



WINFRIED HASSEMER

**PERSONA, MUNDO
Y
RESPONSABILIDAD**

**Bases para una teoría de la imputación
en derecho penal**

1304
om

TEMIS

PERSONA, MUNDO Y RESPONSABILIDAD

**BASES PARA UNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN
EN DERECHO PENAL**

WINFRIED HASSEMER

Catedrático de derecho penal en la Universidad de Frankfurt del Main.
Magistrado del Tribunal Constitucional Federal.

**PERSONA, MUNDO
Y RESPONSABILIDAD**

**BASES PARA UNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN
EN DERECHO PENAL**

Traducción de
Francisco Muñoz Conde
y María del Mar Díaz Pita



EDITORIAL TEMIS S. A.
Santa Fe de Bogotá - Colombia
1999



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares. La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Winfried Hassemmer, 1999.

© Editorial Temis S. A., 1999.

Calle 17, núm. 68D-46, Santa Fe de Bogotá.

e-mail: temis@col-online.com

Hecho el depósito que exige la ley.

Impreso en Talleres Editorial Nomos.

Carrera 39 B, núm. 17-85, Santa Fe de Bogotá.

ISBN 958-35-0251-0

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRÓLOGO DE LOS TRADUCTORES

El presente libro recoge varios artículos del profesor WINFRIED HASSEMER, uno de los penalistas y teóricos del derecho más importantes del momento presente en Alemania.

El profesor HASSEMER une a su condición de catedrático de derecho penal, teoría y sociología del derecho en la Universidad de Frankfurt del Main, la de magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán en Karlsruhe. Discípulo del también penalista y filósofo del derecho ARTHUR KAUFMANN, que a su vez lo fue del famoso penalista, filósofo y ministro de Justicia socialdemócrata en la República de Weimar, GUSTAV RADBRUCH, es heredero de una tradición jurídica que une el espíritu liberal y racionalista de la filosofía política del pensamiento ilustrado con una concepción democrática y profundamente humanista del Estado de derecho y del derecho penal.

Su ingente obra, que abarca los más diversos temas del derecho penal, el proceso penal, la teoría y la sociología del derecho y la criminología, es ya bastante conocida entre los lectores de lengua española, merced a las numerosas traducciones que de ellas hemos hecho los que suscribimos este prólogo y otros muchos discípulos y colegas suyos.

En este libro recogemos algunos artículos todavía inéditos o ya publicados, que tienen como denominador común una misma preocupación por sentar las bases de una teoría de la imputación en derecho penal que sea al mismo tiempo que racional y sistemáticamente fundada, respetuosa con los derechos humanos fundamentales que orientan nuestra cultura democrática. En realidad, todos los sistemas de control social que en cualquier país civilizado se conocen con el nombre de "derecho penal" no son más que procesos de imputación de un suceso (delito) a una persona como responsable del mismo, al objeto de poder imponerle una sanción o castigo. El problema actual del derecho penal no es ya la justificación de la imputación en sí misma, ni la legitimación del Estado para imponer un castigo, sino las condiciones, requisitos y formas que hacen posible la imputación y, en consecuencia el castigo.

Para HASSEMER, la teoría de la imputación se debe basar en el "discurso", es decir, en la forma y las condiciones en que las personas construyen la realidad social en la que viven, y no en conceptos metafísicos, ni en estructuras lógico-objetivas preexistentes y vinculantes a cualquier valoración que de las mismas se haga. La "construcción social de la realidad" obliga a combinar puntos de vista empíricos y normativos, que, en última instancia, son producto del nivel cultural y la racionalidad de cada época (cfr. cap. VI). Así, por ejemplo, la evolución del

“principio de culpabilidad” demuestra que en el derecho penal también hubo otros criterios de imputación desconectados de dicho principio, como los “juicios de Dios”, los sacrificios humanos, los procesos con fiadores, los acuerdos entre las partes, que, todavía en algunos casos, se utilizan como alternativas (cfr. caps. IV y VI, C).

Esto no quiere decir que la teoría de la imputación quede atrapada o aferrada a un sistema social que no puede ser objeto de modificación crítica o ruptura desde la propia teoría. Para HASSEMER, la teoría de la imputación en derecho penal debe cumplir una función específica que la diferencia de otras formas de imputación también existentes en la vida cotidiana mucho más burdas y menos perfeccionadas que las penales propiamente dichas. La importancia de los bienes jurídicos puestos en cuestión por la conducta delictiva, la grave amenaza que representa para ellos la conducta delictiva misma y la importancia de la reacción frente a ella, requieren la formalización y la ordenación sistemática de los requisitos y estudios a través de los cuales se produce la imputación.

Surge así la necesidad de una dogmática juridicopenal y dentro de ella de una teoría general del delito entendida como un proceso secuencial en el que peldaño a peldaño se van valorando y controlando los distintos presupuestos de la pena, de tal modo que solo se permite pasar de una a otra categoría (de la tipicidad a la antijuridicidad, o de esta a la culpabilidad) y con ello ir aumentando progresivamente el peso de la imputación, en la medida que queden plenamente controlados los elementos pertenecientes a cada categoría (cfr. por ej., cap. VIII).

Pero WINFRIED HASSEMER no solo refiere esta formalización de la teoría de la imputación juridicopenal a la ordenación sistemática de los presupuestos de la pena, sino también, y ello nos parece uno de los aspectos más destacables de su pensamiento, a la forma en que la imputación se lleva a cabo, es decir, al proceso penal.

De acuerdo con este planteamiento, la peculiaridad más importante del proceso penal no es ya la solución de las cuestiones empíricas y normativas que plantea la imputación de un suceso a un acusado a título, por ej., de dolo eventual o de imprudencia consciente (cfr., al respecto, cap. V), sino que estas cuestiones se resuelven a través de un “discurso institucional” en el que se ofrece a las partes un marco dentro del cual se puede discutir de forma previamente ordenada, libre del acaso y la coyunturalidad, sobre el conflicto que genera la necesidad de imputación y sobre sus consecuencias, respetando las garantías y derechos fundamentales del imputado y evitando las reacciones informales (linchamiento, venganza privada) y desproporcionadas.

Desde el momento en que se incluyen en la teoría de la imputación penal las garantías del proceso penal a través del cual se lleva a cabo esa imputación, el sentido y fin de las sanciones penales no se limitan ya a la pura retribución del delito cometido al aseguramiento de las propias prohibiciones básicas del derecho penal (no matar, no robar), ni a la consecución de determinados fines preventivos de intimidación o de resocialización del delincuente, sino también al asegu-

ramiento de las normas y principios fundamentales del proceso penal (por ej., el derecho a la defensa, y a la presunción de inocencia del acusado) que constituyen derechos fundamentales del ciudadano en cualquier Estado democrático de derecho. Precisamente por ello, advierte HASSEMER que, en ningún caso, pueden ser sacrificados en aras de una "eficacia" o "funcionalidad" del derecho penal que haga tabla rasa de las conquistas, tradiciones humanistas más valiosas del moderno Estado de derecho (cfr. caps. II y III).

Precisamente, por esto, pone especial énfasis en delimitar las funciones de la policía en el Estado de derecho, que más aún que las instituciones judiciales, determina los límites de las libertades y las garantías de los ciudadanos, evitando que lemas como la "seguridad ciudadana" o el "buen orden" se conviertan en pretexto para justificar excesos y concepciones autoritarias como la tan cacareada "tolerancia cero", que permiten incluso la represión de conductas meramente marginales y no delictivas (véase cap. IX).

Desde esta perspectiva, la obra del profesor HASSEMER se caracteriza en su conjunto, y no sólo en los artículos que constituyen este volumen, por poner sus profundas reflexiones teóricas y su alto nivel intelectual al servicio de una concepción en las que las estructuras de responsabilidad, la teoría de la imputación en derecho penal, se fundamentan en un mundo dominado básicamente por personas, en el que estas se ponen de acuerdo para construir un discurso que posibilite el desarrollo y la autorrealización de todos en la sociedad; una concepción, en definitiva, humanista y no puramente funcional, burocrática y deshumanizada del derecho penal.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Prólogo de los traductores	VII

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

A) Derecho penal y filosofía del derecho en la moderna tradición alemana ...	1
B) Significado de la filosofía política de la ilustración para el derecho penal .	3
I. Teoría del conocimiento: la superación del derecho natural	3
II. Filosofía política: el contrato social	4
III. Filosofía del derecho penal: el aseguramiento de la libertad	5
1. El principio de la legalidad	5
2. Orientación a las consecuencias	6
3. El principio de protección de bienes jurídicos	6
4. Formalización del control social jurídico-penal	7
C) Recientes tendencias del derecho penal en la República Federal de Alemania	9
I. La actual situación	9
II. Perspectivas evolutivas	11
III. Consecuencias	12

CAPÍTULO II

VIEJO Y NUEVO DERECHO PENAL

A) Consideraciones previas	15
B) Conceptos y formas de aparición del moderno derecho penal	16
I. Elementos característicos del derecho penal clásico	17
II. La dialéctica de lo moderno	19
III. Las novedades del moderno derecho penal	22
1. Sectores	22
2. Instrumentos	23
3. Funciones	25

	PÁG.
4. Problemas	26
5. Costos	27
C) Alternativas	29
I. Derecho procesal penal	30
II. Derecho de organización de los tribunales	30
III. Derecho penal material	31
1. Solución abstracta	31
2. Solución concreta	32
IV. Categorías de un derecho moderno	35

CAPÍTULO III

EL DESTINO DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EN UN DERECHO PENAL "EFICAZ"

I. La omnipresente violencia	39
1. Percepción social de la violencia	39
2. Actitud social ante la violencia	41
a) Filosofía política	41
b) Criminología	42
II. El derecho penal "eficaz"	43
1. La política	43
a) Represión de la violencia	43
b) Direccionismo	44
2. La teoría	45
3. La dogmática	46
a) La "funcionalidad de la administración de justicia penal"	46
b) Ponderación de intereses	47
III. Dos cuestiones	48
1. La seriedad de la amenaza	48
2. La eficacia del derecho penal	49
IV. Resumen	49

CAPÍTULO IV

¿ALTERNATIVAS AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD?

A) La erosión del principio de culpabilidad	51
1. Política criminal	51
2. Dogmática de la culpabilidad	52
B) La irrenunciabilidad al principio de culpabilidad	53
1. Posibilitar la imputación subjetiva	53

	PÁG.
2. Excluir la responsabilidad por el resultado	54
3. Diferenciar grados de participación interna	55
4. La proporcionalidad de las consecuencias jurídicas	57
C) El reproche de culpabilidad	58
1. Libertad de voluntad y proceso penal	58
2. Derecho penal y vida cotidiana	59
3. Reproche de culpabilidad y ley penal	60
D) Resumen	62

CAPÍTULO V

LOS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL DOLO

I. La teoría de Armin Kaufmann	63
1. Particularidades de dicha teoría	63
2. Crítica a la teoría de Kaufmann	65
3. Planteamientos erróneos en la caracterización del dolo	67
a) Ontologización	67
b) Objetivización esquemática	67
4. El suceso desde el punto de vista interno y externo	68
II. La “ratio” de la penalidad del dolo	68
1. El dolo como decisión	69
2. El dolo como forma más grave de responsabilidad	71
3. La necesidad de elementos volitivos	71
4. El conformarse en sentido jurídico	72
5. La relación entre conocimiento y voluntad	73
a) La intención	73
b) El dolo directo	73
III. Características externas del dolo	74
1. El problema de las teorías tradicionales del dolo	75
a) Las teorías volitivas	75
b) Las teorías cognitivas	76
c) Paráfrasis del dolo	77
2. La deducción lógica de lo interno a partir de lo externo	78
a) El dolo como disposición	78
b) La inaccesibilidad de lo interno	79
c) Elementos del concepto e investigación procesal	79
d) Tipo objetivo y subjetivo	80
3. Los indicadores	80
a) Complejidad	80
b) Antecedentes en la doctrina y la jurisprudencia	80
c) El catálogo	81

	PÁG.
d) La objetivación de los límites del dolo	83
IV. Resumen	84

CAPÍTULO VI

PERSONA, MUNDO Y RESPONSABILIDAD

A) "Status" del concepto de imputación	85
I. Concepto	85
II. Metafísica, construcción social, discurso	86
III. Lo empírico y lo normativo	87
B) Origen	89
I. Presupuestos	89
II. Alternativas	89
1. Maldiciones y represiones	89
2. Responsabilidad y funcionalidad	90
C) Clases de imputación	91
I. Sacrificios humanos en la construcción de diques	92
II. Ordalías ("juicios de Dios")	93
III. Procesos a través de fiadores	93
IV. <i>Labelling approach</i>	95
V. Formalización	96
VI. Acuerdos entre las partes del proceso	98
VII. Imputación colectiva	99
VIII. Análisis económico del derecho penal	100
D) Justificación	101
I. Imputación en la vida cotidiana	102
II. Imputación en derecho penal	102

CAPÍTULO VII

¿POR QUÉ Y CON QUÉ FIN SE APLICAN LAS PENAS? (Sentido y fin de la sanción penal)

A) Pasado y futuro; concepto y fin	105
B) El derecho penal como fuente de expectativas	106
C) Tradiciones	107
D) Experiencias	108
E) Criminalidad de Estado	109
F) Resocialización e intimidación	109
G) La satisfacción a la víctima	110
H) Aseguramiento de las normas fundamentales	111

	PÁG.
I) El proceso por los abusos de menores de Worms	112
J) Cultura de la praxis penal	114
K) El núcleo del derecho penal	116
L) Corrupción	118

CAPÍTULO VIII

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR COMPORTAMIENTO DE TERCERO

I. Ausencia de responsabilidad en derecho penal	123
II. Secuencias	124
1. Comportamiento de tercero y sistema de imputación	124
2. Puntos angulares	125
3. Acción	126
4. Tipicidad	127
5. Causas de justificación	128
6. Causas de exclusión de la culpabilidad	129
7. Dolo	129
8. Determinación de la pena	130
III. Fundamentos	131
1. Relación entre el autor y el tercero	131
2. Ponderación	132
3. Distribución de autonomías	132
4. Ejemplos	133
IV. Límites	135
1. Fundamentación y delimitación	135
2. Protección de bienes jurídicos y validez de la norma	136
3. Accesoriedad administrativa	137
4. Estado de necesidad por coacción	138
5. Error de prohibición inevitable	139

CAPÍTULO IX

LA POLICÍA EN EL ESTADO DE DERECHO

I. Dedicatoria	141
II. Posiciones	142
1. El monopolio estatal de la violencia	142
2. La policía	143
III. Funciones	144
1. Derecho y limpieza	144

	PÁG.
2. El Estado de derecho	145
a) Precisión	145
b) Complicación	146
IV. Extensiones	148
1. Miedo al peligro y atrofia de las normas	148
2. Control y coacción	151
a) Normas cotidianas y normas jurídicas	151
b) Derecho policial, derecho procesal penal, derecho penal	152
c) Estado, libertad y seguridad	153
V. Expectativas	155
1. Tradición	155
a) Participación de la policía	155
2. Prevención del peligro y persecución del delito	155
3. "Tolerancia cero"	156
a) "Orden" junto a "seguridad"	156
b) "Broken windows"	157
c) "Life style crimes"	158
d) Dos explicaciones equivocadas	159
VI. Recomendaciones	161
1. La libertad y sus presupuestos	161
2. Capacidad de comunicación	163
a) Teoría	163
b) Praxis	164
c) Buen orden	167

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA*

A) DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA MODERNA TRADICIÓN ALEMANA

Desde los tiempos de esplendor de la filosofía alemana, es decir, desde la época del Idealismo y la Ilustración, existen estrechas relaciones entre filosofía, filosofía del derecho y derecho penal. Pero estas relaciones se han ido debilitando poco a poco en este siglo, a partir del momento en que la filosofía del derecho ha sido, en cierto modo, superada por sus herederas, la teoría y la sociología del derecho.

Para los principales representantes del idealismo alemán, KANT y HEGEL, la filosofía del derecho todavía formaba parte del sistema filosófico general; lo que hoy denominamos “Ciencia dogmática del derecho” o “Teoría general del derecho” carecía de autonomía sistemática, recibiendo su contenido y utilidad de su relación con los teoremas filosóficos morales y sociales.

Así, por ejemplo, toda la filosofía sobre la voluntad autónoma y heterónoma la trata KANT en sus *Fundamentos sobre metafísica de las costumbres* (sección segunda). Pero también en este libro discute cuestiones que hoy consideramos características de la “Teoría general del derecho”, dedicando la primera parte al derecho privado, y la segunda al derecho público, en el que incluye el derecho penal y el derecho de gracia.

Esta integración de filosofía y derecho ha beneficiado a las dos disciplinas. Por un lado, porque de este modo los problemas jurídicos quedaron situados en un contexto más amplio y fundamental; por otro lado, porque la filosofía, al hacer filosofía sobre el derecho o los derechos del individuo en sociedad, recibe —por lo menos, en teoría— una conexión

* Traducción de Francisco Muñoz Conde, publicado en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2º semestre, 1990.

con la praxis (lo que no se puede decir, por ejemplo, de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, a la que todavía le falta esa conexión con la realidad de las instituciones sociales).

Pero esta tradición integradora de la filosofía, la filosofía del derecho y la ciencia jurídica fue perdiéndose a lo largo del siglo XIX. Después de KANT y HEGEL se establecieron en el ámbito del derecho y de la filosofía del derecho sistemas que tomaron y desarrollaron los teoremas de estos grandes maestros. Tanto los neohegelianos, como los neokantianos fueron grandes filósofos del derecho, pero sus reflexiones sobre él mismo ya no procedían de un sistema filosófico universal. Desde el punto de vista profesional, unos eran filósofos, otros juristas. Y en general, se puede decir que en esa época la filosofía del derecho se estructuró claramente en diversas “escuelas” que se ocupaban de discutir intensamente concretos problemas jurídicos en estrecha vinculación con la dogmática jurídica que, por aquel entonces, disfrutaba de una gran reputación por su extraordinaria finura y riqueza conceptual heredada de la escuela histórica y del derecho romano.

Todavía una mayor reducción de su ámbito experimentó a principios del siglo XX la filosofía del derecho, que poco a poco fue siendo sustituida por la *teoría y metodología del derecho* (como ciencias de la relación entre norma y decisión), por un lado, y la *sociología del derecho* (como ciencia empírica del derecho), por otro. Estas nuevas ciencias dejaron de preocuparse por las cuestiones tradicionales y buscaron otros ámbitos de discusión. La *filosofía del derecho* pasó a ocuparse sólo de la justificación del derecho (teoría de los valores, derecho natural, teoría de la vigencia del derecho, derecho a la resistencia, etc.), dejando muchas de las cuestiones que tradicionalmente habían sido tratadas dentro de su ámbito, en manos de la dogmática jurídica; así, por ejemplo, cuestiones tales como la legitimación del Estado o la legitimación de la pena comenzaron a tratarse en el derecho constitucional o en el derecho penal. A la filosofía del derecho le ocurrió lo que ya antes le había sucedido a la teología; fue superada por sus propias hijas, que continuaron planteándose las mismas cuestiones pero con sus propios métodos. Con ello surgieron, al mismo tiempo, difíciles problemas de delimitación, que complicaron aún más las relaciones de las “ciencias jurídicas básicas” entre sí.

La tradición jurídico-filosófica se mantuvo con mayor pureza y éxito en el derecho penal. Incluso todavía hoy, hay teorías del derecho penal y de la pena basadas en la filosofía kantiana y en los dos polos que sustentaron esa filosofía: la teoría del conocimiento del idealismo alemán y la filosofía política de la Ilustración. Su mérito histórico ha sido precisamen-

te el de unir ambas líneas de la filosofía idealista y el de hacerlas fructíferas para el derecho penal. Representantes de estas ideas son sobre todo PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH, GUSTAV RADBRUCH, KARL ENGISCH y ARTHUR KAUFMANN. También yo me siento dentro de esta tradición.

En lo que sigue voy a tratar del significado que esta tradición de la filosofía idealista puede tener todavía en cuestiones concretas del derecho penal.

B) SIGNIFICADO DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE LA ILUSTRACIÓN PARA EL DERECHO PENAL

I. *Teoría del conocimiento: la superación del derecho natural*

La teoría crítica del conocimiento del idealismo alemán, significó, dicho de un modo simple y breve, la superación del derecho natural clásico. El derecho natural cosmológico de la tradición aristotélica descansaba en la deducción del deber a partir del ser (“monismo metódico”), el orden del deber humano se derivaba así del orden real de la naturaleza. Esta deducción de un orden del deber desde el mundo empírico no fue ya posible a partir de KANT; los neokantianos, con el “dualismo metódico”, realizaron importantes restricciones al separar con claridad el ser del deber ser.

