ilustración y llevada a la realidad por la creación de los Estados Unidos de América y el acaecimiento de la Revolución Francesa. De he-

cho casi todas las ex-colonias de Latinoamérica llevan oficialmente el título de República precediendo sus nombres.

El nacimiento de estos regímenes republicanos en la región implicó la adopción para ellos de constituciones liberales que incorporaron formas procesales nuevas regidas por la noción de lograr la interdicción de la arbitrariedad judicial mediante el respeto de numerosos derechos fundamentales del acusado bien definidos, los provenientes de los elencos, para entonces ya estables, de las declaraciones de derechos de la época. Si bien el ideal ilustrado tendía a restaurar las repúblicas democráticas de la antigüedad, en lo político, y su proceso penal acusatorio puro, en lo judicial, en Europa prevaleció una solución de compromiso en ambos campos. La democracia representativa triunfó sobre la directa y en el enjuiciamiento criminal se adoptó un sistema mixto, mejor descrito como inquisitivo reformado (Maier), que es el que tíbiamente comenzó a llegar a algunos rincones de Latinoamérica ya entre los siglos XIX y XX, en los casos en los que llegó, pues muchos países conservaron el estilo inquisitorio de proceso penal hasta tiempos muy recientes, en clara rebeldía contra las pautas constitucionales relativas al enjuiciamiento criminal.

Del modelo inquisitivo se conservó, en lo sustancial, la búsqueda de la verdad como objetivo del proceso y la persecución pública de los delitos. Se incorporaron, en cambio, los valores propios del respeto por la autonomía de los individuos, lo cual se tradujo en la colocación del imputado como un sujeto del proceso, en posición de igualdad de armas con el acusador, pero dotado de derechos y garantías estructuradas exclusivamente para protegerlo del abuso de poder y de la arbitrariedad: libertad plena de declaración, incoercibilidad como órgano de prueba, carga de la prueba en el acusador, *in dubio pro reo*, presunción de inocencia, amplísimos poderes de defensa. El acusado fue puesto en la escena del proceso como la visita en un partido de fútbol cuyo gol, dado el caso, cuenta como dos (Rosler).

Uno de los aspectos que refleja lo híbrido del modelo mixto es la división del proceso de primera instancia en dos etapas, una más inquisitiva – escrita, secreta y con escasa participación del imputado –, a cargo de un juez, en general de instrucción, y una plena – acusatoria, oral y pública –, ante un tribunal colegiado, con predominio de algún formato de jurado popular. Se mantuvieron los recursos pero limitados a la revisión sólo de las denominadas cuestiones jurídicas (casación) en razón de la adquisición irreproducible de la prueba en el debate oral, valorada según la íntima convicción de los jueces populares o de la sana crítica racional de los jueces profesionales, y también por respeto, en su caso, a la decisión soberana del jurado acerca de los hechos. Se produce en esta época el nacimiento del ministerio público, por eso considerado un adolescente (Roxin), con las características que hasta hoy conserva de ser el titular de la acción penal con el deber objetivo de representar los intereses generales de la sociedad (no es un acusador a ultranza). Sin embargo, no se le otorgó el señorío de la investigación preliminar todavía.

Ésta fue, expuesta aquí muy simplificada, la arquitectura procesal penal que buscaba el paso del sistema inquisitivo al mixto, la que, muy gradualmente y

con matices, trató de abrirse paso en los estados latinoamericanos, sin conseguir desplazar completamente la prevalencia inquisitorial en las legislaciones nacionales, las que, según las distintas experiencias, rigieron hasta finales del siglo XX. El modelo de proceso penal inquisitivo reformado rigió sólo en algunos países de la región (p. ej., Cuba, República Dominicana, en parte Brasil, en parte Argentina, Costa Rica). Algunos estados adoptaron un modelo mixto clásico, otros conservaron intactos los viejos regímenes inquisitivos demasiado tiempo, alguno incluso sin permitir siquiera que el ministerio público fuera conservado en su seno. Algunos incorporaron el juicio por jurados, otros no lo hicieron.

Pero tanto ese modelo como el inquisitivo remanente en la región llevaron las cosas a un estado insostenible (Struensee y Maier) y hace aproximadamente un cuarto de siglo comenzaron a ser sustituidos por regímenes de enjuiciamiento penal calificados como acusatorios.

## Presente

En efecto, desde las últimas décadas del siglo XX y durante estos primeros años del nuevo milenio se generó en el derecho procesal penal latinoamericano un período de reformas totales (Maier y Struensee), una ola reformista calificada como revolucionaria (Langer). En verdad se trató, simplemente, de la marcada tendencia de toda la región a tornar más eficientes los procesos penales por medio de la incorporación de herramientas esenciales para ello provistas por las prácticas del enjuiciamiento penal de los Estados Unidos de América.

La combinación de las necesidades propias de la explicación académica de los fenómenos jurídicos con la experiencia tradicional de que las transformaciones legales tienen que ser, en efecto, revolucionarias, condujo a la compulsión obsesiva de encontrar una expresión metafórica que describiera sintéticamente esta *new wave* procesal penal y que mostrara de modo claro la contraposición con la fórmula metafórica utilizada para ilustrar el modelo que ahora resultaba superado. Por eso, en ese momento, se habló, por supuesto, de “una conversión de procesos inquisitivos a acusatorios” (Langer).

En el período analizado prácticamente todos los países de Latinoamérica introdujeron nuevos códigos procesales penales o reformas sustanciales de los vigentes bajo el eslogan de adoptar un modelo acusatorio de enjuiciamiento. Se perseguía un propósito doble: mayor eficiencia en el castigo de los crímenes con un mayor respeto de los derechos fundamentales de los acusados (Binder). Los instrumentos introducidos fueron, en resumidas cuentas, la investigación preparatoria a cargo del ministerio público, que desplazó al juzgador como dueño de la iniciativa penal, una mayor y mejor oralidad de los procedimientos y la incorporación de numerosas vías de resolución alternativa de los casos distintas del juicio de conocimiento pleno como único camino para arribar a una sentencia definitiva sobre el fondo del asunto.

Todo esto parece haber sido solamente un gran engaño, justo en el campo del proceso penal, en el cual, mientras que la búsqueda de la verdad es uno de sus valores primordiales, se vive cómodamente en la mentira (Pizzi). Resulta difícil afirmar que haya sido introducida realmente una oralidad de calidad, que la mayor eficiencia no haya afectado las garantías del imputado, ni que, en definitiva, pueda decirse que el nuevo modelo es, en serio, acusatorio o adversarial.

La oralidad constituye el medio idóneo para resolver con la más alta calidad imaginable la disputa entre las posiciones del acusador y del acusado en un proceso de conocimiento. Es un hábito de epistemología judicial que asegura el principio contradictorio, de modo que el juicio oral se deja calificar muy fácilmente como momento central del modelo acusatorio. Sin embargo, la introducción de todo tipo de métodos de solución de los procesos distintos a la confrontación propia de un juicio oral deja a éste, dada la masiva utilización de aquellos, reducido a unas pocas ruinas para mostrar a los turistas, con lo cual, estos regímenes procesales de acusatorio no conservan casi nada de nada. La infidelidad perpetrada así contra el juicio como momento central del proceso acusatorio es tan contundente que el juicio oral fue postulado como alternativa a las alternativas al juicio oral (Taruffo).

Conectado con lo anterior, y por conducto de una de las más deprimentes válvulas de escape del debido proceso, la introducción de la justicia negociada, a la americana, como verdadero momento central del enjuiciamiento permite apreciar también que estos modelos procesales, en lo decisivo, tienen mucho más de inquisitivo que de acusatorio. En efecto, una de las grandes modificaciones reales de la ola reformista latinoamericana de las últimas tres décadas fue el entrenamiento otorgado a funcionarios negociadores para obtener soluciones acordadas de decisión judicial. Este método de trabajo era prácticamente desconocido por la legislación latinoamericana previa. Pero desde su asimilación se convirtió en el modo mayoritario de obtención de las condenaciones. Dado que esta herramienta judicial constituye un mecanismo para obtener la aceptación de su culpabilidad por parte del imputado, entonces es un instrumento marcadamente inquisitorio (Marafioti). Aquí el fraude de la etiqueta reformista luce en todo su esplendor: la *prima donna* del sistema acusatorio es una *vedette* inquisitiva.

Otra de las frustraciones que dejó la marcha reformista analizada, en cuanto se la aprecia más detenidamente, fue el aparcamiento del ideal de mejorar el sistema también en términos de un mayor respeto por el debido proceso y los derechos fundamentales de los acusados. El objetivo dual de eficiencia con garantías quedó reducido a eficiencia a cualquier precio. La productividad del modelo fue medida decididamente a través del aumento del número de condenas que el sistema lograba emitir. Muy ilustrativamente, la Defensora General de la República Argentina (que dirige a los defensores oficiales) ha tenido oportunidad de decir, acerca de este punto de los nuevos procesos latinoamericanos calificados de acusatorios, que “este sistema seguro que es más rápido. El problema es que si hay una defensa débil y con insuficientes recursos materiales y humanos, el sistema siempre es más rápido pero se convierte en una máquina de picar carne” (Martínez).

El derecho procesal penal, con su organización judicial, es inseparable del Derecho penal material y de la política criminal (Maier). En tiempos de una notable inclinación hacia legislaciones penales neopunitivistas no debe sorprendernos que el impacto de esa tendencia político-criminal en el proceso haya sido la búsqueda de mecanismos para obtener más condenas y más rápidamente. Esto supuso un ajuste por recorte, muy importante, de los derechos de los acusados, que era totalmente funcional para poder cumplir con los nuevos deseos de la política de contar con un sistema penal que, en lo integral, sea eficiente en términos de aplicar expeditivamente los castigos previstos para el crimen. La demanda neopunitivista del electorado y de los medios de comunicación han distorsionado la dimensión específica del enjuiciamiento. El tribunal ha pasado de ser un lugar en el que se juzga, y se absuelve o se condena, a ser un sitio del que sólo se esperan condenas, pues de otro modo sería un gasto público improductivo.

Para reforzar esa tendencia los códigos procesales penales de la ola reformista latinoamericana reciente han sumado, en casi todas las experiencias, al acusador particular junto al acusador público. Esta figura es emblemática del sistema inquisitivo español y no existe en casi ninguna legislación procesal del mundo que no provenga de esta tradición. Esto, como otra confirmación del vivir en la mentira, es muy llamativo en unos sistemas aclamados como acusatorios.

La euforia por la víctima y sus derechos, hoy tan en boga como parte esencial del movimiento neopunitivista, lleva el proceso penal hacia mundos francamente insufribles. Uno de ellos es el de la doble acusación por el mismo hecho que es consecuencia de admitir al querellante o acusador particular junto al ministerio público. No por usualmente admitido es también correcto que al imputado lo acusen la presunta víctima y el ministerio público en un dos contra uno tramposo que desmiente la comprensión más básica de lo que es un juicio justo celebrado con igualdad de armas. Una situación que muestra también la extrañeza de unas legislaciones que quieren congraciarse con la víctima sin pagar el costo de eliminar del proceso al fiscal, pues está claro que el imputado por un hecho debe defenderse de una acusación única por ese hecho. Es sólo un ejemplo de cómo el otorgamiento de mayores derechos a la posible víctima se paga en moneda de disminución de los derechos del imputado (Kindhäuser y Wagner).

Desde el punto de vista de los valores constitucionales vigentes en Latinoamérica, una legislación procesal penal que le otorga la prioridad a las posibles víctimas en desmedro de la protección de los imputados, supone una degradación cultural notable. Es el acto de una sociedad que se desprecia y brutaliza a sí misma por no tener la inteligencia necesaria para resolver sus temores y conflictos de un modo que no sea siempre ampliando el campo de lo punitivo. El recurso al Derecho penal es al interior de las sociedades lo que la guerra es a las relaciones interestatales y, por tanto, más que una comprensible sensación de justicia, toda escalada en su utilización debería inspirarnos un sentimiento de vergüenza.

Hay una célebre anécdota de Albert Einstein, quien al ser consultado acerca de cómo creía que sería la tercera guerra mundial respondió que no lo sabía, pero que

sí sabía que la cuarta sería con piedras y lanzas. Así también los códigos procesales penales latinoamericanos de la actual ola reformista no permiten saber bien qué son en realidad, si inquisitivos, si acusatorios, si mixtos, pero sí es posible saber cómo será el proceso penal de la próxima generación: un enjuiciamiento por medio de máquinas.

## **Futuro**

En el derecho procesal penal el tiempo de los eslóganes se ha terminado. Al sistema de enjuiciamiento del futuro no le sirve de nada anclarse a las viejas dicotomías. Ni inquisitivo ni acusatorio. Ni oral ni escrito. Ni amigable ni adversarial. Ni angloamericano ni europeo-continental. Todo eso ha muerto ya.

Las regulaciones jurídicas siempre van muy por detrás de la evolución de todos los aspectos de la vida, de los individuales, de los sociales, de los económicos, de los políticos y de los técnicos; pero no se puede atrasar tanto en tiempos de una revolución tecnológica de vertiginoso crecimiento exponencial.

En tanto que la tarea del proceso penal siga siendo resolver por medio de pruebas válidas el signo verdadero o falso de las afirmaciones y refutaciones de las partes acerca de todos los factores relativos a la posibilidad de aplicar a un persona, de modo formalmente impecable y materialmente correcto, las consecuencias jurídicas correspondientes por su responsabilidad en un hecho punible, la tecnología disruptiva presente y futura no puede ser dejada abajo del escenario del enjuiciamiento penal.

Si bien el aporte técnico va a ser decisivo en la configuración del proceso penal del futuro en todo el mundo, esta contribución resultará especialmente útil en el ámbito latinoamericano debido a que en la región, en general, la calidad de los procedimientos penales ha sido y sigue siendo decepcionante. Esta percepción está avalada por el estado de reforma permanente que, con grados y matices diferenciales, se vive en Latinoamérica desde las últimas décadas del siglo pasado hasta el presente.

La situación, entonces, enfrenta al ideal de excelencia señalado dos párrafos antes con el pesar descrito en el fragmento anterior. Las quejas se refieren a la burocratización de las etapas del enjuiciamiento, a la proliferación de instancias, a la baja calidad de las resoluciones judiciales, a la falta de garantías de independencia e imparcialidad frente a presiones de los sujetos públicos y de los medios de comunicación y a la excesiva duración de los procesos. Precisamente a esto último se le respondió con unas reformas, en toda la región, que han buscado la aceleración de los procesos a cualquier precio (la ya vista reintroducción del inquisitivo por vía de la justicia negociada). Los casos terminan más rápido, pero no terminan mejor en términos de calidad sustantiva y formal.

Es el tiempo, por consiguiente, para pasar de “la máquina de picar carne” a *la máquina de juzgar*. Pues “es probable que ordenadores lo bastante potentes para

entender y superar los mecanismos de la vejez y la muerte lo sean también para reemplazar a los humanos en cualquier tarea” (Harari).

El procesamiento y resolución de un tipo especial de controversias sociales, las que se judicializan ante las autoridades penales, es desarrollado por medio de un régimen de reconocimiento y aplicación de las pautas que gobiernan la ejecución de las tareas específicas del proceso penal: verificación de unos hechos concretos (datos) que son sometidos a un sistema normativo (más datos) para obtener un resultado (la decisión judicial). Un modelo de labor que, precisamente por esa mecánica de implementación, nos hace imaginar la posibilidad de que pueda ser efectuada por métodos informáticos, en tanto que todo sistema de algoritmos se dedica a resolver problemas mediante el reconocimiento de patrones en el marco de un flujo de datos (Haissiner y Pastor).

Es por ello que en el futuro el formato del proceso penal va a ser determinado por las nuevas herramientas informáticas que ofrezca la revolución tecnológica, en especial a través del desarrollo de la inteligencia artificial.

Las ciencias de la vida ven hoy a los seres humanos como algoritmos bioquímicos capaces de producir algoritmos electrónicos cada día más complejos. Los jueces son seres humanos que resuelven controversias judiciales por medio de regímenes muy refinados de procesamiento de datos. En consecuencia, es pertinente pensar que esta gestión pueda ser realizada, cada vez más y cada vez más eficientemente, por sistemas automatizados, capaces de hacer frente mejor que los humanos a los inmensos flujos de datos que actualmente deben manejar los jueces para transformar todos esos datos en decisiones judiciales. El rendimiento del poder judicial es, sin refutación posible, muy deficiente. Los avances tecnológicos mejoraron y seguirán mejorando todos los ámbitos en los que se desenvuelve la vida cotidiana, tanto en lo individual como en lo grupal y social. Es insostenible, así, mantener un poder judicial con procedimientos tan atrasados en un mundo de procedimientos tan avanzados (Haissiner y Pastor).

De hecho, en el campo del Derecho penal, la cuestión ya no es una novedad y la legislación se ha debido actualizar para poder ocuparse de los delitos cibernéticos. También en el derecho probatorio se ha avanzado bastante en materia de prueba digital. De este modo, ¿por qué no imaginarnos que también la gestión del proceso judicial puede ser completamente transformada por la tecnología aplicable actual y futura?

La misión del proceso penal de resolver judicialmente las controversias de su competencia debe ser mejorada gradualmente aprovechando los inventos de las tecnologías disruptivas. En una primera fase deben ser empleados mayores y más eficientes medios para perfeccionar la gestión administrativa de los procesos (oficina judicial digital), algo que, en mayor o menor medida según los sitios, ya es una realidad. En la segunda etapa deben ser desarrollados sistemas de consulta rápida y precisa de toda la información relevante para el tratamiento y resolución de los casos, una función de oráculo de los jueces – algo todavía utópica pero realizable – que consiste en analizar y presentar informáticamente al operador la información

precisa para resolver el caso proyectando incluso la posible decisión. Finalmente, deberán ser hechos todos los preparativos necesarios para contar, de ser posible, con un juez artificial que conozca de las causas judiciales y tome las decisiones. Una máquina de juzgar, un juez computadora de la ley, algo todavía quimérico sólo para quienes no sepan todavía que casi todo lo que hoy es indispensable para nuestras vidas era quimérico en el pasado, incluso en el pasado muy reciente.

En conclusión, no es razonable pensar el cumplimiento de todas las funciones típicas del proceso penal sin el aporte de los progresos tecnológicos recientes. Si los fines del proceso penal, declamados de modo similar en todas partes, son asumidos como verdaderos con toda convicción, la mirada tiene que ser colocada decididamente en los aportes que la tecnología está generando para cumplir con ellos. Especialmente porque, hasta hoy, tanto los sistemas inquisitivos como los acusatorios y los mixtos, de la generación que sean, se han dedicado mayormente a traicionarlos.

## Referencias

- Ambos, Kai, Maier, Julio y Woischnik, Jan: *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, 2000.
- Binder, Alberto: *Derecho Procesal Penal*, T. I, Buenos Aires, 2013.
- Carnelutti, Francesco: *Principios del Proceso Penal*, Buenos Aires, 1971.
- Harari, Yuval: *Homo Deus: Breve historia del mañana*, Barcelona, 2016.
- Haissiner, Martín y Pastor, Daniel: “¿De la tecnología disruptiva al juez cibernético?” (en preparación).
- Kindhäuser, Urs: “La posición del damnificado en el proceso penal”, en Albrecht y otros: *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*, Buenos Aires, 2009.
- Langer, Máximo: “Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano”, en CEJA, año 7, n.º 14, Santiago de Chile, 2007.
- Maier, Julio: *Derecho Procesal Penal*, t. I, Buenos Aires, 1996.
- Marafioti, Luca: “Justicia penal negociada y verdad procesal selectiva”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2014/5, Buenos Aires, 2014.
- Martínez, Stella Maris: Entrevista en *Tiempo Judicial* de 3 de julio de 2015, disponible en <http://www.tiempojudicial.com/martinez-este-sistema-garantiza-una-gran-celeridad/> <03.07.2018>.
- Pizzi, William: *Juicios y mentiras: Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Madrid, 2004.
- Rosler, Andrés: “¿Nullum crimen sine poena o nullum crimen sine lege?”, en *La Ley*, Buenos Aires, 9 de junio de 2017.
- Roxin, Claus: “Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público”, en Maier, Julio y otros: *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, 1993.
- Struensee, Eberhard y Maier, Julio: “Introducción”, en: Ambos, Kai, Maier, Julio y Woischnik, Jan: *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, 2000.

Taruffo, Michele: “Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos”, en Taruffo, Michele, Andrés Ibáñez, Perfecto y Candau Pérez, Alfonso: *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, 2009.

Volk, Klaus: *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2016.

Wagner, Federico: “Un límite a la tutela judicial efectiva”, en Pastor, Daniel (Dir.): *Problemas actuales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2012.

## VII. Verdad o legalidad: los límites del blanqueo de pruebas ilegalmente recogidas en un Estado de derecho

*Stephen C. Thaman*

### I. Introducción

Las ideas de “verdad” y “prueba” están inextricablemente vinculadas en la historia del proceso penal continental europeo, por lo menos desde el ascenso del procedimiento inquisitorio en los siglos XIV y XV. La calidad de la justicia en los tribunales consuetudinarios, compuestos por los ancianos o los prototipos de jurados y escabinos, no tenía mucho que hacer ni con la verdad, ni con las pruebas, a excepción de los casos de flagrancia en los que los capturados en el acto de la comisión de un crimen, con manos sangrientas o botín en mano, fueron enjuiciados y asesinados de manera inmediata.<sup>1</sup> La restauración de la paz entre víctima (o la familia o clan de la víctima) y el reo tenía prioridad sobre la determinación meticulosa del “qué pasó” en la época de duelos, compurgadores y ordalías divinas. Aún cuando los procedimientos primitivos fueron reemplazados por tribunales de jurado o escabinos, las decisiones discrecionales basadas en la “intima convicción” se concentraban más en la cuestión de la posible reintegración del reo a la comunidad y las respectivas condiciones para ello, que en un análisis de pruebas y determinación de la verdad.

---

<sup>1</sup> Para ejemplificar estos procedimientos rápidos y mortales, véase STEPHEN C. THAMAN, *COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE: A CASEBOOK APPROACH* 4–5 (2nd ed. 2008).

Pero cuando el proceso penal se hizo más “científico” y los jueces legos junto con los procedimientos primitivos fueron reemplazados por jueces técnicos con el deber de buscar la verdad y el poder inquisitorio de recopilar y conservar prueba, es el momento en el que se solidificó el eslabón entre “prueba” y “verdad”. Desde entonces, la búsqueda de la verdad tuvo prioridad sobre preocupaciones más humanas como la de suavizar el conflicto que el hecho delictivo ha causado en la comunidad. Ahora bien, el ascenso del procedimiento inquisitorio fue una necesidad de los poderes centrales de la iglesia y el Estado, que querían subyugar los poderes locales y sus sistemas de resolución de conflictos. Las “verdades” que el Estado quería comprobar en sus tribunales eran a menudo mitos o ficciones autoperpetuadas, a partir de las cuales los poderes centrales han fundado su dominación: los crímenes que han necesitado el sistema de instrucción secreta e inquisitoria eran crímenes contra el Estado o la religión estatal, que no se podían demostrar a través de querellas de víctimas y el testimonio de testigos, pues no existían. Se necesitaba un nuevo sistema en el que un juez letrado en la ciencia (¿o era realmente brujería?) de derecho<sup>2</sup> demostrara la “verdad” secretamente, sin la intromisión de víctimas, acusados, defensores o el público.

Pero el dominio del procedimiento inquisitorial en la Europa continental no constituyó, a pesar de los avances en la búsqueda de pruebas y la mayor previsibilidad de las sentencias profesionales, una humanización del procedimiento de resolución de conflictos penales. Los grandes pensadores de la Ilustración se han quejado de que la administración de justicia era responsable de la comisión de mas crímenes y el sufrimiento que todos estos crímenes causaron a todos los delincuentes comunes.<sup>3</sup> En ésta época, muchos inocentes fueron condenados a muerte, a menudo con base en confesiones coaccionadas por la tortura legalizada o la amenaza de aplicarla.<sup>4</sup> Ésta cifra seguramente compensó la gran cantidad de culpables que se absolviéron en los tiempos del derecho consuetudinario como resultado de procedimientos irracionales.

Gracias a Dios, que aquellos días han pasado (en la mayoría de los países). Oficialmente, la tortura desapareció al final del siglo XVIII.<sup>5</sup> En la Europa continental, sin embargo, la revolución francesa fue seguida por convulsiones políticas sobre las que la mayoría de los países continuaron girando, básicamente entre los extremos de monarquías absolutas de tipo Estado policial y el liberalismo.<sup>6</sup> Naturalmente,

<sup>2</sup> O quizás la “ciencia de horrores”. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale* 578 (5th Ed. 1998).

<sup>3</sup> FERRAJOLI, *supra* nota 2, pág. 339.

<sup>4</sup> Cesare Beccaria, *Dei Delitti e Delle Pene* 62 (4th ed, Feltrinelli 1995).

<sup>5</sup> John H. Langbein, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime* 10 (1977).

<sup>6</sup> En España, las épocas del liberalismo coincidieron con intentos de introducir el tribunal de jurado y la restauración de la monarquía absoluta con su abolición. Véase Ley Orgánica 5/1995, de 22 de Mayo, del Tribunal de Jurado, BOE de 23 de mayo de 1995, “Exposición de Motivos” I, citado en LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA 623–624 (17th ed. 2002).

toda pretensión de ser un Estado de derecho desaparecía con el ascenso del Bolchevismo en Rusia, el Nazismo en Alemania y sus aliados, el Fascismo en Italia y Franquismo en España.<sup>7</sup>

La reacción a los horrores de la primera mitad del siglo XX representó el impulso para la promulgación de tratados orientados a proteger los derechos humanos en la posguerra: la Declaración Internacional de Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Los países que salieron de la oscuridad de la primera mitad del siglo XX han promulgado nuevas constituciones que reflejaron la primacía de la protección de sus ciudadanos contra la violencia y la arbitrariedad del Estado. Lo que de forma más tardía superó la tiranía en algunos países, lo más avanzado, normalmente fue la protección de derechos humanos contenida en sus constituciones: en este sentido se puede comparar las constituciones de Italia y Alemania de 1949 con la Constitución Española de 1978 y finalmente las constituciones de las repúblicas ex-soviéticas después de 1989.

Una explosión semejante de nuevas constituciones y códigos procesales penales surgió en los años noventa en América Latina después de décadas de dictaduras, más o menos aliadas con EE.UU. en su lucha contra movimientos de izquierda, más o menos aliados con la difunta Unión Soviética.

Las experiencias en los EE.UU. y en Inglaterra son diferentes. Naturalmente Inglaterra no ha experimentado ni fascismo, ni el totalitarismo soviético en su territorio, pero tampoco tiene una constitución escrita o declaración de derechos con esquemas de protección específica para sus ciudadanos. Cualquier protección emana de las decisiones de los altos tribunales en casos particulares. La experiencia en EE.UU., en cambio, revela marcadas diferencias. El *Bill of Rights* de EE.UU. del año 1791 fue promulgado en un tiempo en el que los norteamericanos, después de haber sufrido la opresión de leyes arbitrarias por parte de los ingleses, querían un gobierno que se entrometiera lo menos posible en sus vidas cotidianas. Su propósito era prohibir la promulgación de leyes que hubieran podido afectar las libertades de los ciudadanos en los trece Estados que constituían la unión en aquel entonces.