El destino del *derecho natural de origen divino* característico de la teología de TOMÁS DE AQUINO y del pensamiento medieval europeo, estaba indisolublemente unido al destino de una divinidad inmanente; de un ser, por tanto, que no solo era la fuente incuestionable del puro deber, sino también la que revelaba este deber a las personas. Ciertamente todavía en el siglo XVIII, la filosofía y la teología aceptaban de una forma u otra la idea de Dios, pero ya entonces estaba claro que este Dios no era ya directamente el legislador del orden humano que establecía los deberes.

La filosofía idealista no hubiera merecido este nombre, si no hubiera creado las bases de otra clase de derecho natural, del llamado *derecho natural racionalista*.

La ordenación de los deberes como producto de la razón humana, fue la lógica consecuencia de la superación del derecho natural cosmológico de origen divino, colocando por primera vez en la historia al hombre, como ser responsable y autónomo, en el centro de la antropología filosófica.

Este derecho natural racionalista desempeñó un papel muy importante en toda la discusión que sobre la legitimación del poder hubo en el

siglo XIX. Pero su éxito se debió más a su propia vaguedad que a su viabilidad jurídico-filosófica. La “razón humana” es más un *topos* argumentativo que una fuente del derecho. Como bien demuestra la propia historia y la moderna etnología, la razón humana ha dado lugar a muy diversos ordenamientos jurídicos no siempre coincidentes e incluso contradictorios en el tiempo y en el espacio. Esta forma de entendimiento del derecho natural quizás pudo satisfacer la necesidad que en aquella época había de encontrar un criterio material para determinar el derecho justo, pero era totalmente insuficiente desde el punto de vista de las exigencias metodológicas que se derivaban de las críticas de la razón pura y a la razón práctica.

II. Filosofía política: el contrato social

La respuesta adecuada a la crítica del conocimiento de la filosofía idealista no fue el derecho natural racionalista, sino las numerosas teorías que sobre el contrato social se formularon por doquier en la Europa de aquel entonces. Sin entrar en particularidades y forzando un poco los aspectos sistemáticos voy a indicar ahora las más importantes directrices en las que se plasmó esta filosofía social y jurídica, así como la idea de libertad de la que partía.

Tras el ocaso de la fundamentación iusnaturalista del derecho el *papel del legislador* se modificó de manera fundamental, de simple intérprete del derecho se convirtió en su creador. Sus prescripciones (leyes) no se legitimaban ya como simples concreciones adaptadas al momento de una ley superior, el derecho natural, ya que esta ley superior o no existía o, en todo caso, no era aprehensible. El legislador no podía, por tanto, legitimar sus prescripciones por su coincidencia con un derecho incuestionablemente justo de carácter suprapositivo, sino que tenía que demostrar la justicia de las mismas por su propio contenido.

La *teoría del contrato social* fue la respuesta a este problema de legitimación. En el fondo viene a decir que la legitimidad de las prescripciones jurídicas se deriva de los mismos que están sometidos a ellas. El estado natural se transforma en estado jurídico renunciando el ciudadano adulto —capaz de conocimiento— a una parte de su libertad natural para así poder convivir en libertad con los otros ciudadanos que igualmente renuncian a una parte de su libertad.

En un *plano horizontal* el contrato social significa, por tanto, el acuerdo —imaginario— de los ciudadanos en un orden jurídico vinculante para todos.

En el *plano vertical* el contrato social tiene que ser garantizado institucionalmente. Esta garantía se produce instituyendo contractualmente una autoridad superior a la que le corresponde vigilar que las cláusulas contractuales se cumplan realmente. Pero este es un problema especialmente precario: el contrato social solo puede llevarse a cabo si efectivamente se produce la renuncia que hacen los ciudadanos a una parte de su libertad, tal como fue acordado. Quien se exceda en el uso de su libertad o limite un exceso de libertad ajena, estará lesionando los fundamentos del contrato y rompiéndolo en pedazos. Pero, por otra parte, también la autoridad superior puede lesionar los límites impuestos a su actuación, desatender sus funciones o imponer arbitrariamente su voluntad a los ciudadanos, restringiendo, por ejemplo, su libertad más de lo que permite el contrato social. En este caso, muchos de los que defienden la teoría del contrato social admiten también un legítimo derecho de resistencia a la autoridad.

III. *Filosofía del derecho penal: el aseguramiento de la libertad*

En el contexto de la teoría del contrato social la tarea a cumplir por el derecho penal se refleja con toda claridad. Para comprender mejor esta tarea, conviene recordar que FEUERBACH, el más importante representante de esta concepción, fue al mismo tiempo uno de los más decididos impulsores de la codificación del derecho penal influyendo decididamente en la redacción del Código Penal bávaro, el más importante código penal de principios del siglo XIX.

1. *El principio de legalidad.* La *idea de la codificación*, es decir, el principio de que los límites de las libertades ciudadanas debían definirse legalmente, constituye el elemento básico de una filosofía del derecho penal influida por el pensamiento de la Ilustración. Todavía hoy es el *principio de legalidad, nulla poena, nullum crimen sine lege*, el criterio fundamental que inspira el derecho penal del Estado de derecho, tal como se concibe en la tradición alemana, y es acogido tanto en el Código Penal (§ 1 StGB) como en la Constitución (art. 103, 28 GG): “Solo puede ser castigado el hecho cuya punibilidad esté determinada legalmente antes de que haya sido cometido”. Con él se garantizan que los límites de la libertad de los ciudadanos sean los mismos y rijan para todos sin excepción, y que, al mismo tiempo, se determinen con precisión tanto para los ciudadanos como para las instituciones. El principio de legalidad se ha convertido así en uno de los símbolos más característicos del Estado de derecho. En él se concentran las esperanzas de que tanto el sistema como la administración de justicia penal sean transparentes, controlables y sinceros.

2. *Orientación a las consecuencias.* Solo en un punto, por lo demás central, no siguió FEUERBACH la filosofía jurídico-penal de KANT: en la justificación de la pena. En este punto, FEUERBACH consideraba que la misión de la pena no consistía en alcanzar la justicia, cualquiera que fueran las consecuencias; sino que sólo era legítima si, tanto en el momento de la conminación legal como en el de su imposición y cumplimiento, conseguía un fin empírico muy concreto: apartar a los posibles delincuentes de cometer delitos en el futuro. Como el propio FEUERBACH decía, al individuo inclinado al mal debería atársele a una cadena para que no pudiera llevar a cabo sus perversas inclinaciones; pero como esto, decía, es imposible, habrá que buscar una especie de cadena psicológica que determinara que el individuo que racionalmente calcula las ventajas e inconvenientes de su hecho se abstuviera de cometer delitos. Ello se conseguiría haciendo que la gravedad de la pena que pudiera imponerse fuera más determinante que el posible provecho que pudiera obtenerse con la comisión del delito.

Esta teoría de la “coacción psicológica” demuestra que la filosofía jurídico-penal surgida de la Ilustración había abandonado el conceptualismo orientado *input*, propio de la filosofía idealista, vinculando el derecho penal a una orientación *output*. El parentesco con el utilitarismo es evidente. Esta estructuración preventiva del derecho penal, completada, al mismo tiempo, con las teorías resocializadoras, reduce enormemente el problema de la legitimación del poder punitivo del Estado, al considerar que la pena, tanto en el momento de su conminación legal, como en el de su imposición, cumple un interés social. Sin embargo, pronto se hizo acreedora de la *crítica de la propia filosofía idealista del derecho penal* que, de la mano de HEGEL, argumentaba en su contra que no trataba a la persona como un ciudadano libre y responsable, sino como a un perro al que se le enseña el palo.

3. *El principio de protección de bienes jurídicos.* En la República Federal de Alemania se discute hoy, en el marco de una “Teoría de la prevención general positiva”, si la orientación a las consecuencias en derecho penal cumple los postulados de la Ilustración o, por el contrario, los debilita. Me parece que la verdad está en el medio: un derecho penal basado en el contrato social tiene que atender a las consecuencias que produce; pero, por otro lado, esta orientación a las consecuencias debe ser frenada y doblegada por principios normativos, como el de proporcionalidad, el respeto a la dignidad humana y otros principios “formalizadores” del derecho penal (cfr. *infra* C, 1). La tercera característica, la vinculación del derecho penal al principio del bien jurídico, pertenece, sin duda, a las consecuencias de la filosofía política de la Ilustración.

El principio de protección de bienes jurídicos fue elaborado originalmente por FEUERBACH y posteriormente desarrollado por BIRNBAUM y VON LISZT, entre otros, como consecuencia de una concepción crítica del derecho penal. Solo los intereses humanos (FEUERBACH) o, en su caso, los bienes jurídicos (BIRNBAUM, VON LISZT) pueden ser objeto de protección por el derecho penal. Una conminación penal que sólo tenga como objeto *ideología social*, es, por tanto, ilegítima. Cuanto mayor sea la vinculación de una conminación penal con un bien jurídico (como, por ejemplo, en los daños patrimoniales o en el homicidio), tanto más intensiva podrá ser, pudiendo incluso castigar la puesta en peligro del bien jurídico (como, por ejemplo, en el delito de incendios).

Por otra parte, el principio de protección de bienes jurídicos exige preguntar si el derecho penal está realmente en situación de proteger los bienes jurídicos, ayudando, así, a una *crítica empírica del derecho penal*.

Desde un principio, la teoría del bien jurídico ha admitido tanto los *bienes jurídicos individuales* (vida, salud, libertad, honor), como los *universales* (tráfico fiduciario, administración de justicia, seguridad del Estado).

Pero actualmente se discute si los bienes jurídicos universales deben ser funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales, o a la inversa, distinguiéndose entre teorías *individualistas* y teorías *estatistas*.

En la época del *nacionalismo* se intentó superar el principio de bien jurídico, sustituyéndolo por el llamado “dogma de la infracción del deber”; pero en los años cincuenta y sesenta volvió a surgir de nuevo con toda su pujanza y fue utilizado con éxito para limitar el ámbito del derecho penal sexual y de los delitos religiosos.

4. *Formalización del control social jurídico-penal*. Continuando la tradición de la filosofía política de la Ilustración, pero enriqueciéndola y completándola con una consideración sociológica del derecho penal, las más recientes teorías penales han *reformulado la filosofía clásica del derecho penal*. Esta reformulación se puede resumir en la “formalización del control social jurídico-penal”. Con ello se quiere decir:

A largo plazo, tenemos que partir de que todas las sociedades se caracterizan por el fenómeno del “control social”; es decir, por la existencia de normas sociales, por la sanción de la conducta desviada y por un proceso para aplicar la sanción. En la *vida cotidiana* el control social se da más o menos formalizado; espontáneo, diferente según el grupo social de referencia, diferenciado por la magnitud de la sanción y con diversos

procesos para su aplicación. El control social se da en todas partes: en la familia, en el lugar de trabajo, en la escuela, en las discusiones, en los deportes, etc.; y es imprescindible, tanto en los procesos de socialización y enculturación de los individuos, como para la autodefinición del grupo.

Pero el control social no es sólo estabilizador; también produce *daño*. Un daño que puede ir desde una simple sonrisa de desprecio hasta la aplicación de la ley de Lynch, pasando por la reducción del contacto social o la pérdida del puesto de trabajo.

Tanto más grave sea la desviación, tanto más incómodo será para quien la realice; tanto más grave sea la amenaza que esa desviación representa para los demás, tanto más profundo será el conflicto normativo. El control social no solo afecta virtualmente los *derechos humanos* de quien ha realizado la conducta desviada, sino también los de la víctima misma, los testigos, etc. El control social, tanto en su forma, como en su contenido, es, por último, un símbolo del nivel cultural de una sociedad.

El *derecho penal se legitima* precisamente en la medida en que formaliza el control social. Con los demás medios de control social coincide en que contiene los mismos tres elementos característicos de todo control social: norma, sanción, proceso. Pero el derecho penal debe manejar esos elementos de modo que dentro de lo posible proteja los derechos humanos de todos aquellos que han participado en los casos más graves de conflictos por desviación. Y a eso es a lo que llamo "formalización". Para mí, formalización significa dos cosas:

Por un lado, transparencia y claridad (y con ello, posibilidad de control) de los instrumentos jurídico-penales; por otro, la observancia de determinados principios valorativos.

La claridad y posibilidad de control se corresponden en esencia con el clásico *principio de legalidad*. Los *principios valorativos* son, en cambio, muy variados, yendo desde el derecho a la asistencia de letrado y a ser oído en el proceso, hasta el principio de proporcionalidad, pasando por el *in dubio pro reo*, la prohibición de la *reformatio in peius, ne bis in idem*, derecho al juez legal, etc.

El derecho penal se justifica, pues, en la medida en que se consigue formalizar el control social. Por eso, es preocupante la tendencia que se observa actualmente en la República Federal de Alemania a ir abandonando paulatinamente esta tradición formalizadora. De ello nos vamos a ocupar en el siguiente apartado.

C) RECIENTES TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

I. *La actual situación*

En este momento, el derecho penal, tanto en la teoría como en la praxis, está pasando de la formalización y la vinculación a los principios valorativos a una tecnología social, y paulatinamente se va convirtiendo en un instrumento político, sobre todo en ámbitos como el económico y financiero, medio ambiente, salud pública y seguridad del Estado, y en esta dirección ha dado ya importantes pasos:

1. En el *derecho penal material* las reformas actuales se caracterizan por:

— el interés por “combatir” con toda celeridad y urgencia los “problemas” más ampliamente difundidos por los medios de comunicación y que por eso, son sentidos por la opinión pública como más amenazantes: criminalidad económica y financiera, delito ecológico, delincuencia informática, terrorismo, drogas, pornografía, exportación de mercancías peligrosas, etc.;

— la protección preferentemente de bienes jurídicos universales tales como la salud pública o el medio ambiente, en lugar de los tradicionales bienes jurídicos individuales;

— el creciente empleo de los delitos de peligro abstracto que prescindan de presupuestos de la pena, tales como el resultado o la causalidad y permiten imponer una pena sólo con que el sujeto realice una determinada acción peligrosa, por ejemplo, presente una solicitud falseando los datos para conseguir una subvención pública;

— la eliminación de los diversos grados de la imputación jurídico-penal (tentativa-consumación; complicidad-autoría);

— un aumento sensible de las penas con evidentes finalidades preventivo-generales intimidatorias.

2. En el *derecho procesal penal*, las actuales reformas se caracterizan por su finalidad de acortar, abaratar y desformalizar el proceso, así como por la eliminación de todos los obstáculos que puedan perturbarlo, sean desde el lado del inculpadado, como del defensor. Las reformas que favorecen los intereses de la víctima se hacen a costa del imputado y del Estado como detentador del monopolio del *ius puniendi*. Incluso el principio, tan importante en la jurisprudencia penal y constitucional alemanas actuales, de “funcionalidad de la administración de justicia penal”, favo-

rece ciertamente la efectividad y la economía del proceso, pero a costa de su formalización.

3. Curiosamente, apenas ha habido reformas recientes en el ámbito del *derecho penitenciario*; y ello es lógico, pues no se corresponderían con la tendencia sociotecnológica. La praxis penitenciaria se desarrolla ahora más hacia una desformalización de la posición del interno, dando marcha atrás en todo lo que signifique ayuda, favorecimiento o facilidades de su situación, mostrando un desarrollo similar al observado antes respecto al derecho procesal penal (C, I, 2).

4. Todas estas tendencias son apoyadas y favorecidas por las *teorías actualmente dominantes en derecho penal*. Estas teorías “funcionales” o funcionalistas permiten o favorecen la adaptación de los instrumentos jurídico-penales a las necesidades de la moderna política criminal. El derecho penal, entendido por VON LISZT, como “barrera infranqueable de la política criminal”, se está convirtiendo en una utopía; lo que actualmente interesa y sirve a un sistema político funcional son conceptos como orientación a las consecuencias, ponderación de intereses en juego, previsión de peligros y programas flexibles de decisión.

5. Igualmente basadas en las tendencias sociotecnológicas están las modernas *teorías de la pena* de la prevención intimidatoria, individual y general. A principios de siglo desaparecieron ya las teorías absolutas de la pena; lo que ahora se considera como pura retribución no es más que prevención general. Las tendencias neoclásicas no han tenido, por tanto, ningún éxito en la República Federal de Alemania (véase *infra* C, III, 4, lo que se dice respecto a la prevención general positiva). “Fundamentación sociotecnológica” significa:

— tanto el si, como el cómo de la pena dependen de su efecto, no de cuestiones de culpa o de merecimiento;

— por “efecto” se entiende primariamente, las consecuencias de la conminación penal y de la pena en el individuo y, secundariamente, desde el punto de vista estratégico, las consecuencias en la general evolución de la criminalidad;

— el individuo que tiene que ser intimidado o, en su caso, castigado, no es el fin, sino un elemento funcional o paso obligado para la imposición de una pena que tiene una finalidad concreta, evitar la criminalidad en el futuro.

6. También los esquemas cognitivos y normativos (el “clima”) que sirven de base y dan origen a estas tendencias, se basan en un planteamiento sociotecnológico; así sucede, por ejemplo, con

— el actual favorecimiento de tópicos como “dominio del futuro” en perjuicio de una respuesta adecuada o, si se quiere, “justa” a las cuestio-

nes actuales (así, por ejemplo, se hace recaer el acento en la “prevención” en lugar de la “retribución”; en el “riesgo” en lugar de la “lesión del bien jurídico”);

— la fe de la comunidad en la fuerza configuradora de la realidad que se atribuye al derecho penal y en la posibilidad de conseguir con él las consecuencias que se pretenden;

— la legitimación de las intervenciones por las consecuencias favorables que producen, y no por la “justicia” de las mismas: *orientación out put*;

— y finalmente, la tendencia a sustituir en las teorías legitimadoras los planteamientos personalistas por planteamientos sociales.

II. *Perspectivas evolutivas*

La situación que se acaba de describir tiene su origen en la “dialéctica de lo moderno”, es decir, es consecuencia de la lucha contra un derecho penal moralizador, que se ha llevado a cabo con las armas de la filosofía política de la Ilustración. La guerra se ha ganado y el enemigo ha sido vencido. Pero el actual problema en la República Federal de Alemania no es el derecho penal moralizador, sino un derecho penal inspirado en las modernas técnicas sociológicas.

Las armas que antes se utilizaron contra el derecho penal moralizador se han independizado; los signos han cambiado.

1. Así, por ejemplo, el concepto de *protección de bienes jurídicos*, que originariamente tuvo una función estratégica en las tendencias des-criminalizadoras; y en este sentido se utilizó para derogar aquellas condenaciones penales que no tenían como objeto la protección de algún concreto bien jurídico o que únicamente pretendían proteger concepciones morales, se utiliza actualmente con una finalidad distinta, como un criterio para criminalizar.

2. Lo mismo ha sucedido con los *fines de la pena* (por lo menos, en la medida en que se conciban preventivamente en el sentido que lo hizo FEUERBACH, *supra* B, III, 2). Originariamente se utilizaron contra todas aquellas intervenciones jurídico-penales que, bien no producían ninguna consecuencia o incluso eran contrarias a ello; que no tenían, por tanto, “ningún fin”. Por eso, se entendía que la “pura” retribución, no era suficiente para legitimar una intervención en la libertad o en la propiedad; al principio de culpabilidad se le otorgaba una función limitadora y no fundamentadora de la pena; y dentro de estos límites era posible pretender consecuencias empíricas favorables (corrección, intimidación). En cam-

bio, hoy el concepto de prevención tiende a convertirse en un modelo de intervención que supera y descualifica como obstáculos para una orientación social efectiva los principios de proporcionalidad, igualdad de trato, o legalidad (es decir, los principios valorativos del derecho penal formalizado a los que antes hacíamos referencia, *supra* B, III, 4).

3. Todas estas tendencias colocan al derecho penal ante una renovada y fortalecida *necesidad de legitimación*. Ya no son suficientes las justificaciones deontológicas de la conminación penal y de la pena; ahora hay que demostrar que el sistema, desde el punto de vista sociotecnológico, funciona también realmente, que de modo relevante produce consecuencias favorables e impide las desfavorables. La orientación a las consecuencias tiene como efecto que el sistema jurídico-penal permanente y públicamente deba afirmarse como instrumento político técnicamente eficaz.

4. Estas expectativas no pueden ser cumplidas por el derecho penal, o sólo de un modo insuficiente; pero ante esta situación el sistema actual no reacciona retirando los planteamientos sociotecnológicos, sino manteniéndolos y difuminándolos. El ejemplo más gráfico de ello es una *política criminal simbólica* que —en contra de la opinión de los expertos que consideran que la agravación de las conminaciones penales no aumenta el efecto intimidatorio, y que denuncian los “déficits del sistema penitenciario”— consigue de todos modos que el legislador reconozca con rapidez en la opinión pública una “necesidad de actuación” y que la satisfaga con prontitud. Pero esta ganancia simbólica cuesta cara y se paga con una pérdida de la credibilidad y la justicia del derecho penal que, de algún modo defrauda las expectativas de los ciudadanos.

III. Consecuencias

Lo que hoy se critica cada vez con mayor contundencia no es ya el derecho penal moralizador, sino el inspirado en la moderna tecnología social, frente al que hay que resucitar las viejas tradiciones “morales” orientadas a la justicia, la fragmentariedad y la persona y, en relación con los demás sistemas de control social, recuperar y acentuar las peculiaridades que caracterizan el sistema jurídico-penal.

1. Sería *anacrónico* volver a una fundamentación absoluta de la pena y limitarse a los bienes jurídicos clásicos. Esto sería contrario a los específicos problemas de legitimación del moderno Estado y los problemas de orientación de la moderna “sociedad de riesgos”. El acuerdo normativo social puede tanto experimentar como constituir hoy un grave problema (destrucción del medio ambiente, abuso de drogas, criminalidad organiza-

da, etc.), con el que se tiene que enfrentar —guardando las distancias— el derecho penal, tratando racionalmente lo irracional.

2. El derecho penal tiene también que recuperar su credibilidad y su prestigio ante los ciudadanos, a los que no debe engañar con falsas promesas. Ello supone que continúe y se intensifique la investigación de los efectos reales de la intervención jurídico-penal, y significa que no se pretenden consecuencias que no pueden ser constatadas y que en los programas de decisión se tengan en cuenta las consecuencias accesorias desfavorables. Un derecho penal legitimado por las consecuencias no puede sustraerse a la legitimación. En mi opinión, un derecho penal que no utiliza el concepto de consecuencia como una simple estrategia simbólica, sino que lo elabora metodológicamente y del modo más honesto posible, vuelve en muchos ámbitos a la legitimación *input*.

3. Ante los nuevos problemas que amenazan, tan complejos y difusos, el derecho penal debe continuar manteniendo y configurando su tarea *formalizadora* del control social (*supra* B, III, 4). Esto quiere decir en especial que:

— sólo deben protegerse los bienes jurídicos que puedan ser descritos concretamente y asegurados con sus instrumentos (lo que es bastante problemático en los ámbitos relacionados con las drogas y el medio ambiente);

— se mantenga el principio de la imputación individual también en los casos más complejos, como sucede en aquellos en los que se encuentran involucradas grandes empresas;

— se siga preservando el carácter de la protección jurídico-penal como *ultima ratio* (fomentando, en consecuencia, otras formas de protección como el seguro o la reparación de daños);

— se defiendan los principios valorativos como el de legalidad o el *in dubio pro reo*, frente a los intereses políticos en pro de la efectividad;

— se considere que estos principios son irrenunciables y permanentes, como símbolos de nuestra cultura, incluso en “caso de necesidad” o de enfrentamiento con intereses político-criminales.

4. La teoría de la pena tiene que poner los intereses preventivos en una relación normativa, justificándolos y limitándolos también al mismo tiempo. Una aspiración de esta clase podría quizás conseguirse con una teoría de la *prevención general positiva*, para la que la pena no sea pura adaptación (y mucho menos intimidación), sino la afirmación pública y el aseguramiento de las normas fundamentales (también de las normas formalizadoras que recomiendan en algunos casos la descriminalización, la prudencia, la protección jurídica frente a la informática, el perdón y el olvido).

CAPÍTULO II

VIEJO Y NUEVO DERECHO PENAL*

A) CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde el primer momento quiero aclarar cuales son las metas de estas reflexiones. En mi opinión, actualmente podemos observar en el derecho penal un fenómeno similar al que HORKHEIMER y ADORNO llamaron “Dialéctica de la Ilustración”¹. Dicho fenómeno podríamos denominarlo aquí “Dialéctica de lo moderno”, queriendo decir con ello que el derecho penal moderno ha llegado a un punto en el que se ha convertido en contraproductivo y anacrónico.

Por “moderno” entiendo² un derecho penal que, tanto a nivel de pensamiento, como en su actuación práctica presenta las siguientes peculiaridades:

* La base de muchas de las ideas que aquí se exponen la constituyen las discusiones habidas entre los penalistas de Frankfurt en un seminario conjunto que hemos venido teniendo los últimos años. Hay además tres publicaciones directamente relacionadas con lo que seguidamente voy a exponer: el libro de mi discípulo FELIX HERZOG (*Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991), y dos trabajos míos: uno, un breve estudio sobre prevención (*Prävention im Strafrecht*, en *Jus*, 1987, págs. 257 y ss.), y otro, un artículo sobre la naturaleza del derecho penal (*Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, en *NSiZ*, 1989, 553). Muchas de estas ideas son comparadas también por FRANCISCO MUÑOZ CONDE que las ha adaptado e ilustrado con ejemplos extraídos del derecho penal español.

Originariamente, esta primera parte fue un artículo de WINFRIED HASSEMER, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, publicado en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, 378 ss., y traducido al español por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, con el título “Crisis y características del moderno derecho penal”, publicado en *Actualidad penal*, 1993 (hay también una traducción del mismo trabajo de ELENA LARRAURI PUJÁN, aparecida en *ADP*, 1993). La actual versión, reelaborada por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, como primera parte del libro *La responsabilidad por el producto*, Valencia, 1995 con el nuevo título *Viejo y nuevo derecho penal*, pretende describir gráficamente las tendencias que actualmente dominan el panorama del derecho penal, sin que ello implique ninguna actitud valorativa previa, de los términos *viejo y nuevo* empleados en el mismo.

¹ HORKHEIMER / ADORNO, *Dialektik der Aufklärung*, 1968.

² Para más detalles *infra* B III 3.

- prescinde de los conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica;
- se basa en una metodología empírica orientada a las consecuencias;
- es más favorable, por tanto, a una concepción teórica preventiva que retributiva;
- intenta vincular al legislador penal y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos.

Estas tendencias del moderno pensamiento jurídico-penal y político-criminal son hijas de su tiempo y en su época fueron necesarias para revitalizar una teoría y una praxis que, ancladas en el iusnaturalismo y en la dogmática abstracta, se habían alejado de la realidad. La crítica a esta praxis jurídico-penal desde el punto de vista de sus consecuencias, así como la limitación de los fines de las penas a metas susceptibles de ser alcanzadas y la obligación del legislador penal a concentrarse en bienes jurídicos han producido una mayor humanización y un mayor control de la actuación del derecho penal. Pero estas tendencias están hoy ya agotadas y la modernización que representaron amenaza con invertirse. Ha llegado, pues, el momento de ver si es posible sintetizarlas con los principios tradicionales.

Para ello conviene distinguir dos secuencias diferenciales. En primer lugar, expondré lo que pueden considerarse características principales del moderno derecho penal (II), ofreciendo luego algunas alternativas (III) al mismo, estudiando las opciones que hay actualmente para adaptar el derecho penal (y, sobre todo, su parte especial) al momento presente. Mis reflexiones se mueven en una línea específica entre los fundamentos, la parte general y la parte especial del derecho penal. Precisamente, como inmediatamente veremos, el nuevo derecho penal se realiza sobre todo en la parte especial y a través de una legislación penal especial, de la que proceden también los ejemplos más discutibles, pero los criterios que utilizaremos para valorar estos ejemplos y fundamentar una política criminal a largo plazo están extraídos de los fundamentos del derecho penal y de su parte general.

Después veremos en la segunda y tercera parte las consecuencias que de todo esto se derivan en relación con la responsabilidad por el producto.

B) CONCEPTOS Y FORMAS DE APARICIÓN DEL MODERNO DERECHO PENAL

Lo que hoy podemos denominar “moderno” derecho penal se caracteriza no sólo por los específicos ámbitos en los que se realiza, las especí-

ficas funciones que desempeña y los especiales instrumentos que utiliza, sino también por los especiales problemas y costos que plantea.

En el epígrafe B, III, se expondrán las características, que, en todo caso, reflejan las tendencias existentes en la República Federal de Alemania y en España, que igualmente puedan ser, con más o menos limitaciones, significativas de las codificaciones penales de otros países avanzados.

Antes de entrar en particularidades, hay que dejar desde este momento claras las tres tesis que sirven de punto de partida a este análisis y exposición, que primero se irán fundamentando, para subrayarlas luego con una serie de reflexiones personales.

Las tesis son las siguientes:

(1) El centro ideal del derecho penal "clásico" está formado por las ideas de certeza y subsidiariedad, herencia del Estado de derecho, su imagen del delito es el delito como lesión (de un bien jurídico).

(2) El moderno derecho penal se ha alejado con creciente rapidez de este centro ideal.

(3) Esta evolución ha planteado al derecho penal problemas específicos.

I. Elementos característicos del derecho penal clásico

Aunque con el término "clásico", se expresa que el objeto designado está en la tradición de la filosofía política de la Ilustración, ni en el derecho penal, ni en ningún otro lugar, se agota el término "clásico" en un determinado tiempo o en referencia a un número limitado de objetos. Lo "clásico" es también un ideal, una aspiración por la que medir a dónde debemos dirigirnos, cuáles son los pasos que hay que dar para seguir el buen camino y evitar el malo, y cuáles son los que hay que desandar antes de llegar a las proximidades de la meta. Lo clásico, como cualquier otra realización de una idea, no es un tiempo real o un conjunto efectivo de objetos que pueda delimitarse históricamente.

El derecho penal clásico surgió de la muerte del derecho natural, bien porque se consideró que este no existía o no era reconocible, bien porque se le veía como una expresión vacía de contenido. En todo caso, lo que importa es que tras la crítica que le hizo la filosofía alemana idealista, el derecho natural dejó de invocarse como fuente de los mandatos y prohibiciones del derecho penal. El modelo político de esta filosofía no era ya la deducción del orden jurídico a partir de los más altos principios jurídi-

cos, sino el acuerdo entre los propios interesados en la creación de este orden, es decir, el contrato social³.

Este contrato social tampoco es una realidad temporal que se dé en un momento determinado, o por lo menos no de un modo completo y ejemplar. Solo es una condición de posibilidad del derecho, una vez que el derecho natural perdió esa función. En el contrato social las partes contratantes, obligadas a vivir en sociedad, renuncian a una parte de su libertad natural, consiguiendo así, que la libertad de todos quede garantizada. La igualdad y la reciprocidad de esta renuncia a la libertad son los elementos propios de este contrato social: sin su equilibrio el modelo teórico democrático degenera en el dominio de unos sobre otros. El contrato social, adoptado como fundamento del derecho no es, sin embargo, tan obvio en la convivencia cotidiana, por más que teóricamente sea evidente y normativamente vinculante. Se hace, por tanto, necesario marcar además con específicas garantías los límites de la renuncia a la libertad.

Por ello los modelos de contrato social no sólo se construyen horizontalmente, sino verticalmente también, correspondiendo al derecho penal una tarea bien fundada en el mantenimiento de estos modelos.

La dimensión vertical del contrato social sirve para asegurar la renuncia de las libertades acordadas horizontalmente. Se le puede llamar Estado o superioridad, significando que se trata de instituciones derivadas y no de instituciones que tengan razón de ser por sí mismas. Su justificación es posibilitar la coexistencia de los contratantes en una situación jurídica, manteniendo los límites de la renuncia de la libertad de forma igualitaria para todos. El ciudadano no queda, pues, funcionalizado en aras del Estado, sino que es el Estado el que se funcionaliza al servicio del ciudadano.

En este marco, el derecho penal cumple una función estabilizadora de las condiciones del contrato social, es el derecho que castiga y, por tanto, pretende evitar las lesiones de la libertad.

De ello se deducen tres importantes consecuencias:

1. Sólo la lesión de las libertades aseguradas por el contrato social pueden considerarse un delito. El concepto bien jurídico se transforma así sistemáticamente en un criterio negativo que impide la criminalización ilegítima: allí donde no haya una lesión de un bien jurídico no debe haber delito.

2. Los límites a la renuncia de las libertades acordadas en el contrato social deben quedar precisados de un modo absolutamente contundente.

³ Para más detalles W. HASSEMER, 1973/1980, 27 ss.

Deben evitarse, por tanto, posteriores modificaciones de estos límites, o intervenciones sociales o gubernamentales en los acuerdos adoptados en el contrato social. Tampoco deben dejarse al poder interpretativo de un tercero, sea este la administración de justicia o el gobierno. En esto se materializa la ética del positivismo legal y ello explica también que en aquel momento se prohibieran comentarios e interpretaciones de las leyes. Precisamente fue esta la razón de ser del mandato de certeza en derecho penal.

3. El Estado es sólo una institución derivada de los derechos de los ciudadanos, de ellos recibe su legitimación, y ellos son, al mismo tiempo, los límites de su poder. El contrato social no permite ningún poder autónomo, ni usurpador. Precisamente por esto, hay que limitar el poder estatal del modo más enérgico allí donde más claramente se manifiesta, es decir, en el derecho penal, que debe ser configurado desde el punto de vista de los derechos individuales, como una forma de protección, la más enérgica y contundente, de los mismos. Ello explica también la existencia en derecho penal de principios como los de subsidiariedad y proporcionalidad, y de derechos como el de recurrir a los tribunales, a la defensa o a no declarar contra sí mismo.

En esta concepción clásica, el derecho penal es ciertamente un medio violento de represión, pero también un instrumento de garantía de la libertad ciudadana, y como tal es indispensable para asegurar la convivencia; lo que no quiere decir que sea autónomo, sino un eslabón de una cadena; la *ultima ratio* para la solución de los problemas sociales, y no una panacea de los mismos.

II. *La dialéctica de lo moderno*

Paradójicamente el moderno derecho penal rompe con esta tradición, en la medida que la “consume”. Las tendencias que caracterizaron el derecho penal clásico son las mismas que caracterizan el derecho penal de hoy; pero, al desvincularse del contexto en que surgieron y trasladarse a otro diferente, han hecho que el moderno derecho penal de hoy apenas guarde ya relación con el viejo derecho penal clásico.

Para explicar esta tesis, se exponen seguidamente las características del moderno derecho penal, de la mano de ejemplos en los que, a nuestro juicio, se ha superado claramente la concepción clásica del derecho penal, desmitificándose además con ello, al mismo tiempo, con carácter general, las bases tradicionales del pensamiento jurídico-penal. Estas características del moderno derecho penal son: la protección de bienes jurídicos, la idea de prevención y la orientación a las consecuencias.

— Por lo que respecta a la primera de ellas, la *protección de bienes jurídicos* se ha convertido en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo el carácter de criterio negativo que tuvo originariamente. Lo que clásicamente se formuló como un concepto crítico para que el legislador se limitara a la protección de bienes jurídicos, se ha convertido ahora en una exigencia para que penalice determinadas conductas, transformándose así completamente de forma subrepticia la función que originariamente se le asignó.

Ejemplos de esta tendencia pueden observarse en las sentencias del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto, en las que se considera que una amplia liberalización del mismo va contra el mandato constitucional de protección de la vida del feto, en la que, según las tesis del Tribunal Constitucional, el derecho penal ocupa un lugar preeminente⁴. O en la exigencia de que el legislador sea consecuente con la protección de la libertad sexual hasta el punto de castigar como delito el llamado “acoso sexual” en el trabajo u otras molestias o actitudes machistas o sexistas que, sin llegar al nivel de la agresión sexual, las amenazas o la injuria, frecuentemente tienen que soportar las mujeres por parte de sus compañeros o jefes en el lugar de trabajo.

La protección de bienes jurídicos se transforma así en un mandato para penalizar, en lugar de ser una prohibición condicionada de penalización; en un factor positivo para conseguir una correcta criminalización, en vez de ser un criterio negativo para la misma. Este cambio limita, al mismo tiempo, el margen de decisión del legislador, favoreciendo las opciones criminalizadoras: ahora el principio de protección de bienes jurídicos obliga a recurrir a la amenaza penal, convirtiendo dolorosamente la “prohibición de exceso” en una “prohibición de defecto”, que algunos jueces del Tribunal Constitucional han aprovechado para exigirle al legislador penal una más “efectiva protección penal de bienes jurídicos”, sobre todo en relación con la vida del feto, llegando incluso en este punto el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 11 abril 1985 a declarar la incons-

⁴ BVerfGE 31,1 (46 ss.), publicada en *NJW*, 1975, 573; críticamente, MÜLLER-DIETZ en JUNG/MÜLLER-DIETZ, 77 ss.; HASSEMER/MUNOZ CONDE, 69. El Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE) en su última decisión sobre el aborto (28.5.1993), no ha hecho sino profundizar en esta línea, configurando constitucionalmente, una “prohibición de reducción por debajo del mínimo” (*Untermassverbot*) (véase W. HASSEMER, 1994, 731 ss.). También el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 11 de abril de 1985 declaró inconstitucional el originario proyecto de ley de despenalización del aborto en algunos supuestos, no ya por las indicaciones (terapéutica, eugenésica y ética) que el artículo 417 bis del Código Penal admitía y admite, “sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución”.

titucionalidad del originario proyecto de ley de despenalización de algunos supuestos de aborto “por incumplir exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución” (véase *supra* nota 4).

— La segunda característica del derecho penal moderno, la exacerbación de la idea de *prevención*, que en el derecho penal clásico era considerada todo lo más como una meta secundaria de la justicia penal, convirtiéndose ahora en el paradigma penal dominante. Con esta transformación se hace cada vez más difícil considerar asegurados los principios de igualdad y de tratamiento igualitario.

Ejemplos de esto se dan en la regulación penal de drogas y estupeficientes, que, por un lado, pretenden resocializar a los drogodependientes, renunciando a castigarlos, si se someten voluntariamente a tratamiento (parágrafos 35 y ss. *BtMG*; art. 92 bis del Código Penal español), mientras que por otro lado amenaza a los narcotraficantes con graves sanciones (parágrafos 30 y ss. *BtMG*; arts. 344 y ss. del Código Penal español). Aquí se hacen dominantes las esperanzas preventivas (individuales y generales) en mejorar el mundo con el derecho penal a costa de renunciar a los tradicionales fines de la pena de un tratamiento equitativo según la gravedad del ilícito y de la culpabilidad.

Igualmente ocurre con el terrorismo y con la “criminalidad organizada”, reguladas en el moderno derecho con criterios predominantemente preventivos: agravaciones de los marcos penales, drásticas ampliaciones de los medios coactivos en la fase instructora del proceso penal, utilización del llamado “testigo de la corona”, de los “arrepentidos”, nuevas “penas patrimoniales” casi indeterminadas, etc.⁵. Cada vez más el fin parece justificar los medios.

Los límites normativos del derecho penal y del derecho procesal penal en un Estado de derecho se debilitan ante el extendido sentimiento de amenaza y la extendida esperanza de que se puede con ayuda del derecho penal afrontar con eficacia estas nuevas amenazas que suponen la criminalidad organizada, la destrucción del medio ambiente y el narcotráfico.

— También la *orientación a las consecuencias* clásicamente entendida como un criterio complementario para una correcta legislación, se ha convertido en el moderno derecho penal en una de sus características y en

⁵ Críticamente W. HASSEMER, *KJ*, 1992, 64 ss. Véase también artículos 57 bis a, 57 bis b, 98 bis, 174 bis a, 174 bis b, 344 bis b, 344 bis h, 344 bis i, del Código Penal español en su versión anterior a 1995, y 384 bis, 504 bis, 553 y 579 de Ley de Enjuiciamiento Criminal, todos ellos relacionados con delitos de terrorismo y de tráfico de drogas, respecto a los cuales se introducen alguna de las excepciones jurídicomateriales o procesales señaladas en el texto.

la meta dominante marginando de la política jurídico-penal los principios de igualdad y de retribución justa del delito. Indicadores de estas tendencias son, por ejemplo las actuales exigencias por hacer del remedio penal un instrumento de pedagogía social con el fin de “sensibilizar” a la gente en ámbitos tales como la protección del medio ambiente o la discriminación de la mujer. No se pretende, sin embargo, con ello, que la intervención del derecho penal sea en estos ámbitos “adecuada” o “correcta”, sino sólo poner de relieve ante la población que hay que respetar el medio ambiente o prohibir la violencia contra mujeres.

También la tendencia a considerar el derecho penal no como *ultima ratio* sino como “primera” o “sola” solución de los problemas sociales, es en este contexto un claro ejemplo de esta orientación a las consecuencias que no solo se observa en los casos de “graves perturbaciones” sociales⁶, sino también cuando experiencias puntuales recientes como la construcción de una fábrica contaminante en el Norte de Africa con ayuda alemana o el *doping* de deportistas se invoca el derecho penal como primera medida.

Todo esto conduce a la “dialéctica de lo moderno” que ha transformado el derecho penal en un instrumento de solución de los conflictos sociales que no se diferencia ni en su idoneidad ni en su peligrosidad de otros instrumentos de solución social. El derecho penal se ha convertido, a pesar de la contundencia de sus instrumentos, en un *soft law*, en un medio de dirección social. Pero las perspectivas que se han generado con esta utilización del derecho penal se han disparado⁷, ofreciendo una imagen “nueva” del mismo.

III. *Las novedades del moderno derecho penal*

Aunque el moderno derecho penal no hace otra cosa que llevar hasta sus últimas consecuencias los criterios del derecho penal clásico de la Ilustración, se pueden destacar algunas características específicas del mismo⁸.

1. *Sectores*. De un modo general, se puede decir que el moderno derecho penal se manifiesta sobre todo en determinados ámbitos, ignorando prácticamente otros.