Casi todos los casos penales se enjuiciaban en las cortes de los Estados, que tenían sus propias constituciones, con sus propias declaraciones de derechos civiles. Las cortes supremas de los Estados podían interpretar el alcance de las protecciones según sus propias predilecciones hasta que el *Bill of Rights* federal tuvo fuerza en relación con las cortes federales. Por supuesto, los ciudadanos afroamericanos no tenían ningún derecho hasta el fin de la Guerra Civil en el año 1865, ni en el sistema federal, ni en los de los Estados. Solamente con la promulgación de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución federal en 1865, que prohibía a los Estados privar a cualquiera persona, incluso a los esclavos liberados, del “debido

---

<sup>7</sup> Sobre la cantidad horrorosa de penas de muerte impuestas a menudo para delitos triviales durante los 12 años de la dictadura Nazi, INGO MÜLLER, FURCHTBARE JURISTEN 135–174 (1989).

proceso de la ley”, la Corte Suprema del EE.UU. (CSEU) obtuvo el poder de cambiar el tratamiento miserable de los afro-americanos en las cortes de los Estados (sobre todo en las cortes de los Estados del sur). Pero fue solamente en los años treinta del siglo pasado que la CSEU comenzó a anular condenas emanadas de las cortes estatales basadas en confesiones conseguidas con el uso de tortura y otras tácticas coactivas que socavaron la voluntad libre del acusado y, por lo tanto, el “debido proceso”. Extrañamente, la CSEU se apropiaba de normas constitucionales mucho más altas para la administración de las cortes federales, que las que se exigían para las cortes estatales. Ya en el año 1914 la CSEU adoptó una regla de inadmisibilidad de pruebas prohibidas, recogidas ilegalmente por los funcionarios federales en contra de las normas de la Cuarta Enmienda de la Constitución que prohibía las detenciones, confiscaciones y registros no razonables o sin mandato judicial. La Corte delimitó de forma muy clara los problemas, que la decisión que- ría resolver:

“La tendencia de ellos, los que ejecutan las leyes penales del país, de conseguir una condena por medio de confiscaciones ilegales y confesiones forzadas, las últimas obtenidas después de haber sometido las personas acusadas a prácticas injustificadas que destruyen los derechos protegidos por la constitución federal, no debe ser sancionada por los tribunales que están a cargo del apoyo de los derechos constitucionales y a la cual personas de todas las condiciones tienen derecho a apelar para el mantenimiento de tales derechos fundamentales.”<sup>8</sup>

Solamente en el año 1948 una mayoría de la CSEU pudo dar el paso para declarar que las protecciones de la Cuarta Enmienda contra detenciones, confiscaciones y registros no razonables o autorizados por mandatos judiciales que carezcan de causa probable o una clara descripción de los lugares a registrar y las cosas a confiscar, son vinculantes para los órganos de justicia en los Estados. Pero había que esperar otros 13 años hasta 1961, para que la CSEU hiciera también vinculante la regla de inadmisibilidad de toda prueba recogida en violación de los requisitos de la Cuarta Enmienda.<sup>9</sup>

La primera generación de derechos humanos, incluso los que pertenecen a la investigación y enjuiciamiento de casos penales, se atrincheraban en el continente europeo después de la derrota de las dictaduras fascistas, comunistas y Estados policiales que han atormentado los pueblos continentales en la primera mitad del siglo XX. Así como el desarrollo más tarde en América Latina y las repúblicas que emergieron de la difunta Unión Soviética, las protecciones garantizadas al acusado pueden ser interpretadas solamente como *restricción de los poderes del Estado en la investigación y enjuiciamiento de casos criminales*. En los EE.UU., en cambio, las nuevas protecciones declaradas en las decisiones de la CSEU en los años sesenta del siglo

<sup>8</sup> Weeks v. United States, 232 US 383 (1914).

<sup>9</sup> Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949); Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

pasado bajo la presidencia de *Earl Warren*, fueron también una respuesta al Movimiento pro Derechos Civiles de los años cincuenta y sesenta que se dirigía a abolir el *apartheid* en el sur de norteamérica y a corregir la injusticia regional causada por el racismo en la administración de justicia penal. Pero el objetivo era el mismo: limitar los poderes de la policía y el gobierno en la investigación y enjuiciamiento de casos criminales.

Hay que analizar la regla de exclusión o de inadmisibilidad en este contexto. En este trabajo voy a discutir la aplicación de las reglas de inadmisibilidad en los dos escenarios más críticos para las libertades de los ciudadanos: (1) cuando la policía utiliza prácticas ilegales en el interrogatorio de sospechosos/acusados y; (2) cuando los órganos de investigación criminal recogen pruebas violando el derecho a la privacidad del domicilio o en conversaciones privadas. La confesión de culpabilidad era durante el reino del sistema inquisitivo (y todavía es en muchos países) la *reina de las pruebas*. Pero también es el tipo de prueba que de forma más frecuente se deriva de una violación a la dignidad de la persona bajo investigación. Los métodos más atroces para inducir confesiones, como por tortura, amenazas y otras coacciones, son explícitamente prohibidos en todos los países civilizados y el uso de tales métodos derivarán automáticamente en la prohibición del uso de las confesiones en cualquier procedimiento penal y normalmente, también, en la prohibición del uso de los “frutos del árbol envenenado”, es decir, la prueba indirectamente derivada de la confesión anulada. En cambio, los métodos más sutiles de inducir a una confesión no son prohibidos en la mayoría de los países, aunque hay una fuerte tendencia a que los interrogadores tengan que avisar a los sospechosos antes de interrogarles sobre el derecho a no declarar contra sí y el derecho de tener la ayuda de un abogado defensor. En pocos sistemas se ha reconocido que el interrogatorio del sospechoso/imputado para obtener pruebas contra él es un mal absoluto, y de que cualquier interrogatorio debe tener lugar solamente a petición del imputado como diligencia de defensa. Vamos a discutir hasta qué punto una violación del deber de informar a los sospechosos/imputados de sus derechos, llamados en EE.UU. *Miranda rights*, conduce a la inadmisibilidad de una declaración o confesión y, también, de sus frutos.

El derecho de privacidad en el domicilio y en la correspondencia era tan sagrado para los colonos norteamericanos, como para los ingleses mismos, como el derecho a no declarar contra sí mismo. El derecho a la privacidad es también hoy consagrado como parte integral de los convenios de derechos humanos y las constituciones nacionales a causa de los abusos perpetrados en este campo por los estados policiales y las dictaduras totalitarias del siglo pasado. Evidencia de esta realidad son las novelas antitotalitarias de la época de la guerra fría, como “*Nineteen Eighty-Four*” de *George Orwell* y “*Brave New World*” de *Aldous Huxley*.

Aunque las constituciones modernas y convenios de derechos humanos universalmente exigen, que cualquier invasión del domicilio o del secreto de conversaciones íntimas sea autorizada por un juez, en muchos países una violación de este requisito constitucional no conduce a una prohibición del uso de las pruebas reco-

gidas durante la diligencia ilegal como pruebas de cargo para condenar a la persona cuyos derechos fueron violados.

El incumplimiento en de las democracias modernas de las exigencias constitucionales de proteger la dignidad y privacidad de los ciudadanos, excusándose en el pretexto de que es necesario sacrificar estos derechos para triunfar en la lucha contra la criminalidad, socava gravemente sus reivindicaciones de ser “Estados de derecho”.

Se encuentra aquí una doble moral en los estados pos-inquisitoriales, en los que se proclamó la primacía del principio de la verdad material, el principio inquisitorio por excelencia que raramente tiene estatus constitucional, sobre las protecciones constitucionales de la privacidad, la dignidad humana y de la legalidad en un Estado de derecho. En algunos de estos países, se ha abolido el tribunal del jurado debido a la imprevisibilidad de sus veredictos y porque el jurado puede ignorar el derecho positivo para llegar a una resolución “justa” según su sentido común.<sup>10</sup> Sin embargo, el análisis que sigue muestra como jueces profesionales a menudo ignoran la ley y la constitución, inventando nuevos “principios constitucionales” que claramente socavan los universalmente reconocidos derechos humanos para, como jurados, justificar la decisión que prefieren: frecuentemente, la convicción de cada persona culpable, a pesar de la conducta ilegal de los órganos de la administración de la justicia que investigaron el caso.

## II. Principios generales que rigen la prueba prohibida y su exclusión del juicio penal

### *A. Principios constitucionales que rigen la exclusión de pruebas ilegalmente recogidas*

La importancia de la prevención de violaciones a los derechos de los ciudadanos de parte de funcionarios del Estado es evidente en las constituciones de algunas repúblicas que han recientemente emergido de la dictadura de la Unión Soviética, en la que se ha elevado la exclusión de la prueba prohibida, es decir, pruebas recogidas utilizando métodos que violaran la constitución o, a veces, también las normas del código procesal penal. Por ejemplo, el Artículo 50(2) de la Constitución Rusa de 1993 señala: “En la administración de la justicia, no se permita el uso de pruebas recogidas en violación de las leyes federales.”<sup>11</sup> Si se lee el texto de las constituciones de Rusia y Georgia literalmente, el uso de pruebas ilegalmente recogidas sería prohibido también cuando la violación fuera de una norma técnica, sin importancia constitucional. El Artículo 29, párrafo 5, de la Constitución de la República de Colombia limita la exclusión de pruebas ilegalmente recogidas, si hay una violación del “debido proceso”. Todavía no se puede caracterizar la constitucionalización de

<sup>10</sup> Véase Daryl Brown, *Nullification Within the Rule of Law*, 81 MINN. L. REV. 1149, 1175 (1997), que compara decisiones de jurados de este tipo con la exclusión de pruebas relevantes.

<sup>11</sup> Véase también Art. 42(7) de la Constitución de la República de Georgia.

las reglas de exclusión como tendencia firme, pero será mucho más difícil, en los países donde ellas tienen un ancla constitucional, de ignorarlas a favor de un principio académico, como el de la verdad material.

La Carta de Derechos y Libertades de Canadá incorpora una regla de exclusión, pero en términos no absolutos, según la cual el juez debe tener en cuenta la gravedad del delito. Según el Artículo 24(2) de la Carta: “Cuando una corte comprobe que la prueba fue conseguida de un modo que violó o negó alguno de los derechos o libertades garantizados por esta Carta, la prueba deberá ser excluida si se establece, que, tomando en cuenta todas las circunstancias, su admisión en el procedimiento resultará en el descrédito de la administración de la justicia.”

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH) presenta un argumento fuerte contra aquellos que niegan que las reglas de prueba prohibida tengan un rango constitucional. Reiteradamente la CtEDH se ha negado a pronunciar una obligación de excluir pruebas, aún cuando fueron recogidas por graves violaciones a los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). En *Schenk v. Switzerland*, un caso en el que había una grabación ilegal de una conversación telefónica, la CtEDH afirmó: “Mientras que el Artículo 6 de la Convención garantiza el derecho a un juicio justo, no establece ninguna regla de admisibilidad de pruebas, que es fundamentalmente regido según la ley interna de los Estados.”<sup>12</sup> El rechazo de la CtEDH de tratar la cuestión de la admisibilidad de pruebas recogidas en violación a la convención ha continuado en una sucesión de casos condenando al Reino Unido por la práctica de escuchas sin autorización judicial y el uso de otros métodos secretos de investigación.<sup>13</sup> En la decisión de *Allan v. United Kingdom*, la corte citaba la decisión *Schenk* y afirmó: “No es el papel de la Corte determinar, como cuestión de principio, si categorías determinantes de pruebas – por ejemplo – prueba ilegalmente recogida – sea admisible o si el suplicante sea culpable, o no. La cuestión que debe ser resuelta es si el procedimiento en su totalidad, incluso el modo de obtener las pruebas, era justo. Esto supone un examen de la supuesta ‘ilegalidad’ y, cuando se trata de la violación de otro derecho protegido por la convención, la naturaleza de esta violación.”<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> *Schenk v. Switzerland*, 13 E.H.R.R. 242 (1988) 46.

<sup>13</sup> *Khan v. United Kingdom*, 31 E.H.R.R. (2000); *Armstrong v. United Kingdom*, 36 E.H.R.R. 30 (2003); *Taylor-Sabori v. United Kingdom*, 36 E.H.R.R. 17 (2003); *Allan v. United Kingdom*, 36 E.H.R.R. 12 (2003) 42; *Hewitson v. United Kingdom*, 37 E.H.R.R. 31 (2003).

<sup>14</sup> 42 *Allan v. United Kingdom*, 42, *supra*. El análisis de la Ct.EDH no discrepa mucho del enfoque de la Carta canadiense. La Corte Suprema de Canadá decidió que el § 24(2) de la Carta no otorga al juez ninguna discreción, si no que le obliga a admitir o excluir como resultado de una conclusión de “descrédito”. “La decisión depende de todas las circunstancias, incluso la naturaleza de la prueba, cuál derecho de la Carta fue violado, si la violación era grave o técnica, intencional o imprudente, si ocurrió en una situación de urgencia, si la prueba hubiera sido descubierta a pesar de la violación, si trata de un delito grave, y si la prueba era necesaria para demostrar la verdad de la acusación.” Queen

## B. Normas codificadas que rigen la exclusión de pruebas ilegalmente recogidas

### 1. Las nulidades en el procedimiento inquisitorio

En el proceso penal continental europeo, ciertos errores en el sumario han desencadenado históricamente la “nulidad” del acto, y la prohibición de su uso en el plenario. Según § 171 CPP-Francia: “Hay una nulidad cuando la falta de reconocer una formalidad esencial contenida en una norma de este Código o cualquier otra norma del proceso penal resulta en la violación de intereses de la parte a quien se refiere.” “Como consecuencia de la nulidad, el acto anulado se retira del expediente del sumario y se lo archiva con el secretario de la Corte de Apelación.” Además, se señala: “Está prohibido derivar información alguna contra las partes de los actos anulados o documentos o de partes de ellos, so pena de un procedimiento disciplinario contra los abogados o jueces.” (§ 174(3) CPP-Francia).

En los sistemas pos-inquisitorios, retirar el documento que contiene la prueba anulada significa, normalmente, una declaración de inadmisibilidad completa de la prueba en el sumario, especialmente porque el expediente es la fuente de toda prueba admisible en el sumario.<sup>15</sup> Parece que la doctrina francesa de las nulidades también excluye las pruebas derivativas, es decir, los “frutos del árbol envenenado”. Pero es dudoso si funciona así en la práctica.

Hay que clarificar el efecto que produce el retirar un acto del expediente del sumario. Naturalmente, si el documento permanece en el expediente, el juez técnico, y quizás también un juez escabino podría tomar conciencia de su contenido y dejarse influenciar en su decisión en la causa.<sup>16</sup>

En el Código Procesal Penal de Italia de 1988 (CPP-Italia), se reconoce también la idea de las “nulidades”. En el artículo 177 CPP-Italia, se señala que “la falta de observancia a las normas establecidas para la diligencia es causa de una nulidad solamente en los casos determinados por la ley”. Como en el código francés, hay una jerarquía de nulidades.<sup>17</sup> En Italia, hay nulidades del “orden general” y “nulidades relativas”. Algunas de las nulidades de “orden general”, incluso la falta de

v. Collins, 33 C.C.C. (3d) 1, 12 (1987).

<sup>15</sup> En los sistemas en que persistía un juicio mayoritariamente escrito, como en los Países Bajos o en los tribunales correccionales de Francia, se ha podido leer los actos del sumario contenidos en el expediente en el juicio propio, si fueron constituidos obedeciendo las reglas del código procesal penal. Esta práctica inquisitoria se está cambiando a causa de decisiones de la Ct.EDH, que ha afirmado que el uso de declaraciones previas tomadas sin la participación del acusado pueden violar el Art. 6 del CEDH. véase *Delta v. France*, 16 E.H.R.R. 574 (1993) y discusión en THAMAN, *supra* nota 1, págs. 125–135.

<sup>16</sup> En Alemania, por ejemplo, el documento se queda en el expediente y puede influenciar a los jueces técnicos, aunque ellos no pueden hacer referencia a ello en la motivación de la sentencia. Craig M. Bradley, *The Exclusionary Rule in Germany*, 96 HARV. L. REV. 1032, 1063–1064 (1983).

<sup>17</sup> En Francia se utiliza los términos de “nulidades textuales” y “nulidades sustanciales”. JEAN PRADEL, *PROCÉDURE PÉNALE* 596–599 (9th. ed. 1997).

nombramiento de un abogado defensor, se considera como “absoluta” e irreparable y puede ser planteada por el juez *sua sponte*. Las nulidades relativas deben ser planteadas por las partes durante el sumario o no podrán ser alegadas en recursos de casación.<sup>18</sup> Según § 183 CPP-Italia, una nulidad relativa puede ser “saneada” por la parte afectada o por el funcionario que ha violado la norma, y el §185(1) CPP-Italia parece reconocer la doctrina de los “frutos del árbol envenenado”: “La nulidad de un acto hace inválidos los actos siguientes que dependieron del acto anulado.”

## 2. Reglas de exclusión absolutas

El § 7(1) del CPP-Rusia de 2001 sigue el lenguaje absoluto de la norma constitucional mencionada arriba: “La violación de normas de este código por la corte, el fiscal, el investigador, o la policía durante el procedimiento penal resulta en la declaración de inadmisibilidad de las pruebas así recogidas.” De modo similar, el § 191 CPP-Italia proclama una prohibición del uso (*l’inutilizzabilità*) de pruebas “recogidas en violación de las prohibiciones establecidas por la ley”.

## 3. Reglas de exclusión para violaciones constitucionales (fundamentales)

El § 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España (LOPJ-España) limita la naturaleza de violaciones a la ley que derivarían en la exclusión de la prueba: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”

## 4. Reglas de excusión que dependen de la discreción del juez

En Inglaterra y Gales, el § 78(1) del *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 (PACE) señala: “En cualquier procedimiento, la corte puede rechazar pruebas de cargo con las cuales cuenta la acusación, si a la corte le parece que, tomando en cuenta todas las circunstancias, incluso las circunstancias en que la prueba fue recogida, la admisión de la prueba tendría un efecto tan adverso a la equidad (*fairness*) del procedimiento que la corte no debiera admitirla.” La discreción que tiene el juez según el § 78 PACE se ha descrito en la literatura como “amplia y no estructurada” debido a la plétora de factores que pueden ser sopesados además de la legalidad de las acciones de la policía: la gravedad del delito, la buena fe de los funcionarios de policía, el tipo de prueba y su credibilidad, la existencia de prueba corroborativa, el tipo de ilegalidad y el tipo de derecho violado.<sup>19</sup> Aunque se acepta una tal discreción, sopesando múltiples factores en la CtEDH, votos particulares en la CtEDH

<sup>18</sup> §§ 178, 179, 181 CPP-Italia.

<sup>19</sup> David Ormerod, ECHR and the Exclusion of Evidence: Trial Remedies for Article 8 Breaches?, [2003] CRIM. L. R. 61, 64.

han expresado sus dudas, si el uso de pruebas recogidas en violación de derechos fundamentales cuadra con el derecho a un juicio justo (*fair trial*) garantizado por Art. 6 CEDH.<sup>20</sup>

##### 5. Reglas de exclusión creadas por la jurisprudencia de las cortes

Aunque no se encuentran reglas de exclusión, ni en el CCP, ni en la constitución de Alemania, la Corte Suprema de Alemania (*Bundesgerichtshof*) ha aceptado la exclusión de pruebas, según un proceso complejo en que se sopesan varios factores:

“La decisión, si habrá o no una prohibición del uso, se hace sopesando de modo exhaustivo [...] la importancia de la violación en el procedimiento como la importancia para los intereses legales protegidos de la parte afectada, deben ser consideradas y sopesados, además de la consideración de que la verdad no debe investigarse a toda costa [...]. En cambio, se debe considerar que una prohibición del uso dificulta la posibilidad de determinar la verdad [...] y que el Estado, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe constitucionalmente garantizar una administración de justicia que es capaz de funcionar, y sin la cual la justicia no puede ser realizada [...]. Si la normal procesal violada no sirve, por lo menos primariamente, para proteger el acusado, entonces una prohibición de uso será poco probable; pero una prohibición del uso es adecuada, cuando la norma procesal violada se ha destinado para asegurar la base de la posición procesal del acusado en un enjuiciamiento penal.”<sup>21</sup>

Pero aún cuando la corte determina que la violación es de una tal importancia que provocará una prohibición de uso, por ejemplo, cuando hay una violación del derecho al desarrollo la personalidad por vía del secuestro y uso de entradas en un diario para demostrar culpabilidad, la corte debe aún tomar en cuenta la gravedad del delito acusado antes de decidir sobre la exclusión:

“Si la acusación es de leve gravedad, entonces los intereses de privacidad del autor en los escritos prevalecerán frecuentemente. Pero en casos, en los que hay causa probable de que una agresión grave contra la vida, contra otros intereses legales importantes, contra el Estado u otros ataques serios contra el orden legal han sido cometidos, entonces, la protección de la privacidad debe ceder.”<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Por ejemplo, el voto particular de *Loucaides* en *Khan v. United Kingdom*: “equidad, cuando examinado en el contexto de la CEDH implica cumplimiento de la ley y, de hecho, supone un respeto para los derechos humanos garantizados en la Convención. No creo, que se pueda hablar de un juicio justo si se ha celebrado en violación de la ley.” Sobre la falta de claridad en estándar de *fairness* del § 78 PACE, véase Richard Mahoney, *Abolition of New Zealand's Prima Facie Exclusionary Rule*, [2003] *Crim. L. Rev.* 607, pág. 610.

<sup>21</sup> BGHSt 38, 214, 218–222. Para una traducción en inglés, véase THAMAN, *COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE*, *supra* note 1, pág. 111.

<sup>22</sup> BGHSt 19, 325, 331. Para una traducción en inglés, véase THAMAN, *COMPARATIVE CRIMINAL*

El alto tribunal de Australia también ha elaborado los criterios que los jueces deben sopesar para determinar la cuestión de la admisibilidad de prueba ilegalmente recogida. La corte debe tomar en cuenta si había mala fe de parte de la policía, la importancia de la prueba, la gravedad del delito, y la facilidad de que la policía hubiera cumplido las exigencias de la ley.<sup>23</sup> La exclusión será obligatoria, también, según otra decisión del alto tribunal, cuando “el interés público en el mantenimiento de la integridad de las cortes y en el cumplimiento de la ley y las normas mínimas de decoro por los que están encargados de la administración de la justicia” lo exige.<sup>24</sup>

En el año 2002, la corte de apelación de Nueva Zelanda adoptó un análisis de *fairness* que incluye múltiples factores, y da al juez una discreción amplia, sopesando criterios como: “la gravedad del delito” y “la importancia de la prueba”, reemplazando un análisis más estricto, que había comenzado con una presunción *prima facie* de que pruebas ilegalmente recogidas serían inadmisibles, dando a la fiscalía la posibilidad de rebatir esta presunción.<sup>25</sup> La justificación para la exclusión, según la ya reemplazada presunción de inadmisibilidad y el nuevo análisis basado en *fairness*, es la “vindicación del derecho violado”<sup>26</sup> y no, como la regla de exclusión de la cuarta enmienda en EE.UU., la disuasión de la policía.<sup>27</sup>

Entre las cortes europeas, me parece que en España se interpreta la prohibición del uso de pruebas ilegalmente recogidas mejor que en otros países. Es ya doctrina fija que la introducción de pruebas ilegalmente recogidas viola la presunción de inocencia, la igualdad de armas y el derecho a un juicio justo. La prueba ilegalmente recogida no puede enervar la presunción de inocencia, porque vendría a ser lo mismo que permitirle a una parte en el procedimiento actuar ilegalmente (la acusación) y no la otra (la defensa), resultando en una protección desigual de la ley.<sup>28</sup>

El texto más famoso en la jurisprudencia norteamericana relacionado con la prohibición del uso de prueba ilegalmente recogida lo escribió el Magistrado de la CSEU *Louis Brandeis* en su voto particular, en una decisión que ha aceptado escuchas de funcionarios federales en violación de una ley del Estado de Washington:

---

PROCEDURE, *supra* note 1, pág. 113.

<sup>23</sup> *Bunning v. Cross*, (1978) 141 C.L.R. 54, citado en Craig M. Bradley, *Mapp Goes Abroad*, 52 CASE WESTERN RES. L. R. 375, 380 (2001).

<sup>24</sup> *Ridgeway v. the Queen*, (1995) 184 C.L.R. 19, 38, citado en Bradley, *supra* nota 23, pág. 380. Tomando la decisión, la corte debe sopesar: “la naturaleza, gravedad y el efecto del proceder ilegal de la policía” y si el proceder fue “animado o tolerado” por las autoridades la policía o la fiscalía. Según este análisis, la injusticia sufrida por el acusado tiene poca importancia. *Id.*

<sup>25</sup> *Shabeed* [2002] 2 N.Z.L.R. 377, CA, citado en Mahoney, *supra* nota 20, pág. 607.

<sup>26</sup> *Id.* pág. 610.

<sup>27</sup> *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

<sup>28</sup> Véase la decisión de 26 marzo 1996 del Tribunal Constitucional de España, *BJC* 180, 133, págs. 137–138, traducción al inglés en THAMAN, *COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE*, *supra* nota 18, págs. 115–117.

“Decencia, seguridad y libertad igualmente exigen que los funcionarios gubernamentales se sometan a las mismas reglas de conducta que son mandadas para el ciudadano. En un gobierno de leyes, la existencia del gobierno estará en peligro si él no cumple escrupulosamente las leyes. Nuestro gobierno es el maestro potente y omnipresente. Para lo bueno o lo malo, él enseña al pueblo entero con su ejemplo. La criminalidad es contagiosa. Si el gobierno se hace un delincuente, se engendra desprecio para el derecho; se invita a todos los hombres a ser una ley para sí mismo; se invita a la anarquía. Declarar que en la administración de la justicia penal el fin justifica los medios; declarar, que el gobierno puede cometer delitos para asegurar la condena de un delincuente privado, llevaría consigo un castigo terrible. Contra esta doctrina perniciosa, esta corte debería contundentemente poner su cara”<sup>29</sup>

El voto particular del gran magistrado *Oliver Wendell Holmes* no era menos fuerte:

“Debemos elegir, y según mi juicio pienso que es un mal menor que algunos delincuentes se escapen, que el gobierno jugara un papel mediocre [...]. Si el código vigente no permite que los fiscales tengan parte en tal negocio sucio, tampoco permite al juez dejar que tales injusticias tengan éxito [...]”<sup>30</sup>

### III. La prohibición del uso de confesiones ilegalmente obtenidas y sus frutos

#### A. Normas contra las confesiones involuntarias

Se ha prohibido el uso de tortura como medio para recopilar pruebas y demostrar culpabilidad en procesos penales desde hace siglos en Europa, y se la ha condenado junto con otros tratamientos crueles e inhumanos en las constituciones nacionales<sup>31</sup> y convenciones de derechos humanos.<sup>32</sup> En cualquier país civilizado el uso de tortura o métodos que socavan la voluntad del interrogado conducen a la exclusión de toda declaración obtenida. Por lo tanto, el § 136a CPP-Alemania prohíbe el uso de maltratos, fatiga, intervención física, la administración de sustancias, tortura, engaño, hipnosis, amenazas para aplicar medidas que no corresponden según las reglas y promesas de un beneficio que la ley no proporcione. Esta norma también incluye su propia regla de prohibición del uso.<sup>33</sup> El § 9 CPP-Rusia de 2001 prohíbe

<sup>29</sup> *Olmstead v. United States*, 277 US 438, 468 (1928), voto particular de Brandeis.

<sup>30</sup> 277 U.S. pág. 470, voto particular de Holmes.

<sup>31</sup> *P.e.*, Art. 15, Const. española; Art. 13(44), 27(2) Const. de Italia; Art. 21(2) Const. de Rusia.

<sup>32</sup> Art. 57, Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); Art. 7, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Convención contra La Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Para una colección de estos textos, véase M. CHERIF BASSIOUNI, *THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE: A COMPENDIUM OF UNITED NATIONS NORMS AND STANDARDS 21–39* (1994). véase Art. 3, CEDR, y Art. 5(2) Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH).

<sup>33</sup> Normas semejantes se encuentran en § 64(3) CPP-Italia.

el uso de fuerza, tortura u otro tratamiento brutal o degradante y generalmente prohíbe “la realización de diligencias y decisiones que degradan el honor de los participantes en el proceso penal y tratamientos que degradan la dignidad humana o crean un peligro para la vida o la salud”.

La cuestión mas importante aquí es si se puede, no obstante, utilizar los “frutos” de declaraciones realizadas contra la voluntad del imputado por el uso de fuerza, amenazas, engaño o promesas ilegales en la investigación o enjuiciamiento del caso contra el imputado o contra terceros. En el derecho común inglés, la inadmisibilidad de una confesión involuntaria no afectaba la admisibilidad de otras pruebas derivadas, encontradas como resultado de la confesión ilegal.<sup>34</sup> El argumento era que la falta de credibilidad de una confesión coaccionada no debería contaminar las pruebas físicas encontradas como resultado.<sup>35</sup> Pero a su debido tiempo, la teoría de la CSEU del debido proceso se hizo más sofisticada y se excluían confesiones como resultado de la ilegalidad de la práctica policial y no a causa de una determinación de credibilidad.<sup>36</sup> A pesar de la mención de “frutos” en sus anteriores decisiones, la posición de la CSEU en relación con la admisibilidad de los frutos de confesiones coaccionadas no es clara todavía.<sup>37</sup>

Pero la cuestión de declaraciones forzadas surge de nuevo en el contexto de la “guerra” norteamericana contra el terrorismo y el uso de tortura en Irak, Guantánamo y en cárceles secretas en otros países. El establecimiento de comisiones militares para enjuiciar a los presuntos terroristas sometidos a interrogatorios forzados tenía como fin la evasión de normas de garantía que se aplican en juicios penales.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Aunque había una prohibición del uso de confesiones involuntarias obtenidas por tortura, amenazas o promesas desde el principio del siglo diecinueve, *R. v. Warickshall*, 1 Leach 263, 264, 163 Eng. Rep. 234, 235 (O.B. 1783), la norma no se extendía a los frutos de las confesiones. JOHN H. LANGBEIN, *ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL* 218–229 (2003).

<sup>35</sup> WAYNE R. LAFAVE ET AL., *CRIMINAL PROCEDURE* 519 (3<sup>rd</sup> ed. 2000). Originalmente, se decidía la admisibilidad de una confesión coaccionada, solamente utilizando criterios de credibilidad. *Hopt v. People of Territory of Utah*, 110 U.S. 574 (1884).

<sup>36</sup> Justice *Frankfurter* exponía: “El uso de confesiones orales involuntarias en procesos penales en los Estados no solo es constitucionalmente detestable a causa de la falta de fiabilidad. Son inadmisibles según la norma del debido proceso aún cuando la verdad que contienen las declaraciones puede ser determinada independientemente. Confesiones coaccionadas ofenden al sentido común del juego justo y la decencia.” *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 173 (1952). El siguió reiterando en *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49, 55 (1949): “La norma del debido proceso prohíbe diligencias policiales que violen los conceptos básicos de nuestro modelo acusatorio de procesar delitos penales y anulará una condena basada en los frutos de una tal diligencia. Aplicamos la cláusula del debido proceso a su función histórica de asegurar procedimientos apropiados antes de que se restrinja la libertad o se toma una vida.”

<sup>37</sup> Según el juicio de LAFAVE ET AL., *supra* nota 35, pág. 519, los “frutos” de confesiones involuntarias deben ser excluidos. véase *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985), indicando que el uso de los “frutos” será prohibido si la declaración era “involuntaria”, en violación del debido proceso.

<sup>38</sup> Para una discusión de la tortura y los frutos del árbol envenenado, véase Stephen C. Thaman, *La situación precaria de los derechos humanos en EE.UU. en tiempos normales, y después del 11 de septiembre 2001*, apartado II.j.

En Alemania, había una discusión fuerte y controversial alrededor de un caso reciente, en el que la policía amenazaba de torturar a un estudiante de derecho bajo la sospecha de haber secuestrado un niño, para inducirle a revelar el paradero de éste.<sup>39</sup>

*B. La exclusión de declaraciones y sus “frutos” después de una falta de información sobre el derecho a no declarar y el derecho de asistencia de un abogado defensor (problemática Miranda)*

Se acepta, con pocas excepciones en Europa y América Latina, que quien interroga debe informar a la persona sometida a un interrogatorio sobre el derecho a no declarar contra sí mismo, y el derecho a la asistencia de un abogado defensor antes de ser interrogado.<sup>40</sup> En el año 1966, en la famosa decisión de *Miranda v. Arizona*<sup>41</sup>, la CSEU ha exigido la información sobre estos derechos solamente cuando la persona interrogada estuviere detenida (*in custody*), explicando que “sin precauciones apropiadas, el proceso del interrogatorio de detenidos presenta presiones contundentes, que socavan la voluntad del individuo para resistir y le coacciona a hablar, cuando él no lo hubiera hecho libremente”<sup>42</sup>. Interpretando las normas semejantes en Alemania,<sup>43</sup> las cortes las han extendido a situaciones en que la persona interrogada sea sospechosa de haber cometido un delito, a pesar de que estuviera detenido o no.<sup>44</sup> Por eso, no es sólo la realidad coactiva de la detención policial la que provoca la necesidad de las admoniciones. La corte suprema de Alemania opina:

“El principio según el cual nadie tiene que declarar contra sí mismo en un procedimiento penal, es decir, que todos tienen el derecho a guardar silencio, pertenece a los principios reconocidos del procedimiento penal [...]. Se ha encontrado una expresión positiva en Art. 13(3g) PIDCP [...]. El reconocimiento del derecho a guardar silencio refleja el respeto dado a la dignidad humana [...]. Protege el derecho de personalidad del acusado y es un componente necesario de un juicio justo.”<sup>45</sup>

<sup>39</sup> Véase Florian Jessberger, *Bad Torture – Good Torture?* in 3 J. INT’L CRIM. JUSTICE 1059–1073 (2005) <http://ijc.oxfordjournals.org/cgi/reprint/3/5/1059> <03.07.2018>. Para un caso en el que se permitía el testimonio de un testigo que fue encontrado como resultado de una confesión coaccionada, véase BGHSt 34, 362, 364 (1987), citado en Thomas Weigend, *Germany*, en CRIMINAL PROCEDURE. A WORLDWIDE STUDY 197 (Craig M. Bradley ed. 1999).

<sup>40</sup> Para una visión general del derecho comparativo en relación con este tema, véase Stephen C. Thaman, *Miranda in Comparative Perspective*, 45 ST. LOUIS U. L. J. 581 (2001).

<sup>41</sup> 384 U.S. 436 (1966).

<sup>42</sup> 384 U.S. pág. 467. Parece que se exigen los avisos solamente en relación con detenidos en España, también. § 520(1)(a-c) LECr-Spain.

<sup>43</sup> §§ 163(1)(4), 136(1) CCP-Alemania.

<sup>44</sup> BGHSt 38, 214, 218.

<sup>45</sup> BGHSt 38, págs. 224–225. Traducción inglesa en THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* nota 1, pág. at 111.

Porque los derechos llamados “*Miranda*”, interpretados por la corte suprema de Alemania, están “diseñados para asegurar la protección del acusado durante el procedimiento” para proteger la dignidad y el derecho de personalidad del acusado, su violación conduce a la prohibición del uso de las declaraciones obtenidas como consecuencia de la violación.<sup>46</sup> Aunque la CSEU claramente explicó en *Miranda*, que la quinta enmienda de la Constitución hizo las admoniciones obligatorias<sup>47</sup>, en los años siguientes la CSEU comenzó a negar el estatus constitucional de los avisos exigidos por *Miranda* y, después de haberlos “desconstitucionalizado”, introdujo paulatinamente excepciones a la prohibición de uso que fue declarada por la mayoría en *Miranda*.<sup>48</sup> En su opinión en *Michigan v. Tucker*<sup>49</sup>, el magistrado *Rehnquist* ha sostenido que los avisos exigidos por *Miranda* son meras “salvaguardas procesales” y “no en sí derechos protegidos por la constitución, aunque se trate solamente de medidas para asegurar el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo”. El resultado fue que los “frutos” de confesiones obtenidas en violación de las reglas de *Miranda* fueran admisibles en el juicio y pudieran ser utilizados para condenar al confesor.<sup>50</sup> En su opinión en *Oregon v. Elstad*<sup>51</sup>, la magistrada *O’Connor* permitió el uso de una segunda confesión obtenida cumpliendo con las normas de *Miranda*, que era sin embargo “fruto” de una confesión previa obtenida sin los avisos exigidos. Según su juicio: “la regla de exclusión de *Miranda* tiene una extensión más amplia que la quinta enmienda misma. Se aplica aún cuando no hubiera una violación de la quinta enmienda.”<sup>52</sup>

En el año 2000, en su opinión en *Dickerson v. United States*<sup>53</sup>, el Presidente de la CSEU *Rehnquist* ha rechazado un intento de anular la decisión de *Miranda*, con base en la expresiones de inconstitucionalidad articuladas por él mismo y otros magistrados durante las décadas precedentes. En la opinión, *Rehnquist* afirmó la constitucionalidad de las normas de *Miranda* pero no anuló las decisiones previas con un lenguaje contradictorio. Después de que la CSEU ha declarado en *Dickerson*, que las reglas de *Miranda* tenían un nivel constitucional, muchos han pensado que debía darse una prohibición del uso de los “frutos” de declaraciones obtenidas en su violación. Algunas cortes han sostenido, que la decisión de *Tucker* hubiera sobrevi-

---

<sup>46</sup> BGHSt 38, at 218–222.

<sup>47</sup> Y también, porque la CSEU no tiene la autoridad de dictar prácticas para los Estados si no son de nivel constitucional.

<sup>48</sup> P.e., en *Harris v. New York*, 401 US 222 (1971), la CSEU determinó que declaraciones de un procesado, tomadas como resultado de una violación de las reglas de *Miranda*, serán admisibles para impugnar sus declaraciones en el juicio oral.

<sup>49</sup> 417 U.S. 433 (1974).

<sup>50</sup> 417 U.S. pág. 444. En *Tucker*, la policía conoció a la identidad de un testigo, como resultado de la confesión ilegalmente obtenida.

<sup>51</sup> 470 US 298 (1985).

<sup>52</sup> 470 U.S. pág. 306. Para que la segunda confesión sea admisible, ambas confesiones deberían haber sido “voluntarias”, es decir, no producto de coacción, engaño, amenazas, etc. *Ibid.* pág. 318.

<sup>53</sup> 530 U.S. 428 (2000).

vido a *Dickerson*, y los frutos no serían excluidos después de una violación de las normas de *Miranda*.<sup>54</sup> Otras han excluido pruebas físicas, p.e., un arma de fuego, halladas utilizando la información en una declaración obtenida, cuando la violación de las normas de *Miranda* fuera intencional.<sup>55</sup> Una pluralidad de los magistrados de la CSEU ha afirmado finalmente que una prohibición del uso de pruebas físicas (un arma de fuego) no se deriva de una violación imprudente por parte de la policía de las reglas de *Miranda*.<sup>56</sup> Después de *Patane*, hay algunas cortes en los Estados que prohíben el uso de pruebas físicas obtenidas después de una violación de las reglas de *Miranda* igual si la violación fue intencional o imprudente.<sup>57</sup>

Apoyándose en la jurisprudencia que permitía el uso de pruebas recogidas como “frutos” de una violación a la obligación de informar sobre el derecho a guardar silencio y de la asistencia de un abogado defensor, la policía en muchas partes desarrolló una práctica rutinaria de ignorar la advertencia a los sospechosos, a los fines de obtener información que fuera de uso en la investigación. Una técnica fue la de interrogar sin las admoniciones, y después de una admisión o confesión, entonces avisar al ya confesado de sus derechos a guardar silencio y de hablar con un abogado, para legalizar la confesión. La CSEU ha decidido recientemente, que esta táctica conduce a la exclusión también de la segunda declaración, no porque era el “fruto” de la violación antecedente, sino porque el engaño condujo a la renuncia a las protecciones de *Miranda* sin entendimiento suficiente.<sup>58</sup>

Desde el principio, la corte suprema de Alemania ha reconocido que los avisos de tipo *Miranda* eran de nivel constitucional a causa de su importancia para el acusado en proteger su posición procesal, y ha proclamado la prohibición del uso de declaraciones obtenidas en su violación. Pero todavía no ha extendido la prohibición a los frutos derivados de la violación.<sup>59</sup> Según el § 11.1 LOPJ-España, extendería la prohibición de uso claramente a las pruebas “indirectamente” relacionadas con una violación a la obligación de avisar sobre el derecho a guardar silencio, y de tener la asistencia de un abogado, si las cortes determinan que estos derechos son “fundamentales”.<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> *State v. Yang*, 608 N.W.2d 703 (Wis. Ap. 2000); *Taylor v. State*, 553 S.E.2d 598 (Ga. 2001); *State v. Walton*, 41 S.W.3d 75 (Tenn. 2001); *United States v. Sterling*, 283 F.3d 216 (4th Cir. 2002); *United States v. DeSumma*, 272 F.3d 176 (3d Cir. 2001).

<sup>55</sup> *United States v. Faulkingham*, 295 F.3d 85 (1st Cir. 2002).

<sup>56</sup> *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004). Solamente tres de los nueve magistrados han firmado la opinión.

<sup>57</sup> *State v. Knapp*, 700 N.W.2d 899 (Wis. 2005); *Commonwealth v. Martin*, 827 N.E.2d 198 (Mass. 2005); *State v. Peterson*, 923 A.2d 585 (Vt. 2007).

<sup>58</sup> *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600 (2004).

<sup>59</sup> THEODOR KLEINKNECHT ET AL., STRAFPROZEBORDNUNG [Procedimiento Penal] 469 (note 20b) (43d ed. 1997).

<sup>60</sup> Sin embargo, hay algunos que sostienen que los frutos de violaciones a las normas de *Miranda* serían admisibles si no fueren las únicas pruebas de culpabilidad. VICENTE GIMENO SENDRA ET AL., DERECHO PROCESAL PENAL 507 (1996).

El CPP-Italia parece otorgar la más grande protección para el sospechoso-acusado en situaciones de interrogatorio. Incluso, admisiones espontáneas de sospechosos en sus encuentros con órganos de la policía o fiscalía no pueden ser utilizadas, a pesar de que no hubiera un interrogatorio formal.<sup>61</sup> Los sospechosos deben ser informados sobre el derecho a guardar silencio y de que todo lo que declarasen podría ser utilizado en su contra, y que no se puede admitir las declaraciones si faltan los avisos.<sup>62</sup> Sin embargo, se autoriza a la policía para obtener “información sumaria” de sospechosos aún después de una detención en flagrancia. Aunque se exige normalmente la asistencia obligatoria de un abogado defensor,<sup>63</sup> el § 350(5-6) CPP-Italia permite que la policía obtenga “información y consejos” de parte de sospechosos en ausencia del abogado defensor, aunque se prohíbe que hagan “cualquier nota o uso de la información o del consejo en ausencia del abogado defensor”. Las “informaciones y consejos” pueden ser utilizados de un modo que no perjudique al declarante, p.e., contra terceros,<sup>64</sup> o como base probatoria para justificar un registro o un mandato de prisión provisional.<sup>65</sup> La información que es “fruto” de una declaración, por lo demás no utilizable, puede ser aprovechada para desarrollar pistas en la instrucción y no hay ninguna restricción en cuanto al uso de pruebas obtenidas aprovechando las nuevas pistas.<sup>66</sup> Como en los

<sup>61</sup> §§ 63, 350(7) CPP-Italia. En Alemania, admisiones espontáneas pueden ser utilizadas aún cuando los declarantes no han sido avisado de sus derechos, BGH NJW 1990, 461, y las cortes permiten a la policía hacer largas entrevistas “informales” con sospechosos antes de informarles sobre sus derechos, y admiten como prueba la información obtenida durante tales entrevistas. BGH NBStZ 1983, 86. Esta práctica se llama la “interrogación informativa”. Weigend, *Germany*, *supra* nota 39, págs. 200–201. véase también, RAIMUND BAUMANN & HARALD BRENNER, DIE STRAFPROZESSUALEN BEWEISVERWERTUNGSVERBOTE 79 (1991).

<sup>62</sup> § 64 CPP-Italia. Aunque la falta de aviso sobre el derecho a guardar silencio no constituyera una nulidad según la opinión de algunas cortes, C.Cass. VI, 11.12.91, hay voces en la literatura que mantienen que sí constituiría una nulidad de orden general que exige la exclusión. Marilena Colamussi, *Interrogatorio dell'imputato ed omesso avvertimento della facoltà di non rispondere*, in PERCORSI DI PROCEDURA PENALE. DAL GARANTISMO INQUISITORIO A UN ACCUSATORIO NON GARANTITO 19. (Vincenzo Perchinunno, ed. 1996). La denegación del derecho a un abogado defensor, sin embargo, constituye una nulidad de orden general con resultado de exclusión. Marilena Colamussi, en PERCORSI, *supra*, pág. 37. Pero la violación del § 64 CPP-Italia no resulta en una prohibición de utilizar los “frutos” de la declaración prohibida. Véase Elizabeth M.T. Di Palma, *Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all'art. 191 c.p.p.*, en PERCORSI, *supra* pág. 115.

<sup>63</sup> § 350(2–3) CPP-Italia. Aún antes de la entrada en fuerza del CPP-Italia de 1988, las cortes han interpretado el viejo CPP del año 1930 para prohibir el uso de cualquier declaración obtenida en ausencia de un abogado defensor. Craig M. Bradley, *The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rule*, 14 MICH J. INT'L L. 171, 218–219 (1993).

<sup>64</sup> GIOVANNI CONSO & VITTORIO GREVI, COMMENTARIO BREVE AL NUOVO CODICE DI PROCEDURA PENALE 143, 387 (4th ed. 2002).

<sup>65</sup> *Id.* at 390.

<sup>66</sup> *Id.* at 400. Según un comentarista: “El legislador quería proteger el declarante contra la autoincriminación, sin que se hicieran completamente inútiles las declaraciones previamente hechas.” Paolo Di Geronimo, *Quale regime probatorio per le dichiarazioni rese successivamente alla mancata interruzione ex art. 63 comma 1 c.p.p.* CASSAZIONE PENALE. 2001. No. 5 #747, 1543, pág. 1545.

EE.UU., sin embargo, una declaración obtenida en violación de las normas comentadas, puede ser utilizada para impugnar el testimonio del acusado en el juicio oral.<sup>67</sup>

El derecho a guardar silencio no es hoy lo que era antes en Inglaterra y Gales, porque el silencio puede ser utilizado como prueba de cargo durante el juicio oral.<sup>68</sup> Sin embargo, las cortes de Inglaterra y Gales declaran, a veces, la inadmisibilidad de confesiones, cuando haya una denegación del derecho a la asistencia de un abogado defensor antes de ser interrogado, protegida por el § 58 PACE-Inglaterra. Por ejemplo, la Corte de Apelación de Inglaterra ha declarado inadmisibles una confesión obtenida sin quebrantamiento de las normas, cuando fuera fruto de una confesión previa obtenida en violación del § 58 PACE-Inglaterra.<sup>69</sup> En Canadá hay también una obligación tanto de informar a los sospechosos del derecho a guardar silencio como de la asistencia de un abogado defensor, tal como en los EE.UU.<sup>70</sup> Las cortes canadienses han excluido también los “frutos” de confesiones obtenidas con quebrantamiento del derecho a la asistencia de un abogado defensor.<sup>71</sup> Aunque se reconoce la necesidad de los avisos del tipo *Miranda* en Australia, el quebrantamiento de la norma no conduce necesariamente ni siquiera a la exclusión de la declaración.<sup>72</sup>

Si la policía actúa de mala fe, se deberían excluir todos los frutos de la declaración ilegalmente obtenida, a pesar de la importancia del caso. En caso contrario, no habrían razones para disuadir a la policía de evitar las violaciones a protecciones constitucionales de la ciudadanía. Pero los policías raramente admiten que han violado las normas intencionalmente y, también, pocas veces, cuando el juez re-

---

<sup>67</sup> §§ 350(7), 503(3) CPP-Italia. Rachel VanCleave, *Italia*, en CRIMINAL PROCEDURE. A WORLDWIDE STUDY, *supra* nota 39, pág. 264.

<sup>68</sup> Los avisos son ahora los siguientes: “Ud. no tiene que decir nada. Pero puede dañar su defensa si no menciona, cuando sea interrogado, algo que llegue a contar mas tarde en el juicio.” § 10.4 Code of Practice C. PACE-Inglaterra, véase THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* nota 1, pág. 90. La CEDH ha declarado que una regla semejante de Irlanda de Norte no viola el derecho a guardar silencio en *Murray v. United Kingdom*, 22 E.H.R.R. 29 (1996), en un juicio ante un juez técnico, pero ha proclamado una violación en otro caso en el juicio del jurado en Inglaterra y Gales. *Condron v. United Kingdom*, 31 E.H.R.R. 1 (2001). THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* nota 1, págs. 171–177.

<sup>69</sup> *R. v. McGovern*, [1991] Crim. L. R. 124, 124–125, reimprimido en THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* nota 1, págs. 121–122. Bradley, *Mapp*, *supra* nota 23, pág. 386.

<sup>70</sup> Los informantes, sin embargo, no pueden bajo su encubrimiento interrogar a los sospechosos como en EE.UU. *The Queen v. Herbert*, 77 C.R. (3d) 145. véase *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292 (1990). Bradley, *Mapp*, *supra* nota 23, pág. 384. En cambio, la policía puede volver a interrogar a un sospechoso, aunque ha articulado su deseo de hablar con un abogado, una práctica que se acepta en Alemania, *Ibid.*, BGHSt 42, 170, 171, 173–174, véase traducción inglesa en THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* nota 1, págs. 87–88, pero rechaza en EE.UU. *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981).

<sup>71</sup> Bradley, *Mapp*, *supra* nota 23, pág. 383.

<sup>72</sup> *Ibid.*, pág. 381.

chaza el testimonio de un policía, admiten que hubieran actuado solo de forma imprudente en una audiencia para determinar la admisibilidad de la prueba.<sup>73</sup>

La solución más adecuada para prevenir el quebrantamiento de derechos fundamentales de los ciudadanos durante el interrogatorio, sería la de establecer una regla de inadmisibilidad *per se* durante toda confesión obtenida sin advertencia sobre el derecho a guardar silencio y en ausencia del abogado defensor y sus respectivos frutos.<sup>74</sup> En este sentido, hay que reconocer que la confesión debería ser una diligencia solamente de defensa<sup>75</sup> y, cuando sea oportuno para la defensa, negociada como una declaración de culpabilidad o conformidad con la asistencia del abogado defensor.<sup>76</sup>

#### IV. La exclusión de pruebas obtenidas en violación de los derechos que protegen la privacidad

##### A. La protección constitucional de la privacidad del domicilio y de la correspondencia

La inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas se encuentran entre los derechos más importantes de los ciudadanos en países democráticos. Su protección tiene lugar en todas las convenciones de derechos humanos.<sup>77</sup> La gran mayoría de constituciones democráticas no solamente proclaman el derecho a la privacidad en general, sino que exigen explícitamente autorización judicial para el registro de un domicilio<sup>78</sup> y la confiscación de cosas que se encuentren dentro. Asimismo, para la intervención y grabación de comunicaciones íntimas por teléfono, o por medios electrónicos.<sup>79</sup> Además, hay normas codificadas para imple-

<sup>73</sup> Sobre el problema del falso testimonio de los policías en las audiencias para determinar la admisibilidad de la prueba y la reticencia de los jueces de rechazar llanas mentiras, véase: Christopher Slobogin, *Why Liberals Should Chuck the Exclusionary Rule*, 1999 U. ILL. L. REV. 363, 388; Donald Dripps, *The Case for the Contingent Exclusionary Rule*, 38 AM. CRIM. L. REV. 1, 20–22 (2001).

<sup>74</sup> Progresista en este sentido es la norma del § 75(2)(1) CPP-Rusia, que declara la inadmisibilidad de cada confesión obtenida en ausencia del abogado, aun cuando el interrogado haya renunciado a su derecho a la asistencia de un abogado, si el acusado retira la confesión durante el juicio oral. Una tal regla es muy importante en un país con una historia del uso de tortura, CONFESSIONS AT ANY COST. POLICE TORTURE IN RUSSIA (Human Rights Watch 1999), pero también en países como EE.UU. donde la atmósfera coactiva de la detención también induce a la renuncia de importantes derechos.

<sup>75</sup> Como teóricamente se ve en Italia, § 65(2) CPP-Italia, véase THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* nota 1, pág. 103, y España, Sentencia del Tribunal Supremo de España, de 30 abril 2008, 193/2008 (ponente: Perfecto Andrés Ibáñez).

<sup>76</sup> Véase Stephen C. Thaman, *Gerechtigkeit und Verfahrensvielfalt*, en RECHT – GESELLSCHAFT – KOMMUNIKATION. FESTSCHRIFT FÜR KLAUS F. RÖHL 313–314 (Stefan Machura & Stefan Ulbrich eds. 2003).

<sup>77</sup> Art. 8, CEDH, Art. 17, PIDCP; Art. 12(1) DUDH; Art. 11, CADH.

<sup>78</sup> Colombia (Art. 28); Georgia (Art. 18 Const.); Alemania (Art. 13(1,2) Const.); Italia (Art. 14 Const.); Lituania (Art. 21 Const.); Rusia (Art. 25 Const.); España (Art. 18(2) Const.); Ucrania (Art. 30 Const.) EE.UU. (Const. IV Amend.). véase CONSTITUTIONS OF THE COUNTRIES OF THE WORLD (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz eds.).

<sup>79</sup> Colombia (Art. 15 par. 3); Georgia (Art. 20 Const.); Lituania (Art. 22 Const.); Rusia (Art. 23

mentar aquellas garantías constitucionales en cuanto a los registros y confiscaciones,<sup>80</sup> intervenciones y grabaciones de comunicaciones íntimas<sup>81</sup> y también en cuanto a la confiscación y lectura de escritos privados.<sup>82</sup> La inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones íntimas puede ser, naturalmente, “violada”<sup>83</sup> en la investigación de delitos si es “necesario” en una sociedad democrática para defender el orden, prevenir hechos delictivos, etc.<sup>84</sup> Las constituciones democráticas normalmente exigen que un juez decida si la “necesidad” existe o no y, además, sin autorización judicial un registro de un domicilio será *prima facie* ilegal.<sup>85</sup> La influencia de la CtEDH ha sido especialmente fuerte en la regulación a la intervención en comunicaciones privadas. En una serie de decisiones, la CtEDH ha reconocido violaciones del Art. 8 CEDH y ha empujado a los países para que ajusten su legislación con las normas pronunciadas, aún cuando la jurisprudencia nacional haya corregido muchas de las insuficiencias de la legislación.<sup>86</sup> Sin embargo, parece que el Reino Unido continúa permitiendo a funcionarios de la policía la autorización de las escuchas, lo que ha desencadenado una serie de condenas por parte de la CtEDH.<sup>87</sup>

---

Const.); España (Art. 18.3 Const.); Ucrania (Art. 31 Const.); EE.UU. Const. IV. Amend., como interpretado en *Katz v. United States*, 389 US 347 (1967).

<sup>80</sup> Véase p.e. § 8 PACE-Inglaterra; §§ 98, 105 CPP-Alemania; §§ 244, 247, 253 CPP-Italia; § 168 CPP-Letonia; §§12, 177(5), 182(3) CPP-Rusia; §§ 546, 550 CPP-España.

<sup>81</sup> Véase p.e.: § 100 CPP-Francia; § 100b(2) CCP-Alemania; § 267(1–3) CPP-Italia; § 136 CPP-Letonia; §§ 13, 185, 186 CPP-Rusia; § 579 CCP-España; 18 U.S.C. § 2510 ss.

<sup>82</sup> Véase Alemania (§ 97 CPP-Alemania; § 573 CPP-España.

<sup>83</sup> En cuanto a la “violabilidad” de los derechos llamados “inviolables,” Andrés de la Oliva Santos, *Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas*, TRIBUNALES DE JUSTICIA, Núm. 8–9. Agosto-Sept. 2003, 1, pág. 5.

<sup>84</sup> P.e. Art. 8(2) CEDH.

<sup>85</sup> Aunque la CEDH no exige explícitamente la autorización judicial, su jurisprudencia hoy en día lo obliga. En tres casos tratando de registros llevados a cabo por agentes franceses de aduanas, la Ct.EDH ha determinado una violación del Art. 8, que protege *inter alia* la intimidad del domicilio, a causa de la falta de autorización judicial. *Funke v. France*, 16 EHRR 297, 329 (1993); *Miaillhe v. France*, 16 EHRR 332, 354 (1993) y *Cremieux v. France*, 16 EHRR 357, 376 (1993). En otro caso, sin embargo, la Ct.EDH no determinó una violación cuando un funcionario del servicio de telecomunicaciones de Suiza había registrado un domicilio para buscar un teléfono no registrado con autorización de un funcionario y no un juez. Pero la Ct.EDH ha impuesto restricciones rigurosas a tales “registros administrativos”. *Camenzind v. Switzerland*, 28 EHRR 458, 475–476 (1999). La cuarta enmienda en EE.UU. también permite “registros administrativos” por autorización de mandatos de funcionarios administrativos, pero solamente para implementar programas que no tienen relación con investigaciones penales. *Camara v. Municipal Court*, 387 US 523 (1967). En cuanto a las escuchas de comunicaciones privadas, la Ct.EDH exige, normalmente, autorización judicial, aunque ha aceptado una vieja ley en Alemania, que exigía autorización de una comisión parlamentaria. *Klass v. Germany*, 2 EHRR 214, 235 (1978). La extensión del poder de autorizar escuchas de parte de funcionarios ejecutivos por la ley Patriota en EE.UU. socava fundamentalmente la exigencia de autorización judicial exigida por la cuarta enmienda. Véase Thaman, *La situación precaria*, *supra* nota 38, II.b.

<sup>86</sup> Véase *Kruslin v. France*, 12 EHRR 547 (1990), que conducía a la promulgación de § 100 CPP-Francia. La ley española también no tiene bastante protección para cumplir con las exigencias de Art. 8 CEDH. *Valenzuela Contreras v. Spain*, 28 E.H.R.R. 43 (1998).

<sup>87</sup> Véase nota 13, *supra*.

Sin embargo, se reconoce una excepción universal a la exigencia de autorización previa de un juez o magistrado en caso de circunstancias urgentes que no permiten retraso.<sup>88</sup>

### B. El requisito de “causa probable”

Para registrar un domicilio a los fines de recoger pruebas de la comisión de un delito, debe existir la necesidad, es decir, el funcionario que pide autorización debe articular una sospecha circunstanciada de que objetos particularmente descritos o sospechosos relacionados con un delito determinado se encuentran en un lugar determinado. En algunos códigos se llega a articular un nivel de sospecha, bastante alto, de que “un delito fue cometido y que las pruebas relacionadas con el delito” pueden ser halladas en un lugar determinado. Un ejemplo es el uso del término “causa probable” en los EE.UU.<sup>89</sup> En cambio, las normas en España y Alemania son bastante vagas, y parecen ser satisfechas con cualquier sospecha, para registrar a un domicilio. A veces, los requisitos para conseguir un mandato para intervenir en comunicaciones privadas son más estrictos que para registrar un espacio privado. En Italia, p.e., se exige “indicios graves”<sup>90</sup> de la comisión de un delito grave y la medida debe ser “absolutamente indispensable” para la investigación.<sup>91</sup>

El requisito de un nivel importante de sospecha y la protección adicional de una verificación de la sospecha por un juez imparcial<sup>92</sup>, son prerequisites indis-

<sup>88</sup> Art. 13(2) Const.-Alemania reconoce una excepción para el “peligro por retraso”, Art. 18(2) Const.-España para “delitos flagrantes”. La CSEU permite la entrada en un domicilio sin autorización judicial para detener a un reo que escapa en flagrancia en su domicilio. “La cuarta enmienda no requiere, que los policías demoren al perseguir una investigación si pusiera en peligro sus vidas o las vidas de otras.” *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967). La entrada en un domicilio sin autorización judicial para hacer un registro tampoco se permite para investigar faltas o delitos de poca gravedad. *Welsh v. Wisconsin*, 466 U.S. 740 (1984). El presidente de los EE.UU. puede autorizar escuchas en casos que amenazan la seguridad nacional del país 18 U.S.C. § 2511(3) y hay una excepción de urgencia en cuanto a escuchas de presuntos terroristas o agentes extranjeros. Thaman, *La situación precaria*, *supra* note 38, II.b.