Tanto en España como en la República Federal Alemana la política criminal, por lo menos en los últimos diez años, y con algunas excepcio-

⁶ Cfr. al respecto KRATZSCH, 230 ss.

⁷ Coincidente ALBRECHT, 55 ss.; HILGENDORF, 1993(2), 40 ss.

⁸ Un análisis similar al “moderno derecho”, en HENKE, 546 ss.

nes que confirman la regla, es una política de criminalización antes que de descriminalización⁹. Los sectores en los que el legislador penal se ve “obligado a actuar” no son los de la parte general o el derecho penitenciario; ni el sistema de penas y medidas, ni su ejecución ocupan hoy el centro de los intereses político-criminales. El legislador fomenta el progreso conceptual o científico. Las novedades legislativas penales se presentan sobre todo en la parte especial, tanto del Código Penal como de la legislación penal especial, y, desde luego, no comportan normalmente reducciones en la gravedad de los marcos penales, sino ampliaciones o creación de nuevos tipos penales en ámbitos como el medio ambiente, la economía, el procesamiento de datos, drogas, impuestos, mercado exterior y, en general, todo lo relativo a la “criminalidad organizada”.

Todas estas reformas van acompañadas de las correspondientes modificaciones en el proceso penal, no ya en sectores urgentemente necesitados de reforma como la prisión provisional¹⁰, sino en todo lo que tiene que ver con la aceleración y facilitación del procedimiento y la agilización de la instrucción¹¹.

En conjunto, el derecho penal de los últimos años ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso algunas garantías específicas del Estado de derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas.

2. *Instrumentos*. También los instrumentos que preferentemente utiliza el moderno derecho penal, analizados con detenimiento, se observa que están al servicio de esta mayor capacidad.

Los sectores en los que se concentra el moderno derecho penal solo indirectamente tiene que ver con el ciudadano de a pie, con el individuo; directamente se refieren a la sociedad o incluso al Estado. La protección de bienes jurídicos en el moderno derecho penal es, pues, cada vez más una protección institucional.

⁹ Para más detalles W. HASSEMER, trabajo citado en nota 3; DENCKER, 262 ss.; también MUÑOZ CONDE, Prólogo a MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN.

¹⁰ Sobre la necesidad de reformar este sector en Alemania véase el colectivo *Arbeitskreis*, y el volumen editado por Schreiber/Wassermann. En España, MUÑOZ CONDE/MORENO CATENA, 1980, 339 ss.

¹¹ Véase a HASSEMER, *StVer*, 1988, 267 ss.; y con mayor extensión, incluyendo también el derecho penal material, KRAUSS, 315 ss. En España, la reforma procesal urgente de 1992 (ley 10/1992, de 22 abril) también ha sido presidida por las ideas de aceleración y agilización del proceso en relación con los delitos menos graves, véase VIVES ANTÓN, 139 ss.; FERNÁNDEZ ENTRALGO, en ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, 15 ss.

De ello se deriva que los bienes jurídicos a proteger sean universales y no individuales; formulándose además de manera vaga y a grandes rasgos (valga de ejemplo la salud pública o las subvenciones públicas). En el nuevo delito de estafa de crédito (parágrafo 265 b StGB) junto al derecho del acreedor, derecho patrimonial clásico, se pretende proteger el interés económico general en prevenir los peligros que se producen en la economía con la concesión injustificada de créditos¹². De este modo, el moderno derecho penal se distancia del derecho penal tradicional doblemente, ya que éste se ocupaba directamente de la protección de bienes jurídicos individuales que configuraba del modo más concreto y preciso posible. Los nuevos bienes jurídicos que legitiman la intervención del moderno derecho penal, no admiten matizaciones; apenas hay una conducta que puede ser descriminalizada invocando el principio de protección de bienes jurídicos.

El segundo instrumento del que se sirve el moderno derecho penal para argumentar su capacidad de intervención es la técnica de los *delitos de peligro abstracto*. Basta echar un vistazo al Código Penal para darse cuenta de hasta qué punto el delito de peligro abstracto es la forma más representativa del moderno derecho penal. Los delitos de lesión y de peligro concreto se consideran superados.

Es fácil entender por qué el legislador utiliza esta vía. Los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del derecho penal, al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad. Basta solo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que solo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado. La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente.

Con esta reducción de los presupuestos del castigo, utilizando los delitos de peligro abstracto en lugar de los delitos de lesión o de peligro concreto disminuyen obviamente también las posibilidades de defensa, los presupuestos y limitaciones del castigo. Pero también disminuyen las directrices que tiene que dar el legislador al juez para que este interprete los respectivos tipos delictivos. Un tipo delictivo como la estafa (parágra-

¹² Cfr. LANCKNER, comentario al parágrafo 265 b, núm. marg. 1. En España, no existe una previsión típica específica que penalice la obtención fraudulenta de crédito más allá de las previsiones generales de la estafa o de las insolvencias punibles (alzamiento de bienes, quiebra, concurso). Sin embargo, el artículo 563 bis b del Código Penal introdujo subrepticamente una especie de "prisión por deudas", para caso de impago del cheque, que ha sido criticada con razón por la doctrina, hasta el punto de desaparecer su tipicidad en los recientes proyectos de Código Penal (véase MUÑOZ CONDE, Parte especial, 9ª ed., 313 ss., 320).

fo 263 *StGB*; art. 528 Código Penal español) claramente estructurado en sus diversos elementos, ofrece al juez en todo momento información de la *ratio legis*, mientras que el tipo de la estafa de subvenciones (parágrafo 264 *StGB*; art. 350 Código Penal español), solo requiere la prueba de la acción incriminada, y deja al juez prácticamente sin ningún criterio hermenéutico, reduciendo en consecuencia los criterios legales que vinculan la interpretación judicial.

Los bienes jurídicos universales y los delitos de peligro abstracto plantean todavía un problema adicional que no debe ser menospreciado. Operar en los sectores citados con el instrumental referido, puede significar a largo plazo que se pierda toda evidencia y sensibilidad respecto a los actos delictivos en ellos implicados. Muchos de estos delitos característicos del moderno derecho penal son delitos sin víctimas o, por lo menos, con víctimas difuminadas. No se exige en ellos un daño. El delito no siempre es un resultado científicamente previsible. Debería reflexionarse sobre la conveniencia de que el delito sea también para la población un delito evidente, sobre todo como un criterio que es precisamente el que le da al derecho penal su especificidad dentro del ordenamiento jurídico, y que, por eso mismo, debe mantenerse.

3. *Funciones*. No puede ignorarse que estos cambios de ámbitos e instrumentos producen también cambios visibles en las funciones del derecho penal.

Las nuevas incriminaciones en la parte especial del Código Penal y de la legislación penal especial conllevan una importante ampliación del derecho penal, reduciendo en consecuencia la importancia de su núcleo tradicional. El derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad. Con ello se pierde su posición en el conjunto del ordenamiento jurídico y se aproxima a las funciones del derecho civil o administrativo.

En relación con esto aparece la tendencia antes mencionada de utilizar el derecho penal no como última sino como primera o sola *ratio*, haciéndolo intervenir, en contra del principio de subsidiariedad, siempre que parezca rentable políticamente. Este cambio coincide con la pretensión de hacer del derecho penal un instrumento de transformación.

Las ventajas que en el derecho penal clásico ofrecían las reacciones jurídico-penales, el distanciamiento igualitario y la proporcionalidad, pasan a un segundo plano. En lugar de dar una respuesta adecuada al delito y una retribución justa del mismo, se pone el acento en la prevención del

delito futuro o de futuras perturbaciones de gran magnitud. Dicho de forma gráfica, en el derecho penal ya no preocupa tanto una respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro. Tanto la teoría como la praxis jurídico-penal, transforman los modelos normativos en modelos empíricos. Lo que en el fondo se discute es la idoneidad del derecho penal para luchar contra estos problemas (reales o supuestos) y peligros; y con esa idoneidad se pretende sustituir la idea de justicia como criterio del derecho penal.

4. *Problemas.* Todos estos nuevos sectores, instrumentos y funciones plantean también nuevos problemas, que se pueden diferenciar desde dos puntos de vista distintos, aunque íntimamente relacionados: por un lado, el peligro de que el derecho penal solo de modo deficitario pueda realizarse en la práctica; por otro, la perspectiva de quedar reducido a una función simbólica.

Poco a poco se ha ido extendiendo la idea de que los sectores centrales del moderno derecho penal (medio ambiente, drogas, economía) padecen un déficit crónico en su realización práctica. Se sabe, por ejemplo que:

- la mayor parte de los macroprocesos que a veces se abren en estos ámbitos, no pasan de la fase instructora;
- los jueces penales apenas recorren los marcos penales;
- la cifra negra de criminalidad no registrada es muy alta;
- los que caen en manos de la justicia penal son los “peces chicos”, nunca los “gordos”.

“Déficits de realización” no significa solo que las leyes no funcionen desgraciadamente como debieran, sino también que las leyes en su aplicación producen consecuencias injustas y arbitrarias. Las cifras oscuras no sólo son altas, sino también selectivas.

La valoración de estos déficit depende del punto de vista que se adopte a la hora de enjuiciarlos. Muchos consideran que estos déficit se deben a que las leyes solo se aplican parcialmente, exigiendo, por tanto, que se refuercen los instrumentos jurídicos penales y se apliquen con mayor contundencia: *more of the same*¹³. Otros, entre los que me cuento¹⁴, consideran que los déficit son el resultado de problemas estructurales que no solo no se solucionan con un empleo más enérgico de los instrumentos jurídicos-penales, sino que se agudizan. Desde este punto de vista, los déficit de realización demuestran hasta qué punto el derecho penal se utiliza en sectores que no son los suyos, haciéndole cumplir unas funciones que les

¹³ Cfr. HEINE/MEINBERG; también, aunque con matices, HEINE, 2425 ss.

¹⁴ HASSEMER/MEINBERG, 47, 49.

son extrañas, lo que produce su desnaturalización permanente y no meramente transitoria. De estos datos de hecho se deriva el dato normativo que nos dice que el derecho penal y sus posibilidades estabilizadoras se están utilizando indebidamente.

Quienes consideren que estos déficit son solo provisionales y puramente cuantitativos deben contar con que a la larga el derecho penal quede reducido a una función simbólica, perdiendo finalmente sus funciones reales¹⁵. La explosiva mezcla de grandes "necesidades de actuación" social, de fe casi ciega en la eficacia de los medios jurídico-penales y de los déficit enormes que luego tienen estos instrumentos cuando se aplican en la realidad, puede hacer surgir el peligro de que el derecho penal viva de la ilusión de solucionar realmente sus problemas, lo que a corto plazo puede ser gratificante, pero a largo plazo es destructivo¹⁶.

5. *Costos*. El moderno derecho penal también tiene sus costos que inciden sobre todo en las garantías tradicionales del Estado de derecho.

Los costos de los delitos de peligro abstracto son obvios y han sido ya mencionados: la reducción de los presupuestos de la pena supone también una reducción de las posibilidades de defensa y de pautas informativas del legislador que orienten a los jueces.

En el moderno derecho penal se puede constatar frecuentemente que las diferenciaciones dogmáticas entre imputación objetiva y subjetiva, que ofrecen criterios racionales y controlables, quedan difuminadas. Distinciones como las de autoría y participación, tentativa y consumación, dolo e imprudencia, características del derecho penal tradicional, se han transformado en el moderno derecho penal en términos tales como "traficar" o "emprender", que desplazan los conceptos clásicos a un lugar secundario, cuando no los anulan por completo¹⁷, ampliándose, a consecuencia de ello, el arbitrio judicial, difícilmente controlable y poco verificable con criterios dogmáticos.

Cada vez se hace más patente, sobre todo en el derecho penal económico y en el del medio ambiente¹⁸, que los tradicionales presupuestos de

¹⁵ Sobre las funciones simbólicas del derecho penal, Voss.

¹⁶ Cfr. W. HASSEMER, *NSZ*, 1989, 553 ss.

¹⁷ Véase la crítica de ROXIN a estos conceptos, en *StV*, 1992, 516 ss. Sobre la derogación de las distinciones entre formas imperfectas de ejecución y consumación, autoría y complicidad en los delitos relativos al narcotráfico en el Código Penal español (arts. 344 ss.). MUÑOZ CONDE, 9ª ed., 494 s.

¹⁸ Con numerosas referencias RENGIER, 2506 ss.; y también la fundamental obra de HOHMANN, 179 ss. En España, recientemente, CUESTA AGUADO, 1995, *passim*.

la imputación jurídico-penal son un obstáculo para una política criminal eficaz. La tradicional imputación individual, característica del derecho penal tradicional, constituye un obstáculo, y esta es también su principal virtud, para el empleo de los medios jurídico-penales. Por eso, no es extraño que en algunos ámbitos jurídicos se pida que se prescindiera de las finas sutilezas de la imputación individual¹⁹. En esta tendencia se inscriben también las agravaciones de las penas y la difuminación del contenido del delito (por ejemplo, en el delito ecológico, a través de la remisión a la reglamentación administrativa, son los funcionarios de este orden los que determinan los límites del injusto penal). Todo esto supone una reducción de los presupuestos de la imputación que desde luego daña irremediabilmente el propio derecho penal.

También el mandato de certeza, que tanto el artículo 103.II de la Ley Fundamental de Bonn, y el párrafo 1 *StGB*, como los artículos 25.1 de la Constitución española, 1 y 23 del Código Penal español recogen, es conculcado por el moderno derecho penal. Desde luego que una criminalización lo más precisa posible, tal como exige el derecho penal del Estado de derecho, constituye un obstáculo para una criminalización más amplia y superficial. Pero eso es precisamente lo que el moderno derecho penal pretende: ser lo suficientemente flexible y omnicompreensivo como para responder adecuadamente a las continuamente cambiantes perturbaciones. Y el mandato de certeza es, por supuesto, un obstáculo para un derecho flexible y adaptable a los cambiantes problemas que puedan presentarse en el futuro. Para ello no hace ni siquiera falta que el legislador introduzca conceptos indeterminados: basta con que utilice conceptos que puedan ser aplicados de un modo flexible y lo más ampliamente posible.

Otro de los costos que hay que imputar a la cuenta del moderno derecho penal es la cada vez mayor perversión de los principios clásicos del derecho procesal penal que se observa hoy con preocupación²⁰. El problema central del moderno derecho penal es la distancia entre su capacidad real, por un lado, y las expectativas de solución que genera, por otro, que, al ampliarse, cualitativa y cuantitativamente, puede llegar —y ya se está llegando— un momento en el que se busquen nuevas vías, de carácter

¹⁹ Para un análisis consciente del problema STRATENWERTH, 295 ss.; con muchas menos reservas TIEDEMANN, 531 ss. En España, se muestran proclives a una ampliación de los ámbitos de imputación en el seno de la empresa GRACIA MARTÍN 213 ss.

²⁰ Véase W. HASSEMER, *JuS*, 1989, 890 ss. También la reforma procesal española de 1992 ha provocado críticas en este sentido, véase al respecto VIVES ANTÓN, 145 ss., y las aportaciones de ANDRÉS IBÁÑEZ, CONDE PUMPIDO TOURÓN, FERNÁNDEZ ENTRALGO, PÉREZ MARINO, VARELA CASTRO, en *La reforma del proceso penal*.

procesal sobre todo, para aumentar esa capacidad. Y como un proceso penal con todas las garantías del Estado de derecho cuesta tiempo y dinero, empieza a darse, y no por casualidad, en los sectores que caracterizan el moderno²¹ derecho penal, los llamados "acuerdos" que se llevan a cabo en el proceso penal entre la acusación y la defensa, como una forma de solución del conflicto²². Y es lógico que así sea porque las nuevas capacidades del moderno derecho penal no pueden lograrse con los principios tradicionales del derecho procesal penal. Habrá, pues, que tener en cuenta esta tendencia a eliminar las sutilezas del proceso penal y a asegurar su "capacidad funcional".

El derecho penal material y el derecho procesal penal están, en última instancia, en íntima relación funcional y, por eso, un derecho procesal penal con todas las garantías del Estado de derecho es sólo posible contando con un derecho penal material basado en los mismos principios: es decir, presidido por el principio de legalidad, concentrado en bienes jurídicos precisos y limitado a funciones que pueda cumplir. Las incriminaciones masivas en el derecho penal material producen estrategias de actuación también masivas en el derecho procesal penal. Es verdaderamente ingenuo pensar que un sensible aumento de las conminaciones penales, unido a programas de decisión vagos y amplios puede, *rebus sic stantibus*, llevarse a cabo con las sutilezas procesales tradicionales. El "problema de la justicia"²³ no es, pues, solo un problema procesal, sino también un problema penal material²⁴.

C) ALTERNATIVAS

Las alternativas que actualmente pueden ofrecerse a los problemas que plantea el moderno derecho penal, tienen que ser, por tanto, necesariamente tanto de carácter procesal, como penal material, utilizándolas bien de manera conjunta, bien de forma separada, según convenga en el

²¹ *Supra* II 3 a.

²² Véase la ponencia de SCHÜNEMANN, presentada en el 58 Congreso de Juristas Alemanes, celebrado en Munich 1990. En España, la introducción del consenso o conformidad del acusado en los procesos por delitos menos graves en la reforma de procesal de 1992 ha sido recibida con división de opiniones por los comentaristas de esa reforma, críticamente ANDRÉS IBAÑEZ, 89 ss.; más favorable a la misma, citando el precedente norteamericano del *plea bargaining*, VIVES ANTÓN, 296 s.

²³ El título de la obra de SCHUMANN, *Handeln mit Gerechtigkeit. Tratar con justicia*, refleja este carácter problemático de la administración de justicia penal.

²⁴ Análogamente, DENCKER, en DENCKER/HAMM, 67 y ss.

caso concreto, aunque aquí, obviamente por razones de claridad, se exponen seguidamente de forma diferenciada.

I. *Derecho procesal penal*

Ante la ampliación de capacidad que ha supuesto el moderno derecho penal, se ha reaccionado introduciendo en el proceso penal alemán (parágrafos 153 ss. *StPO*) el principio de oportunidad y haciendo un amplio uso del mismo. Sin este principio el actual derecho penal material apenas podría aplicarse en el proceso. Los problemas que, sin embargo plantea, son ya conocidos: se producen soluciones desiguales y difícilmente controlables al quedar sustraído el conflicto al principio de publicidad²⁵.

Todavía son imaginables otras quiebras de las garantías jurídicas del proceso penal, tanto respecto a la extensión de la instancia, como a la práctica de la prueba. También los acuerdos entre las partes son una forma de manifestación del moderno derecho penal en el proceso penal.

Todos estos instrumentos pueden infringir las tradicionales garantías que en el Estado de derecho tiene el derecho penal, aumentando la capacidad de elaboración del proceso penal a costa de una disminución de sus garantías. En mi opinión, más que opciones son claudicaciones resignadas ante las necesidades del moderno derecho penal.

II. *Derecho de organización de los tribunales*

Lo mismo se puede decir respecto a las posibilidades que ofrece una reorganización de la administración de justicia para hacer más rápido y menos costoso el proceso penal.

Como alternativa al principio de oportunidad se ha ofrecido²⁶ abreviar el proceso y dejar fuera de la publicidad una buena parte del mismo. También se propone recortar los niveles de competencia judicial o darlos a la fiscalía o incluso a la policía, o reducir las posibilidades de recursos de apelación, casación y amparo. Pero ello, más que opciones son cambios en profundidad en la tradición del Estado de derecho.

²⁵ Un resumen de las objeciones que el párrafo 153 a *StPO* ha suscitado en Alemania, puede verse en el *Derecho procesal penal* de ROXIN, 22ª ed. En España, y también en relación con la reforma procesal de 1992, se ha criticado las amplias facultades que se ofrecen al Ministerio Fiscal en el nuevo proceso por delitos menos graves por ANDRÉS IBÁÑEZ, 81 ss.; favorable al principio de oportunidad, en cambio, VIVES ANTÓN, 285 ss.; ARMENTA DEU, *passim*.

²⁶ Véase por ej. en Alemania, *Alternativ Entwurf*; en España las obras citadas en nota anterior.

III. *Derecho penal material*

En el derecho penal material se ofrecen dos soluciones equivalentes desde el punto de vista funcional, pero distintamente valorables conforme a los principios tradicionales del Estado de derecho.

1. *Solución abstracta.* Ya en muchos países de Europa del Este se había dado a la administración de justicia una cláusula general de carácter jurídico-penal para aproximar su capacidad real a la solución de los problemas. A través de la llamada "peligrosidad social" se conseguía que algunos hechos fueran atrapados por la justicia penal. No cabe duda de que este concepto de "peligrosidad social" constituye un regulador sutil y flexible; pero, por otra parte, deja amplios márgenes de decisión a la justicia penal (esa es precisamente su "función"). Este procedimiento está, en mi opinión, expuesto a las críticas que ya hemos formulado a las opciones jurídico-procesales y de reorganización judicial (III, 1, 2). Un tal instrumento es demasiado indeterminado y puede llegar a producir un "derrumbe normativo"²⁷, pues al abarcar el tenor legal muchas conductas, los jueces tienen que hacer distinciones que no siempre son iguales y justas. Esto produce una praxis absolutamente insoportable desde el punto de vista normativo. El mandato de certeza obliga al legislador a decir con toda la precisión posible las conductas que considere debe castigar. Si las seguras normas de la parte especial son sustituidas por vagas formulaciones, el principio de certeza legal queda conculcado: la praxis, tanto al castigar, como al absolver, utilizará un programa vago, con todo lo que ella significa. Una opción idónea sería, como ya hemos indicado (B, III, 1) hacer concretas reformas en las conminaciones penales de la parte especial del derecho penal.

²⁷ LÜDERSSEN, 1984, núm. marg. 662 ss. Este concepto de "peligrosidad social" no tiene, sin embargo, nada que ver con el homónimo empleado en la ya derogada ley española de peligrosidad y rehabilitación social de 1970, que permitía el control de penas de sujetos marginados socialmente (vagos, mendigos, prostitutas, etc) aún sin haber llegado a cometer un hecho tipificado en la ley penal como delito. El concepto de "peligrosidad social" al que se refiere el texto es más bien un índice de la antijuridicidad material del delito, que exige además de la antijuridicidad formal, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. En este sentido fue empleado con profusión en los códigos penales de los regímenes socialistas, de los que todavía es una muestra el Código Penal cubano, cuyo artículo 8º dice: "1. Se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal. 2. No se considera delito la acción u omisión que, aún reuniendo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor" (véase texto en la edición de SERRANO PIEDECASAS, en *Los códigos penales iberoamericanos*, núm. 9, Bogotá, 1994).

2. *Solución concreta.* En mi opinión la solución está en eliminar una parte de la modernidad del actual derecho penal, llevando a cabo una doble tarea: por un lado, reduciendo el verdadero derecho penal a lo que se denomina “derecho penal básico” (a), y, por otro, potenciando la creación de un “derecho de intervención” (b) que permita tratar adecuadamente los problemas que solo de manera forzada se pueden tratar dentro del derecho penal clásico.

a) Derecho penal básico. Reducir el derecho penal al “derecho penal básico”, supone establecer unos límites que pueden ser naturalmente discutidos²⁸. En todo caso, forman parte de este núcleo todas las lesiones de los clásicos bienes jurídicos individuales, e igualmente las puestas en peligro graves y evidentes, como los incendios, la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, los ataques al tráfico aéreo, y también en otro orden de cosas, las asociaciones criminales y la puesta en peligro del Estado.

Naturalmente, un derecho penal de hoy no puede renunciar a la protección de bienes jurídicos universales. Casi todas las actividades de la vida cotidiana (trabajo, economía, producción, transportes) se han hecho más complicadas y, por tanto, más vulnerables. Muchos de los peligros de ayer apenas asustan hoy y, sin embargo, hay hoy riesgos apenas controlables. Las personas viven —o así lo sienten— bajo la sensación de mayores y difusas amenazas. Las sociedades complejas se organizan a través de instituciones, cuya existencia es importante para las personas y, por tanto, debe ser protegida. Esta protección tiene como objeto directo los bienes jurídicos universales, no los individuales.

Pero el hecho de que la complejidad de las sociedades modernas exija una mayor protección de las instituciones, junto a la de los clásicos bienes individuales, no constituye un argumento decisivo en favor de la equiparación en el mismo nivel valorativo de los bienes jurídicos institucionales con los individuales, o incluso la funcionalización de estos al servicio de los intereses generales:

La funcionalización es un desiderátum —necesitado de fundamentación— en favor de una visión estatalista de las relaciones entre persona, Estado y sociedad; pero no es algo que se deduzca automáticamente de la propia complejidad social, ni de la vulnerabilidad de sus instituciones. Es obvio que la modernización social plantea exigencias jurídicas, pero no aporta en sí misma las respuestas jurídicas y, desde luego, no obliga a una fundamentación apersonalista, universalista o estatalista del derecho. Más bien sucede lo contrario: en momentos en los que precisamente preocupa

²⁸ Para más detalles MÜLLER-DIETZ, 1992, 95 ss.

más la sociedad que el individuo, más la molestia que la injusticia, más el riesgo que el daño, más la efectividad que la normatividad, las tradiciones personalistas y normativas del derecho penal pueden servir de orientación valiosa para las personas.

También en las sociedades complejas puede el derecho ser fundamentado desde un punto de vista personalista. Así, por ejemplo, se pueden reconducir las falsedades documentales al interés individual en la integridad de los medios probatorios, o los delitos contra el medio ambiente al conjunto de las condiciones vitales de los individuos (e interpretarse luego sus elementos típicos de acuerdo con esta idea). Por eso, soy de la opinión de que en derecho penal, la parte del derecho que más incide en la libertad humana, los bienes jurídicos universales deben ser precisados del mejor modo posible y funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales²⁹.

b) Derecho de intervención. La misma importancia tiene que el sistema del derecho penal se libere del cumplimiento de unas expectativas de solución de problemas que no puede solucionar.

Lo que aquí hemos denominado “Dialéctica de lo moderno”³⁰, describe un cambio funcional, impulsado por un optimismo irreflexivo respecto a las posibilidades del derecho penal de resolver a tiempo y efectivamente problemas sociales. Como se verá más adelante con detalle de la mano de ejemplos concretos, estas expectativas chocan con las bases del derecho penal en el Estado de derecho, es decir, con los principios del derecho penal del hecho, la función limitadora del principio de culpabilidad, el *in dubio pro reo* y las formalidades procesales.

Ante esta situación no hay, a mi juicio, a corto plazo, más que estas dos opciones:

— o seguir avanzando en la modernización del derecho penal (*more of the same*);

— o liberar al derecho de las modernas exigencias.

La primera opción, una mayor modernización del derecho penal, supondría un aumento de sus costos³¹, vaciaría de contenido sus instituciones centrales y obligaría a una política criminal puramente simbólica. O se alejan del derecho penal clásico los modernos sectores ubicándolos en

²⁹ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, 107 ss.; W. HASSEMER, en *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, 37 ss.

³⁰ *Supra* B II.

³¹ *Supra* B III.

la legislación especial, donde ya son característicos los déficit de realización como los delitos de peligro abstracto o el acuerdo en el proceso penal; o la modernización acabará por apoderarse poco a poco de los ámbitos del derecho penal clásico. Y aunque ambas alternativas sean distintas en sus particularidades, las dos llegan a conclusiones igualmente inaceptables. Mientras que por ejemplo se prevean largas penas privativas de libertad e incluso la prisión preventiva para el asesinato, la violación y la estafa, el derecho que regule estos hechos debe estar configurado con garantías sutiles, referidas a las personas, es decir, debe seguir siendo derecho penal, y no un mero derecho sancionatorio confundido entre las demás ramas del ordenamiento jurídico que también preveen un sistema de sanciones, naturalmente menos graves y radicales que las penales propiamente dichas, para afianzar el cumplimiento de sus mandatos y prohibiciones.

Pero también sería ajena a la realidad del mundo y del derecho mantener la actitud contraria de excluir los problemas modernos del derecho, manteniendo su "pureza" y orientando el sistema jurídico en principios. Un derecho así entendido rompería demasiado pronto el cordón umbilical con la sociedad de la que depende. La perfección sistemática y la limpieza conceptual no son valores jurídicos en sí mismos, sino valores al servicio de respuestas adecuadas a su tiempo.

Ante este Scilla y Caribdis, hay que buscar una forma de responder a los problemas modernos con una modernización del derecho: no ya recargando el tradicional derecho penal con adiciones modernizadoras, sino desarrollando respuestas jurídicas adaptadas a los retos de la modernización social. Estas respuestas tienen todavía que ser diseñadas.

Hay muchos ámbitos, como el de las infracciones administrativas, el derecho civil, el derecho público, pero también el propio mercado y el cuidado de la víctima³², en los que muchos de los problemas que se han metido en el moderno derecho penal, podrían ser resueltos de un modo mucho más satisfactorio³³. Quizás sería recomendable regular en un "derecho de intervención" los problemas que las modernas sociedades han llevado al moderno derecho penal³⁴. Este "derecho de intervención" estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio adminis-

³² A favor de la inclusión de la víctima en el concepto de bien jurídico R. HASSEMER, 19 ss. y 32 ss.; también, aunque con reservas respecto a un excesivo protagonismo de la víctima en el proceso penal, con todo lo que ello pueda conllevar de privatización y "mercantilización" del proceso penal, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, 29 ss.

³³ LÜDERSSEN, 1989, 37 ss.

³⁴ *Supra* B III 1-3.

trativo, entre el derecho civil y el derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos³⁵. Esta clase de derecho “moderno” no solo sería mucho menos objetable desde el punto de vista normativo, sino también fácticamente más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas.

IV. *Categorías de un derecho moderno*

Como inmediatamente se verá, estos problemas específicos se pueden reconducir al concepto de efectividad preventiva: las categorías necesarias para dar una respuesta adecuada a los problemas de la moderna sociedad, no son las categorías propias del derecho penal; no se trata de compensar la injusticia, sino de prevenir el daño; no se trata de castigar, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro. Es obvio que el derecho penal está al final o al margen de la elaboración de estos problemas. Sin embargo, como se puede ver con el ejemplo de la responsabilidad juridicopenal por el producto³⁶, hay actualmente intentos en la administración de justicia de enfrentarse a este problema con los instrumentos propios del derecho penal, desvinculándolo de los principios tradicionales, o buscando otros menos rígidos que permitan dar una respuesta adecuada a este y otros problemas similares, ya habituales en las sociedades de nuestro tiempo.

BIBLIOGRAFÍA ALEMANA

- ALBRECHT, *Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem*, en *KritV* 1986, 55.
- ALTERNATIVENTWURF NOVELLE ZUR STRAFPROZESSORDNUNG, *Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung*, 1980.
- DENCKER, *Gefährlichkeitvermutung stift Tatschuld? Tendenzen der neuren Strafrechtentwicklung*, en *Strafverteidiger* 1988, 262.
- DENCKER/HAMM, *Der Vergleich im Strafprozeß*, 1988.
- HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, 1981.
- HASSEMER, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973/1980.

³⁵ Parecidas reflexiones en NAUCKE, 35 ss.

³⁶ *Infra* segunda y tercera parte. También HILGENDORF, 1993 (2), 89 ss., considera la responsabilidad penal por el producto como un ejemplo del “moderno derecho penal del riesgo”, pero muestra respecto a ella una actitud menos crítica.

- *Generalprävention und Strafzumessung*, en HASSEMER / LÜDERSEN / NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, págs. 29-53.
 - *Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre*, en SCHOLLER / PHILIPPS (ed.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, págs. 85 y ss.
 - *Pacta sunt servanda - auch im Strafprozeß?* en *JuS*, 1989, págs. 890 y ss.
 - *Prävention im Strafrecht*, en *JuS* 1987, págs. 257 y ss.
 - *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer erscheinungsformen der organisierte Kriminalität (OrgKG)*, en *KJ*, 1992, 64.
 - *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, en *NStZ*, 1989, 553.
 - *Thesen zu informationellen Selbstbestimmung und Strafverfahren*, en *Strafverteidiger*, 1988, 267.
 - *Prozedurale Rechtfertigungen*, en *Gegluredede, Festschrift für Mahrenholz*, 1994.
- HASSEMER, W./MEINBERG, *Umweltschutz durch Strafrecht?, Neue Kriminalpolitik*, 1989, Heft 1, pág. 46.
- HEINE / MEINBERG, *Gutachten D zum 57. Deutschen Juristentag*, 1988.
- HENKE, *Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts*, en *JZ* 1992, pág. 546.
- HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, 1993.
- HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, 1991.
- KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985.
- KRAUß, *Sicherheitsstaat und Strafverteidigung*, en *Strafverteidiger* 1989, 315.
- LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Kommentar*, 20ª ed., 1993.
- LÜDERSEN, *Kriminologie*, 1984.
- MÜLLER-DIETZ, *Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung*, en *Festschrift für Schmitt*, 1992, pág. 95.
- *Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote*, en JUNG / MÜLLER - DIETZ (ed.), parg. 218, 1983, pág. 77.
- NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985.
- RENGIER, *Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht*, en *NJW* 1990, 2506.
- ROXIN, *Anmerkung zu BGH StV* 1992, 516.
- *Strafverfahrenrecht*, 22ª ed., 1991.
- SCHREIBER / WASSERMANN (ed.), *Gesamtreform des Strafverfahrens*, 1987.
- SCHUMANN, K. F., *Der Handel mit Gerechtigkeit*, 1977.
- SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*, 1990.
- STRATENWERTH, *Strafrechtliche Unternehmungshaftung*, en *Festschrift für Rudolf Schmitt*, 1993, págs. 295 y ss.

- TIEDEMANN, *Strafrecht in der marktwirtschaft*, en KÖPER / WELP (ed.) *Beiträge zur Rechtswissenschaft, FS für Walter Stree und Johannes Wessels*, 1993, págs. 527 y ss.
- Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989.

BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA

- ANDRÉS IBÁÑEZ / CONDE PUMPIDO TOURON / FERNÁNDEZ ENTRALGO / PÉREZ MARIÑO / VARÉLA CASTRO, *La reforma del proceso penal*, Madrid, 1990.
- ARMENTA DEU, *La criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, Barcelona, 1991.
- CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1995.
- GRACIA MARTÍN, *Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresas y reforma penal*, AP, 1993.
- HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, 1989.
- MUÑOZ CONDE / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, Madrid, 1989.
- MUÑOZ CONDE / MORENO CATENA, *La prisión provisional en el derecho español*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980.
- VIVES ANTÓN, *La reforma del proceso penal*, Valencia, 1993.

CAPÍTULO III

EL DESTINO DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EN UN DERECHO PENAL "EFICAZ"*

I. LA OMNIPRESENTE VIOLENCIA

La violencia es un firme elemento integrante de nuestra experiencia cotidiana. Quien vive con otros, sabe lo que es la violencia y nunca estará seguro ante ella.

La omnipresencia de la violencia en la vida social no es, por tanto, cuestionada, ni tampoco se modifica. Lo que sí se modifica es la disposición para aceptar la violencia, y también la probabilidad de llegar a ser autor o víctima de un hecho violento. Y en la actualidad también se modifica, con especial claridad, la forma en que percibimos la violencia y la actitud que adoptamos ante ella. De ello y de sus consecuencias para el derecho penal nos vamos a ocupar seguidamente.

1. *Percepción social de la violencia.* Nunca como hoy ha habido oportunidad de percibir la violencia y el ejercicio de ella. Una sociedad que dispone, por un lado, de poderosos medios de comunicación y, por otro, está vivamente interesada, en tanto valora estos medios, en la comunicación del fenómeno de la violencia, no necesita ya experimentar la violencia en su propio seno, para poderla percibir en toda su omnipresencia; basta sólo con contemplar el ejercicio de la violencia en el mundo que nos rodea.

Las consecuencias de esta circunstancia son diversas y diversamente discutidas. Una de las que aquí más nos interesa es que los fenómenos violentos impregnan con mucha mayor intensidad que antes nuestra capacidad de percepción social y cultural y que llega a nosotros cada vez más de un modo comunicacional que experimental. De todo ello se deduce, entre otras consecuencias, que las posibilidades de dramatizar la violencia y de politizarla son extraordinariamente grandes. Los medios de co-

* Traducción de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, publicado en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1990.

municación conceden gran importancia al ejercicio de la violencia y quizá también por eso informan de ella de un modo altamente selectivo¹. La amenaza de violencia —real o supuesta— es un regulador para llevar a cabo una política criminal (típicamente restauradora)². Lo que en derecho penal se considera como bien jurídico merecedor de protección y constituye, por tanto, la base de las conminaciones penales, es consecuencia de un acuerdo social normativo en el cual interviene además el sentimiento de amenaza que existe en la población³.

La violencia, el riesgo y la amenaza son hoy fenómenos centrales de la percepción social. Cada vez con mayor intensidad aparece la seguridad ciudadana como un bien jurídico⁴, alimentando una creciente industria al respecto. El terrorismo y el tráfico de drogas han hecho surgir el concepto de “criminalidad organizada” como una especie de detritus social que los expertos policiales presentan con connotaciones especiales⁵. Así, por ejemplo, se dice que el derecho penal y el derecho procesal penal deben “adaptarse a las exigencias de una lucha eficaz”⁶, y que una “completa elaboración de la opinión pública dirigida por la policía” debe y puede “apoyar la lucha represiva contra la criminalidad organizada”. Hay que “fomentar las denuncias”; la “reprobación social de la criminalidad organizada”, y hacer que “la población comprenda las redadas y medidas policiales similares”⁷. El “Informe” de la Comisión gubernamental independiente para la prevención y lucha contra la violencia (la llamada “Comisión sobre la violencia”), que se acaba de presentar en 1990, es solo un aspecto —aunque colorista— de esta situación⁸.

¹ Paradigmático, MURCK, *Soziologie der öffentlichen Sicherheit*, 1980, págs. 80 y ss., 91 y ss., 110 y ss.

² Paradigmático, ARZT, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, 1976, pássim, esp. págs. 75 y ss., 132 y ss.

³ W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1979/1980, págs. 158 y ss., 221 y ss.

⁴ Paradigmático, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, esp. págs. 339 y ss.

⁵ REBSCHER/WAILLENKAMP, *Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, 1988.

⁶ Ídem, pág. 196.

⁷ Ídem, pág. 197. Incluso se dice que se debe facilitar a las autoridades encargadas de la averiguación de los delitos el acceso a las informaciones de carácter personal que “puedan ser relevantes para la investigación”, “en interés de una eficaz lucha contra la criminalidad organizada”.

⁸ Algunos precedentes figuran ya en anteriores publicaciones de la Oficina Federal de Asuntos Criminales (Bundeskriminalamt, BKA) con el título: *Was ist Gewalt? Auseinandersetzungen mit einem Begriff*, 1986 y 1988.

2. *Actitud social ante la violencia.* El que la violencia, el riesgo y la amenaza se hayan convertido en los fenómenos centrales de la percepción social, tiene importantes e inevitables consecuencias en la actitud que adopta la sociedad ante la violencia. Ha llegado la hora de conceptos como "lucha", "eliminación" o "represión" en detrimento de otros como los de "elaboración" o "vivir con". Incluso la idea de prevención ha perdido su sabor terapéutico, social o individual⁹, y se estructura como un instrumento efectivo y altamente intervencionista en la lucha contra la violencia y el delito¹⁰. La sociedad, amenazada por el delito y la violencia, se ve entre la espada y la pared.

Desde esta percepción, la sociedad que así piensa no puede dar un derecho penal que realmente sea una garantía de la libertad, verdadera "Magna Charta del delincuente"¹¹; lo que ella necesita es una "Magna Charta del ciudadano", un arsenal de medios efectivos de lucha contra el delito y de represión de la violencia. El delincuente tiende a convertirse en un enemigo, y el derecho penal en un "derecho penal para enemigos"¹².

a) *Filosofía política.* Esta evolución que ha tenido la actitud social ante el delito y la violencia es anacrónico y nos retrotrae a una época ya superada de la filosofía del derecho penal y de las teorías politicocriminales que sólo podían percibir al delincuente como el infractor de una norma, como un "extraño" al que había que alejar. En cambio, las modernas teorías, enraizadas en la filosofía política de la Ilustración, se caracterizan por considerar los derechos humanos y civiles como los fundamentos del derecho penal y del derecho procesal penal y por admitir al delincuente como parte del contrato social¹³. Las experiencias que actualmente tenemos con el miedo social a la amenaza, la percepción de la violencia y la política criminal nos impulsan, pues, a plantearnos la cuestión de las

⁹ Paradigmático, SCHWIND/BERCKHAUER/STEINHILPER (edit.), *Präventive Kriminalpolitik*, 1980.

¹⁰ Una perfilada crítica en P. A. ALBRECHT, "Prävention als problematische Zielbestimmung in Kriminaljustizsystem", *Krit.*, V, 1986, págs. 54 ss.; sobre el dilema de la prevención, también D. GRIMM, "Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention", loc. cit., págs. 38 y ss., y W. HASSEMER, "Prävention im Strafrecht", *JuS*, 1987, 257 y ss.

¹¹ Sobre esta expresión, acuñada por FRANZ VON LISZT, y su contexto en la teoría de la política criminal, W. HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Arroyo y Muñoz Conde, Barcelona, 1985.

¹² Elaborado y criticado por JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *ZStW*, 97 (1985), 751 y ss.