<sup>89</sup> U.S. Const. IV. Amend. Según la jurisprudencia, significa una “probabilidad bastante” (*fair probability*), de que se haya cometido un delito y de que pruebas, frutos, herramientas del delito puedan ser hallados en un determinado lugar. *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983). En Inglaterra se exige “bases razonables” (*reasonable grounds*). § 8 PACE-Inglaterra y según § 247(1) CPP-Italia, *fundato motivo*.

<sup>90</sup> § 267(1) CPP-Italia. Aunque la CSEU había indicado una vez que exigiera una especie de “causa probable” mas estricta para escuchas que para registros, *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967), las cortes ahora aplican el mismo estándar. LA FAVE ET AL., *supra* notea 35, págs. 265–266.

<sup>91</sup> § 267(1) CPP-Italia. En Alemania, “hechos determinados deben justificar la sospecha” que el acusado haya cometido uno de ciertos delitos graves y que “la investigación del caso o determinación del paradero del acusado no tendría éxito o estaría dificultado de modo importante utilizando otras medidas”. § 100a StPO-Alemania. La ley de escuchas en EE.UU. exige una afirmación, “si otras medidas investigativas han sido utilizadas y no tenían éxito, o porque no tendrían una posibilidad de éxito o son demasiado peligrosas”. 18 U.S.C. § 2518(l)(c),(e). Esta protección no se exige en relación con una orden de registro.

<sup>92</sup> Hay problemas serios cuando el juez instructor, en países como España y Francia, también tienen

pensables para demostrar la “necesidad” de afectar los derechos fundamentales de los ciudadanos, en cuanto al registro de un domicilio o la intervención en comunicaciones privadas. En países en los que la cantidad de sospecha no es suficientemente articulada, el control judicial es más importante.<sup>93</sup> El juez no solamente debe exigir más que una mera sospecha, sino que debe, además, conocer bastantes detalles de parte de los funcionarios de la policía o fiscalía para poder adecuadamente describir las cosas a confiscar y los lugares a registrar, y debería fundamentar porque la información constituye una “sospecha fuerte” de que las cosas estarán en los lugares determinados. Por eso, aún cuando un juez autorice un mandato de registro y, retrospectivamente, otro juez decida que las pruebas eran insuficientes para constituir “causa probable”, entonces, habrá una violación del derecho constitucional. Aún cuando la cantidad de sospecha exigida es relativamente baja o ausente, la obligación de obtener una orden judicial continúa siendo importante para mostrar *ex ante*, que había algunas pruebas de culpabilidad, alguna articulación por los funcionarios para asegurar que un registro no trate de justificarse retroactivamente por medio de la prueba descubierta durante el registro.<sup>94</sup>

### C. La excepción de urgencia

Para garantizar adecuadamente la protección constitucional de la privacidad, las cortes deberían interpretar de modo restrictivo la excepción para situaciones urgentes, de tal manera que los funcionarios de la policía o fiscalía no hagan una regla a partir de la excepción, como ocurrió en Alemania. Aunque todo el mundo sabía que la policía alemana casi nunca obtuvo ordenes de registro<sup>95</sup> y siempre justificaron sus registros alegando “peligro en la demora” (*Gefahr im Verzug*), sin la necesidad de explicar porque había este peligro, las cortes se hicieron los de la vista gorda

---

competencia para autorizar registros y escuchas, porque hay dudas si el investigador será suficientemente imparcial para evaluar neutralmente sus propias hipótesis de culpabilidad.

<sup>93</sup> Según § 102 CPP-Alemania, una orden para registrar un domicilio puede ser emitida, “cuando hay sospecha de que con el registro se van a encontrar pruebas”. Para autorizar un registro en España, el juez instructor necesita solamente “indicaciones de que el acusado, una cosa, o herramienta de un delito, o libros, papeles u otros objetos que podrían demostrar su existencia” se encuentran en un determinado lugar. § 545 LECr-España. En cuanto a la ausencia de un estándar de “causa probable” en Alemania, véase Weigend, *supra* nota 39, pág. 193. El CPP-Francia señala: “Registros se efectúan in todos los lugares donde se puede encontrar objetos que pueden ser útiles en la búsqueda de la verdad.” El juez instructor ni debe articular una cantidad de sospecha, ni describir detalladamente los lugares a registrar o las cosas para confiscar. Richard S. Frase. *France in CRIMINAL PROCEDURE. A WORLDWIDE STUDY*, *supra* notea 39, pág. 153.

<sup>94</sup> Andreas Ransiek, *Durchsuchung, Beschlagnahme und Verwertungsverbot*, DER STRAFVERTEIDIGER, Vol. 10 (2002), 565, pág. 569. En este sentido, la norma del Art. 14 CPP-Colombia me parece insuficiente, porque autoriza al fiscal general a autorizar registros aún sin urgencia, pero con obligación de justificarse ante un juez dentro de 36 horas.

<sup>95</sup> BVerfGE 103, 142, pág. 152. Weigend, *supra* nota 39, págs. 194–195, estimó que solamente 10% de los registros en Alemania eran autorizados en adelante por un juez.

con este engaño, sosteniendo que el juez de primera instancia tendría una amplia discreción para que no se impugnara en la casación.<sup>96</sup>

La Corte Constitucional de Alemania en el año 2001 finalmente se dio cuenta de esta situación escandalosa e intentó fortalecer la protección de la privacidad limitando la excepción de “peligro en la demora” a casos de verdadera urgencia.<sup>97</sup> Yo pienso, que la excepción de urgencia debería ser limitada a dos tipos de situaciones: el verdadero delito de flagrancia y la verdadera situación de emergencia, cuando hay peligro para la vida o la salud. La excepción en casos de flagrancia se aplicará a casos de persecución de delincuentes inmediatamente después de la comisión del delito, o cuando, p.e., la detención de un delincuente por venta de drogas conduce llanamente a la actividad de destrucción de drogas o pruebas en un domicilio. Si la sospecha se desarrolla como resultado de una investigación, entonces, en principio, los funcionarios deben conseguir una orden de registro. La policía no debería “crear” la urgencia anunciando su presencia para desencadenar una situación, p.e., de destrucción de pruebas, si había la posibilidad previa de conseguir la autorización judicial.<sup>98</sup> En situaciones de verdadero peligro para la vida o la salud, es decir, de verdadera urgencia, la policía no debe perder tiempo buscando un juez.<sup>99</sup>

Hay que esperar que la decisión de la corte constitucional en Alemania cambie la situación. Antes de la decisión, los jueces se han negado a trabajar por la noche, produciendo a la policía y la fiscalía una situación artificial de urgencia. La decisión ha subrayado esta situación intolerable y ahora la situación se esta cambiando.<sup>100</sup>

#### *D. Reglas absolutas de exclusión para violaciones del derecho constitucional a la privacidad*

Este análisis de las reglas de exclusión presupone una de dos situaciones: (1) una falta de autorización judicial para el registro o escucha y falta de urgencia o (2) había autorización, pero faltaba “causa probable” o sospecha suficiente. Ambas situaciones deberían ser suficientes para prohibir el uso de las pruebas obtenidas

---

<sup>96</sup> Ransiek, *supra* nota 92, pág. 566.

<sup>97</sup> BVerfGE 103, 142 (Feb. 20, 2001).

<sup>98</sup> En EE.UU. hay decisiones condenando la creación de la urgencia, *United States v. Timberlake*, 896 F.2d 592 (D.C.Cir. 1990); *Dunnuck v. State*, 786 A.2d 695 (Md. 2001), pero también permitiéndola. *United States v. MacDonald*, 916 F.2d 766 (2d Cir. 1990); *People v. Hull*, 41 Cal.Rptr.2d 99 (Cal.App. 1995); *United States v. Cephas*, 254 F.3d 488 (4th Cir. 2001).

<sup>99</sup> La CSEU permite la entrada sin orden de registro, cuando hay un base razonable (estándar menos exigente que “causa probable”) de que haya peligro para la vida o salud, aunque si la policía sabe que hay una posibilidad de que haya una comisión de delito. *Brigham City, Utah, v. Stuart*, 547 U.S. 398 (2006).

<sup>100</sup> Véase Stephan Beichel & Jörg Kieninger, ‘Gefahr im Verzug’ auf Grund Selbstausschaltung des erreichbaren, jedoch ‘unwilligen’ Bereitschaftsrichters?, *NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT (NSTZ)*, 2003/1, págs. 10–13.

por lo menos en los países en los que hay reglas absolutas de exclusión cuando se trata del quebrantamiento de derechos fundamentales.<sup>101</sup> Pero en los párrafos siguientes vamos a discutir las excepciones a estas reglas “absolutas” de exclusión.

*E. Teorías según las cuales se rechaza la exclusión como consecuencia de una entrada ilegal en el domicilio*

1. La incautación no es un “fruto” del registro ilegal

En Italia y Alemania hay una doctrina más o menos firme, según la cual la incautación, p.e., de drogas después de un registro aún sin causa probable o resolución judicial, no es, para utilizar la expresión del magistrado de la CSEU *Felix Frankfurter*, “fruto del árbol envenenado”<sup>102</sup>.

Las cortes italianas argumentan, porque el § 253(1) CPP-Italia obliga a los funcionarios judiciales y policiales a incautar el *corpus delicti* del delito, es decir, sus frutos, herramientas y, naturalmente, contrabando. La incautación es *legal* y, como consecuencia, no puede ser contaminada por un registro ilegal antecedente, igual si fuera sin autorización judicial o sin sospecha suficiente.<sup>103</sup> La doctrina mayoritaria en las cortes italianas afirma, que registros e incautaciones tienen prerequisites y funciones diferentes y no pueden ser tratados solamente si hay una convergencia temporal en la realidad.<sup>104</sup> Aunque el § 191 CPP-Italia parece muy claro en cuanto a la exclusión de cualquier prueba recogida en violación de “prohibiciones establecidas por la ley”, las cortes interpretan su lenguaje en modo hiper-técnico para socavar el intento del legislador, diciendo que “la no utilizabilidad” solamente aplica en relación con pruebas recogidas en violación de “una prohibición explícita o implícita” y no cuando se contraviene a “una mera formalidad en su consecución”<sup>105</sup>. Entonces, las cortes ignoran el lenguaje del código, el cual señala que una “nulidad” afectará la validez de la prueba incautada como resultado,<sup>106</sup> sosteniendo que no se aplica a la “no utilizabilidad”<sup>107</sup>.

<sup>101</sup> Es decir, en España, Italia y Rusia, entre otros. La ley de escuchas en EE.UU. tiene una regla de exclusión codificada, 18 U.S.C. §§ 2515, 2518(10)(a). Aunque el lenguaje de esta norma parece dar más protección que la regla pronunciada por la CSEU para violaciones normales de la cuarta enmienda, las cortes se inclinan a interpretar ambas normas de modo idéntico. LA FAVE ET AL., *supra* nota 35, págs. 287–290.

<sup>102</sup> *Nardone v. United States*, 308 US 338 (1939).

<sup>103</sup> Cass. (3.27.96), Giust. Penale 1997, 138, págs. 140, 144–145, traducción inglesa en THAMAN, *COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE*, *supra* nota 1, págs. 122–124.

<sup>104</sup> Dec. 4.24.91, Cass. pen. 1879 (1992), citado en CONSO & GREVI, *supra* nota 64, pág. 550. Según esta decisión, la ilegalidad de la entrada debe ser el objeto de sanciones penales o disciplinarias.

<sup>105</sup> CONSO & GREVI, *supra* note 64, pág. 392.

<sup>106</sup> § 185(1) CPP-Italia. En cambio, la norma francesa semejante, § 206 CPP-France, ha conducido a veces a la exclusión de “frutos”, p.e., una confesión que fue fruto de un registro ilegal. PRADEL, *supra* notea17, pág. 605.

<sup>107</sup> CONSO & GREVI, *supra* nota 64, pág. 399.

En la doctrina alemana tampoco se ve una conexión inexorable entre un registro ilegal y la incautación de pruebas, aún cuando el registro se practicó explícitamente para incautar la misma prueba.<sup>108</sup> En Alemania, habrá exclusión si hay una prohibición del uso del objeto incautado independiente de la legalidad del registro.<sup>109</sup> Al fin, es una tontería legalista si no sofista la de sostener que la incautación de la cosa que fue el objeto de un registro ilegal no sea fruto directo de la ilegalidad antecedente. Es un ejemplo de como las cortes más altas de países democráticos ignoran el sentido llano de la ley para alcanzar sus fines, a menudo, la condena de un culpable, la búsqueda de la verdad a toda costa, un fin que ya no debe ser el objetivo del procedimiento penal moderno. Al mismo tiempo, queda claro que la protección constitucional de la privacidad en el domicilio o en las comunicaciones privadas es simultáneamente una prohibición del poder del Estado de incautar pruebas o recoger informaciones en estos espacios.<sup>110</sup>

## 2. Doctrina del descubrimiento inevitable

Aún cuando una corte no “sopese” el quebrantamiento de un derecho fundamental contra un deseo de buscar la verdad, casi todas las cortes aceptan el argumento de que la prueba hubiese sido encontrada a pesar de la violación cometida. En EE.UU. esta doctrina tiene dos manifestaciones. Primero, las cortes admitirían la prueba si fue finalmente incautada por una diligencia legal.<sup>111</sup> Las cortes también admiten pruebas incautadas ilegalmente, si ellas hubieran sido descubiertas legalmente en el futuro por una diligencia legal independiente de la ilegalidad previa.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> La corte constitucional alemana también dejó claro que una prohibición del uso no será el resultado “normal” de un registro inconstitucional. BVerfG NJW 1999, 273, 274. BVerfG NStZ 2000, 488, 499; StV 2000, 233, 234. También, la corte suprema alemana afirmó en el año 1989 que errores relacionados con el registro no conducen a una exclusión de la prueba obtenida. BGH NStZ 1989, 375, 376. Su tesis: “cuando no hubieran sido obstáculo para conseguir una orden de registro y las cosas incautadas feuran legalmente admitidas como pruebas”, pues, no habrá exclusión. Citado en Ransiek, *supra* nota 92, pág. 566.

<sup>109</sup> BGH 18, 227, citado en KLEINKNECHT/MEYER/MEYER-GÖBNER, STRAFPROZESSORDNUNG 287 (47<sup>th</sup> ed. 1997); BAUMANN & BRENNER, *supra* nota 61, págs. 120–122; Craig M. Bradley, *The Exclusionary Rule in Germany*, 96 HARV. L. REV. 1031, págs. 1040–1041 (1983).

<sup>110</sup> Ransiek, *supra* nota 92, pág. 568. Por lo menos una sala de la Corte Suprema de Italia ha rechazado la doctrina mayoritaria y reconoce una relación funcional entre el registro y la incautación. Dec. de 13 marzo 1992. Cass. Pen. 393 (1993), y Decisiones de 12 oct 1990, 28 feb. 1994, 12 mayo 1994, citado en CONSO & GREVI, *supra* nota 64, pág. 550.

<sup>111</sup> La doctrina de *independent source* (fuente independiente) se aplica cuando hayan sido dos registros, uno ilegal y otro legal, pero desconectado con el registro ilegal. P.e., se aplica cuando la policía descubre la existencia de contrabando ilegalmente, pero lo incauta con una orden de registro legalmente obtenida utilizando información obtenida legalmente, independiente de la ilegalidad. Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984); Murray v. United States, 487 US 533 (1988).

<sup>112</sup> La doctrina de “descubrimiento inevitable” se aplica cuando solamente había un registro o incautación, pero existía una “fuente independiente” hipotética que no fuera ilegal. Nix v. Williams, 467 US 431 (1984).

A pesar de la entonación absoluta de la regla de exclusión española, las altas cortes de ese país han reconocido ambas excepciones ya en los años noventa.<sup>113</sup> La doctrina del “descubrimiento inevitable”, sin embargo, puede ofrecer una gran laguna jurídica en las protecciones constitucionales si se lo interpreta de modo demasiado amplio. Algunas cortes de EE.UU. lo han reconocido en casos en los que la policía estaba en curso de obtener una orden de registro, que un magistrado hubiera emitido si entraran alegando una urgencia insuficiente.<sup>114</sup> Sin embargo, la extensión más peligrosa de esta excepción de una “fuente independiente hipotética” es cuando la corte admite las pruebas porque había “causa probable” y la policía hubiera conseguido una orden de registro válida y hubieren descubierto después las pruebas legalmente.<sup>115</sup> Las cortes en Alemania, sin embargo, han aceptado tal argumento para negar una prohibición en situaciones semejantes.<sup>116</sup>

La hiper-extensión de la doctrina del “descubrimiento inevitable” y los intentos sofisticados de separar el registro de su fin, la incautación, revelan una aversión “innata” entre jueces técnicos en cuanto a las reglas del derecho que socavan la búsqueda de la verdad, aun cuando las pruebas necesarias para acercarse a la verdad fueran obtenidas violando derechos importantes del orden legal.<sup>117</sup>

### 3. Análisis que hace el balance de varios factores (*balancing tests*)

Si hay violación de una norma de la ley que no tenga nivel constitucional durante un registro y la ley misma no exige exclusión, entonces la mayoría de las cortes no reconocen una prohibición del uso de la prueba así obtenida. Pero una vez que se reconozca una violación constitucional (como un registro sin autorización judicial o sin “causa probable”), los partidarios de una regla de exclusión estricta sostienen que la constitución ya ha equilibrado los factores y la exclusión es obligatoria.<sup>118</sup> En

<sup>113</sup> Véase Decisión de la corte suprema española del 5 de Junio, 1995, RJ 1995. No. 4538, 6058, at 6060, traducción inglesa en THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* nota 1, págs. 118–119. Véase también las sentencias 85/1994 y 81/1998 del Tribunal Constitucional de España.

<sup>114</sup> United States v. Cabassa, 62 F.3d 470 (2d Cir. 1995); United States v. Whitehorn, 829 F.2d 1225 (2d Cir. 1987); United States v. Curtis, 931 F.2d 1011 (4th Cir. 1991).

<sup>115</sup> Aunque las cortes en EE.UU. a veces reconocen la excepción en situaciones semejantes, véase United States v. Buchanan, 910 F.2d 1571 (7th Cir. 1990), la doctrina imperante mantiene que reconocer la excepción en estos casos constituye una anulación de la necesidad de una orden de registro. United States v. Johnson, 22 F.3d 674 (6th Cir. 1994); United States v. Echevoyen, 799 F.2d 1271 (9th Cir. 1986); State v. Handtmann, 437 N.W.2d 830 (N.D. 1989); United States v. Brown, 64 F.3d 1083 (7th Cir. 1995).

<sup>116</sup> Véase Ransieck, *supra* nota 92, pág. 566.

<sup>117</sup> Es una ironía que en países que han abolido el tribunal del jurado, porque temen que los jueces populares puedan ignorar el derecho para absolver, se permite a los tribunales más altos ignorar la ley para alcanzar lo que ellos piensen sea un fin más importante, la verdad y una condena a toda costa. La diferencia, sin embargo, es que lo que hacen los tribunales altos se convierta en la ley absoluta.

<sup>118</sup> Ransieck, *supra* note 115, p. 569.

algunos países, sin embargo, la doctrina deja al juez utilizar su discreción aún en casos en los que había un registro llanamente inconstitucional.<sup>119</sup>

En los EE.UU. las cortes normalmente pueden sopesar factores solamente cuando el funcionario, ejecutando el registro domiciliario, ya haya conseguido autorización judicial. Si el funcionario opinaba “en buena fe” que tenía causa probable cuando se solicitó el orden de registro, entonces la prueba será admitida a pesar del error del magistrado que ha emitido el orden.<sup>120</sup> Efectivamente, la “buena fe” del funcionario es normalmente un factor importante en el análisis de los factores cuando la ley permite que el juez sopesa la totalidad de las circunstancias antes de decidir la cuestión de exclusión.<sup>121</sup>

Además de la “buena fe”, el análisis de factores tiene en cuenta a menudo la gravedad del delito, la importancia de la prueba para demostrar culpabilidad y la intencionalidad de la violación.<sup>122</sup> Cuando las cortes no efectúan la exclusión tratándose de un delito grave, frente a los que se amenaza también con las penas más graves, se exalta la búsqueda de la verdad sobre la protección constitucional de la privacidad.<sup>123</sup>

Finalmente, en los países que utilizan un análisis amplio basado en *fairness* (lo que es “justo”), se excluyen raramente pruebas obtenidas como resultado de un registro ilegal de domicilio.<sup>124</sup>

---

<sup>119</sup> Entre tales pruebas son la llamada “justicia del proceso” prueba de sopesar por el § 78 PACE-Inglaterra y la prueba desarrollada en Nueva Zelanda por decisión judicial en 2002.

<sup>120</sup> *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). Se justifica esta excepción en EE.UU. porque la CSEU sostiene que exclusión de pruebas, por lo demás pertinentes, es solamente necesaria si desanimará a la policía a violar las garantías constitucionales en el futuro. Pues, un funcionario actuando de “buena fe” no puede ser disuadido en este sentido. Pero, por una crítica, que una tal regla premie a un entrenamiento defectuoso de la policía. *Mahoney*, *supra* note 20, pág. 611. El Tribunal Constitucional de España también ha reconocido una excepción de buena fe, cuando la policía ejecuta un registro sin autorización judicial en situaciones en las que la corte reconoce una regla nueva que cambia la práctica. STC 22/2003 de 10 de febrero.

<sup>121</sup> *Mahoney*, *supra* nota 20, pág. 610; *Ransieck*, *supra* nota 92, pág. 566 (en Alemania solamente excluye si hay una violación grave y una evasión intencional de la autorización judicial).

<sup>122</sup> En este sentido, la sentencia de la CSEU en *Herring v. United States*, 129 S.Ct. 695 (2009), es importante, porque la corte ha reconocido recientemente una nueva excepción de la regla de exclusión de la cuarta enmienda para la conducta “meramente imprudente” del funcionario.

<sup>123</sup> Véase *Mahoney*, *supra* note 20, pág. 611, citando a un caso de Nueva Zelanda, que demanda un análisis más agotador cuando se trata de un delito grave con una pena grave. *Goodwin* [1993] 2 N.Z.L.R. 153, 171, CA. El análisis aceptado en Alemania, en cambio, no reconoce una prohibición cuando se trata de un delito grave. Para fortalecer esta decisión, la corte constitucional de Alemania identificó un principio nuevo de nivel constitucional, la “obligación del estado de mantener una administración de justicia efectiva”.

<sup>124</sup> La primera exclusión en un tal caso en Australia fue en *George v. Rockett*, (1990) 93 A.L.R. 483, después de una mera afirmación del funcionario al juez, que había emitido la orden de registro, que había “una base razonable” para el registro. *Bradley, Mapp*, *supra* nota 23, pág. 381. En Canadá se acepta la excepción de “buena fe” y no se excluye si la policía tenía causa probable, aún en ausencia de una orden de registro. *Ibid.* págs. 383–384.

F. *El uso de información obtenida por medio de escuchas ilegales*

Con los interrogatorios ilegales y las intervenciones ilegales en conversaciones privadas se produce mucha información utilizable para adelantar una investigación contra la persona afectada, aún cuando haya una prohibición de utilizar las grabaciones mismas contra ella. Es claro, si se puede utilizar los “frutos” de escuchas ilegales como prueba de cargo, no habría ningún incentivo para que los órganos de la policía o fiscalía dejen de intervenir ilegalmente en conversaciones privadas sin causa probable y orden judicial. En los regímenes totalitarios, a menudo, se han escuchado a ciudadanos secretamente para recopilar información y, si necesitasen intervenir para detener a un delincuente, han sido muy aptos para inventar un método “legal” a los fines de hacer un registro o detención sin tener que revelar las escuchas secretas. Las escuchas secretas de la administración de *George W. Bush* tenían un fin semejante.<sup>125</sup>

En Alemania y en EE.UU. las cortes han determinado que el uso de grabaciones de conversaciones obtenidas por escuchas ilegales durante un interrogatorio para confrontar al sospechoso con sus admisiones previas, hacen cualquier nueva admisión del “fruto” de la escucha ilegal como inutilizable.<sup>126</sup> Sin embargo, las cortes alemanas han permitido el uso de testigos que han sido descubiertos aprovechando la información en una escucha ilegal.<sup>127</sup> Hay opiniones contradictorias en EE.UU. en cuanto al uso de una conversación intervenida durante una escucha ilegal para impugnar el testimonio de un acusado durante el juicio oral.<sup>128</sup>

Según el § 11.1 LOPJ-España, sin embargo, las pruebas físicas encontradas como resultado de una violación de nivel constitucional de las normas para escuchas, son “frutos del árbol envenenado” y no pueden ser utilizadas.<sup>129</sup>

<sup>125</sup> Véase Thaman, *La situación precaria*, *supra* nota 38, sección II.B.

<sup>126</sup> Véase *Gelbard v. United States*, 408 U.S. 41 (1972) (permitiendo que testigos ante el jurado de acusación se nieguen a responder preguntas basadas en escuchas ilegales) y *BGHSt 27*, 355, págs. 357-358 (1978), traducción inglesa en THAMAN, *COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE*, *supra* nota 1, págs. 119-121.

<sup>127</sup> *BGHSt 32*, 68 (1983), véase Weigend, *supra* note 39, pág. 197. En *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974), la CSEU determinó que no se puede rechazar el testimonio de un testigo descubierto por vía de un interrogatorio en violación de las normas de *Miranda*.

<sup>128</sup> Se pueden utilizar pruebas físicas obtenidas en un registro ilegal para impugnar a un acusado que testifica en el juicio oral. *United States v. Havens*, 446 US 620 (1980). Algunas cortes han interpretado la regla de exclusión en la ley de escuchas para prohibir el uso de *impeachment* de un acusado que testifica, *People v. In re A.W.*, 982 P.2d 842 (Colo. 1999), pero algunas cortes federales han permitido la práctica. *United States v. Bafiri*, 263 F.3d 856 (8<sup>th</sup> Cir. 2001). Véase *LA FAVE ET AL.*, *supra* nota 35, pág. 287.

<sup>129</sup> Véase Juan-Luis Gomez Colomer, *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia*, *REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA*, Núm. 1 (1998), 145, págs.162-163.

*G. Uso de pruebas o información ilegalmente obtenida contra terceros*

Según la jurisprudencia de la CSEU, solamente las personas cuyos derechos fueron violados vía diligencias ilegales de los funcionarios del Estado, pueden solicitar la exclusión de las pruebas obtenidas como resultado de la conducta ilegal.<sup>130</sup> Pero esta excepción, esencialmente, permite a los funcionarios de policía violar intencionalmente la privacidad de ciudadanos cuando hay un grupo de personas en un espacio privado, o cuando el sujeto de la investigación no está presente.<sup>131</sup> Lo malo de esta jurisprudencia fue advertido años atrás en una decisión de la corte suprema de California, que ya no es un precedente vinculante: “Casi invita a los funcionarios de la administración de justicia a violar los derechos de terceros y a cambiar la huida de un delincuente cuyos derechos fueron violados para la condena de otros utilizando las pruebas ilegalmente obtenidas contra ellos.”<sup>132</sup>

**V. Conclusión**

El ascenso de los derechos humanos es hoy el resultado del terror de la primera mitad del siglo veinte. En las dictaduras fascistas, comunistas o autoritarias de aquella época, los pueblos fueron sometidos a redadas, la infiltración de informantes, la tortura y escuchas secretas. En la administración de la injusticia, el principio de la verdad material era rey. Esta investigación de las prácticas hoy en países democráticos ha mostrado, sin embargo, que todavía está en su trono, a menudo, en perjuicio de importantes derechos humanos que protegen la dignidad humana y la privacidad. Un sistema legal que permite el uso de lagunas jurídicas o principios vagos para sopesar derechos humanos contra principios de nivel inferior, para utilizar pruebas obtenidas directamente o indirectamente en violación de estos derechos, puede difícilmente considerarse como “Estado de derecho”.

Mientras que tales lagunas jurídicas existen, los funcionarios del Estado seguirán violando los derechos constitucionales. Especialmente en los sistemas en los que el juez de instancia también se encuentra obligado a buscar la verdad de la acusación, los jueces van a dar conscientemente o instintivamente la prioridad al principio de la verdad en la ejecución de su tarea hercúlea de sopesar las circuns-

---

<sup>130</sup> *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128, 132 (1978). Hay una excepción de la prohibición también en Alemania según la teoría del “ámbito del derecho” (*Rechtsskreisstheorie*). Véase CLAUS ROXIN, STRAFVERFAHRENSRECHT 166 (24<sup>th</sup> ed. 1995); ERNST BELING, DIE BEWEISVERBOTE ALS GRENZEN DER WAHRHEITSERFORSCHUNG IM STRAFPROZESS 35 (1903).

<sup>131</sup> Por ejemplo, en *Rakas*, *supra* nota 130, la CSEU decidió que solamente el dueño de un coche tiene adentro una expectativa de privacidad. En cuanto a un registro de un domicilio, sin embargo, la protección se extiende no solamente al dueño, sino también a invitados que pasan la noche adentro, que como resultado, pueden solicitar la exclusión de pruebas obtenidas durante un registro ilegal. *Minnesota v. Olson*, 495 U.S. 91, 96–97 (1990). Pero la extensión no alcanza a invitados por un tiempo corto que se envuelven en actividades ilegales. *Minnesota v. Carter*, 525 U.S. 83, 90 (1998).

<sup>132</sup> *People v. Martin*, 290 P.2d 855, 857 (Cal. 1955).

tancias del caso, descuidando su papel de garante de libertad. Cuando los órganos de la investigación y el juez de instancia o juez de los hechos llevan a cabo la misma tarea – la determinación de la verdad – la neutralidad del juez de instancia está comprometida, porque la verdad tendría siempre prioridad sobre los derechos del acusado. Por eso, el análisis, el *balancing*, nunca debe ser llevado a cabo por el juez del juicio en un sistema inquisitorio ni por el juez instructor, si no por un juez neutral de control o un juez de libertad sin obligación de esclarecer la verdad del asunto.

Las protecciones de la privacidad y del derecho a guardar silencio, reconocidas en las convenciones internacionales de derechos humanos, deberían ser reconocidas como fundamentos del Estado de derecho. Las excepciones, que siempre existirían, deben ser reconocidas solamente en situaciones precisamente delimitadas, cuando otros derechos de nivel similar están en juego, como el derecho a la vida, la libertad, o la propiedad.<sup>133</sup> Las excepciones por urgencia o descubrimiento inevitable deben ser aplicadas también de modo estricto para que los funcionarios del Estado no abusen de las mismas.<sup>134</sup> Además, cada acusado debería poder solicitar la exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas, aún cuando la ilegalidad no se relacione con una violación de sus derechos. De lo contrario, no habrá incentivo para que la policía obedezca a la ley.

El mejor método para disuadir violaciones del derecho a guardar silencio y los derechos asociados a la dignidad humana, sería la introducción de una regla estricta de exclusión que se aplique siempre a declaraciones y sus “frutos” si la declaración tuviera lugar en ausencia de un abogado defensor y sin información sobre el derecho a guardar silencio.<sup>135</sup> Como en el § 65(2) CPP-Italia, el interrogatorio debería ser exclusivamente una diligencia de defensa, y debería ser negociado con el fiscal como las conformidades (*plea bargains*) en EE.UU. En caso de una confesión, ésta debería siempre conducir a una mitigación de la pena.<sup>136</sup>

Si los órganos de la administración de justicia quieren establecer la verdad de la acusación y quieren imponer la pena máxima a causa de la naturaleza grave del delito, entonces, deberían observar estrictamente la ley durante la investigación y no contar con la ayuda del acusado para asegurar su propia condena. Si, en cambio, el gobierno necesita la ayuda del acusado para determinar la verdad de la acusación, debería estar listo para ofrecer lenidad para motivar esta ayuda. La misma lógica debe aplicarse cuando la policía, por ejemplo, quiere registrar un domicilio sin

---

<sup>133</sup> P.e., la CSEU determinó que, cuando hay peligro para la vida o salud, se puede evitar dar avisos de *Miranda*. *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649, 655–656 (1984).

<sup>134</sup> P.e., la dificultad de encontrar a un juez por la noche para autorizar un registro o escuchas nunca debe ser aceptado como excepción. Beichel & Kieninger, *supra* nota 100, pág. 11.

<sup>135</sup> Un buen ejemplo es § 75(2)(1) CCP-Rusia, que prohíbe el uso de cualquier confesión dada en ausencia del abogado defensor, cuando el acusado retira la confesión durante el juicio oral, aún en situaciones donde él “renunció” al derecho a un abogado.

<sup>136</sup> Thaman, *Gerechtigkeit*, *supra* nota 76, at 314–315.

causa probable, sin orden de registro y sin urgencia y quieren conseguir el consentimiento de la persona afectada. La policía debe entonces avisar a la persona afectada de su derecho a negar su consentimiento,<sup>137</sup> y debe tener la oportunidad de consultar con un abogado antes de decidir si consentirá.<sup>138</sup>

Una absolución o sobreseimiento en un enjuiciamiento penal, aún cuando las pruebas podrían demostrar la culpabilidad del acusado, no viola ningún derecho fundamental de nadie. La víctima de un hecho delictivo se queda víctima, aún cuando el reo sea condenado. El argumento de la Corte Constitucional de Alemania, por ejemplo, de que la necesidad de “una efectiva administración de justicia” deber ser tomada en cuenta cuando un juez decide la admisibilidad, no es aceptable. Si la criminalidad no puede ser investigada sin el quebrantamiento de derechos fundamentales, la culpa la tiene probablemente el Estado, porque invierte poco para asegurar una cantidad suficiente de funcionarios calificados o poco en la tecnología de investigación criminal. Es decir, la administración de justicia ya era ineficaz antes de que hubiera la violación de los derechos humanos.

---

<sup>137</sup> Tales avisos son necesarios según el § 4.1 Code of Practice B, PACE-Inglaterra (2002), y § 766 CPP-Francia. Sin embargo, en EE.UU. no hay obligación de dar un aviso en tal situación. *Schneekloth v. Bustamante*, 412 U.S. 218 (1973).

<sup>138</sup> Véase Sentencia de 8 julio 1994, Tribunal Supremo de España, RJ 1994, No. 6261, 7983–7984, traducción inglesa en THAMAN, *COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE*, *supra* nota 1, pág. 55.



## VIII. Sistemas de justicia penal desde una perspectiva europea comparada.

### Enfoque y rendimiento del Libro Guía Europeo de la justicia penal\*

*Jörg-Martin Jehle*

#### I. Sentido y problemática de la comparación internacional

##### 1. ¿Por qué una comparación internacional después de todo?

Si se desea valorar la dimensión, las manifestaciones y el desarrollo de la criminalidad de un país entonces ésta tendrá que ser colocada en un contexto internacional; de lo contrario, no se tendrá ninguna referencia.<sup>1</sup> Por consiguiente, en la criminología se hace un gran esfuerzo por reunir con una perspectiva comparada conocimientos teóricos y empíricos provenientes de diversos países.<sup>2</sup> No obstante, si esto se observa más de cerca, queda claro que la mayoría de las veces se trata de resultados de estudios nacionales reunidos con mucha dificultad en el extranjero para que puedan ser sometidos a un análisis comparado. Aunque esto resulta del todo meritorio, sin embargo, es muy difícil obtener conclusiones claras de los distintos estudios realizados en los diversos países, puesto que el enfoque, los métodos y los

---

\* Traducción a cargo de Dr. iur. John Zuluaga (LL.M.) y Gustavo Urquizo (LL.M.).

<sup>1</sup> Así ya *Jehle, J.-M.*, *Kriminalität, Strafverfolgung und Strafrecht im europäischen Vergleich*, en *Schwind, H.D.* (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Schneider*, Berlin: De Gruyter, 1998, pp. 509 ss.

<sup>2</sup> Un ejemplo extraordinario es *Killias, M.*, *Grundriss der Kriminologie: Eine europäische Perspektive*, Bern: Stämpfli 2002.

períodos de las investigaciones no son idénticos. A pesar de ello, son extremadamente escasos los estudios con un sentido realmente internacional, que investiguen en distintos países el mismo objeto de la mano de métodos similares y en períodos idénticos a través de un equipo de investigación internacional.<sup>3</sup>

Ese déficit de estudios realmente internacionales resulta aún más sorprendente si se repara en que la política criminal y jurídico-penal nacional se ha esforzado desde siempre en arrojar una perspectiva comparada respecto a las circunstancias en los estados vecinos. Pues si ella quiere ir más allá del *status quo* y tomar nuevas vías, entonces no podrá recurrir por lo regular a las experiencias prácticas del mismo país. Si bien la perspectiva que va más allá de las fronteras nacionales parece correcta, sin embargo, resulta problemático comparar aisladamente determinadas instituciones jurídico-penales, medidas de persecución y sanciones, si no es posible considerar suficientemente su importancia en el sistema general del respectivo Derecho penal. Es decir, lo que aquí se necesita son datos sobre los respectivos sistemas nacionales de justicia penal que hayan sido recogidos siguiendo estándares similares, los cuales puedan ser valorados internacionalmente bajo una perspectiva comparada.<sup>4</sup>

El conocimiento de esa deficiencia y el deseo de remediarla son casi tan antiguos como la criminología misma. Ya tempranamente en el siglo XIX, cuando se iniciaron las primeras recopilaciones de datos en el ámbito de la justicia penal de Europa occidental, se realizaron estudios que efectuaron comparaciones estadísticas internacionales o interregionales y que, en especial, están vinculados a Quetelet y a sus colegas.<sup>5</sup> Teniendo en cuenta un mundo cada vez más interconectado así como una Europa inmersa en un proceso de integración se requiere no solo de comparaciones económicas y sociales, sino que también existe la creciente necesidad de comparar entre sí el desarrollo de la criminalidad así como la política jurídico-penal y la justicia penal de los distintos países.

---

<sup>3</sup> Un ejemplo prominente es el internationale Crime Survey de *van Dijk et al.*, *Criminal victimization in international Perspective*, Den Haag: Boom 2007.

<sup>4</sup> Por lo menos, desde inicios de los años 1980 existe en Alemania la muy meritoria serie von *Eser, A./Huber, B.* (Hrsg): *Strafrechtsentwicklung in Europa* 1, 2, 3, 4, 5, *Landesberichte* 1982/84, 1984/86, 1986/88, 1989/92, 1993/96, Freiburg: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 1985, 1987, 1990, 1994, 1997, finalmente en 1999, la cual contiene informes sobre legislación, jurisprudencia y proyectos de reforma, realizados con base en un modelo único, sin embargo, sin indicaciones sobre datos empíricos; continuado por la serie de *Sieber, U./Cornils, K.* (Hrsg.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, 5 tomos, Berlin: Duncker & Humblot, 2009–2010 y *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*. Vol.1.1–4.1., Berlin: Duncker & Humblot 2013–2015.

<sup>5</sup> Cfr. también *Killias, M./Rau, W.*, *The European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics: A new tool in assessing crime and policy issues in comparative and empirical perspective*, en: *European Journal on Criminal Policy and Research*, 8 (1), Dordrecht [u.a.]: Springer 2000, pp. 3–12.

## 2. Dificultades fundamentales de las comparaciones internacionales de datos estadísticos criminales

En los últimos años, la Oficina Europea de Estadística (EuroStat) se ha esforzado con más intensidad en recoger datos referidos a la criminalidad en general y a algunos tipos penales en todos los países pertenecientes a la UE, en principio limitándose al ámbito policial y desde hace poco dirigiéndose también a las condenas judiciales.<sup>6</sup> Para ello echa mano del enfoque del *Libro Guía Europeo* (véase *infra* punto II.), consistente en fijar definiciones estándar para los delitos comprendidos, y además utiliza el Instrumento de clasificación internacional de delitos de las Naciones Unidas, recientemente desarrollado.<sup>7</sup> Sin embargo, faltan aún en gran medida los metadatos que expliquen las discrepancias nacionales respecto de las definiciones de los delitos y las diferencias – también estadísticas – provocadas como consecuencia de esto.

En principio, resulta obvio que la situación de las estadísticas nacionales influye en la comparación internacional, pues en todos los casos el recojo de los datos tiene que recurrir a las fuentes nacionales. Más allá de la confiabilidad y de la completitud de la recopilación de los datos, un problema central yace en la falta de compatibilidad de los datos en los distintos niveles de la persecución penal y del proceso de ejecución de la pena, lo cual también repercute en la comparabilidad internacional. En tal sentido, son reunidos datos de las distintas instituciones (policía, fiscalía, tribunales, sistema penitenciario) para diversas estadísticas referidos a períodos diversos así como de los distintos niveles del proceso penal.<sup>8</sup>

Para un enfoque realmente internacional surgen problemas de comparabilidad en todos los niveles: existen diferencias respecto a las definiciones de los delitos, al desenvolvimiento del proceso penal, a las instituciones intervinientes, a las sanciones impuestas y, no por último, a la forma en la que esas informaciones son registradas estadísticamente. Incluso cuando las definiciones del delito correspondientes a los distintos países parecen comparables, reglas de registro estadístico que sean divergentes pueden repercutir negativamente: Así, por ejemplo, el momento del registro o el tratamiento de delitos seriales podrían diferir claramente entre sí.

Para la comparación internacional resulta de una relevancia decisiva no solo considerar la criminalidad como un todo, pues los límites entre las infracciones jurídico-penalmente que son perseguidas y otras infracciones jurídicas – por ejemplo, las infracciones administrativas del derecho alemán – se presentan de un modo

---

<sup>6</sup> [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Crime\\_and\\_criminal\\_justice\\_statistics](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Crime_and_criminal_justice_statistics) <09.07.2018> Crime and criminal justice statistics.

<sup>7</sup> <https://www.unodc.org/> <09.07.2018> – International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS).

<sup>8</sup> Cfr. más detalladamente *Optimierung des bestehenden kriminalstatistischen Systems in Deutschland*, ed. del *Rat für Sozial- und Wirtschaftsdaten*, elaborado por un grupo de expertos incluyendo al autor, Baden-Baden: Nomos 2009.

muy diferenciado en cada país. En tal sentido, resulta más pertinente hacer referencia a una selección de delitos que correspondan a la parte esencial del Derecho penal; pero también allí surgen dificultades relevantes: así, por ejemplo, no existe ningún concepto jurídico idéntico respecto a las lesiones corporales (*Körperverletzung*) según el derecho alemán y el *assault* según el derecho anglosajón. Mientras que el *assault* es entendido en los países del *common law* como una agresión física, la producción del resultado en la forma de un perjuicio contra la integridad física resulta decisiva en el derecho alemán. Por lo demás, esta diferencia repercute en las encuestas realizadas a las víctimas; en tal sentido, aplicando las preguntas internacionales estandarizadas también se pregunta regularmente en Alemania por una “agresión corporal” y no por una “lesión corporal”, lo cual resulta determinante para el registro de las estadísticas criminales.

Del mismo modo, surgen diferencias en el posterior tratamiento jurídico-penal del delito en los niveles de la persecución penal, condena y ejecución. En parte, las lesiones corporales o el *assault* son únicamente perseguidas luego de la correspondiente solicitud de persecución penal (querrela) realizada por la víctima, o la fiscalía puede sobreseer el proceso por razones de oportunidad o sancionar al autor mismo. Esos procesos de selección también influyen por su propia naturaleza en el ámbito de la condena y en el de la ejecución de la pena.

Tomadas en conjunto, estas dificultades podrían dar la impresión de que ellas serían tan relevantes que no se podría saber con certeza si las diferencias eventualmente halladas, así como las posibles similitudes en las cifras estadísticas pueden ser interpretadas como tales o si por el contrario se está comparando “peras con manzanas”. No obstante, aun considerando las dificultades generadas por esas diferencias difícilmente controlables, no debería caerse en la resignación; más bien, esas diferencias han de ser cuidadosamente resaltadas y descritas en todos los ámbitos – a fin de cuentas, con el objetivo de conseguir a largo plazo una mayor armonización y estandarización de los bancos de datos –.<sup>9</sup>

Las mencionadas dificultades interpretativas pueden superarse con mayor facilidad si uno no se conforma con una comparación transversal referida a un determinado año y más bien interrelaciona entre sí los desarrollos de un modo longitudinal. Siempre que en los distintos países no hayan variado en un determinado período las condiciones jurídicas nacionales ni las modalidades de registro estadístico, entonces, los desarrollos nacionales de los distintos países que tienen lugar separadamente han de interpretarse sin más como diferencias reales. Sin embargo, no siempre se presenta esa situación ideal. En todo caso, las comparaciones longitudinales parecen ser más productivas que las comparaciones transversales, de modo que el objetivo de las recopilaciones internacionales de datos tiene que ser la recolección de datos uniformes por un período de tiempo más prolongado.

---

<sup>9</sup> Esto también es en definitiva el propósito de los estándares elaborados por las Naciones Unidas para el registro del delito (v. pie de página n° 8).

## II. El proyecto “Libro Guía Europeo de estadísticas del delito y del sistema penal”

Desde 1993 el Consejo Europeo ha asumido un papel relevante en cuanto a la compilación de estadísticas internacionales en el ámbito de la justicia penal. En un principio, estos esfuerzos se concentraban en el ámbito de la ejecución de la pena.<sup>10</sup> El resultado alcanzado en este ámbito alentó al Consejo Europeo a emprender un estudio piloto sobre la factibilidad de un Libro Guía Europeo referido al sistema global de justicia penal. Para ello, se formó un grupo de expertos constituido por científicos de siete países europeos, todos los cuales habían estado involucrados en instituciones criminológicas o relacionadas con las estadísticas criminales.<sup>11</sup>

El modelo para este proyecto fue el *Sourcebook of Criminal Justice Statistics*, editado desde 1973 por el Departamento de Justicia de los EE.UU.<sup>12</sup> Sin embargo, se hizo rápidamente evidente que si el proyecto europeo quería alcanzar mejoras sustanciales entonces tenía que recorrer nuevos caminos.<sup>13</sup> En principio, se trató de llegar a un acuerdo sobre la clase de delitos y características personales, así como de las medidas especiales y otros datos policiales y de la justicia que debían ser registrados, así como de las etapas del proceso en las que esto debía hacerse. Allí se evidenció rápidamente que no bastaba con realizar notas al pie comentando las diferencias de los diversos países, sino que las diferencias nacionales tenían que ser resaltadas cuidadosamente y documentadas a través de cuadros panorámicos con ayuda de preguntas precisas y de reglas estándar para los delitos y medidas, debiendo las cifras ser completamente accesibles en caso de una interpretación. Al mismo tiempo tiene que explicarse los procedimientos técnicos respectivos así como las modalidades de registro estadístico.

Tras la presentación del Modelo, el Consejo Europeo decidió en 1996 que un grupo más grande de expertos debía redactar un *Libro Guía Europeo de Estadísticas del Delito y de la Justicia Penal (European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics)*, en adelante: *Libro Guía* o *Sourcebook*) para todos los estados pertenecientes al Consejo Europeo. Los miembros de ese grupo más amplio de expertos también fungen como coordinadores para los corresponsales de los restantes países europeos no representados. A través de la selección de personas competentes y comprometidas como corresponsales nacionales y de su comunicación con los coordinadores regionales se puede garantizar la calidad y la confiabilidad de los datos y de

---

<sup>10</sup> Council of Europe annual penal statistics, elaborados en principio por *Pierre Tournier*, desde entonces por *Aebi, M.F. et al.* 2003, 2010, 2012, 2013.

<sup>11</sup> El autor participó y sigue participando por Alemania.

<sup>12</sup> En trabajo conjunto con la University at Albany: [www.albany.edu/sourcebook/](http://www.albany.edu/sourcebook/) <09.07.2018>.

<sup>13</sup> Acerca de la historia de su evolución v. con más detalle *Killias, M./Rau, W.* 2000 (v. nota 5), también *Jehle, J.-M.*, *Crime and Criminal Justice in Europe – The Approach of the European Sourcebook*, en: *Kuhn, A. et al.* (ed.), *Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive*, Bern: Stämpfli 2013a, pp. 191–204.

la información transmitida; además, las cifras son sometidas a un análisis de plausibilidad, de tal modo que es posible corregir “valores atípicos”. La primera edición de ese *Libro Guía* abarcó los años 1990–1996 y las siguientes ediciones, que acompañaban<sup>14</sup> predominantemente a proyectos de investigación financiados por la UE y aparecieron en intervalos regulares de 3 a 4 años, pueden representar de forma íntegra los datos estadísticos entre 1990 y 2011 de los delitos elegidos originalmente. Desde la cuarta edición<sup>15</sup>, se ha ampliado notablemente el círculo de los delitos reportados y desde la quinta edición (2007–2011<sup>16</sup>), las sanciones pueden ser diferenciadas de mejor manera, en especial, las denominadas sanciones en la comunidad (*Community Sanctions*) pueden ser mostradas con más exactitud. En conexión con ello, se halla en planificación una recopilación de las ediciones para los años 2011–2016.

Sin embargo, en las cinco ediciones se mantuvo la estructura fundamental consistente en cinco secciones: 1. Hechos y autor en el ámbito policial, 2. Persecución penal y decisiones de la fiscalía, 3. Condenas y penas o medidas, 4. Privaciones de la libertad o ejecución de la pena, y, 5. Datos de estudios de victimización. No obstante, datos detallados referidos a delitos solo están disponibles para los niveles policial y judicial; en consecuencia, el proceso de selección solo puede ser visto como una pérdida de referencia al delito por parte de los casos, al compararse las cantidades de hechos y de autores en el nivel policial con las condenas o personas condenadas en el nivel judicial (véase cap. V.).

### III. Comparaciones en los distintos niveles

#### 1. Información introducida en el sistema estadístico criminal, estudios de la cifra negra

Las estadísticas criminales no describen la realidad de la criminalidad como un todo, sino que reflejan únicamente lo que la policía reporta o lo que ella descubre y es registrado como delito. La información introducida en el sistema estadístico

<sup>14</sup> Jehle, J.-M./Harrendorf, S., *Defining and Registering Criminal Offences and Measures: Standards for a European Comparison*, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen 2010; Heiskanen, M./van der Brugge, W./Jehle, J.-M. (eds.), *Recording Community Sanctions and Measures and Assessing Attrition*, Helsinki: Heuni 2014.

<sup>15</sup> Aebi, M./Aubusson de Cavarlay, B./Barclay, G./Gruszczyńska, B./Harrendorf, S./Heiskanen, M./Hysi, V./Jaquier, V./Jehle, J.-M./Killias, M./Shostko, O./Smit, P./Thorisdottir, R., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics – 2010*, 4ª edición, Den Haag: Boom 2010. Analysis of the results of this edition is presented in a special issue of the *European Journal of Criminal Policy and Research*, Vol. 18, No. 1, Heidelberg: Springer 2012.

<sup>16</sup> Aebi, M. F./Akdeniz, G./Barclay, G./Campistol, C./Caneppele, S./Gruszczyńska, B./Harrendorf, S./Heiskanen, M./Hysi, V./Jehle, J.-M./Jokinen, A./Kensy, A./Killias, M./Lewis, C. G./Savona, E./Smit, P./Thorisdottir, R., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics – 2014*, 5ª edición, Helsinki: Hakapaino 2014 (citado: Sourcebook 2014).

depende notablemente del comportamiento de la población respecto a las denuncias, especialmente de la víctima. Las cuotas de denuncias son influenciadas por la motivación de la víctima a denunciar y por su confianza en la actuación correcta y efectiva de la policía y de la fiscalía. Si esta es escasa, entonces también se denunciará y se registrará estadísticamente poco; en tal sentido, no sorprende que algunos estados como, por ejemplo, Albania, tengan una tasa de hurtos extremadamente baja.<sup>17</sup> Lamentablemente no existe en la actualidad ningún estudio europeo general que registre la situación de la víctima y el comportamiento respecto de las denuncias con los mismos métodos, las mismas preguntas y durante el mismo periodo de recogida de datos.<sup>18</sup> Lamentablemente, el proyecto sugerido por la Comisión Europea – con base en un documento de la Comisión de Expertos para las “necesidades políticas”<sup>19</sup> – respecto a un Estudio de la cifra negra de la UE (EU SASU) en principio ha sido rechazado por el Parlamento Europeo. Por eso, se tiene que recurrir a los escasos estudios internacionales en este campo.<sup>20</sup>

## 2. Diferentes conceptos de delitos, registro policial

Uno de los más grandes problemas en el ámbito de la criminología comparada radica en que las definiciones del delito que son usadas para el registro estadístico no resultan compatibles. Lo más problemático es cuando se trata de presentar la criminalidad como un todo. Pues qué comportamiento está definido como criminal, cómo es tratado aquél por la policía y por las agencias de persecución penal y cómo queda registrado ello al final en las respectivas estadísticas es una cuestión que varía de país en país. Por consiguiente, no se puede comparar fácilmente el nivel de criminalidad entre los países europeos y por eso el *Libro Guía* también renunció desde el principio a registrar toda la criminalidad. Puesto que si se considera la carga de trabajo de la policía y de la justicia penal el cuadro total también resulta útil, entonces se fija un concepto estándar; de acuerdo con ello, se debe documentar especialmente cómo trata el respectivo sistema de justicia penal los delitos referidos a la circulación y otra criminalidad leve. Aquí se revela que existen algunos países que excluyen completamente del Derecho penal los denominados delitos de bagatela (como sucede, por ejemplo, en Polonia con los denominados *nykroczenia*) o los llevan a un procedimiento especial fuera del sistema de justicia penal (así, por ejemplo, las *contraventions* en Francia<sup>21</sup>). Algo similar vale para los

<sup>17</sup> European Sourcebook (nota al pie 17), p. 46.

<sup>18</sup> *Van Dijk, J./de Castelbajac, M.*, The hedgehog and the fox; the history of victimisation surveys from a Trans-Atlantic perspective, p. 10–28; sowie *Mischkowitz, R.*, Betrachtungen zur Geschichte der Dunkelfeldforschung in Deutschland, p. 29–61, 48–50, en: *Guzy, N./Birkel, C./Mischkowitz, R.* (ed.), *Viktimisierungsbefragungen in Deutschland*, Band 1, Wiesbaden 2015, S. 10–28.

<sup>19</sup> *V. van Dijk/de Castelbajac* (nota 19), pp. 21ss.

<sup>20</sup> *van Dijk, J. et al.* 2007 (v. nota 3).

<sup>21</sup> *Jehle, J.-M.*, The Public Prosecutor as Key Player: Prosecutorial case-ending decisions, en: *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 14, Nos. 2–3, Heidelberg: Springer 2008, pp. 161–179.

delitos de bagatela cometidos por adolescentes, los cuales son tratados por fuera del sistema de justicia penal, especialmente en los países postsocialistas. En definitiva, estas diferencias pueden ser bien documentadas, sin embargo, esto significa que cada uno de los países reporta en una medida diferente respecto a los delitos de bagatela.

La comparabilidad de cifras estadísticas puede ser optimizada si uno hace referencia a una selección de determinados delitos. El *Libro Guía* empezó con un pequeño grupo de delitos clásicos, pero luego amplió su extensión a 27 grupos y subgrupos de delitos.<sup>22</sup> Los métodos para la mejora de la comparabilidad han sido refinados con el paso del tiempo: hemos desarrollado definiciones estándar y además de ello hemos diferenciado según determinadas características los tipos de delitos que debían ser incluidos en o excluidos de la categoría (Tabla 1: Ejemplo Robo).

Tabla 1: Robo – definición estándar y registro estadístico

<b>Robbery</b>				
<b>Standard definition: stealing from a person with force or threat of force</b>				
	<b>Indicate if included in or excluded from:</b>			
	<b>police statistics</b>		<b>conviction statistics</b>	
	<b>incl.</b>	<b>excl.</b>	<b>incl.</b>	<b>excl.</b>
<b>Include the following:</b>				
• muggings ( <i>bag-snatchings</i> )				
• theft immediately followed by force or threat of force used to keep hold of the stolen goods				
• attempts				
<b>Exclude the following:</b>				
• pick-pocketing				
• extortion				
• blackmailing				

<sup>22</sup> Jehle, J.-M./Harrendorf, p. 2010 (p. nota 15).