¹³ Sobre ello, expresamente W. HASSEMER, *Menschenrechte im Strafprozess*, en RÜSEN/LÄMMERT/GLOTZ (edit.), *Die Zukunft der Aufklärung*, págs. 196 y ss.

condiciones antropológicas y psicosociales de una política criminal ilustrada, racional y “libre de miedos”. Sin embargo, una política de este tipo no se puede llevar a cabo con miedo, pero la dramatización de la violencia agudiza la situación.

b) *Criminología*. Igual que el desarrollo de la filosofía política, permite el de la moderna criminología poner de relieve que una actitud mezquina y represiva de la sociedad ante la violencia y el delito no solo puede deberse a una dramatización pasajera de la violencia, sino también a una falta absoluta de ideas. Dicho en términos penales, esta evolución va desde la criminalidad a la criminalización¹⁴; en virtud de ella el delito y la violencia aparecen como fenómenos merecedores de represión en una forma más compleja, una forma de la cual parece separarse nuestra actual percepción¹⁵.

La historia de la moderna criminología se caracteriza tanto por una ampliación como por una prolongación de su perspectiva. En sus orígenes estaba el intento de marcar las condiciones que hacen surgir y modifican la desviación criminal a la norma, buscando y encontrando estas condiciones en el cuerpo y en la psique del desviado. El “delincuente nato”, que LOMBROSO descubrió en los establecimientos penitenciarios a finales del siglo XIX, solo fue considerado desde el punto de vista politicocriminal como objeto del “acuerdo social represivo”, como algo extraño, peligroso e incorregible.

Pero pronto se descubrió —sobre todo en USA— que importaba menos la naturaleza que los grupos primarios de referencia, especialmente la familia rota que producía en el futuro delincuente tempranas heridas y lo dotaba de técnicas criminales de supervivencia. Con ello se le seguía considerando como esa otra persona que amenaza; pero, en todo caso, se ofrecía ya una pista para considerar que el delincuente y el violento no existen como tales sin más ni más, sino que son “producidos” de algún modo socialmente. Cuando luego —sobre todo con la teoría de la anomia y sus variantes— aparecieron las circunstancias específicamente grupales o incluso de toda la sociedad en conjunto como factores criminógenos (así, por ejemplo, diferencias específicas entre el esfuerzo y las metas por un lado, y las posibilidades reales para conseguirlas, por otro), se planteó urgentemente la cuestión de la corresponsabilidad políticosocial en el delito, convirtiendo al delincuente en un sujeto no tan distinto de la gente decente.

¹⁴ Una exposición de esta evolución en mis *Fundamentos* (cfr. nota 11), § 6-9; con más detenimiento, W. HASSEMER, “Kriminalsoziologische Paradigmata”, *J.* 2, 1976, 164.

¹⁵ Cfr. *supra*, I, 1.

Con ello se había trazado el marco para una posible explicación científica de la criminalidad; terminando con el descubrimiento de una estrecha relación entre delito y estructura social. Este descubrimiento pudo ser el motor de una actitud frente a la violencia y el delito, que se ocupe de manera productiva de estos fenómenos, considerando no solo al delincuente violento, sino también su mundo circundante más o menos cercano: biografía, educación, vivienda, trabajo, ocio. Esto formó la base de una política criminal racional a largo plazo.

Sin embargo, la investigación de las condiciones que hacen surgir o modifican la criminalidad no constituye el último avance que ofrece la moderna criminología. Su interés se extendió también, incluso en épocas relativamente lejanas, a las condiciones que hacen surgir y modificar el proceso de criminalización. La nueva escuela que se denomina a sí misma "crítica" y que se conoce con el término inglés de *labeling approach*, reprochó a las anteriores teorías, a las que globalmente descalificó con el estigma de "etiologicistas", las cuales, aferradas a la búsqueda de los factores de la criminalidad, habían olvidado que no hay criminalidad sin criminalización; para esta escuela, la criminalidad es, en efecto (también), el resultado de procesos sociales y estatales de definición, no una realidad previamente existente, sino una realidad construida humana e institucionalmente.

Aquí no se trata ahora de valorar este desarrollo científico, sino de ver las posibilidades que ofrece para aprender y deducir de él una actitud positiva frente al delito y la violencia. Este desarrollo fue poco a poco abandonando el punto al que ahora, también paulatinamente, se va acercando la dramatización de la violencia. Con cada vez mayor claridad, la criminología ha demostrado que una política que pretende adaptarse a la omnipresente violencia, no debe simplificar ni dramatizar su objeto, sino dejarlo tal como es en toda su complejidad, incluyendo las condiciones comunicacionales que lo hacen surgir y lo modifican; y que este objeto a largo plazo no puede ser tratado ni por la fuerza ni represivamente.

II. EL DERECHO PENAL "EFICAZ"

El destinatario de todas estas exigencias de la opinión pública que se siente amenazada por la violencia es, sobre todo, el derecho penal, incluyendo también en él el derecho procesal penal. De él se espera una ayuda eficaz ante situaciones de necesidad y que garantice la seguridad de los ciudadanos.

1. *La política. a) Represión de la violencia.* Estas exigencias son conocidas y, en parte, han sido satisfechas ya en las últimas reformas pe-

nales; multas y otras sanciones pecuniarias contra narcotraficantes siguiendo criterios muy estrictos en su aplicación y medición. Delitos que castigan el “blanqueo” del dinero ilícitamente obtenido; sistemática observación policial de los “delincuentes” (en lugar de aclaración de los delitos); utilización de confidentes policiales; redadas; “lucha preventiva contra el delito”, eliminando los más sensibles límites y garantías constitucionales del derecho procesal penal en beneficio de la actuación policial; admisión del llamado testigo de la corona; ampliación del plazo de la prisión preventiva, etc.¹⁶.

Esta mayor dureza del derecho penal material y del derecho procesal penal se debe a una política criminal surgida de la dramatización a que da lugar la violencia, y pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento individual y social de inseguridad. Pero el catálogo de estas medidas es aún incompleto, le faltan esos instrumentos rectores que actualmente caracterizan un derecho penal eficaz y que deben ser tomados en consideración si es que se quiere obtener una imagen completa del actual desarrollo del derecho penal¹⁷. La combinación de los criterios de modernidad y eficacia hace surgir en cierto modo, junto a un derecho penal social (de cuello azul) represivo de la violencia, un derecho penal tecnocrático (de cuello blanco) de dirección social¹⁸.

b) *Direccionismo*. En este sentido, la política criminal “moderna” se caracteriza por estas tendencias: desde hace ya algún tiempo, no trata de descriminalizar o, por lo menos, de atenuar las penas, sino de crear unos nuevos delitos o agravar las penas de los ya existentes; cada vez más se concentra en los tipos penales y en las conminaciones penales que se asignan a ellos, sin interesarse en nada por las consecuencias que les son aplicables. Al mismo tiempo, extiende su ámbito de actuación a aquellos sectores que la opinión pública considera más amenazados: el medio ambiente, la economía, los impuestos, las drogas, el terrorismo y la informática.

Esta política criminal no se orienta ya en los clásicos bienes jurídicos de algún modo perceptibles por los sentidos (vida, salud, libertad, etcétera), sino en los bienes jurídicos universales que además se los describe de manera tan vaga y a grandes rasgos que pueden justificar cual-

¹⁶ Expresa y críticamente sobre esto, D. KRAUSS, *Strafverteidiger*, 1989, págs. 315 y ss.

¹⁷ Expresamente y con datos sobre lo que sigue, W. HASSEMER, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, *NSiZ*, 1989, págs. 856 y ss.

¹⁸ Esto se corresponde bastante con la distinción criminológica entre criminalidad de cuello blanco y de cuello azul (cfr. KAISER, *Kriminologie*, 8ª ed., 1989, § 60, 1).

quier tipo de conminación penal. Entre estos bienes jurídicos se cuentan la protección del “bienestar” humano, la salud pública, la capacidad de funcionamiento del mercado de capitales, la política estatal de subvenciones o el empleo de la informática en la economía o la administración.

Para ello se instrumentaliza la protección de estos bienes jurídicos, utilizando la técnica de los delitos de peligro (en su mayor parte, abstracto), en los cuales es suficiente con demostrar la acción que el legislador ha descrito como peligrosa, y no la de los delitos de daño o de lesión en que no sólo hay que demostrar la producción de un daño sino que este ha sido causado por el inculpaado.

2. *La teoría.* La política que se acaba de describir se basa en la idea de que el derecho penal es un instrumento de dirección aceptable desde el punto de vista normativo y realmente eficaz; un medio de política interna (seguridad, salud, economía, etc.), entre otras cosas. Esta idea ha desterrado las metas que tradicionalmente se atribuían al derecho penal: que la garantía de la libertad y la protección jurídica deben ser concedidas también al delincuente; que el derecho penal solo debe intervenir subsidiariamente, como *ultima ratio*, y limitarse a unos pocos actos lesivos especialmente destacados. También ha superado (o reprimido) el escepticismo que siempre ha existido ante la “rudeza” del sistema juridicopenal y ante la eficacia de él como medio de solución de los conflictos sociales: que sus instrumentos coactivos son para un amplio espectro de casos desproporcionados e incluso contraproducentes; que en virtud del principio de certeza (art. 103, II, GG, § 1, StGB) el derecho penal es demasiado inflexible; que por el principio del “derecho penal de hecho” es incapaz de tener efecto preventivo; que por el principio de culpabilidad se concentra en personas, y no en organizaciones o instituciones.

La actual política criminal tiene conciencia de estos problemas, pero se enfrenta con ellos desconociendo que un derecho penal fiel a sus principios no puede realizar la misión que se le encomienda de control y de represión de la violencia, decidiéndose, en cambio, por el debilitamiento de la vinculación del derecho penal a sus principios, minimizando los presupuestos de la pena con el empleo superficial de delitos de peligro abstracto, difuminando los presupuestos de la imputación o endureciendo los medios coactivos.

La consecuencia de esta evolución no es, ciertamente, como poco a poco se va poniendo de relieve¹⁹, que se haya conseguido estructurar un sistema juridicopenal capaz de cumplir las nuevas tareas que se le asig-

¹⁹ En mi artículo citado en nota 17 he intentado demostrarlo.

nan, sino, al contrario, que estas parcelas de un derecho penal “eficaz” vayan acompañadas de “déficit de funcionamiento” continuos, específicos y denunciados por todo el mundo. De todo ello se deducen además dos cosas:

— por un lado, el miope intento de minimizar estos déficit aumentando la represión (*more of the same*);

— por otro, el creciente aumento de amplios sectores del derecho penal con una eficacia puramente simbólica: cuando los efectos reales y afirmados no son los esperados, el legislador obtiene, por lo menos, la ganancia política de haber respondido a los miedos sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más radicales que son los juridicopenales.

3. *La dogmática.* Los criterios dogmáticos que utiliza la política y la teoría del derecho penal “eficaz” son diversos, pero dos de ellos merecen ser destacados: la “funcionalidad de la administración de justicia penal”²⁰ y el método de la “ponderación de bienes”²¹.

a) *La “funcionalidad de la administración de justicia penal”.* Desde comienzo de los años 70 y tras algunas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania, el miedo a una administración de justicia penal ineficaz se erigió en el argumento principal en contra del debilitamiento o atenuación de las medidas coactivas procesales y de una mayor participación de la víctima o perjudicado por el delito en el proceso penal. Así, por ejemplo, se respondió negativamente a cuestiones como estas:

— extender el derecho a no prestar testimonio a los asistentes sociales o a los terapeutas del drogadicto;

— prohibir la valoración como prueba de las grabaciones en cinta magnetofónica;

— renunciar a la acción penal a cambio de la puesta en libertad de los rehenes, en casos de robo con toma de rehenes;

— sobreeser el proceso penal en caso de peligro para la vida o la salud del inculgado.

Lo verdaderamente notable en todas estas decisiones no es tanto su existencia sin más (pues, en todo caso, efectivamente la ineficacia de la

²⁰ Expresamente, W. HASSEMER, en *Strafverteidiger*, 1982, págs. 257 y ss.; críticamente también ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 21ª ed. (1989), § 1, B, II.

²¹ Expresamente, W. HASSEMER, “Unverfügbares im Strafprozess”, en *Festschrift für W. Maihofer*, 1988, págs. 183 y ss.

administración de justicia penal sería una amenaza para todos), sino su fundamentación sistemática (a-1) y su utilización práctica (a-2).

a-1) En lugar de considerar estas decisiones como lo que de hecho son, es decir, como verdaderas limitaciones de los principios de justicia y formalización del proceso en aras de una mayor eficacia de la tarea de persecución de los delitos que incumbe a la administración estatal de justicia penal, poniendo así, de algún modo, de relieve el conflicto inmanente a ella, los tribunales consideraron que no eran más que consecuencia de la idea de justicia. Esto no solo produjo una auténtica perversión sistemática²², sino también la consagración, totalmente injustificada, de esta fundamentación como un principio normativo básico, provocando una concepción armónica del proceso que borraba el contraste entre seguridad jurídica y justicia, investigación de la verdad y protección de los derechos del inculcado, eficacia y formalización.

a-2) Y en lugar de decir con toda claridad que aquí y ahora nadie cuestiona verdaderamente la funcionalidad de la administración de justicia penal, y en lugar de indicar por lo menos en qué condiciones se considera en peligro esta funcionalidad, los tribunales operan en un estadio todavía muy alejado de la auténtica amenaza, cuando en el peor de los casos solo se trata de perturbar o prolongar el proceso, dramatizando esta amenaza en perjuicio de la formalización y de los derechos del inculcado.

b) *Ponderación de intereses.* La ponderación de intereses es un respetable método jurídico. Quien quiera resolver o también decidir conflictos de intereses, debe valorarlos y jerarquizarlos. Actualmente este método se recomienda por su flexibilidad y capacidad de adaptación a la situación concreta: puede legitimar decisiones cambiantes en cada caso y simplificar complejas situaciones decisorias. La ponderación de intereses es, por

²² Un ejemplo de ello lo ofrecen los cuatro jueces que firman la sorprendente sentencia del Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania del 14 de septiembre de 1989, recogida, por ej., en *Strafverteidiger*, 1990, 1. Se trataba de un condenado a prisión perpetua por asesinato, que recurrió al Tribunal Supremo por haber utilizado el tribunal de instancia que lo condenó, en la fundamentación de la sentencia, unos datos sacados de su diario. Estos jueces fundamentan el mandato constitucional de una pena adecuada al hecho y a la culpabilidad (principio de culpabilidad), esencialmente en la obligación del Estado de respetar la dignidad humana, pero luego mantienen que una correcta obtención de la sentencia exige tener también en cuenta datos sobre la personalidad del sospechoso, deduciendo incidentalmente que de este modo queda abierta la posibilidad de valorar los datos íntimos, aunque sean en perjuicio del acusado. Afortunadamente, los otros cuatro jueces que componían el tribunal manifestaron clara y contundentemente que una contracción de este tipo instrumentaliza la dignidad humana con el principio de culpabilidad. También hubieran podido decir que la dignidad humana se emplea como arma contra las personas.

tanto, también un método “moderno”, del cual se hace uso frecuente y gustosamente en el derecho penal, como lo demuestran los siguientes ejemplos:

— en casos de terrorismo y cuando realmente se ha llegado a un verdadero “estado de necesidad en la investigación”, la impunidad del llamado “testigo de la corona”, es decir, del terrorista que delate a sus compañeros o colabore con la policía;

— en casos de narcotráfico, la pena de comiso de las ganancias obtenidas ilícitamente aunque hayan pasado a otras personas, algo desconocido en otros ámbitos del derecho penal;

— en casos de grave criminalidad, la valoración como prueba de datos privados provenientes de diarios íntimos.

En todo esto opera un mecanismo evidente: en caso de necesidad, la ponderación de intereses legitima la intervención en derechos y principios que son la base de nuestra cultura jurídica, como sucede, por ejemplo, con los principios de culpabilidad, proporcionalidad, *in dubio pro reo*, protección de la intimidad, etc. Precisamente, prescindiendo en parte de estos principios y funcionando como un instrumento contundente, es como el derecho penal aumenta su eficacia.

III. DOS CUESTIONES

Ante esta situación se debería reflexionar sobre estas dos cuestiones: ¿es realmente seria la amenaza?, ¿es verdaderamente eficaz el derecho penal que se preconiza?

1. *La seriedad de la amenaza.* La intensidad de la violencia que nos amenaza, hace ya tiempo que se discute entre los expertos y los propios ciudadanos, y es previsible que continúe esta discusión todavía durante algún tiempo. La percepción de la violencia es ante todo un fenómeno político y comunicacional²³. Ya solo con este simple dato se evitaría que se pudiera politizar esta dramatización de la violencia.

Por otra parte, como se puede observar con la evolución de la criminología²⁴, el fenómeno de la “violencia” solo en parte se entiende cuando se le contempla desde el punto de vista de la violencia individual o grupal. También hay una “violencia desde arriba”, que está relacionada con la otra violencia. De lo que se deduce que una actitud racional ante la amenaza de violencia, sea esta estatal, social o individual, no puede consistir

²³ Cfr. *supra*, I, 1.

²⁴ Cfr. *supra*, I, 2b.

en una simple actitud represiva ante ella, sino que debe tener en cuenta también las complejas relaciones existentes entre ambas desde el principio.

2. *La eficacia del derecho penal.* Un miope entendimiento de lo que se considera hoy como un derecho penal eficaz puede ser, a la larga, contraproducente.

Las experiencias habidas con los “déficit de funcionamiento” del moderno derecho penal y con el llamado “derecho penal simbólico”²⁵ enseñan que una mayor contundencia de los instrumentos juridicopenales (*more of the same*) no siempre ha mejorado su idoneidad en la solución de los problemas. Ello quizá podría deberse a que la subsidiariedad del derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, estatales o sociales, no solo es un principio normativo, sino también un principio empíricamente fundado: los medios juridicopenales solo son idóneos para resolver muy pocos problemas.

Pero sobre todo se debe tener en cuenta que un derecho penal contundente tiene también sus costos y se paga con la renuncia a principios políticamente valiosos y difíciles de mantener. No es imaginable que se pueda, por ejemplo, renunciar en parte al principio de culpabilidad o al de dignidad humana; cuando esto ocurre en “tiempos de necesidad” perderán toda su importancia para nuestra cultura jurídica. Desde ese momento, ya no serán su valor e importancia el criterio decisivo para su vigencia, sino la problemática percepción de la “necesidad” o de la “grave amenaza”.

En última instancia hay que preguntarse si un derecho penal políticamente funcionalizado y utilizado de esta manera puede ocupar todavía en el conjunto de todos los sistemas de control social el lugar que le corresponde. Si sus principios son en cada caso disponibles, perderá —incluso a largo plazo a los ojos de la población— su poder normativo de convicción y su distanciamiento moral de la infracción jurídica. Un derecho penal así concebido no podrá sobrevivir como un instrumento de solución estatal más o menos idóneo de los problemas en el marco del conjunto de los sistemas de control social.

IV. RESUMEN

Actualmente estamos viviendo una dramatización de la violencia y la amenaza. Ante esta situación se está elaborando una política criminal

²⁵ Cfr. *supra*, II, 2.

que tiende a hacer del derecho penal, endureciéndolo y reestructurándolo, un instrumento de direccionismo estatal. En caso de necesidad se considera que los principios que caracterizan nuestra cultura jurídica no deben ser tenidos en cuenta o considerárselos vigentes. El provecho que de ello se obtiene es escaso, los costes muy altos: a la larga, un derecho penal así concebido perderá su fuerza de convicción.

CAPÍTULO IV

¿ALTERNATIVAS AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD?*

A) LA EROSIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad está siendo bombardeado. Tras mucho tiempo sin ser cuestionado como justificación de la pena, como indicador de su medición y como criterio de imputación y exculpación, se le considera hoy como sospechoso de mala metafísica, como signo de un derecho penal autoritario, que desvía la corresponsabilidad de la sociedad en el delito hacia el individuo en quien se manifiesta la maldad general, y como obstáculo en el camino hacia un derecho penal humanitario que no ate al autor de un delito con su culpabilidad, sino que le señale soluciones.

A quien esta crítica al principio de culpabilidad le suene demasiado a ciencia social, que piense en la actual discusión sobre el poder ilustrador de la política interna que puede tener el Sermón de la Montaña, en el cual la culpabilidad no se relaciona con el castigo, sino con la indulgencia, o en la vieja distinción entre culpabilidad moral y culpabilidad jurídica, en la cual la segunda no es más que un modo deficitario de la primera.

1. *Política criminal.* Aunque muchos críticos del principio de culpabilidad no lo hayan notado, hace ya mucho tiempo que el propio legislador penal ha ido erosionando sus paredes maestras allí, donde este le impedía llevar a cabo una eficaz política criminal. Quien actualmente es absuelto por falta de culpabilidad, no abandona generalmente la sede del tribunal como un hombre libre, sino que le aguarda una medida de seguridad y corrección que no lleva consigo el estigma de la pena, pero sí sus mismas graves consecuencias —e incluso a veces otras mucho más graves—. Las condiciones objetivas de punibilidad o el castigo de la imprudencia inconsciente son hechos que recuerdan al penalista cuán incompatibles son a veces ley penal y principio de culpabilidad.

* Traducción del alemán de FRANCISCO MUÑOZ CONDE. Publicado en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1982 (publicado también en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1981).