De ese modo, puede documentarse en relación con cada delito y con cada país, en qué medida los datos nacionales corresponden a la definición estándar. Las definiciones que pudieron representarse estadísticamente en la mayoría de los países son el robo, el hurto y los delitos relacionados con drogas. En cambio, existen grandes problemas para la comparabilidad de los ataques sexuales, del hurto con fractura y de la estafa.<sup>23</sup>

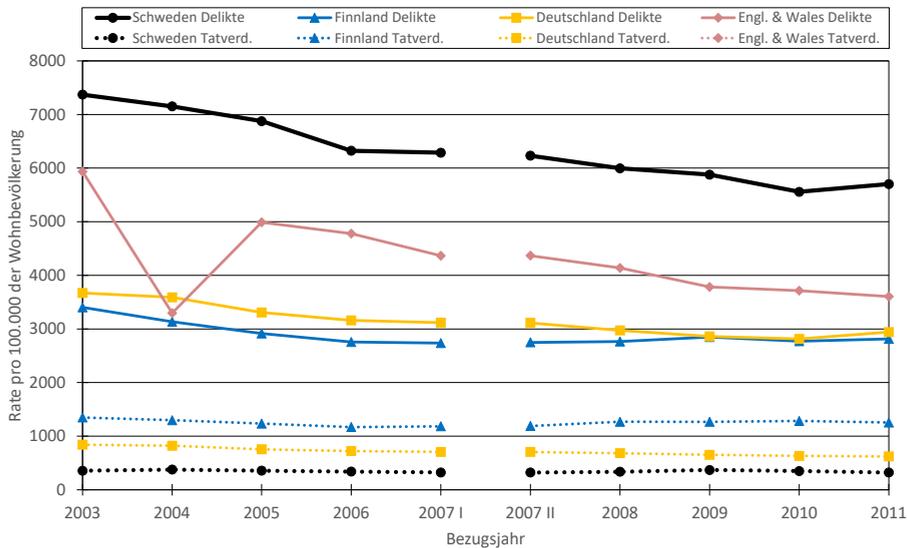
Una forma de superar tales deficiencias de esas comparaciones internacionales tendría que ser colocándose más allá de la definición legal. En la actualidad la policía registra ya a menudo no solo la infracción de un precepto legal, sino que añade datos criminológicos referidos, por ejemplo, al objeto o a la víctima del delito. Para citar un ejemplo, la definición estándar que el *Libro Guía* contiene para el “*burglary*: obtener acceso a locales privados por medio del uso de la fuerza con la intención de hurtar bienes”. Puesto que en muchos países europeos el hurto con fractura constituye una forma especial de un concepto más amplio de hurto agravado, aquél solo puede ser registrado aisladamente, siempre que al mismo tiempo exista información complementaria sobre el objeto del hurto y el *modus operandi*; esto se lleva a cabo en las estadísticas criminales de muchos países; sin embargo, por lo regular ello no es así en el caso de las estadísticas judiciales.

Pero también allí donde las definiciones de los delitos en distintos países no difieren de modo considerable, deberá tenerse en cuenta que las modalidades en las que se lleva a cabo el registro son notablemente distintas. Esto se puede mostrar con el ejemplo del hurto en algunos países de Europa del norte y de Europa occidental:

---

<sup>23</sup> Harrendorf, S., Offence definitions in the European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics and their influence on data quality and comparability, in: European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 18, No.1, Dordrecht [u.a.]: Springer 2012, pp. 23–53.

Gráfico 1: Hurto – Tasas de los delitos y de los sospechosos\*



\*Cifras del Libro Guía Europeo 2010, p. 50 y 76 y del Libro Guía Europeo 2014, p. 46 y 68.

Mientras que Inglaterra y Gales, Finlandia y Alemania se encuentran cercanos, tanto en lo que respecta a los hechos registrados como también a los sospechosos de los hechos por cada 100.000 de la población residente, en cambio, Suecia sobresale claramente: por un lado, sus tasas respecto a los hechos registrados son más altas que las de los otros países; a la inversa, sus tasas referidas a los sospechosos de los hechos se ubican en el extremo inferior: la explicación radica en que allí el registro de hechos y de sospechosos del hecho se lleva a cabo en dos momentos distintos: los hechos al inicio del proceso, cuando ellos son denunciados a la policía o llegan a conocimiento de esta; los sospechosos, cuando la policía entrega el expediente a la fiscalía al existir una sospecha suficiente sobre el hecho. Sin embargo, si se observa el desarrollo entre 2007 y 2011 parecen similares – o sea, tendencias levemente decrecientes –. Este ejemplo muestra que en la comparación internacional hay que dar preferencia a los análisis de las tendencias.

### 3. Soluciones fiscales como parte del proceso de selección jurídico-penal

El fenómeno de la disminución de casos (*Fallschwund*) desde el ámbito policial al judicial constituye en la actualidad un hallazgo generalmente reconocido.<sup>24</sup> Esto puede ser observado en todo sistema de justicia penal y respecto de todo delito. Sin

<sup>24</sup> Jehle, J.- M., Selektion in europäischen Kriminaljustizsystemen am Beispiel der Sexualdelikte, en: Boers, K. et al., Kriminologie- Kriminalpolitik – Strafrecht, Tübingen: J.C.B. Mohr 2013b, pp. 711–726.

embargo, en cada país existen distintas formas en las que se lleva a cabo una descriminalización o despenalización así como posibilidades concedidas a la policía y a la fiscalía para resolver el proceso de un modo independiente. El ámbito de la fiscalía, como estadio intermedio entre la policía y los tribunales, juega en la mayoría de los países europeos un rol decisivo para la selección jurídico-penal,<sup>25</sup> pero en todos los casos la carga de trabajo de la fiscalía depende de la información ingresada por la policía. Si una gran parte de casos es descriminalizada, debido a que la policía culmina definitivamente un proceso, entonces la fiscalía se concentrará en los delitos más graves y por ello también necesitará de menos posibilidades de sobreseimiento; en cambio, si la policía está obligada a entregar todos los casos a la fiscalía, entonces el sistema de justicia penal concederá a la fiscalía importantes competencias de sobreseimiento. En correspondencia con estas distintas competencias fiscales varía también notablemente el ingreso de información en el nivel judicial; por tal razón, en Europa no se puede comparar fácilmente entre sí las tasas de condenados o los niveles correspondientes, sin considerar esas distintas posibilidades de resolución que tiene la fiscalía. En ese sentido, el *Libro Guía* ha desarrollado diferentes categorías de resolución por parte de la fiscalía: casos que son decididos por el tribunal, sanciones que son impuestas por la fiscalía (o por el tribunal a pedido de la fiscalía sin una audiencia formal) y llevan a una declaración formal de culpabilidad; sobreseimientos condicionales realizados por la fiscalía conectados con una obligación y los que no están conectados a una condición por criterios de oportunidad; finalmente, sobreseimientos como consecuencia de la ausencia de sospecha respecto al hecho o por obstáculos procesales de índole jurídica. Esta categorización se basa en un estudio más amplio sobre la función de la fiscalía en Europa.<sup>26</sup>

Los datos estadísticos sobre estas resoluciones fiscales pueden mostrar la dimensión de la selección de casos jurídico-penales. Sin embargo, como consecuencia de la ausencia de datos en la mayoría de las estadísticas nacionales, el *Libro Guía Europeo* no puede presentar datos detallados referidos a delitos en el ámbito de la fiscalía; por eso, aquí no se puede observar el importante proceso de selección. Puesto que solo están disponibles informaciones referidas a delitos en los niveles policial y judicial, entonces puede decirse que solo es posible comparar los delitos que han llegado a conocerse y los sospechosos en el nivel policial con las personas condenadas y sancionadas en el ámbito judicial. De esa forma, puede mostrarse la dimensión cuantitativa de la reducción desde el nivel policial al nivel judicial, sin embargo, no se revelan las razones de los decisivos sobreseimientos realizados por la fiscalía.

---

<sup>25</sup> *Jehle, J.-M.* 2008 (nota 23).

<sup>26</sup> *Jehle, J.-M./Wade, M.*, *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, Berlin [entre otros]: Springer 2006; *Jehle, J.-M.*, *Deliktsbezogene Strafverfolgung und Diversion in Europa*, en: *Bloy, Böse, Hillenkamp, Momsen, Rackow* (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht*, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, Schriften zum Strafrecht, Heft 210, Berlin: Duncker & Humblot 2010, pp. 379–395.

#### 4. Penas y medidas judiciales, vigilancia de libertad condicional y ejecución penal

A diferencia del nivel de la fiscalía, en el nivel judicial es posible esbozar una imagen diferenciada de la criminalidad tratada. En especial se puede diferenciar con base en los distintos delitos. En lo que incumbe a las sanciones proferidas judicialmente, el *Libro Guía* ha previsto en su primera edición cuatro categorías: sanciones pecuniarias, sanciones no privativas de la libertad, privaciones de la libertad sometidas a vigilancia y encarcelamiento incondicional. Junto a la conocida diferencia entre el mandato de condena condicional (*Probation Order*) de acuerdo con el derecho inglés y la libertad condicional según el derecho continental, en las últimas décadas se han desarrollado una multitud de formas de sanciones no privativas de la libertad, que por lo general son circunscritas a sanciones comunitarias.<sup>27</sup> Ellas han adquirido una importancia considerable en todos los países europeos.<sup>28</sup> Por esta razón, el *Sourcebook* ha desarrollado nuevas categorías, las cuales describen las más importantes de esas formas. Para mencionar un ejemplo, el llamado servicio comunitario puede ser vinculado con alguna forma de medida de vigilancia, pero también puede ser condición de la suspensión de una pena o de un sobreseimiento por parte de la Fiscalía. En el campo del Derecho penal juvenil, el servicio comunitario puede además ser impuesto como una medida autónoma, no combinada con una sanción clásica.

Desde el punto de vista institucional, la ejecución de estas sanciones comunitarias está adscrita a un servicio social en la justicia penal o, cuando esta lo encargue, a un servicio de prueba que, según la comprensión alemana, va más allá del propio ámbito de funciones de la asistencia durante la libertad condicional y también abarca deberes de la asistencia judicial. Respecto a quienes son asistidos por ese servicio social, en la mayoría de los países se dispone de estadísticas que se reproducen en el *Sourcebook*.

Finalmente, en lo que concierne a la ejecución de penas privativas de la libertad ejecutoriadas, existe a lo ancho de Europa una larga tradición de estadísticas de ejecución de penas, las cuales documentan la ocupación de las instituciones penitenciarias y de los internos; en esa medida, el *Sourcebook* puede recurrir a enfoques

<sup>27</sup> Véase Europarat. Empfehlung CM/Rec (2010)1 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über die Grundsätze der Bewährungshilfe des Europarats: <https://www.bewahrungshilfe.de/wp-content/uploads/2013/08/2010-Die-Empfehlung-des-Europarates-%C3%BCber-die-Grunds%C3%A4tze-der-Bew%C3%A4hrungshilfe.pdf> <09.07.2018> (German version).

<sup>28</sup> *Palmonski, N./Campistol, C./Jehle, J.-M./van Kalmbout, A.*, Community Sanctions and Measures and Probation Agencies, en: *Heiskanen, M./Aebi, M. F./van der Brugge, W./Jehle, J.-M.* (eds.), *Recording Community Sanctions and Measures and Assessing Attrition*, Helsinki: Hakapaino Oy 2014, pp. 22–125; véase también *Jehle, J.-M./Palmonski, N.*, *Soziale Dienste in der Justiz im europäischen Vergleich*, en: *Bewährungshilfe, Zeitschrift für Soziales, Strafrecht und Kriminalpolitik*, Mönchengladbach: Forum-Verlag Godesberg 2015, pp. 101–115.

de registro del Consejo de Europa acreditados.<sup>29</sup> Puesto que las privaciones de la libertad ejecutadas representan las reacciones más intensas frente a los delitos, su frecuencia o el número de presos también pueden ser consultados como medida de la punitividad de un sistema nacional de justicia penal (véase con más detalle *infra* IV. 3.).

#### IV. Desarrollos de la criminalidad en comparación

En vista de los problemas y debilidades de las comparaciones internacionales (véase *supra* I) no se puede simplemente comparar de un modo transversal el nivel de delincuencia o tasas de criminalidad entre diferentes países europeos. Solo una encuesta a víctimas, aún faltante a nivel europeo, con preguntas y métodos unificados podría expresar algo sobre el nivel real de criminalidad (véase *supra* III. 1). Claro está que las comparaciones transversales no carecen completamente de sentido; ellas pueden exhibir en qué manera y dimensión los sistemas de justicia reaccionan de diferentes formas a la criminalidad. Sin embargo, los estudios longitudinales resultan mucho mejores; si las disposiciones legales de los delitos y su registro estadístico no han cambiado en lo fundamental, se puede interpretar la evolución de las cifras como tendencias reales que también pueden ser comparadas entre países.

##### 1. Desarrollos hasta el 2007

Las informaciones recogidas en el *Sourcebook* ofrecen una buena oportunidad para mirar en detalle los cambios en los diversos niveles del sistema de justicia penal en más de 40 países europeos. Es posible analizar los cambios de los delitos registrados, de los sospechosos, de los condenados y de los presos, que se producen de un modo longitudinal, y además de ello puede construirse diferentes relaciones: por ejemplo, los delitos registrados respecto a los sospechosos, los sospechosos respecto a los condenados, etc. Una serie de estudios de profundización han llevado a cabo con éxito el análisis de tendencias sobre la base de los datos del *Sourcebook*<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Council of Europe annual penal statistics (véase nota 11).

<sup>30</sup> Killias, M./Aebi, M., Crime Trends in Europe from 1990 to 1996, en: European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 8, Dordrecht [entre otros]: Springer 2000, pp. 43–63; Aebi, M. Kubn, A., Influences on the Prisoners Rate: Number of Entries into Prison, Length of Sentences and Crime Rate, en European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 8, Dordrecht [entre otros]: Springer 2000, pp. 65–75; Aebi, M., Crime Trends in Western Europe from 1990 to 2000, en: European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 10, No.2, Dordrecht [entre otros]: Springer 2004, pp. 163–186; Gruszczyńska, B., Crime in Central and Eastern European Countries, en: European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 10, Dordrecht [entre otros]: Springer 2004, pp. 123–136; Gruszczyńska, B./Heiskanen, M., Trends in Police Recorded Offences, en: European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 18, Dordrecht [entre otros]: Springer 2012, pp. 83–103; Aebi, M./

## 2. Desarrollos desde el 2007

En este punto se presenta una evaluación propia de los datos de la edición más reciente del Sourcebook<sup>31</sup>. En principio, podría ofrecerse una comparación de la criminalidad en general. Sin embargo, se renuncia a ello; pues el límite de lo que es un delito o una mera contravención es muy diferente de un país a otro; esto vale ante todo para los delitos de tránsito masivos y formas bagatelares de los delitos contra la propiedad y el patrimonio (véase *supra* III.2.). Algunos delitos resultan más apropiados para una comparación, incluso también cuando puedan existir diferencias nacionales respecto a la definición exacta del delito.

En total, en el actual *Sourcebook* se abarcan las cifras de 38 países europeos, con lo cual se incluyen casi todos los países de Europa. Esos países no son mencionados individualmente aquí para fines comparativos, sino que más bien se proporciona una cifra promedio para todos los países involucrados; además de ello se resumen los países del norte y occidente de Europa, los cuales son más fácilmente comparables con Alemania desde el punto de vista social y económico: estos incluyen, además de Alemania, países vecinos como Austria, Suiza, Francia, Bélgica y los Países Bajos, así como el Reino Unido (con estadísticas separadas para Inglaterra y Gales, Escocia, Irlanda del Norte), Irlanda y los países escandinavos de Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia e Islandia. No todo país puede entregar siempre cifras respecto a los grupos delictivos individuales, de modo que en las categorías individuales varía la población base.

Tabla 2: Nivel de delincuencia frente a asesinatos, violación y robo\* 2007 y 2011

Jahr	Vollendete Tötungen			Vergewaltigung			Diebstahl gesamt		
	BRD	West-Europa <sup>1</sup>	Europa gesamt	BRD	West-Europa <sup>1</sup>	Europa gesamt	BRD	West-Europa <sup>1</sup>	Europa gesamt
2007	1,0	1,4	2,3	8,5	21,4	10,7	3112	3424	1947
2011	0,8	1,3	1,8	8,6	23,3	11,6	2940	3252	1890

\* Cifras por 100.000 habitantes tomadas del Sourcebook 2014, gráficos p. 36, 42, 46.

<sup>1</sup> Europa occidental y del norte; promedio de los países con base en cálculos propios.

Los crímenes más graves, los *homicidios dolosos*, son al mismo tiempo los delitos cometidos con menos frecuencia. Mientras que el nivel de homicidios totales, incluida la tentativa, varía ampliamente de país en país, en el caso de los homicidios consumados (intentional homicide – completed) las cifras comparativas en Alema-

Linde, A., Conviction Statistics as an Indicator of Crime Trends in Europe from 1996 to 2006, en: European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 18, Dordrecht [entre otros]: Springer 2012, pp. 104–144; Smit, P./van Eijk, A., Decae, R., Trends in the Reaction on Crime in Criminal Justice Systems in Europe in 1990–2007, en: European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 18, Dordrecht [entre otros]: Springer 2012, pp. 55–82.

<sup>31</sup> Aebi et al. 2014 (nota 17).

nia, Europa occidental y del norte, así como en toda Europa resultan cercanas. Así en el año 2011 Alemania muestra (0.8) menos de un homicidio consumado por cada 100.000 habitantes, mientras que Europa occidental y del norte un poco más que ello (1.3); Europa en general se ubica un poco más arriba con una tasa de 1,8, lo que puede atribuirse en particular a tasas de homicidios significativamente más altas en los países de Europa oriental. En lo que respecta a la tendencia de 5 años entre 2007 y 2011, las cifras bajan constantemente (véase tabla 2).

Como un *delito sexual grave* el Sourcebook incluye el “*rape*”, lo cual es definido como las “relaciones sexuales con una persona contra su voluntad (por la vía vaginal u otra)”<sup>32</sup>, es decir, formas graves de coacción sexual, especialmente violación. Los actos sexuales con un niño sin violencia o formas más ligeras de coerción sexual no estarían incluidos, sino que estarían registrados de forma independiente. Estas acciones no pueden ser separadas en todos los países, ya sea porque el tipo penal haya sido concebido de modo amplio o porque las estadísticas criminales no realicen la distinción. Esto vale especialmente respecto de los países escandinavos. Por lo tanto, las cifras promedio para Europa occidental y del norte con más de 20 actos por 100.000 habitantes resultan comparativamente altas si la comparación se realiza con Alemania (9) y Europa toda (11); y mientras que el nivel de criminalidad en Alemania sigue siendo aproximadamente la misma, ella aumenta un poco en Europa occidental y del norte (tabla 2).

Los *delitos de hurto* constituyen el grupo de delitos cuantitativamente más significativo entre los hechos punibles que son conocidos por la policía. Su desarrollo impacta también el panorama general de la delincuencia registrada. En Alemania, las cifras están ligeramente por debajo del promedio de Europa occidental y del norte, con unos 3.000 hurtos por cada 100.000 habitantes (véase tabla 2). A un nivel mucho más bajo se mueven las cifras en Europa considerada en conjunto, lo que se debe en parte a las tasas de hurto extremadamente bajas en los países de Europa del Este y presumiblemente también a un bajo nivel de disposición a denunciar, así como al hecho de que los hurtos leves no son procesados allí como delitos y por lo tanto no se registran como estadísticas criminales (véase *supra* III 1. y 2.). En los cinco años de tendencia, las cifras están disminuyendo ligeramente.

En la figura 2 se mencionan otros delitos: en el caso del *robo*, las cifras alemanas están claramente muy por debajo de los valores medios en Europa occidental y del norte y de los de Europa en conjunto, con alrededor de 60 delitos por 100.000. Aunque las cifras correspondientes al quinquenio 2007–2011 en Europa occidental y del norte siguen siendo casi las mismas (+ 1%), ellas disminuyen en Europa considerada como un todo (-5%) e incluso más en Alemania (-8%).

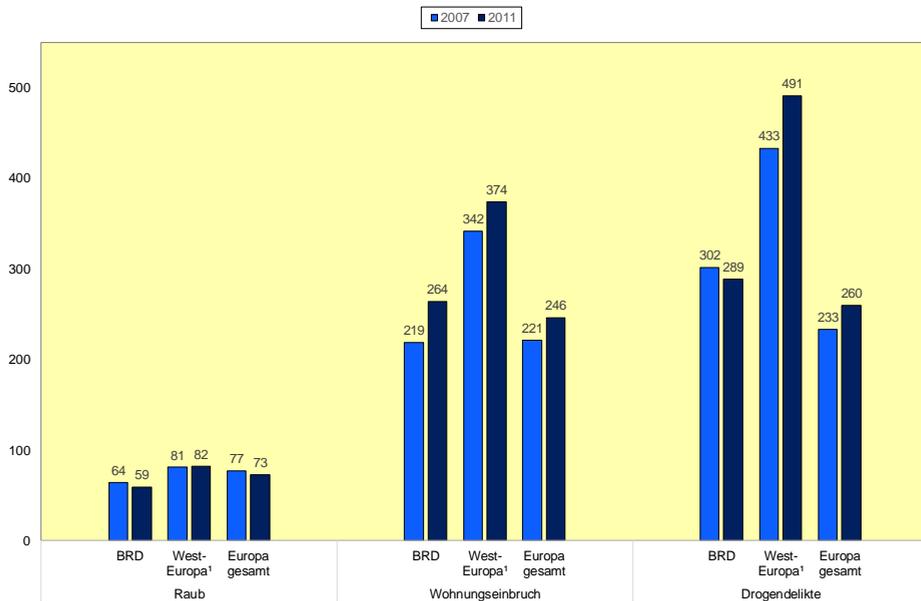
El *robo a hogares* está claramente más extendido. De acuerdo con la definición estándar, el “*domestic burglary*” hace referencia al “acceso a locales privados cerrados”, de los cuales han de excluirse a los locales comerciales, los garajes, etc.

---

<sup>32</sup> Véase al respecto *Jehle* 2013b (nota 26).

Una vez más, aquí las cifras dependen de la extensión de los tipos penales o de la uniformidad de las encuestas respecto al registro. En Alemania, ese delito está abarcado de un modo estricto por el robo en hogares, con base en el § 244 inc. 1 frase 3 StGB. Con base en ello, también se puede explicar que las cifras alemanas que ascienden a 219 o 264 robos de vivienda por cada 100.000 habitantes se encuentran considerablemente por debajo de los valores promedio en Europa occidental y del norte. Es especialmente notable que los robos en hogares – en contraposición con la otra tendencia – está aumentando de un modo absoluto en Europa (en un 20% en Alemania, en un 9% en Europa occidental y del norte y en un 11% en Europa considerada en conjunto).

Gráfico 2: Nivel de criminalidad frente a robos (Raub), robos de viviendas (Wohnungseinbruch) y delitos relacionados con drogas (Drogendelikte) en 2007 y 2011\*



\* Cifras básicas por cada 100.000 habitantes del *Sourcebook* 2014, Tablas pp. 44, 49, 53.

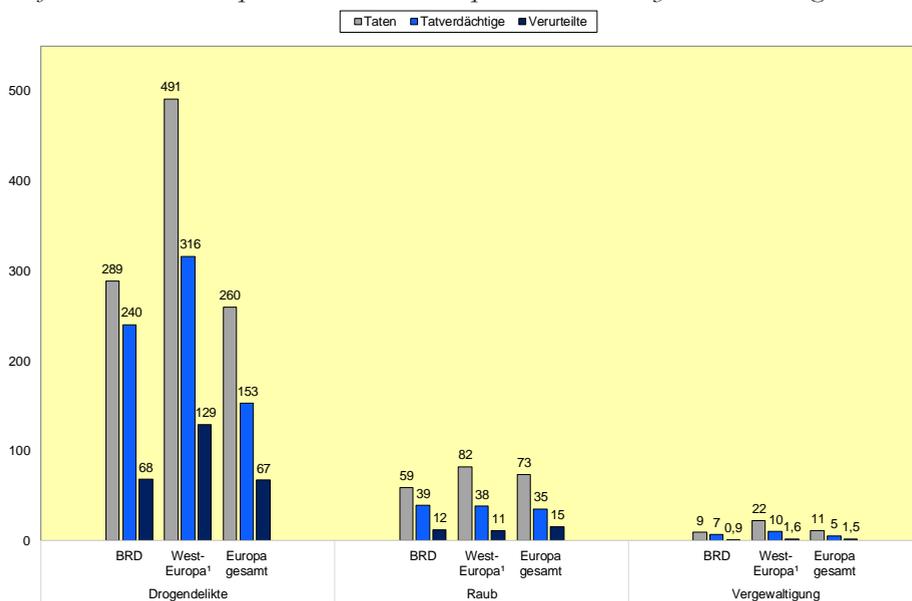
¹ Europa occidental y del norte; promedio basado en cálculos propios.

Finalmente, son considerados los *delitos relacionados con drogas*; su registro depende en gran medida del control policial en este ámbito. En este caso, las cifras en Alemania (-4%), que han disminuido ligeramente durante el quinquenio, con unos 300 delitos relacionados con drogas por cada 100.000 habitantes están de nuevo muy por debajo de la media de Europa occidental y del norte, la cual de un nivel alto (alrededor de 430) aún sigue subiendo (+13%). Aquí también, las cifras para Europa en su conjunto están claramente por debajo; sin embargo, especialmente en Europa del Este, partiendo de un nivel bajo, ellas muestran una tendencia claramente ascendente (+12%).

## V. Selección de casos en el proceso penal, punitividad

Como se describe en la sección III.3, en el *curso de la persecución penal* se produce una disminución considerable del número de casos entre la policía y los tribunales penales. Esta no es una particularidad alemana, sino que se puede observar en todos los sistemas de justicia penal, lo cual puede ilustrarse con las cifras disponibles en el Sourcebook respecto a los hechos que han sido conocidos por la policía, los sospechosos y los condenados. Los grupos de delitos de robo, la grave violencia sexual, así como la delincuencia relacionada con drogas son seleccionados como ejemplos (véase Gráfico 3).

Gráfico 3: Hechos – Sospechosos – Condenados por violación, robo y delitos con drogas\* 2011



\* Cifras básicas por cada 100.000 habitantes del Sourcebook 2014, Tablas pp. 42, 44, 53; para sospechosos pp. 64, 66, 75; para condenados pp. 163, 165, 173.

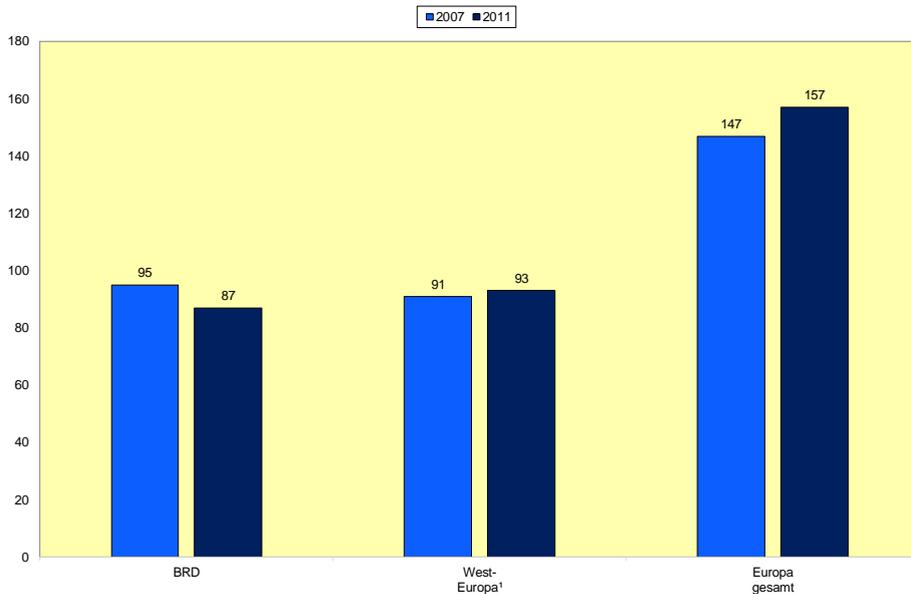
¹ Europa occidental y del norte; promedio con base en cálculos propios.

Respecto al *robo*, los diferentes valores relativos a hechos en Alemania, Europa Occidental y del Norte así como en toda Europa se estabilizan en cuanto se hace referencia al nivel de los sospechosos; valores similares se encuentran también en el caso de los condenados. El cociente de condenas, es decir, el número de condenados con relación al de sospechosos, es en Alemania, con 31%, ligeramente superior al de Europa Occidental y del Norte (30%), pero inferior al de Europa en general (39%).

También en el caso de *formas graves de coerción sexual*, en particular de violación, partiendo desde un nivel inicial bastante diferente en cuanto al nivel fáctico se produce un cierto grado de alineación en cuanto a los sospechosos y condenados, de modo que al final los valores se han aproximado unos a otros con 0,9 hasta 1,6 condenados por 100.000. La proporción de condenados respecto a los sospechosos es similar en Alemania y en Europa occidental y del norte, con un 13% o un 16%.

Algo menos uniforme es el proceso de persecución penal tratándose de *delitos relacionados con drogas*. El nivel de partida claramente diferente en forma de altas tasas de delincuencia y de sospechosos en Europa Occidental y del Norte también afecta a los niveles siguientes. A esto se agrega una selección muy diferente: en Alemania, la proporción de condenados respecto a los sospechosos (28%) es bastante baja en relación con Europa occidental y del norte (41%) y con toda Europa (44%).

Gráfico 4: Tasas de reclusión\* en Europa 2007 y 2011



\* La población de prisioneros y presos en detención preventiva en la fecha límite: 1 de septiembre por 100.000 habitantes; Sourcebook 2014.

¹ Europa occidental y del norte; Promedio basado en cálculos propios.

Para describir más a fondo el proceso de selección, se podría presentar adicionalmente los condenados a prisión incondicional<sup>33</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la praxis de la determinación de la pena difiere considerablemente en los países europeos. Mientras que en los países escandinavos se prefiere las penas de prisión cortas, en los países de Europa del Este predominan las penas de prisión de mediano hasta largo plazo. Es decir, si uno desea encontrar una medida de la gravedad del castigo, entonces tendría que orientarse por las tasas de prisioneros, que se utilizan comúnmente a nivel internacional como un indicador de la severidad de las sanciones en un país, es decir de la llamada punitividad.<sup>34</sup> Pues en esta tasa se manifiesta tanto el número de condenados a prisión incondicional o condenas en suspenso que han sido revocadas, así como la duración de la pena de prisión impuesta. Por esta razón, se comparan las tasas de prisión.