Pero cuando la pena no parece una respuesta adecuada a la culpabilidad, hay instituciones como la dispensa de pena, la amonestación con reserva de pena, las amplias facultades para sobreeser tempranamente el proceso penal, que en el moderno derecho penal permiten desconectar la pena de la culpabilidad o que incluso impiden pronunciar un veredicto de culpabilidad. Y cuando el interés de un correcto tratamiento del autor de un delito así lo exige, la medida puede ejecutarse antes que la pena con la cual fue impuesta conjuntamente, e incluso llegar a sustituirla por completo. El moderno sistema penitenciario, basado en la idea del tratamiento, tiende, por su parte, a debilitar las diferencias entre establecimiento penitenciario y hospital. En suma: ante el creciente interés politicocriminal en la producción de consecuencias favorables mediante el derecho penal, el principio de culpabilidad va perdiendo cada vez más el poder de fundamentar o de medir la pena sobre la base de la culpabilidad.

2. *Dogmática de la culpabilidad.* La erosión del principio de culpabilidad se puede naturalmente también estudiar en la dogmática de la culpabilidad. Actualmente apenas hay alguien que todavía sea capaz de creer que el principio de culpabilidad sea el fundamento de la pena. Incluso los partidarios de las teorías absolutas de la pena que ven la esencia de la pena en la retribución del delito y de la culpabilidad, se apresuran a asegurar que el cumplimiento del principio retributivo es el método más eficaz, para influir favorablemente en la vigencia social de las normas.

Actualmente es dominante entre los penalistas la tranquilizadora tesis de que se puede prescindir de la discusión en torno de la libertad de voluntad, sin poner en peligro la vigencia del principio de culpabilidad. Esta tesis ha conducido a que el contenido del juicio de culpabilidad se haya evaporado: si antes se medía de buena fe todavía la culpabilidad del delincuente por su “poder individual para actuar de otro modo”, es decir, por las posibilidades fácticas de este hombre en su situación; ahora, tras el fuego cruzado de la crítica determinista, se ha restringido al criterio del “poder general para actuar de otro modo”. Esto lo ha deteriorado gravemente. Pues el *homunculus*, “hombre medio”, que es quien debe suministrar los criterios del yerro culpable, nada puede decir sobre el poder de este hombre, de cuya culpabilidad se trata, para actuar de otro modo. El tipo de “culpabilidad” a que se puede llegar con la sonda del “poder general para actuar de otro modo”, es una débil construcción, desvinculada de las posibilidades del delincuente para permanecer fiel al derecho, aunque también liberada de la carga de tener que demostrar la libertad de voluntad como fundamento de la culpabilidad.

Si hasta la fecha se había reservado al principio de culpabilidad por lo menos la tarea de marcar los límites dentro de los cuales el delincuente podía ser sacrificado a los intereses preventivos de estabilización normativa, de su intimidación y tratamiento, ahora esta “función limitadora” del principio de culpabilidad se pone también en peligro con las modernas teorías de la culpabilidad que pretenden enjuiciar culpabilidad y exculpación por las posibilidades que se abren de intervención motivada por la prevención especial y general. Si el juicio sobre culpabilidad y exculpación del autor de un delito se hace depender de si puede ser objeto de tratamiento o de si con su ejemplo se puede demostrar la inquebrantabilidad del ordenamiento juridicopenal, apenas queda algo del efecto saludable del principio de culpabilidad. Este efecto consistía en la obstinada negativa a satisfacer los intereses politicocriminales de intimidación y tratamiento, cuando podían producir un castigo desproporcionado del condenado; por lo menos en teoría, este efecto consistía en la garantía de que incluso el experto más inteligente y la necesidad politicocriminal más urgente encuentran sus límites en el grado de culpabilidad y, por tanto, en un conflicto dado tienen que fracasar si ello es necesario. Con los intereses preventivos el concepto de culpabilidad mete en casa al enemigo del cual tendría que distanciarse enérgicamente.

¿Ha llegado entonces el final del principio de culpabilidad? ¿Se debe buscar otras alternativas?.

B) LA IRRENUNCIABILIDAD AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

A esta cuestión no se puede responder superficialmente. La discusión sobre el principio de culpabilidad ha sido llevada tan indiferenciada y globalmente que apenas puede aparecer en ella toda la realidad de esta imagen surgida de siglos. Apenas en ningún otro ámbito de la discusión sobre las bases del derecho penal se lee tan ligeramente y se sobrestiman tan precipitadamente las opiniones hasta el punto que no sirven para nada. La necesidad y la aptitud de las alternativas al principio de culpabilidad solo pueden ser valoradas suficientemente cuando las dimensiones de este principio estén separadas totalmente y se haya puesto de relieve su significado para nuestra cultura juridicopenal. Esto es lo que voy a intentar exponer aquí, considerando, en cada caso, la cuestión sobre la necesidad y la idoneidad de las alternativas.

1. *Posibilitar la imputación subjetiva.* El principio de culpabilidad, eso dicen los penalistas, posibilita la “imputación subjetiva”, es decir, la vinculación de un acontecer injusto con una persona actuante. Por muy

simple que pueda parecer, este mecanismo es, sin embargo, fundamental para nuestra cultura jurídicopenal. Parte de la hipótesis de que el delito —aun cuando se acepten absolutamente la coacción y la corresponsabilidad de la sociedad— solo es perceptible como hecho de un autor. Nadie pide que las infracciones jurídicas se acepten como desgracias sociales y que todo lo más se deriven de ellas exigencias de cambio social. Esto se dará por añadidura, pero no en lugar de la imputación, sino junto a ella, como imputación del hecho malo a aquel en cuya conducta se ha manifestado. Tampoco la crítica radical al derecho penal ha negado nunca que debe darse un ámbito en el cual discutir sistemáticamente qué es lo que hay que hacer con el hecho antijurídico con vista a quien en todo caso lo ha realizado externamente: si realmente es “su” hecho, sí puede “imputársele subjetivamente”.

En esta dimensión del principio de culpabilidad se pone de manifiesto un esquema fundamental de nuestra cultura y de nuestra cultura jurídica: la idea de que las personas producen y pueden dirigir resultados en el mundo externo, y la idea también de que ante una lesión de intereses humanos es lícita y discutible la cuestión de quién es el causante humano de esa lesión.

La alternativa a esta primera dimensión del principio de culpabilidad alejaría al hombre de la percepción del delito; supondría tanto como renunciar a las categorías de dirección causal y de coacción.

2. *Excluir la responsabilidad por el resultado.* La alternativa a una segunda dimensión del principio de culpabilidad sería admitir una responsabilidad por el resultado, por el simple azar. Esta segunda dimensión contiene un criterio de la culpabilidad que completa y perfecciona la simple posibilidad de una imputación subjetiva: la “responsabilidad”. Aquí se afirma y se presupone más que en el primer estadio de la imputación subjetiva; aquí se desarrolla la categoría de la responsabilidad; aquí se diferencian modos de coacción. Aquí se afirma que culpable de una lesión solo puede ser quien por lo menos hubiera podido gobernar el acontecer lesivo.

Mientras que para encontrar un ordenamiento jurídico que haya alcanzado todavía el primer estadio del principio de culpabilidad (por ejemplo, una cultura que solo puede imputar el homicidio a fuerzas sobrehumanas o no humanas), hay que remontarse a épocas muy lejanas, la renuncia al criterio de la “responsabilidad” está bien documentada en nuestra propia historia del derecho penal. El árbol que al desplomarse mataba a alguien, hacía incurrir en responsabilidad jurídicopenal al leñador germánico, aun cuando este por especiales circunstancias no fuera en absoluto responsa-

ble de esta desgracia. (Lógicamente, también quedaba libre de responsabilidad si, en cambio, no alcanzaba a la víctima a la cual pretendía intencionalmente matar; solo con la categoría de la responsabilidad es lógico castigar la tentativa, la voluntad mala).

Esta dimensión del principio de culpabilidad tampoco es cuestionada seriamente. Una responsabilidad por el azar es contraria a la imagen del hombre y a los criterios de justicia que entre nosotros hacen perceptibles desde hace siglos las diferencias en las relaciones del hombre con su mundo circundante y que no solo registran estas diferencias, sino que también las valoran. Incluso los partidarios del determinismo tienen en verdad que admitir el criterio de la "responsabilidad", porque su argumentación en ningún caso permite descubrir que pretendan volver a un atavismo como la simple responsabilidad por el resultado. Pero para evitar este atavismo, no tienen más remedio que decir dónde están, para una imagen determinista del mundo, los límites entre caso fortuito e imprudencia; pues estos son los límites de la responsabilidad por el resultado. Pero sin un criterio como el de "responsabilidad" no pueden trazarse estos límites.

3. *Diferenciar grados de participación interna.* También en la tercera dimensión del principio de culpabilidad se produce el perfeccionamiento y culminación de las conquistas conseguidas con la dimensión anterior. Aquí se reelabora el criterio de la responsabilidad. Con su ayuda pueden diferenciarse y valorarse grados de responsabilidad. Denomino estas diferencias "grados de participación interna en el suceso externo". Esto significa para los penalistas una escala que va desde la imprudencia inconsciente hasta la comisión intencional de un delito, pasando por la imprudencia consciente, la negligencia y el dolo.

Aunque no sistemáticamente, pero sí históricamente, el tercer estadio del principio de culpabilidad se deriva consecuentemente del segundo. Un ordenamiento juridicopenal podría renunciar a distinguir y valorar grados de participación interna, limitándose a imputar en el estadio de la responsabilidad el acontecer externo en los casos en que exista "responsabilidad", o a no imputarlo si se trata de caso fortuito. Pero no creo que actualmente ello sea posible. Si lo hiciera, quedaría toscamente por debajo de las diferenciaciones que ya son habituales en los mecanismos cotidianos de inculpación y exculpación. No obstante, es difícil fundamentar esta afirmación. Voy a limitarme a dar unos ejemplos.

En la superficie, es evidente que los criterios habituales de justicia distinguen y valoran grados de participación interna en el acto lesivo. La lesión producida por falta de diligencia es —tanto fenomenológica como

normativamente— otra cosa que la producida por simple abandono o que la producida intencionalmente. Sin tales diferenciaciones y sin las consecuencias que de ellas se extraen tendríamos, eso creo, otra clase de relaciones humanas distintas de las habituales. Sensibilidad, diferenciación, prudencia y respeto frente a los demás, solución racional de los conflictos, etc.; son ejemplos de casos en que también participa productivamente la citada distinción.

Yendo más al fondo, aparecen dos razones que hacen posible la diferenciación y valoración de grados de participación interna. Una apunta a la víctima; la otra al autor del delito.

Superficialmente mirado, el daño infligido a la víctima con el delito es siempre el mismo, independientemente de que haya sido producido negligente o intencionalmente. Pero la víctima—y lo mismo sucede a otras personas que viven y experimentan el daño desde la perspectiva de la víctima— no lo siente del mismo modo. Quien actúa dolosamente produce—también desde su perspectiva— un daño mayor que quien actúa imprudentemente, aunque esta mayor gravedad del daño no lo sea, por supuesto, en un sentido médico-empírico, sino en uno socialpersonal. Más allá del daño externo, se hace patente un signo frente a la víctima y frente a todos aquellos que lo contemplan en la perspectiva de la víctima y de la víctima potencial. También este signo daña y a veces más que el mismo objeto utilizado para provocar el daño. Aunque en algunos delitos patrimoniales, como, por ejemplo, en la estafa, solo raras veces aparece con toda claridad; en los delitos violentos, como las lesiones corporales y sobre todo en la violación, se pone de relieve claramente que quien actúa dolosamente deshonra a su víctima más allá del daño externo, lesionando el núcleo de su personalidad. Quien actúa dolosamente conoce esta perspectiva de la víctima, y la víctima sabe que él lo conoce, y precisamente en esto radica el signo del daño: sobre todo en los delitos que necesariamente se consuman en presencia del autor y de la víctima, el autor doloso realiza un acto de vejación social y personal de la víctima, del cual quien actúa imprudentemente está muy lejos.

La segunda razón, que apunta al autor del delito, tiene en cuenta que nuestro ordenamiento juridicopenal—cada vez en mayor medida— también conoce delitos “sin víctimas” o en los cuales la víctima es “anónima”, como el perjurio, los delitos contra la seguridad interior del Estado o la contaminación de las aguas. Aquí se puede comprender—como también en los delitos con víctimas— que quien actúa dolosamente amenaza en mayor modo la vigencia de la norma y, al mismo tiempo, el orden jurídico, que quien actúa imprudentemente. Por eso, si quiere volver a la

comunidad jurídica, tiene que prometer más que quien solo actuó imprudentemente, del cual se espera sea en el futuro más cauto y precavido ante el peligro; quien actúa dolosamente tiene, en cambio, que dar cuenta de su “conversión normativa”, de su cambio de actitud frente a las normas. Creo que la exacerbada reacción social y juridicopenal a los actos violentos terroristas se puede explicar con la mayor participación interna que tiene lugar aquí: el terrorista afirma crédulamente que solo marginalmente le interesa el atraco y el secuestro, que su auténtica meta es la destrucción del orden estatal y jurídico.

4. *La proporcionalidad de las consecuencias jurídicas.* La cuarta dimensión del principio de culpabilidad —y la última a la que no le veo ninguna alternativa— penetra ya desde el estadio de la imputación subjetiva en el de la medición de la pena. Igualmente forma parte del principio de culpabilidad y arrastra las consecuencias de la diferenciación entre diversos grados de participación interna. En ella se discuten los criterios sobre la sanción equitativa y justa del delincuente.

Posibilitar la imputación subjetiva, fundamentar la responsabilidad, diferenciar grados de participación interna, no son tareas que el derecho penal cumple por un interés puramente académico. Su misión es la de fundamentar y medir una consecuencia juridicopenal que pueda ser calificada como justa. Conforme al mandato constitucional de igualdad, esta consecuencia juridicopenal solo será justa cuando trate desigualmente lo que es desigual. Quien decida diferenciar diferentes grados de participación interna, tiene que adecuar proporcionalmente las consecuencias juridicopenales a estas diferenciaciones. El principio de culpabilidad posibilita con esta diferenciación una concretización del principio de proporcionalidad, de la prohibición de excesos y de límites de sacrificio. Aunque, lógicamente, ello solo sea una concretización vaga e incompleta. La intensidad de la participación interna es un criterio plausible y decisivo para la medición de consecuencias juridicopenales proporcionadas. En él consigue, en todo caso, validez, el que también sean criterios de justicia las condiciones cognitivas y emocionales de la actuación del delincuente y la forma en que deben ser valoradas —o, en la medida en que se exterioricen como causas de exculpación, bajo qué circunstancias el ordenamiento juridicopenal renuncia a una imputación subjetiva del acontecer externo—. Pero hay que tener en cuenta que también hay otros criterios de proporcionalidad de las consecuencias juridicopenales procedentes del sector del injusto y de la medición de la pena, que se añaden complementariamente. Así, por ejemplo, la intensidad en la lesión del bien jurídico (destrucción *versus* daño, salud *versus* patrimonio), la comisión habitual del

delito o formando parte de una banda, graduaciones en la conducta antes y después de la comisión del delito.

C) EL REPROCHE DE CULPABILIDAD

Todavía queda por discutir una última dimensión del principio de culpabilidad —aunque, eso sí, se trata de una dimensión que es considerada por muchos como el núcleo del principio de culpabilidad—: el reproche de culpabilidad. “Culpabilidad es reprochabilidad”, se dice, o, si se quiere de un modo menos alambicado, la formación de la voluntad que conduce a la decisión de cometer el delito debe ser reprochable. Las vías de fundamentación de esta afirmación y las construcciones teóricas que de ellas se hacen son tan ricas en variantes que es imposible desarrollarlas aquí exhaustivamente. Me limitaré, pues, a reproducir las ideas, anteriormente expuestas (I, 2), que un reproche de culpabilidad presupone necesariamente:

1. *Libertad de voluntad y proceso penal.* Aunque por razones distintas de las que comúnmente se aducen, se puede considerar como un acierto el que la dogmática de la culpabilidad se haya desvinculado de la polémica sobre la libertad de voluntad. No creo que el derecho penal y la vida cotidiana pudieran subsistir sin la idea de libertad de voluntad, ni que las relaciones humanas en general o las conformadas jurídicamente, puedan existir o entenderse bajo la hipótesis determinista de la dirección causal. Más bien creo que también en el ámbito del derecho, siempre pensamos anticipadamente en la libertad de los demás, y que esa libertad es condición (si bien trascendental) de la posibilidad no solo de una comunicación humana, sino de cualquier comunicación intrapersonal.

Esta idea no es, sin embargo, apta para servir de base a un reproche de culpabilidad frente al delincuente. Las circunstancias en que puede apoyarse una condena tienen que ser reunidas en un todo dentro del proceso penal, que en la recopilación del material básico de la condena está obligado al método de la observación. Y precisamente a este tipo de observación se sustrae la libertad de voluntad, antes incluso de que la observación comience. Lo que se puede aprehender con el instrumental del proceso penal no es la libertad del acusado para actuar de otro modo, sino las limitaciones materiales de la libertad, los indicadores de los déficit de libertad. En el proceso penal no se puede averiguar las alternativas que le quedan al acusado tras esas limitaciones. La polémica sobre la libertad de voluntad es, por tanto, totalmente irrelevante para el principio de culpabilidad, porque incluso una posición indeterminista es incapaz de ayudarle a suministrar un fundamento al reproche de culpabilidad.

2. *Derecho penal y vida cotidiana.* Se dice ahora que el derecho penal, para cumplir su misión de elaborar formalmente los más graves conflictos que surgen diariamente, no deberían distanciarse demasiado de la vida cotidiana. Pero en esa vida cotidiana se utilizan normalmente conceptos como reproche o disculpa. Esto quiere decir que el derecho penal debería también mantener el reproche frente al delincuente, aunque, honradamente, este reproche solo puede ser un reproche vago, que solo puede apoyarse en la diferencia entre este delincuente y el "hombre medio".

Sin embargo, son muchas las razones por las cuales se debe rechazar esta sugerencia, que considero falsa y peligrosa.

A mi juicio, "la" vida cotidiana es mucho más sensible y sincera que lo que los teóricos pretenden hacer creer. Prescindiendo ahora de que realmente "la" vida cotidiana no existe, sino más bien diferentes normas grupales de referencia y estilos de conducta con relevantes diferencias en el reproche y en la disculpa; la cultura cotidiana puede enseñar a la cultura del derecho penal que hay que ser muy cautos con los reproches, que hay que procurar evitarlos, que hay que estar dispuestos a retirarlos o a olvidarlos (en lugar de inscribirlos "con fuerza ejecutoria" en el registro de penados); en pocas palabras: que no se puede formular responsablemente un reproche contra una persona que se conoce de modo tan selectivo y rudimentario como la conoce el juez penal. Si el derecho penal tuviera, pues, que vincularse a la cultura cotidiana, debería hacerlo a una forma desarrollada de ella, y no a una de la Edad de Piedra.

Por lo demás, el derecho penal se ha mantenido siempre distanciado críticamente de la cultura cotidiana. Y con razón. Piénsese solo en fenómenos como las campañas en favor de la pena de muerte, la condena de la idea de resocialización en el sistema penitenciario calificando a las cárceles de "hoteles para asesinos", la consideración del fiscal como un "delito de caballeros" o de la criminalidad masiva juvenil de los hurtos en grandes almacenes.

Las reformas en el "ámbito político derecho penal" no pueden ignorar o eludir simplemente una cultura cotidiana —si es que la hay—. Pero tampoco tienen por qué reflejarla al pie de la letra. Lo que sí deben hacer es traducir, en la medida en que sea factible, las formas humanas de la cultura cotidiana en las formas institucionales de elaboración formalizada de los conflictos.

También se dice en la vida cotidiana que en el delito no solo interviene el delincuente, sino además una pluralidad de circunstancias humanas y sociales que van desde la conducta de la víctima hasta el índice de desempleo laboral existente, pasando por la crisis familiar (*broken home*).

El reproche de culpabilidad desvía la atención de estas circunstancias y de su elaboración a la hora de tomar una actitud respecto del delito y del delincuente, asignando los factores criminógenos a la persona individual y poniéndola a la luz de un reflector que aumenta la oscuridad que le rodea. La "teoría del chivo expiatorio" tiene razón cuando sostiene que en el reproche de culpabilidad la sociedad afectada por el mal lo proyecta sobre la persona individual que lo ha hecho aparecer, expulsándola después. La idea de reinserción social del delincuente desde hace años viene precisamente chocando con este equilibrado mecanismo. Si se eliminara del principio de culpabilidad el reproche, no se eliminaría este mecanismo psicosociológico, pero, por lo menos, se dejaría de seguir impulsándolo.