Aquí, las cifras en Alemania y Europa Occidental y del Norte se mueven en un nivel similar, pero con una tendencia opuesta en el período de cinco años medidos entre el 2007 y el 2011: un leve incremento del 3% en Europa Occidental y del Norte y un descenso del 8% en Alemania. En términos generales, hay cerca de 1 preso por cada 1000 personas de la población. Por otro lado, las cifras para toda Europa son mucho más altas con una tendencia al alza (+ 6%). Esto se debe a un número significativamente mayor de presos en los países de Europa del este (véase Gráfico 4).

## VI. Perspectiva

En resumen, la comparación europea no muestra para Alemania ninguna divergencia marcada: medida a partir de los grupos delictivos seleccionados, la tasa de la delincuencia alemana se sitúa ligeramente por debajo del valor medio de los países de Europa Occidental y del Norte y sigue la tendencia general en el quinquenio de 2007 a 2011, la cual – a excepción del hurto a viviendas –, consiste en una ligera disminución. La disminución del número de casos entre los distintos niveles de la policía y los tribunales penales también se configura de un modo similar. Por último, las tasas de prisioneros en Alemania y en Europa occidental y del norte están casi al mismo nivel.

La forma ideal de superar los problemas de las comparaciones internacionales es el enfoque orientado a los sucesos desarrollado por la ONUDD<sup>35</sup> con miras a un concepto comprensivo de una clasificación internacional de los delitos. El enfoque significa que no se toma más los tipos penales definidos legalmente como

---

<sup>33</sup> Jehle, J.- M. 2013 (nota 26).

<sup>34</sup> Cfr. solo Harrendorf, S., Methodische Überlegungen zu Möglichkeiten und Grenzen vergleichender Punitivitätsmessung, en: Dölling, D./Jehle, J.- M. (ed.), Täter- Taten- Opfer Grundlagenfragen und aktuelle Probleme der Kriminalität und ihrer Kontrolle, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg 2013, pp. 785–806.

<sup>35</sup> Véase *supra* nota 8.

una unidad estadística, sino que son reemplazados por sucesos criminológicos significativos, que se describen en detalle mediante sus elementos y atributos. El punto de partida es una clasificación referida a la acción o al suceso. Cada acto o evento se diferencia en sus elementos individuales: la acción con respecto a un determinado objeto, el daño, el modo operandi, la tentativa o la consumación; el sospechoso con respecto a la edad, el género, el motivo y la corresponsabilidad; la víctima con respecto a la edad y el sexo. Tal diferenciación según los elementos es prometedora, como demuestran claramente los ejemplos de diversos delitos. Pero, por supuesto, es difícil implementar tal sistema de clasificación a nivel nacional, al cual se refieren regularmente las estadísticas criminales. Sólo si los sistemas nacionales individuales han adoptado un sistema de clasificación de este tipo se pueden superar completamente los problemas de las comparaciones internacionales.<sup>36</sup>

Mientras que tengamos que trabajar con los datos nacionales existentes relativos a los respectivos sistemas nacionales de justicia penal, tendremos que considerar diferentes definiciones de delitos y de modalidades de registro. Esto significa al mismo tiempo que las cifras no pueden utilizarse fácilmente para informar a la política y al público en general. Más bien, se requiere de una interpretación cuidadosa: esto quiere decir que la experiencia de los criminólogos seguirá siendo necesaria.

---

<sup>36</sup> *Jehle, J.-M.*, How to Improve the International Comparability of Crime Statistics, in *Joutsen, M.* (ed.), *New Types of Crime*, Helsinki: HEUNI 2012b, pp. 134–140.

## **IX. Complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Auschwitz**

*Sentencia del BGH y comentario de Claus Roxin*

### **I. Sentencia. Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), Decisión del 20 de septiembre de 2016 – 3 StR 49/16 – LG Luneburgo: Complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Auschwitz\***

La Tercera Sala Penal del Tribunal Supremo Federal, a solicitud del Fiscal General Federal y luego de oír al recurrente, con fecha 20 de septiembre de 2016 y de conformidad con el parágrafo 349 apartado segundo del Código Procesal Penal (§ 349 Abs. 2 StPO), ha decidido por unanimidad:

Que el recurso de revisión solicitado por el acusado en contra de la sentencia del Tribunal Regional de Luneburgo del 15 de julio de 2015 sea rechazado.

Que el recurrente asuma los costos tanto de su recurso judicial como de los gastos necesarios surgidos a partes que no pidieron tal procedimiento de revisión.

---

\* Nota Aclaratoria: Acá se reproduce la sentencia traducida por Pedro Roldan Vazquez (abogado, estudiante de Maestría en Derecho de la Universidad de Leipzig, Alemania) para facilitar la comprensión del comentario. El traductor agradece la revisión y los comentarios de Leandro E. R. Massari, abogado, magíster en Criminología y Sociología Jurídico-Penal (Universitat de Barcelona, España). Revisión general a cargo de Dr. iur. John Zuluaga LL.M., Profesor Asociado a la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia).

## Fundamentos:

**1** El Tribunal Regional (“*Landgericht*”) sentenció al acusado a una pena de cuatro años de prisión en calidad de cómplice de asesinato en 300.000 casos, todos ellos casos legalmente coincidentes. Contra su condena, el acusado promovió recurso de revisión basado en la invocación de la violación al derecho formal y sustantivo. El recurso deviene infructuoso.

**2 I.** El Tribunal Regional formuló básicamente las siguientes conclusiones:

**3** En octubre de 1940, el acusado se alistó voluntariamente en las SS<sup>NdeT1</sup> como un “nacionalsocialista convencido”, para pertenecer, según su visión de aquel entonces, a la “gloriosa casta de élite”. Como no quiso ser asignado a las tropas de las SS que luchaban en el frente, fue nombrado en un principio y a petición suya, como “gestor de pagos” en diversos lugares de pago de las SS. En septiembre de 1942, fue finalmente trasladado al campo de concentración de Auschwitz con el rango de “Soldado de asalto” (“*SS-Sturmmann*”) <sup>NdeT2</sup>, para participar allí de la puesta en marcha de la “Operación Reinhard” (“*Aktion Reinhard*”).

**4** Dicha operación, que llevaba el nombre del Director de la Dirección General de Seguridad del Reich (“*Reichssicherheitshauptamtes*”), Reinhard Heydrich, fue parte de la implementación de “la solución final de la cuestión judía” decidida por los dirigentes nacionalsocialistas a más tardar a principios de 1942, que implicaba el asesinato sistemático de todos los judíos europeos en la zona de influencia alemana y se dirigió contra la población judía, tanto de la parte ocupada de Polonia como de Ucrania. Los judíos que vivían allí debían, sin excepción, ser deportados y asesinados en los campos de concentración y exterminio dirigidos y administrados por las SS, ya sea inmediatamente después de su deportación o mediante el “aniquilamiento por medio del trabajo”. Los campos de exterminio establecidos en Belzec, Treblinka y Sobibor, así como el campo de concentración de Auschwitz, sirvieron en particular a este propósito.

**5** El campo de concentración de Auschwitz fue erigido inicialmente sobre un complejo de antiguos edificios de cuarteles (conocido como “*Stammlager*” o “*Auschwitz P*”). Este “campamento original” constaba de un pabellón de detención preventiva (“*Schutzhaftlager*”) y de un área de oficinas administrativas en las que tuvieron su sede, entre otras, la denominada “administración de la propiedad de los prisioneros” (“*Häftlingsvermögensverwaltung*”) y, además, en una subdivisión de ésta, la

<sup>NdeT1</sup> “SS” siglas para “*Schutzstaffeln*” (en español “Escuadras de Protección”): unidad especial de guardia del régimen nacionalsocialista, conformada esencialmente por policías y soldados.

<sup>NdeT2</sup> “*SS-Sturmmann*” (en español “soldado de asalto de las SS”): rango paramilitar del partido Nazi equivalente a un cabo 2°.

“administración del dinero de los prisioneros” (“*Häftlingsgeldverwaltung*”). A partir de octubre de 1941 el campo ya había sido expandido por un complejo de campamentos mucho más grande en el pueblo de Birkenau, ubicado a unos tres kilómetros de distancia (“*Auschwitz IP*”). En el marco de la “Operación Reinhard”, el campamento Auschwitz-Birkenau se convirtió definitivamente durante finales del año 1942 y principios del año 1943 en un campo de exterminio, en el que junto a las cámaras de gas instaladas en un comienzo de manera provisoria en dos antiguas granjas, fueron luego construidas cuatro grandes cámaras de gas conectadas con crematorios, y puestas en funcionamiento en el curso del año 1943. De modo que, para esa fecha, hasta 5.000 personas podían ser asesinadas e incineradas por día.

**6** A principios del mes de marzo de 1944, siguiendo el ejemplo de la “Operación Reinhard”, las SS iniciaron el proceso de exterminio de la población judía que vivía en Hungría (la llamada “*Ungarn-Aktion*” u “Operación Hungría”). Así, luego de que un grupo de la SS conocido como “Comando Eichmann”, hubiera ya viajado a Hungría el 10 de marzo de 1944 especialmente para la preparación del plan, el 19 de marzo de 1944 – tras la ocupación del país por las tropas alemanas –, los judíos que vivían allí fueron recludos en guetos y finalmente deportados en trenes hacia Auschwitz durante el período comprendido entre el 16 de mayo y el 11 de julio de 1944, para ser sistemáticamente asesinados, tal como había ocurrido previamente con los judíos víctimas de la “Operación Reinhard”.

**7** Como preparativo de la “Operación Hungría” en Auschwitz-Birkenau, las SS agregaron a la conexión ferroviaria una nueva plataforma de carga (“la rampa nueva”) que – a diferencia de la rampa anteriormente utilizada (“la rampa vieja”) –, terminaba dentro del campamento y se repartía en un ramal de tres nuevos andenes. En consecuencia, los trenes con los deportados podrían ser ahora “descargados” a sólo unos cien metros de las cámaras de gas. Por lo demás, los procedimientos en el marco de la “Operación Hungría” se correspondían con los de la “Operación Reinhard”:

**8** El personal del campo asignado a la “gestión” del transporte, expulsaba a los deportados de los vagones, ordenándoles que dejaran su equipaje en la rampa. Para mantener su calma, engañaban a las víctimas diciéndoles que ellos iban a acarrearles las pertenencias. Posteriormente los deportados eran separados por sexo y llevados ante un médico de las SS, quien realizaba la llamada “selección”, en la cual se decidía, según la impresión externa y un breve interrogatorio (especialmente sobre la edad y la ocupación), quien debía ser considerado como “capaz” y quien como “incapaz” de trabajar. Los “capaces” fueron enviados al campo y utilizados para trabajos forzados, para ser “exterminados por medio del trabajo”. Todos los demás – en promedio alrededor del 80 al 90 por ciento – fueron conducidos directamente hacia las cámaras de gas. Los miembros de las SS los engañaban diciéndoles que iban a “tomar una ducha”. Justo antes de las cámaras de gas había una habitación

diseñada como un vestidor. Allí, los miembros de la SS indicaban a los deportados que debían desnudarse completamente. Tratando de mantener su calma el mayor tiempo posible, les exigían a las víctimas echar un vistazo preciso al lugar donde habían dejado la ropa, para que pudieran recuperar sus pertenencias “después de ducharse”. Seguidamente los obligaban a entrar en las cámaras de gas, donde asesinaban a todos de una cruel manera por medio del pesticida “*Zyklon B*” (cianuro de hidrógeno, también llamado “ácido azul”).

**9** En el curso de la “Operación Hungría” llegaron a Auschwitz 141 trenes con cerca de 430.000 personas deportadas de Hungría. Debido a la falta de registro de las víctimas que pasaron directamente a ser asesinadas, el Tribunal Regional no pudo establecer su número exacto. Por tal motivo la Sala Penal asumió – en favor del acusado –, que por lo menos 300.000 de los deportados fueron asesinados inmediatamente al llegar.

**10** El equipaje que los deportados dejaban en la rampa era separado por los llamados “prisioneros con funciones” (“*Funktionshäftlinge*”) antes de la llegada del próximo tren de transporte, y era escudriñado en busca de dinero y objetos de valor, los cuales eran luego llevados a la sección “administración de la propiedad de los prisioneros” para una posterior tasación.

**11** Una vez trasladado al campo de concentración de Auschwitz, el acusado fue asignado a un puesto en el área de “Administración del dinero de los prisioneros”. Entretanto había sido promovido al grado de Sargento Segundo de las SS (“*SS-Unterscharführer*”) y asignado a la “Operación Hungría”, de igual manera que en la “Operación Reinhard”. De tal modo que en el transcurso de la “Operación Hungría”, el acusado, uniformado y armado con una pistola, desempeñó durante al menos tres días – no mayormente precisables –, las funciones de servicio de rampa en la denominada “nueva rampa”. En primer lugar, tenía la tarea de custodiar el equipaje allí depositado durante la descarga de los trenes que llegaban a Auschwitz y, de esta manera, evitar el robo. Aunque en Auschwitz el robo por parte de los miembros de la SS estaba a la orden del día, la mayoría de estos hechos no fueron perseguidos ya que los autores cedían subrepticamente una parte del “botín”, a fin de mantener la moral de las tropas. En la rampa, sin embargo, debía impedirse en todo momento que los equipajes fueran abiertos, inspeccionados y saqueados a la vista de los deportados, para no levantar sospechas y evitar revueltas, que pudieran poner en riesgo el procedimiento ulterior de selección y gaseado. Al mismo tiempo y mediante sus funciones en el “servicio de rampa”, el acusado formó parte del contexto de intimidación usado para sofocar, ya desde el origen, cualquier idea de resistencia o huida.

**12** Además, del “servicio de rampa”, el acusado estaba encargado, conforme a su función en la sección de “administración del dinero de los prisioneros”, de la clasificación monetaria, la contabilidad, la administración y el transporte hacia Berlín del dinero de los deportados. Allí, lo entregaba en intervalos irregulares a la Dirección General de Administración Financiera de las SS (*“SS-Wirtschafts-Verwaltungshauptamt”*) o lo depositaba directamente en una cuenta de las SS en el Reichsbank. Asimismo, incumbía en todo momento a las funciones de servicio del acusado, la supervisión de los deportados y, en caso necesario, el impedir por medio de las armas cualquier resistencia o intento de fuga.

**13** Desde su participación en la “Operación Reinhard”, el acusado conocía todos los detalles de los procedimientos empleados en el campo de concentración de Auschwitz. En particular, él sabía que los judíos deportados en forma masiva a Auschwitz eran masacrados aprovechándose deliberadamente de su calma e indefensión. Asimismo, él era consciente de que con sus actividades apoyaba la maquinaria de muerte que operaba en Auschwitz. Él fue – al menos – condescendiente con tal proceder, para evitar ser transferido a las unidades de las SS que combatían en el frente de batalla.

**14** II. El recurso por motivos de procedimiento no logra trascender los fundamentos expuestos en la presentación del Fiscal General Federal.

**15** III. De la revisión exhaustiva de la sentencia con base en la alegación de infracción de preceptos legales, no se advierte error legal alguno en perjuicio del acusado.

**16** Las determinaciones tomadas en correcta aplicación del derecho, llevan a la condena del acusado por complicidad en el asesinato en 300.000 casos (§§ 211, 27 StGB). El Tribunal Regional asumió con acierto que durante la “Operación Hungría” al menos 300.000 personas fueron asesinadas con alevosía y crueldad en el campo de concentración de Auschwitz. La afirmación de la Sala Penal según la cual el acusado ha prestado asistencia a todos estos hechos, no resulta objetable por motivos legales.

**17** 1. La valoración jurídica de los actos del acusado se establece a partir de principios generales. De ello se deduce que:

La asistencia en el sentido del parágrafo 27 del Código Penal (§ 27 StGB) es – para los delitos de resultado (*“Erfolgsdelikte”*) – fundamentalmente cualquier acto que promueva o facilite objetivamente la consecución del resultado del hecho a través del autor principal; no es necesario que en su forma concreta esta asistencia se convierta de manera alguna en causal de la ocurrencia del resultado (jurisp. const.; véase p. ej. BGH, Sentencia de 8/03/2001 – 4 StR (Sala Penal) 453/00, NJW (Nuevo Semanario Jurídico) 2001, 2409, 2410, con más referencias). La complicidad puede darse ya desde la etapa de preparación del hecho (véase BGH, Sen-

tencias del 1/08/2000 – 5 StR 624/99, BGHSt (Digesto de decisiones en asuntos penales del Tribunal Supremo Federal) 46, 107, 115, y del 16/11/2006 – 3 StR 139/06, NJW 2007, 384, 389, con más referencias respectivamente), incluso para el momento en que el autor principal aún no está decidido a cometer el hecho (véase BGH, Sent. 24/04/1952 – 3 StR 48/52, BGHSt 2, 344, 345 s.; Resolución de 8/11/2011 – 3 StR 310/11, NStZ (Nueva Revista de Derecho Penal) 2012, 264); es también todavía posible luego de la consumación del hecho hasta su agotamiento (véase BGH, Sentencia 24/06/1952 – 1 StR 316/51, BGHSt 3, 40, 43 s.; Resolución 4/02/2016 – 1 StR 424/15, Rn (cons. jurid.) 13, mwN, respect.). También entra en consideración la llamada complicidad psicológica, en la que la voluntad criminal del autor principal se ve fortalecida de manera expresa – o aun implícitamente –, ya incluso en su resolución de actuar. Este es el caso, por ejemplo, si se le promete apoyo al autor principal en la posterior ejecución del hecho o en el aprovechamiento de lo obtenido por el delito (véase p. ej. BGH, Decisiones del 13/08/2002 – 4 StR 208/02, NStZ 2003, 32, 33; del 1/02/2011 – 3 StR 432/10, NStZ 2011, 637).

**18** Si el delito es cometido por un grupo de personas – como una pandilla o una organización criminal o terrorista –, no puede el acto serle imputado individualmente como propio a un miembro de tal banda criminal, por el solo hecho de lo que éste pudiera haber pactado con la pandilla o por su mera pertenencia a la organización. Es necesario más bien examinar en cada caso a la luz de los criterios generales, si el individuo involucrado intervino como coautor (§ 25 Abs. 2 StGB), instigador (§ 26 StGB) o cómplice (§ 27 StGB), en la medida en que éste no haya por sí mismo realizado alguna otra contribución punible al delito (jurisp. const.; véase p. ej. sobre bandas criminales: BGH, Decisión del 13/05/2003 – 3 StR 128/03, NStZ-RR 2003, 265, 267; de 24/07/2008 – 3 StR 243/08, StV 2008, 575; de 1/02/2011 – 3 StR 432/10, NStZ 2011, 637; sobre organizaciones: BGH, Decisiones del 23/12/2009 – StB 51/09, NStZ 2010, 445, 447 s.; del 7/02/2012 – 3 StR 335/11, NStZ-RR 2012, 256, 257).

**19** Estos principios se aplican también entonces, cuando está en cuestión la valoración jurídico-penal de los actos que se llevan a cabo en el marco o en conexión con los crímenes de masa organizados por el Estado. Para su aplicación, sin embargo, no deben soslayarse las particularidades que se dan para tales delitos desde el punto de vista fáctico. Éstas consisten en una serie de actos tales como el genocidio sistemático de los judíos europeos por parte de la Alemania nacionalsocialista, en los que en cada uno de los asesinatos individuales cometidos para su realización, por un lado, tuvo participación una variedad de personas sólo desde una posición de responsabilidad política, administrativa o jerárquica-militar sin ejecución de propia mano de un homicidio, pero también, por el otro, intervino en la ejecución de los homicidios individuales un gran número de personas en cumplimiento de órdenes gubernamentales y en el marco de una cadena de mando jerárquica. Para la valora-

ción jurídica de las acciones de un – como aquí – sujeto involucrado con un nivel jerárquico inferior y sin dominio propio de los hechos en el manejo organizacional de los asesinatos en masa, debe tenerse en cuenta por lo tanto que en cada acto individual de asesinato los cómplices interactuaron en varios niveles en diferentes funciones así como con diferentes acciones, y por lo tanto es necesario comprobar, si los actos del interviniente considerado en todo caso partícipe, han promovido en los términos del § 27 inciso 1 StGB, la acción de al menos uno de los que intervinieron delictivamente en el asesinato.

**20 2.** A este respecto el Tribunal Regional, libre de errores de derecho, ha considerado a las actividades desempeñadas por el acusado en el campo de concentración de Auschwitz, como actos de complicidad en los asesinatos cometidos en el contexto de la “Operación Hungría”, en el que las víctimas luego del arribo y la “selección”, pasaron inmediatamente a ser asesinadas en las cámaras de gas.

**21 a)** Esto se aplica en primer lugar con relación a las víctimas frente a cuyo arribo en Auschwitz-Birkenau el acusado se encontraba cumpliendo con el servicio de rampa. No exige mayores discusiones el hecho de que, con su accionar, el acusado prestaba asistencia a los miembros de las SS, los que a su vez cometían asesinatos mediante la previa selección en la rampa y la inmediata ejecución a través del rociamiento del “*Zyklon B*” en las cámaras de gas. El acusado prestó asistencia entonces en el sentido del § 27 inciso 1 del Código Penal, por un lado – mediante la vigilancia del equipaje –, a conservar la calma de quienes llegaban y, por el otro – como una parte del contexto de intimidación –, a sofocar toda idea de resistencia o fuga.

**22 b)** Pero también resulta punible el acusado por complicidad en el asesinato respecto de las víctimas que arribaron y a las cuales él no prestó el servicio de rampa. En efecto, aunque no pueda aseverarse que con su accionar el acusado haya prestado asistencia física o psicológica directa a los “médicos” que participaron en la “selección” o a los miembros de las SS que realizaron la matanza, el Tribunal Regional no obstante tomó acertadamente como punto de partida que el acusado por medio del ejercicio general de su servicio en Auschwitz, ya había prestado asistencia a los dirigentes estatales y a las SS, quienes a principios de 1944 ordenaron la “Operación Hungría”, la que subsecuentemente desde una posición de liderazgo, implementaron o dejaron implementar (para la autoría mediata en el marco de los aparatos de poder estatales, véanse p.ej. BGH, sentencias del 26/07/1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218, del 4/03/1996 – 5 StR 494/95, BGHSt 42, 65, del 8/11/1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270). Esto se debe a lo siguiente:

**23** El requisito para la orden y la pronta ejecución del asesinato de los judíos deportados de Hungría era la existencia de un aparato organizado de muerte que sobre la base de su equipamiento material y personal, y por medio de procesos

técnicos administrativos y mecanismos cuasi industriales estuvo en capacidad de llevar a cabo un gran número de asesinatos en el menor tiempo posible. Para esta estructura de muerte se contaba con el campo de concentración de Auschwitz – en particular con el campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau –, y con personal dedicado a este propósito. Solo porque disponían de una “maquinaria industrial de matar” organizada con subordinados dispuestos y obedientes a su disposición, los líderes nacionalsocialistas y los principales funcionarios de las SS estuvieron en condiciones de organizar la “Operación Hungría” y llevarlo a cabo en la forma en que finalmente sucedió. La resolución de actuar y sus órdenes para la implementación de la acción estuvieron, por lo tanto, condicionadas fundamentalmente por estos requisitos y, a la vez por esto mismo, fueron promovidas decisivamente.

**24** El acusado tuvo participación en esta facilitación de los hechos. Era parte del aparato de personal que ya estaba cumpliendo funciones al momento de la orden para llevar a cabo la “Operación Hungría” en Auschwitz. Él estaba vinculado a la organización de los asesinatos masivos, e independientemente de esto, le incumbía supervisar y vigilar la llegada de los deportados a la rampa y evitar por medio de las armas cualquier resistencia o intento de fuga. Finalmente, más allá de esto también estuvo involucrado en el aprovechamiento de los bienes de las víctimas, lo que hizo que las SS se beneficiaran incluso luego de la muerte de las víctimas. El hecho de que estas funciones fueran ejercidas en el campo de concentración de Auschwitz por miembros de las SS que eran activos allí, era bien conocido por los responsables cuando se ordenó la “Operación Hungría” y fue de fundamental importancia para su resolución de actuar y emitir las respectivas órdenes y mandatos. El hecho de que ellos no conocieran personalmente al acusado es jurídicamente irrelevante. Bastaba con que ellos sepan que todas las tareas a desarrollarse para poner en marcha esa mortífera maquinaria, serían cumplidas por subordinados confiables y obedientes, lo que garantizaba una implementación sin obstáculos de la “Operación Hungría”.

**25** Todo lo que según el contexto general de los fundamentos del veredicto, era también conocido por el acusado, quien lo aprobó – al menos – con condescendencia. Ya estaba plenamente informado de los acontecimientos, poco después de su llegada a Auschwitz. Sin embargo, en su empeño por no ser transferido al frente, se unió a la organización del campo y ejecutó todas las órdenes que se le impartieron. Él tenía en claro, por lo tanto, que a través de su servicio, en colaboración con otros, lograba asegurar en todo momento las condiciones necesarias para que las autoridades del Estado y de las SS pudieran decidir y ordenar la ejecución de una operación de exterminio en Auschwitz, ya que dependían de la ejecución a nivel local de sus órdenes criminales. Desde el punto de vista subjetivo, no se requiere más para tener por acreditada la contribución del acusado en todos los asesinatos que le fueran atribuidos en la sentencia impugnada por la “Operación Hungría”.

**26** 3. La posición legal de la Sala que se establece en el punto 2. b) no entra en conflicto con la jurisprudencia de otras salas del Tribunal Supremo Federal.

**27** No obstante, la Segunda Sala Penal del Tribunal Supremo Federal en su sentencia de 20 de febrero de 1969 afirmó (2 StR 280/67; reimpresión por Rüter/de Mildt, *Justicia y Crímenes del Nacionalsocialismo*, Nr. 595b, Tomo XXI, pág. 838 y ss; parcialmente también en NJW 1969, 2056) en otro contexto jurídico – la valoración de la concurrencia legal en los asesinatos masivos en periodos de tiempo separados unos de otros, que se diferencian esencialmente entre sí y se basan en motivos diferentes –; que “no toda persona involucrada en el programa de exterminio del campo de concentración de Auschwitz” que “de alguna manera trabajaba en ese programa”, pudo haber “participado objetivamente en los asesinatos”, y es “responsable por todo lo que sucedió” (subrayados en el original). Porque entonces, el médico que fue solicitado para atender a los guardias de vigilancia, y que se limitó estrictamente a esta tarea, sería también culpable por complicidad en el asesinato. Esto incluso se aplicó al médico que había tratado a prisioneros enfermos del campo y los pudo sanar. Ni siquiera quien con el accionar de su posición hubiera puesto pequeños obstáculos al programa de exterminio, aun de manera subordinada y sin éxito, quedaría eximido de pena (Rüter/de Mildt op. Cit., p. 882; NJW 1969, 2056 s.).

**28** Esto, sin embargo, no puede ser tenido en cuenta en el presente caso; porque los hechos que ahora se valoran se diferencian claramente de lo analizado por la Segunda Sala Penal en el caso presentado a modo de ejemplo. No se imputa aquí al acusado por “todo” lo que sucedió en Auschwitz. Se trata más bien de la cuestión, de si y cómo el acusado es penalmente responsable por los asesinatos cometidos en el marco de la coyuntura fijamente delimitada de la “Operación Hungría”. Tampoco el acusado intervino “de cualquier manera en ocasión del programa de exterminio”, sino que se determinaron conductas concretas con referencia directa a los asesinatos organizados en Auschwitz, ya desde el periodo previo, pero también durante el transcurso de la “Operación Hungría”; dichas conductas deben ser valoradas jurídicamente. En lo que respecta a los hechos bajo consideración, la Sala opina en coincidencia con la jurisprudencia de la Segunda Sala Penal (ver p. ej. Sentencia del 22 de marzo de 1967 – 2 SP 279/66, JZ 1967, 643 s.; de 27 de octubre de 1969 – 2 SP 636/68, juris Rn. 9 y 51 [a este respecto BGHSt 23, 123 no impresa]), criterio que en su sentencia de 20 de febrero de 1969 (Rüter/de Mildt op. cit, p. 882; NJW 1969, 2056, 2057) tampoco dejó de lado.

**29** 4. La Sala no necesita determinar si ha sido correcta la valoración hecha por el Tribunal Regional sobre los actos de colaboración del acusado como una conducta única de complicidad en el asesinato de 300.000 casos (§ 52 StGB). El acusado no

formuló queja alguna acerca de que el Tribunal Regional no haya considerado el servicio de rampa desempeñado por el acusado como una pluralidad de asistencias para el asesinato de las múltiples víctimas de los correspondientes transportes.

**30 IV.** La decisión sobre costos y gastos se basa en el § 473 inciso 1 párrafos 1 y 2 del Código Procesal Penal (StPO). No procede el reembolso de los gastos en que incurrieron los querellantes B., O., Le., Ko., L., W., S., R., y Lef. durante el procedimiento de revisión, debido a que sus apelaciones fueron igualmente rechazadas (véase Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Ed. 59., § 473 nota marginal 10a).

## **II. Comentario. Complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Auschwitz\***

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin\*\*

En su decisión del 20.9.2016<sup>1</sup>, la Tercera Sala Penal del Tribunal Federal Supremo alemán ha considerado que un servicio que contribuyó al asesinato masivo de 300.000 (trescientos mil) judíos en el campo de concentración nacionalsocialista de Auschwitz también constituye una complicidad en asesinato, aun cuando el respectivo miembro del equipo de campo no haya intervenido por sí mismo.

Esta decisión ha sido considerada en reiteradas ocasiones por los medios alemanes como una “decisión histórica”. Así, por ejemplo, *Janisch* en el “Süddeutsche Zeitung”<sup>2</sup>, señaló que la decisión habría “hecho historia jurídica [...] La justicia alemana ha encontrado finalmente las palabras correctas para [...] la cuestión referida a la culpabilidad de los pequeños pero indispensables colaboradores del monstruoso asesinato masivo”.

Para anticipar el resultado: Considero que esa decisión es correcta y creo que merece la relevancia que se le ha atribuido. Ella deja definitivamente en claro que los miembros del equipo de un campo de concentración se hicieron culpables por complicidad en el asesinato, si ellos sabían de los asesinatos cometidos durante su pertenencia al campo y apoyaron la operación del campo dirigida al exterminio a gran escala de vidas humanas.

---

\* (Orig.: “Beihilfe zum Mord durch Dienst im Konzentrationslager Auschwitz”). Traducido por Dr. iur. John Zuluaga, LL.M., Profesor Asociado al Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia). Miembro del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Revisión a cargo de Gustavo Urquiza, LL.M.

\*\* Catedrático (em.) de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich. Acreedor de casi una veintena de Doctorados Honoris Causa y reconocimientos académicos.

<sup>1</sup> Citado aquí según la edición en *Juristischen Rundschau* (JR) 2017, pp. 83 ss.

<sup>2</sup> Del 29.11.2016, p. 5.

Sin embargo, la decisión plantea cuestiones jurídicas, criminológicas y de teoría de la pena que requieren un tratamiento más detallado.

## I. Sobre la problemática jurídica

Si bien el miembro de la SS acusado (Oskar Gröning) no estuvo involucrado en ninguna acción directa de asesinato, sin embargo, actuó de diferentes formas en la llamada “*Ungarn-Aktion*” (Operación Hungría) en el campo de Auschwitz-Birkenau (1942–1944/mil novecientos cuarenta y dos-mil novecientos cuarenta y cuatro), en la que “fueron asesinados inmediatamente” al menos 300.000 (trescientos mil) judíos deportados de Hungría.

Inicialmente, él había desempeñado por varios días el denominado servicio de rampa, es decir, tenía que custodiar los equipajes de los deportados que ingresaban a Auschwitz, los cuales eran colocados sobre una rampa. Esto tenía como propósito que “la ausencia de sospechas [por parte de quienes llegaban al campo de concentración], considerada como condición indispensable para la continuidad de la selección y del gaseado” “no fuera puesta en peligro, así como también el fin de evitar disturbios. Al mismo tiempo, con la ejecución de su ‘servicio de rampa’ el acusado era parte de la amenaza que ya de entrada debía ahogar toda idea de resistencia o huida”<sup>3</sup>. Además, se ocupaba de la administración del dinero de los presos por medio de la contabilidad y del reenvío del botín (del dinero de los deportados) y tenía que “vigilar en todo momento a los deportados durante la prestación de su servicio”<sup>4</sup>.

Dado que el acusado “conocía las operaciones en el campo de concentración en todos sus detalles”, fue condenado con razón por complicidad dolosa de asesinato en 300.000 (trescientos mil) casos. Si bien él no conocía individualmente cada una de las muertes, sin embargo, esto tampoco es necesario para una complicidad, cuando el cooperador conoce el marco y la dimensión en que los asesinatos son ejecutados. Esto no solo vale para los ayudantes en el campo de concentración: quien entrega a un terrorista una bomba conociendo el propósito del uso de ésta se hace culpable como cómplice del asesinato cometido con ella, incluso si no conoce en detalle a la persona y el número de muertos.

Tampoco la Sentencia de la Segunda Sala Penal del 20.2.1969 (veinte de febrero de mil novecientos sesenta y nueve), a la que se ha remitido en la revisión del acusado y muchas órdenes de sobreseimiento de años anteriores, ha juzgado esto de un modo distinto. Allí se señala lo siguiente<sup>5</sup>: “Una especificación más detallada de los hechos no era posible, pues las muertes en Auschwitz fueron tan numerosas que en su mayoría no pudieron ser identificadas por sus características específicas,

---

<sup>3</sup> Nm. 11 de la decisión.

<sup>4</sup> Nm. 12 de la decisión.

<sup>5</sup> P. 111 de la sentencia; Extractos – pero no los fragmentos aquí citados – se encuentran en NJW 1969, p. 2056 s. impreso.

como la persona del difunto o el momento exacto en que ello ocurrió [...]. En ese sentido, si frente a asesinatos en masa uno quisiera colocar exigencias más estrictas respecto a la concretización de las ejecuciones individuales, entonces fracasaría la persecución de crímenes cometidos a escala masiva.”

Sin embargo, esto no significa que ya toda presencia en un campo, sin considerar la clase de la actividad allí realizada, tenga que ser juzgada como una complicidad en asesinato. No obstante, este fue el punto de vista del Fiscal General *Bauer*<sup>6</sup>, según el cual “todas las expresiones de voluntad son elementos dependientes de una acción global; ya la presencia es complicidad psíquica [...]. Cada uno apoya al siguiente, le facilita el actuar criminal. Las víctimas producidas durante su estancia en el campo le son imputables”.

La Segunda Sala<sup>7</sup> había sostenido contra él, en un fragmento también citado en la decisión del Tribunal Federal Supremo alemán, que “no resultaría procedente” castigar a un médico por complicidad en asesinato cuando éste se restringe de manera estricta a sus deberes y quizás no solo ha tratado al personal del campo, sino, “incluso [...] a presos enfermos y los ha salvado”. Entonces, ni siquiera las obstaculizaciones del programa de exterminio estarían exentas de pena.

Yo considero que esta limitación de la punibilidad llevada a cabo por la Segunda Sala es correcta. Ya en mi tratado<sup>8</sup> he expuesto – sin referencia a los casos de los campos de concentración – que solo se puede valorar como complicidad punible las acciones relacionadas con comportamientos criminales si ellas tienen una “connotación delictiva”. Por consiguiente, para la apreciación de una complicidad respecto del § 211 del Código penal alemán tiene que existir una connotación de favorecimiento del asesinato. Esto falta en aquellas acciones que tienen una necesidad y un sentido independientes respecto de los hechos punibles del operador del campo de concentración, o que incluso, como los pequeños servicios de asistencia, resultan contrarios a las intenciones de aquellos. Por consiguiente, el suministro de alimentos, un tratamiento médico o el apoyo que se presta a un preso no constituyen en absoluto una complicidad en asesinato. Aquí tampoco se presenta una complicidad psíquica porque tales “acciones neutrales” no expresan ninguna aprobación de los delitos cometidos en el campo de concentración.

Sin embargo, la “connotación delictiva” exigida para la punibilidad de una complicidad no falta en los sucesos juzgados por la Tercera Sala. El “servicio de rampa” y la vigilancia de los deportados debían asegurar una ejecución sin dificultades de los asesinatos. Dado que además se trataba de asesinatos con robo, la contabilidad y el reenvío del dinero tomado como botín también estaban relacionados con las muertes llevadas a cabo en el campo de concentración.

---

<sup>6</sup> *Bauer*, JZ 1967, p. 625 ss. (628).

<sup>7</sup> P. 119 de la sentencia; también en NJW 1969, p. 2057.

<sup>8</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allg. Teil, Bd. II, 2003, § 26 III, nm. 221 ss.

La Tercera Sala Penal expone acertadamente<sup>9</sup> que “la situación evaluada [...] se diferenciaría] claramente de los supuestos presentados como ejemplo por la Segunda Sala Penal”. Al acusado “no se le imputaría ‘todo’ lo que ocurrió en Auschwitz”. Más bien se trataría de “concretos comportamientos del acusado directamente relacionados con la matanza organizada en Auschwitz”. Aquí se menciona expresamente y se afirma acertadamente la “connotación delictiva” exigida por mí para la punibilidad.

No se puede determinar que la decisión de la Tercera Sala que aquí se discute se halla en contradicción con la frecuentemente citada decisión de la Segunda Sala del año 1969. A pesar de ello, ofrece una aclaración decisiva para la punibilidad de los ayudantes en campos de concentración. Pues la práctica judicial, en adhesión a la sentencia de la Segunda Sala, por lo regular había dejado durante décadas sin castigo a los ayudantes en campos de concentración.<sup>10</sup>

El fiscal *Kurz*<sup>11</sup> escribe en referencia a las declaraciones en las que la Segunda Sala en 1969 había tomado posición contra *Bauer*: “En las décadas siguientes [...] bajo la aplicación de estos principios fueron concluidos todos los procesos contra los antiguos miembros de los [...] cuerpos de guardia de los campos de exterminio, del campo de concentración de Auschwitz y otros campos de concentración [...], en los que, si bien se había probado la pertenencia a los cuerpos de guardia, sin embargo, no un hecho particular concretamente determinable. En este sentido, fueron sancionados solo los hechos excesivos (“*Exzessesstaten*”).” En *Jasch*<sup>12</sup> se puede leer: “el proceso contra Oskar Gröning fue el primero tras 24 años en el que un miembro de la SS tuvo que responder en Alemania.”

Como se desprende de lo anterior, esta práctica no fue abarcada en modo alguno por la decisión de la Segunda Sala de 1969. Si uno se pregunta cómo se pudo llegar a esto, no podrá remitirse a consideraciones jurídicas. Esto también se puede demostrar en decisiones concretas. Así, por ejemplo, la Fiscalía de *Frankfurt am Main* señala en una orden de sobreseimiento del año 1982<sup>13</sup>, a pesar de que se había comprobado que los imputados habían desempeñado el “servicio de rampa”, que: “En ese sentido, no se les puede imponer un comportamiento jurídico-penalmente reprochable desde la perspectiva de la complicidad en asesinato. Ya la causalidad de su actividad para el resultado de la acción de exterminio resulta dudosa [...]” Es evidente que esta no es una fundamentación que puede discutirse jurídicamente. Pues, como se sabe, la jurisprudencia no exige en algún modo una

---

<sup>9</sup> Nm. 27, 29 de la decisión.

<sup>10</sup> La evolución de la persecución penal y la jurisprudencia es cuidadosamente expuesta en *Kurz*, ZIS 2013, p. 122 ss y por *Jasch*, en: *Die letzten Zeugen. Der Auschwitz-Prozess von Lüneburg*, 2015, p. 259 ss. Sobre esto nos referiremos aquí. *Kurz* es fiscal en la oficina central de Ludwigsburg, *Jasch* es director del complejo conmemorativo *Haus der Wannseekonferenz* en Berlín.

<sup>11</sup> *Kurz* (nota 10), p. 125.

<sup>12</sup> *Jasch* (nota 10), p. 259.

<sup>13</sup> Con *Kurz* (nota 10), p. 125.

causalidad de la complicidad (la que además existía porque la ejecución sin dificultades de las muertes era facilitada por el servicio de rampa).

Difícilmente también se podrá aceptar que esa práctica se basó en el deseo de reducir la punibilidad de los equipos de los campos de concentración, lo que dado el caso tendría que desaprobarse tajantemente.<sup>14</sup> La verdadera razón puede estar en el hecho de que la justicia se vio desbordada como consecuencia de la persecución de un sinnúmero de personas<sup>15</sup> que actuaron en campos de exterminio y cuyas acciones eran difícilmente reconstruibles. *Wolfgang Weber*, fiscal-acusador en el proceso *Majdanek*, señaló al respecto<sup>16</sup>: “La mayoría de los miembros de la SS están muertos hoy en día, pero en aquel tiempo aún estaban vivos. Si se hubieran llevado a cabo miles de procesos, se habría tenido que ocupar a cientos de jueces y fiscales y las correspondientes fuerzas policiales [...]. La tarea era enorme, la dimensión de los crímenes muy grande. No existió la voluntad de castigar hasta el último de ellos. La justicia también es un reflejo de la sociedad.”

Me parece que esto toca el núcleo del asunto. A favor de esto habla también el hecho de que el Tribunal regional (“*Landgericht*”) de Múnich haya afirmado una complicidad en asesinato en el proceso contra *Demjanjuk* en el año 2011 (dos mil once), a pesar de que al acusado “no se le [pudo] probar ninguna [...] participación concreta en el exterminio de las víctimas”<sup>17</sup>. También el Tribunal Federal Supremo alemán, en el juicio del atentado terrorista contra el *World-Trade-Center*, había sancionado sin más como complicidad “el encubrimiento de la preparación de los hechos y la participación en la facilitación de los medios financieros”<sup>18</sup>.

También antes de la decisión de la Tercera Sala, la jurisprudencia más reciente había sancionado como complicidad aquellas intervenciones con connotación delictiva referidas a delitos en masa, cuando solo están en juego hechos individuales o solo han sobrevivido participantes individuales. Con todo, la decisión de la Tercera Sala representa la coronación de ese desarrollo.

No existen causales de exculpación. En especial, no viene en consideración el estado de necesidad como consecuencia de una orden (“*Befehlsnotstand*”). Tampoco el acusado mismo lo hizo valer para él. Tal como se dice en la sentencia de la Tercera Sala<sup>19</sup>, él estaba “informado en su totalidad [sobre el suceso en el campo]. A pesar de ello, con el anhelo de no ser enviado al frente, él se integró en la organización del campo y ejecutó todas las órdenes que le fueron impartidas.” Esto corresponde al reconocimiento general de que los miembros del campo no fueron obligados a realizar sus actos. Quien se negaba a cooperar, era enviado al frente. A los

<sup>14</sup> Cfr. de todos modos *Jasch* (nota 10), p. 265, quien lamenta „las funestas continuidades personales desde el tiempo nacionalsocialista“.

<sup>15</sup> Solo en Auschwitz fueron ocupadas 6.500 personas; cfr. *Jasch* (nota 10), p. 259, 276.

<sup>16</sup> *Weber*, *Der Spiegel*, Nr. 43, 3.12.2016, p. 64.

<sup>17</sup> Con *Kurz* (nota 10), p. 125.

<sup>18</sup> Véase *Kurz* (nota 10), p. 126.

<sup>19</sup> Nm. 25.

líderes les interesaba que el funcionamiento de la maquinaria de muerte no fuera impedida por la oposición de algunos. “Hasta hoy no se ha documentado ningún caso en el que un miembro de la unidad militar o policial alemana hubiere sido condenado a muerte, asesinado o por lo menos maltratado, por haberse negado a ejecutar una orden de asesinato.”<sup>20</sup>

Con mayor razón no se puede hablar de un error de prohibición exculpante. Es difícilmente imaginable que quien actúa en un campo de concentración hubiera podido considerar que el asesinato de personas completamente inocentes resultaba conforme al derecho. Pero incluso de haber sido éste el caso – por ejemplo, debido a la autoría estatal –, una semejante “ceguera jurídica” no habría merecido ninguna disminución de la pena. En el caso que aquí se discute el acusado tampoco invocó un error de prohibición. Más bien, en sus “alegatos de conclusión” ante el tribunal de instancia (Tribunal Regional de Lüneburg) reconoció lo siguiente<sup>21</sup>: “Auschwitz fue un lugar en el que no se podía participar. Sinceramente me arrepiento de no haber llevado antes este conocimiento a la práctica.”

## II. Sobre la problemática criminológica

Independientemente de la valoración jurídica, surge la cuestión referida a si a partir de aspectos criminológicos tiene sentido o si es ya admisible llevar ante los tribunales y castigar a los pocos ayudantes sobrevivientes más de 70 (setenta) años después de sus hechos y luego de que por décadas no se haya hecho nada<sup>22</sup> y la mayoría de funcionarios de los campos de concentración haya muerto sin recibir castigo. Oskar Gröning, quien fue el acusado en la sentencia promulgada por la Tercera Sala, tiene entretanto 96 (noventa y seis) años de edad.

Así, por ejemplo, *Vormbaum*<sup>23</sup> señala que “para cuando los tiempos ya habían cambiado definitivamente, [...] en el inicio del nuevo milenio – lo que incluso se ha visto recientemente reforzado –, ancianos de más de 90 años [se hallaban] ante jueces penales” “por hechos que habían sido cometidos hace más de 60 años. A sabiendas de que me encuentro contra la tendencia de los últimos meses y años [...], quisiera manifestar mis dudas respecto a si esto es conforme con estándares jurídicos serios.”

Estas son consideraciones dignas de discusión. No obstante, no me parece que ellas sean contundentes. En lo que respecta a los “estándares jurídicos”, se debe partir de que el legislador retiró el plazo de prescripción del asesinato con la intención de que los respectivos delincuentes puedan ser perseguidos de por vida. En ese sentido, el derecho se coloca del lado de la persecución penal.

---

<sup>20</sup> K. Kubielka/T. Walter, *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, Bd. 14, 2013, p. 61 ss. (84).

<sup>21</sup> Como en nota 10: *Der Auschwitz-Prozess von Lüneburg*, 2015, p. 239.

<sup>22</sup> Sobre los antecedentes del caso *Gröning* cfr. *Jasch* (nota 10), p. 259 s.

<sup>23</sup> *Vormbaum*, *Rechtsstaatliche Vergangenheitsbewältigung*, en: *Transitional Justice*, ed. por el Ministerio de Justicia de Nordrhein-Westfalen, 2016, p. 28 ss. (32).

Desde luego, otra cuestión está referida a si a un imputado le puede ser exigido soportar las cargas de un proceso penal, incluso en una edad bastante avanzada, y si en caso de ser condenado está en condiciones de cumplir con las exigencias de la ejecución penal. Esto se tiene en cuenta evaluando cuidadosamente la capacidad de litigar del acusado y considerando que la ejecución penal exige la aptitud del condenado para el encierro. El factor decisivo no es el encarcelamiento, sino la constatación judicial de la culpabilidad punible del acusado. Al fin y al cabo, un procedimiento de este tipo le ofrece al acusado la oportunidad de reconocer aún tarde en la vida su culpabilidad y de sincerarse con sus hechos.

### III. Sobre la problemática relativa a la teoría de la pena

Con ello nos encontramos frente al tercer problema de estos últimos procesos referidos a los campos de concentración: es decir, cómo se puede justificar de forma precisa desde una perspectiva teórico-penal esas condenas tardías y posiblemente ocasionales. Esta pregunta no es fácil de responder.

En todo caso, en la literatura jurídico penal<sup>24</sup> la retribución ya no es considerada de modo predominante como un fin adecuado de la pena. Según la comprensión moderna, la misión del Derecho penal no es una “justicia” producida por medio de la retribución, sino asegurar una convivencia pacífica, liberal y respetuosa de los derechos fundamentales. Como muestran las consideraciones de *Vormbaum*, también se puede dudar enteramente de la justicia de una retribución reducida a pocos sobrevivientes tras más de siete décadas y de una prolongada renuncia a la persecución penal. Además, el criterio de justicia resulta muy vago como para facilitar un juicio claro. Dificilmente se puede fundamentar que una pena privativa de libertad de 4 años pueda considerarse como la retribución justa de una complicidad en el asesinato de 300.000 (trescientas mil) personas. Falta pues un parámetro de referencia razonable entre los hechos y el castigo pronunciado.

Pero también una fundamentación preventiva de la pena está difícilmente ligada a un caso como éste.

Sin duda, no existe una necesidad preventivo-especial de la pena, pues está completamente descartado que el acusado pueda volver a cometer hechos de este tipo. Él no necesita ser disuadido ni resocializado. Más bien, incluso en caso de una renuncia a condenarlo, conduciría su vida hasta el final sin cometer otros delitos.

Sin embargo, en la actualidad el fin de la pena es visto de forma preponderante en la prevención general, es decir, en el efecto sobre la generalidad con el objetivo de impedir la comisión de delitos. No obstante, una prevención general “negativa”, es decir, un efecto disuasorio sobre la comunidad, podría resultar superflua frente a los crímenes nazis del pasado, pues delitos como los asesinatos en los campos de concentración ya no son posibles en las circunstancias actuales. Y la comisión de

---

<sup>24</sup> Al respecto *Roxin*, GA 2015, pp. 185 ss.

otros asesinatos al día de hoy será escasamente influida por la condena de algunos asistentes de los campos de concentración.

Ya en el año 2013 (dos mil trece) *Ambos*<sup>25</sup> señaló de una manera similar que el Derecho penal existiría “no por sí mismo”, sino que debería servir “[...] para el establecimiento de la paz social.” “Aparte de esto, la retribución halla sus límites en los delitos en masa cometidos en un contexto de macrocriminalidad, pues esos delitos nunca pueden llegar a ser compensados completamente por medio del castigo penal.”

En tal sentido, la denominada prevención general positiva, en la actualidad preponderantemente defendida, queda como el fundamento básico de la pena. Aquella considera como el fin del castigo la influencia en la conciencia jurídica de la generalidad, es decir, en el fortalecimiento de la confianza jurídica de la población. Respecto a esto *Ambos*<sup>26</sup> señala lo siguiente: “Las normas infringidas solo pueden ser confirmadas en cuanto a su eficacia – de un modo contrafáctico – a través de la sanción, por medio de lo cual son reestabilizadas”. Pero incluso esta fundamentación requiere de una ulterior concretización, pues si uno se fija en la totalidad de la población difícilmente podrá decir que las deficiencias que la justicia tuvo por décadas hubieran llevado a la inseguridad jurídica y a la turbación de la generalidad. Pues ésta reacciona frente al estado actual de la sociedad y prefiere dejar de lado el pasado.

Una solución satisfactoria solo es posible mediante una concepción más novedosa denominada como fin expresivo o teórico-comunicativo de la pena, que reconoce la satisfacción de los intereses de las víctimas y de sus familiares sobrevivientes frente a crímenes graves como fundamento de la necesidad de condenas penales. Esto ha sido desarrollado independientemente de los hechos de los ayudantes en campos de concentración, sobre todo con ocasión del caso de secuestro de Reemtsma<sup>27</sup> y ha sido confirmado luego por Hörnle<sup>28</sup>. De acuerdo con ella, frente a graves infracciones del derecho, “la ausencia de una condena caracterizaría inevitablemente de forma negativa a la víctima (‘tú no mereces que el Estado se ocupe de tus intereses’). Tal expresión lesionaría su derecho general de la personalidad. Es tiempo de que la ciencia del Derecho penal reconozca los legítimos intereses de la víctima.”

Obviamente, este punto de vista resulta menos significativo en el caso de los delitos de la criminalidad cotidiana en comparación con los graves crímenes contra la vida y la integridad corporal. Pero los crímenes en los campos de concentración pertenecen a los más perversos hechos de este tipo. Ellos revelan<sup>29</sup> “un desprecio por la humanidad que sobrepasa cualquier fuerza imaginativa.”

---

<sup>25</sup> *Ambos*, Frankfurter Allgemeine Zeitung del 3.5.2013, p. 7.

<sup>26</sup> *Ambos* (nota 25).

<sup>27</sup> *Reemtsma*, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem, 1999; *Hassmer/Reemtsma*, Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit, 2002.

<sup>28</sup> Hörnle, FS Roxin II, 2011, p. 3 ss. (16).

<sup>29</sup> *Safferling*, Aufarbeitung der NS-Vergangenheit in (West-)Deutschland (nota 20), p. 52 ss. (53).

Por este motivo, aunque sin referencia al caso aquí tratado, yo ya había abogado en el año 2015 (dos mil quince)<sup>30</sup> por aplicar a los asesinatos del nacionalsocialismo la legitimación de la pena mediante su función expresiva: “Si en nuestros días aún llegan a comparecer ante los tribunales los criminales nazis, que entretanto tienen más de 90 (noventa) años, entonces en el caso de una condena, sería escasamente posible o conveniente el cumplimiento de una pena privativa de la libertad. Pero las víctimas sobrevivientes o, dado el caso, sus deudos (como víctimas en sentido amplio) tienen derecho a que la responsabilidad penal del autor sea determinada judicialmente. Se ha documentado de múltiples formas que el esclarecimiento de la responsabilidad tiene un significado existencial para muchas víctimas.”

La primera instancia del proceso *Gröning* en Lüneburg ha confirmado esto. Luego del pronunciamiento de la sentencia, los abogados de la parte civil declararon en su nombre que:<sup>31</sup> “[...] este proceso penal ha ayudado especialmente a aquellos de nosotros, que todavía fuimos capaces de venir ante el tribunal y testificar, a convivir mejor en el futuro con nuestro sufrimiento.” Un sobreviviente del holocausto manifestó lo siguiente<sup>32</sup>: “aquí no se trataría de un castigo para alguien, sino de [...] una toma de posición de la justicia alemana: ‘Se tiene que determinar que hay culpa que no prescribe, culpa que aun será culpa mañana y pasado mañana y hasta la eternidad.’”

El Tribunal Federal Supremo alemán ha tenido en cuenta ello en la presente decisión. De esta forma, también ha ganado la vinculación al fin de la pena consistente en la prevención general positiva, pues si nuestra justicia corrige errores del pasado en la medida de lo posible, respalda la existencia de las víctimas de los nazis y fortalece la confianza en el Estado de derecho.

---

<sup>30</sup> *Roxin* (nota 24), 185 ss.

<sup>31</sup> En la documentación del proceso (nota 10), p. 253.

<sup>32</sup> En *Jasch* (nota 10), p. 275 s.

## Lista de autores

*Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos*, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la misma Universidad. Magistrado del Tribunal Especial para Kosovo y Asesor (*amicus curiae*) de la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia).

*Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs*, Catedrático (em.) de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Miembro ordinario de la Academia de Ciencias de Westfalia del Norte y miembro correspondiente de la Academia Bávara de Ciencia (Alemania).

*Prof. Dr. Dr. h.c. Jörg-Martin Jehle*, Profesor de Derecho Penal, Criminología y Administración Penitenciaria. Entre sus ámbitos de investigación se encuentra el análisis comparativo de diferentes sistemas de justicia penal en toda Europa en términos de aspectos estadísticos y legales. Actualmente es director del Instituto de Ciencias Penales de la Georg-August-Universität Göttingen.

*Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser*, Catedrático (em.) de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Filosofía Jurídica, Fundamentos filosóficos de la teoría del Estado, Derecho penal económico y medioambiental, código penal europeo, derecho procesal penal en la Universidad de Bonn (Alemania). Ha ejercido la docencia en la Universidad de Fráncfort del Meno, la Universidad de Friburgo y la Universidad de Rostock. Es profesor honorario de la Universidad de Piura y Doctor Honoris Causa de la Universidad de Huánuco (Perú).

*Prof. Dr. Ezequiel Malarino*, Director académico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL, Alemania). Profesor de la Universidad de San Andrés (Argentina)/CONICET (Argentina).

*Prof. Dr. Daniel Pastor*, Profesor Titular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Consejo Científico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität de Göttingen.

*Prof. Dr. Cornelius Prittwitz*, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología y Filosofía del Derecho en la Goethe Universität Frankfurt am Main.

*Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin*, Catedrático (em.) de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Ludwig-Maximilian de München. Acreedor de casi una veintena de Doctorados Honoris Causa y reconocimientos académicos.

*Prof. Dr. Stephen C. Thaman*, Abogado de la Universidad de Berkeley. Dr. iur. de la Universidad de Friburgo (Alemania). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Saint Louis (Missouri). Reconocido experto en Derecho penal comparado y procedimiento.

En este libro presentamos los aportes realizados por Profesores y Docentes que han ofrecido módulos temáticos o clases magistrales en la Cuarta Escuela de Verano llevada a cabo por el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen. Los textos acá compilados dan cuenta de ámbitos temáticos relativos a la dogmática penal, el derecho penal comparado, la política criminal, el derecho procesal penal y la justicia penal europea. Se trata de contribuciones sin precedentes sobre las ciencias criminales en Alemania y desde el espectro jurídico comparado a nivel europeo, anglosajón y latinoamericano. Adicionalmente, se pone a disposición del lector un relevante trabajo dedicado a la complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Auschwitz. En el mismo se presenta por primera vez en lengua castellana la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán sobre el caso Gröning (Decisión del 20 de septiembre de 2016 – 3 StR 49/16) junto al comentario realizado por el Profesor Claus Roxin a dicha sentencia. Tanto la compilación presentada, como la estructura a partir de la cual se desarrolla la misma, reflejan de forma certera el espíritu de la Escuela de Verano, pensada tanto para difundir el estado actual de las ciencias criminales alemanas, como para construir un puente de intercambio y apertura académica con juristas hispanohablantes y lusófonos.



ISBN: 978-3-86395-366-9  
ISSN: 2366-7788

Universitätsverlag Göttingen