3. *Reproche de culpabilidad y ley penal.* Si se pregunta, para terminar, por las perspectivas futuras del principio de culpabilidad, es muy probable que tanto la política criminal como la dogmática culpabilista sigan participando en la erosión de este principio, sin renunciar a él expresamente. Las razones de esta erosión han sido aquí citadas y en gran parte combatidas. Todavía hay que explicar por qué es probable que el reproche de culpabilidad va a seguir manteniéndose. La razón reside en las consecuencias politicocriminales: si se extrajera del principio de culpabilidad la idea del reproche, se dejaría sin base el sistema dual o binario que inspira nuestro derecho penal. Al suprimir el sistema binario, habría que suprimir la pena y solo quedarían las medidas, ya que la pena se caracteriza porque presupone un reproche de culpabilidad contra el condenado.

Este cambio de la ley penal tendría, sin embargo, mucha mayor repercusión en la teoría que en la praxis. Como ya se ha señalado anteriormente (I, 1), la praxis ha comenzado a hacer estas reformas hace ya tiempo con el tratamiento en el sistema penitenciario, con el principio vicarial y también con la observancia del principio de proporcionalidad en las medidas. También la eliminación de penas deshonrosas, como la pena de reclusión, supuso ya en otros tiempos un avance importante en la dirección hacia un derecho penal que pretende evitar lo más posible gravar al condenado con un reproche. Cuando se abolió la pena de reclusión, se temió que con ello se abriera una "brecha" a la criminalidad más temible. Las paredes, sin embargo, han aguantado. Lo que sí parece seguro es que el legislador de entonces estaba más dispuesto a realizar reformas penales en este sentido que lo está el actual.

En la teoría del derecho penal se teme que la eliminación del reproche de culpabilidad suponga la supresión de la función limitadora del principio de culpabilidad. Pero este temor se debe a un malentendido. El reproche de culpabilidad no limita nada; al contrario, extiende en gran me-

dida la carga que para el delincuente supone la consecuencia jurídicopenal. Los límites de la pena pública se deducen más bien de los criterios de proporcionalidad que el principio de culpabilidad apunta y que aquí han sido expuestos (II, 4). Lo que hay que hacer es asegurar y perfeccionar estos criterios. Esto supone, sin embargo, un trabajo teórico y empírico de gran amplitud: investigar la gravedad del hecho y la intensidad de la sanción, la sensibilidad y la receptividad a la pena del condenado. El reproche de culpabilidad no puede aportar nada a este trabajo.

Una mirada al Código Penal vigente ofrece respecto del reproche de culpabilidad una información consoladora. Con sabia reserva el legislador penal ha renunciado a exigir lo imposible al juez penal: la demostración de la libertad de acción, sino que más bien ha descrito —negativamente— situaciones y características que pueden fundamentar una exculpación: graves anomalías, error, inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho.

Sería una incorrección lógica deducir de la ausencia de causas de exculpación la libertad de acción. En este caso una doble negación no lleva a la afirmación. En las causas de exculpación el legislador penal ha tipificado una serie de situaciones, en las cuales no quiere admitir la imputación subjetiva de un hecho ilícito. Para ello ha marcado unos límites de inculpación, que corresponden a los criterios de responsabilidad justa por un hecho ilícito en un orden jurídicopenal cuidadoso y prudente. El carácter histórico de estos criterios, enriquecidos en su significado por la legislación penal cambiante y por las discusiones que tienen lugar en la teoría y en la praxis, muestra que ellos no son indicios —negativos— de la libertad de acción y del reproche de culpabilidad, sino que suponen límites de criminalización en un derecho penal humano. Si el juez penal se atiene a este programa, está asegurado que nadie va a ser gravado con una consecuencia jurídicopenal por haber cometido un hecho del que no es “responsable”.

Una última cosa todavía. El que se suprima el reproche de culpabilidad no quiere decir que haya que preocuparse porque se prive al derecho penal de su legitimación ética. La justificación del derecho penal es siempre una justificación éticosocial que no se encuentra en el ámbito individual —en la “culpabilidad” del individuo—. Esta justificación se encuentra en la fuerza del derecho penal para elaborar los conflictos más graves que plantea la desviación, de tal modo que con ello queden, en la medida de lo posible, protegidos los derechos de todos los participantes —también los de la sociedad afectada—.

D) RESUMEN

El principio de culpabilidad está siendo hoy amenazado, tanto en la teoría como en la praxis, por los intereses de una política criminal eficaz. Es válido explicar y defender las misiones irrenunciables que se le han asignado: posibilidad de imputación subjetiva, exclusión de la responsabilidad por azar, diferenciar y valorar la participación interna en el suceso externo y garantizar la proporcionalidad de las consecuencias juridicopenales. No lo es, en cambio, mantener el reproche de culpabilidad que hoy se formula contra el autor de un delito en nombre del principio de culpabilidad, porque desde el punto de vista teórico es insostenible y desde el punto de vista práctico perjudicial. Un ordenamiento juridicopenal que procure evitar en lo posible molestias a las personas y fundamentar honestamente sus intervenciones, debe renunciar a ese reproche.

CAPÍTULO V

LOS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL DOLO*

I. LA TEORÍA DE ARMIN KAUFMANN**

ARMIN KAUFMANN enriqueció, hace ahora treinta años, las viejas discusiones sobre la delimitación entre dolo e imprudencia alrededor de una idea, la cual —según el modo en que fue expuesta— podría en realidad haber concluido dicha discusión¹. Esta teoría prometía, como KAUFMANN no olvidó subrayar, una salida al infructuoso e infinito círculo de teorías cognitivas (posibilidad, probabilidad) y, volitivas (conformidad, asunción del riesgo) dirigidas a la caracterización del dolo.

Esta salida era nueva, se adaptaba al clima de las teorías del derecho penal de la época y reclamaba consistencia teórica y fiabilidad para su aplicación en la práctica.

1. *Particularidades de dicha teoría.* a) Los criterios para la delimitación entre dolo e imprudencia reclamaban (como todos los fundamentos en la teoría final de la acción) no solo plausibilidad pragmática y contundencia teórica sino un fundamento ontológico *in re* no susceptible de discusión posterior².

b) Dolo e imprudencia se diferencian con ayuda de aquel criterio que ya ontológicamente caracteriza la acción: la voluntad de realización. Por ello la teoría del dolo encaja sin fisuras en la teoría de la acción³.

* Traducción de María del Mar Díaz Pita, publicado en ADPCP, 1992.

** En el original "Die Lehre vom *tatmächtigen Vermeidewillen*", expresión de difícil traducción al castellano. La tesis de KAUFMANN defiende la imposibilidad de imputación a título doloso cuando el sujeto lleva a cabo una voluntad dirigida a evitar la lesión del bien jurídico (*Vermeidewillen*) y que a la vez domine el hecho (*tatmächtig*). Nota de la traductora.

¹ "Der *dolus eventualis* im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze", en *ZStW*, 70, 1958, (trad. Suárez Montes, ADPCP, 1969).

² *Ibid.*, págs. 66 y 71.

³ *Ibid.*, págs. 73, 76 y 86.

c) La voluntad de realización es suficiente como criterio de diferenciación. Por consiguiente no es preciso insertar otras características —heterogéneas— de delimitación⁴.

d) Aunque esta teoría está basada en la teoría final de la acción⁵ (presuntamente subjetivista) y por lo tanto es abarcada subjetivamente por una voluntad de realización, consigue sin embargo una “objetivación de los límites del dolo”⁶: el ámbito del dolo se abandona cuando el agente, respecto de unas consecuencias secundarias no deseadas⁷ que trata de evitar, realiza una “voluntad evitadora que domina el hecho”⁸.

e) La consideración de la estructura final de la acción y la objetivación de los límites del dolo favorecen una matización esencial y no puramente gradual entre dolo e imprudencia⁹. Ello supone un importante logro dogmático dado el hecho¹⁰ de que el legislador algunas veces no incrimina la acción imprudente o, en todo caso, la castiga con una pena más leve que el delito doloso¹¹.

f) La teoría de ARMIN KAUFMANN no es, como las doctrinas dominantes sobre el dolo, una teoría encubierta referida solo al dolo eventual, sino

⁴ *Ibid.*, pág. 18: “La voluntad de realización tiene, pues, su límite en sí misma. No es preciso ningún criterio valorativo proveniente de fuera para delimitarla, y con ello delimitar el nexo final; tampoco es necesario un recurso al sentimiento, que solo puede ser entendido como actitud jurídica o antijurídica ante el hecho”. De modo parecido, pág. 73: “La voluntad de realización encuentra su límite por tanto, en la voluntad de realización”.

⁵ *Ibid.*, pág. 78: “La supuesta «subjetiva» doctrina de la acción finalista conduce, pues, a la objetivación de un deslinde de fronteras, que la doctrina imperante ha hecho depender no ya de la representación del autor, sino de sus sentimientos, motivos, actitudes y aprobaciones. Esa diferenciación, basada en consideraciones de una ética de sentimientos, no puede dar al hecho doloso contornos claros”.

⁶ *Ibid.*, pág. 78.

⁷ *Ibid.*, págs. 74 y 77.

⁸ *Ibid.*, pág. 74: “La voluntad de evitación” excluye la aceptación de una “voluntad de producción”, solo, en verdad, si se trata de una voluntad eficaz, es decir, si la puesta de los contrafactores para la evitación del efecto accesorio realmente se ha realizado”.

⁹ *Ibid.*, págs. 81 y 82.

¹⁰ Véase, p. ej., M. KÖHLER, *Die bewusste Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich rechtsphilosophische Untersuchung*, 1982, págs. 17 y ss.; SCHROTH, *Theorie des straflichen Vorsatzes*, escrito de habilitación inédito, Munich, 1986, cap. 2.1. y 2. 2.

¹¹ Por cierto, a ARMIN KAUFMANN no le es objetable el empleo, en el núcleo de su teoría de un criterio exclusivamente cuantitativo de delimitación. En los límites, donde surgen los problemas prácticos, permanece p. ej., la pregunta sobre los límites de la “fuerza dominante del hecho” que tiene la voluntad de evitación: “Cuando el autor, a su dirección y a su propia habilidad, atribuye una posibilidad real de evitar el resultado” (ZStW, pág. 77) y cuando (y es esto lo que decide sobre los límites entre dolo e imprudencia), solo se puede determinar de un modo gradual (y además “subjetivo”, ver en el texto letra d).

que pretende ser una “teoría unitaria del dolo” que pueda, a través de la voluntad de realización, abarcar también el dolo directo¹².

g) La moderna teoría de la culpabilidad exige una teoría del dolo que, como esta, sea capaz de separar estrictamente los elementos del conocimiento del injusto de los del dolo¹³:

2. *Crítica a la teoría de Kaufmann.* La doctrina jurídico-penal apenas ha valorado las particularidades de la teoría del dolo de ARMIN KAUFMANN¹⁴. Más bien la ha incorporado a los restantes intentos de delimitación y de ella ha afirmado —en parte¹⁵— que, de todos modos, sería apta para fundamentar resultados satisfactorios en muchos grupos de casos. Pero la crítica prevalece claramente e impide que hoy esta teoría del dolo cuente con una notable influencia. En último extremo, esta crítica se nutre, si mi opinión es acertada, ante todo de aquellas características que ARMIN KAUFMANN considera como lo más notable de su teoría: una ontologización y una objetivación concentrada de la determinación del dolo.

Contra esta teoría se objeta que conduce a resultados inaceptables, dependientes además de las peculiaridades de cada caso¹⁶: quien realiza una voluntad de evitación, que desde su punto de vista suprime cualquier riesgo adicional, no actúa ya dolosamente (y queda desde un principio fuera de esta teoría delimitadora), porque no toma en consideración la posibilidad de un daño¹⁷; quien, a pesar de una voluntad activa de evitación, observa un riesgo adicional y, sin embargo, actúa, tiene por ello un

¹² ZStW, 70, 72: El hecho doloso “abarca todas las consecuencias y modalidades, cuya existencia y producción ha sido tenida en cuenta como posible a no ser que la voluntad rectora se dirija a su evitación”.

¹³ *Ibid.*, págs. 66 y ss. y 83.

¹⁴ Compárese, p. ej., WENSELS, *AT*, 17ª ed. (1987) pág. 65; CRAMER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, 23ª ed. (1988) par. 15 marg. 78; M. KÖHLER (*supra* nota 10), págs. 282 y ss; SCHRÖDER, en *LK*, 10ª ed. (1980) par. 16 marg. 93; esto no es válido para ROXIN, “Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit BGHS”, 7, 363, en *JUS* 1967, pág. 53, aquí citado por ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pág. 209. *Vid.*, págs. 214 y ss. y 227.

¹⁵ Particularmente FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983, págs. 13 y ss. 227 y ss.; PHILIPPS, “Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko”, en *ZStW*, 85 (1973), págs. 27, 29 y ss.

¹⁶ Sobre todo JAKOBS, *AT*, 1983, cap. 8/29; también RUDOLPHI en *SK StGB*, 5ª ed. (1988) par. 16, marg. 42; FRISCH (*supra* nota 15), págs. 14 y ss., 278 y ss.; SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 8.3.2.1.3.

¹⁷ Compárese la definición de dolo, *supra* nota 11.

dolo referido a ese riesgo adicional (lo cual contradice esta teoría delimitadora); quien no disminuye un riesgo insignificante —evitable— debe responder, según esta teoría, por dolo, mientras que aquel que reduce al mismo grado de riesgo un riesgo elevado —evitable— solo se le puede imputar a título de imprudencia. También se le ha reprochado¹⁸ a ARMIN KAUFMANN, no sin razón, que utiliza su criterio de delimitación en el caso práctico de forma inconsecuente¹⁹.

Efectivamente, las acciones no pueden por sí mismas excluir el dolo de una forma plausible. El criterio resulta esquemático y además se inserta de modo mecánico en esta teoría del dolo: no parece evidente que quien reduce la peligrosidad de su acción ya por ello merezca un tratamiento menos severo, dado que, en todo caso, desde su punto de vista, actúa de modo peligroso, o sea, que —a pesar de la conducta evitadora— actúa con “mala voluntad”.

Para justificar una exclusión del dolo habría que saber más sobre la persona del sujeto agente, su representación del transcurrir de los hechos y sobre todo su objetivo. La acción de evitación no tiene por qué ser expresión de una actitud interna ajustada a derecho, sino que puede ser el resultado de un cálculo estratégico-criminal²⁰. El que el sujeto no manifieste (y, por ello, cuando tiene en cuenta el resultado como posible deba ser considerado como agente doloso) un comportamiento de evitación puede deberse simplemente a que no le quedaba otra salida posible²¹.

En el primer caso el tratamiento igualitario exigido por la teoría de KAUFMANN sería injusto, e igualmente injusto nos parece en el segundo caso la imputación a título de dolo.

Pero ¿por qué nos parece esto así?, ¿qué razón tenemos para mantener un criterio distinto? y ¿qué es lo que debe o puede utilizarse como criterio para comprobar si una teoría del dolo (delimitadora de la imprudencia) es correcta?; sobre todo esto, apenas sabemos nada hasta hoy.

¹⁸ ROXIN (*supra* nota 14) pág. 215 con referencia a STRATENWERTH y KOFFA.

¹⁹ ZStW, 70, 77, caso del “cinturón de cuero” (BGHSt, 7, 363).

²⁰ De forma parecida argumenta FRISCH (ver *supra* nota 15), págs. 278 y ss.

²¹ Grupos típicos de casos que se dan en situaciones de actuación simple o realizados en corto espacio de tiempo, como p. ej. adelantamientos peligrosos en una curva o en cambios de rasante. En la tipología de HERZBERG esto sería un peligro “no señalado” o mejor “inesperado”; compárese HERZBERG, “Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit— ein Problem des objektiven Tatbestandes”, en JUS, 1986, 249, págs. 255 y ss.; el mismo, “Das Woelen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten”, en JZ, 1988, págs. 573, 635, 641. ARMIN KAUFMANN ha visto el problema (compárese ZStW, 70, 79 al respecto ROXIN, [*supra* nota 14] pág. 227) y decide, consecuentemente, en contra del sujeto agente: “Aquí falta una voluntad final de evitación”.

3. *Planteamientos erróneos en la caracterización del dolo.* En cuanto a la teoría del dolo de ARMIN KAUFMANN, ni siquiera jurídicamente se pueden discutir en ella los criterios de una determinación “correcta” del dolo. Esto por dos causas íntimamente vinculadas entre sí.

a) *Ontologización.* Quien, como los finalistas siguiendo el planteamiento de argumentar con cuestiones objetivas, defiende²² su teoría como “ontológica” (es decir, correcta), lo hace queriéndose proteger con ello contra un discurso de justicia. Características ontológicamente fundamentadas (por ejemplo, acción o dolo) son correctas en la medida en que tienen sus raíces en la estructura del ser de este mundo; su conformidad con las estructuras del deber deja de plantearse. Precisamente este argumento defensivo es desastroso en lo que se refiere al tratamiento penal del dolo. Pues, como la historia demuestra²³, las profundas transformaciones en la estructura del deber [de las expectativas de justicia y del pacto normativo social²⁴] son, en este campo, la regla. Qué tipos de comportamientos dolosos se deben diferenciar, cuáles se deben deslindar de los no dolosos, cuáles se deben sancionar penalmente, todas estas preguntas no se pueden discutir desde un punto de vista ontológico sino solo desde una perspectiva deontológica, es decir, son cuestiones que quedan abiertas a las expectativas de justicia históricamente variables.

b) *Objetivización esquemática.* Quien, como ARMIN KAUFMANN, objetiviza²⁵ los límites del dolo solo sobre la acción de evitación, limita con ello el posible recurso de la determinación del dolo a aquello que el agente tiene en su mente durante y con su acción: la actividad (que objetivamente va dirigida a evitar un resultado) es el único criterio válido para conocer lo que el autor quería y pensaba subjetivamente. Ello es una solución elegante y simple pero también peligrosa y, en principio, inadecuada. El principio es inadecuado porque el dolo —incluso para una forma finalista de pensamiento— reside sin duda en el lado interno del pensar y el querer (“de la voluntad de realización”) y no en el lado externo de la acción y de la causación (la actividad de evitación). Es decir, una teoría del dolo esquemáticamente objetivada solo puede ser exacta cuando el indicador externo (la acción de evitación) representa completamente aquello que precisamente debe reflejar (la exclusión de la voluntad de realiza-

²² Véase *supra* nota 2.

²³ Compárese E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed. (1965) par. 16-20, 21, 58, 60, etc.

²⁴ Sobre esos procesos ver mi *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1980, págs. 25 y ss., 151 y ss., 221 y ss.

²⁵ Véase *supra* notas 5-8.

ción); cuando fracasa esa representatividad del indicador externo no podrá sacarse ninguna conclusión de la acción evitadora en relación con la voluntad de realización. Ahí residen al mismo tiempo la elegancia y la peligrosidad de una objetivación concentrada sobre un único indicador: quien, en un grupo de casos en los que se aprecia con claridad una actividad de evitación²⁶, quiere basarse en esa actividad como indicador del dolo se expone a la posibilidad de una modificación sutil en atención a otras peculiaridades externas e internas del suceso, se pone a merced en cierto modo de su criterio objetivizado del dolo y debe asumir el riesgo de llegar a conclusiones absurdas cuando tome en consideración las circunstancias con mayor detenimiento. Es precisamente este autocreado dilema el que en definitiva justifica la crítica²⁷ que se hace sobre la determinación del dolo que preconiza ARMIN KAUFMANN.

4. *El suceso desde el punto de vista interno y externo.* Pero esta crítica no agota la fuerza de la teoría del dolo de KAUFMANN. La crítica tiene razón en lo que se refiere a exactitud y plausibilidad de los resultados y se puede ir todavía más allá, como ahora se expondrá, a partir del proceso de una ontologización y una objetivación esquemática. El principio metódico de KAUFMANN, en lo que se refiere al suceso externo, no está sin embargo lo suficientemente valorado (ni mucho menos superado) en la dogmática existente sobre el dolo. Esta vía de caracterización del dolo —para algún finalista, en cierto modo sorprendente y ya por ello objetable— ofrece, esquematizaciones y simplificaciones aparte, un conocimiento fructífero en lo referente al objeto del dolo que al mismo tiempo puede ser útil para la praxis.

Se pueden reconstruir (y al final también valorar) las discusiones alrededor de la delimitación del dolo (y por tanto el deslinde del dolo eventual con respecto a la imprudencia consciente) según el papel que respectivamente juegan el suceso interno y externo para la caracterización del dolo. Y con ello se puede ver que las dificultades de la teoría del dolo están relacionadas con estos aspectos interno y externo.

II. LA "RATIO" DE LA PENALIDAD DEL DOLO

Si en la búsqueda de las correctas características del dolo se renuncia a definiciones apriorísticas de tipo ontológico y a desfiguraciones de elementos del dolo, se plantea en primer lugar, desde el punto de vista deontológico, la pregunta de cuál es la razón que justifica el que en nues-

²⁶ Sobre otros grupos de casos véase *supra* nota 21.

²⁷ Véase *supra* epígrafe I, 2.

tro derecho penal²⁸ se incremine de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente. Quien no puede contestar a esta pregunta, no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables: qué grupos de casos, situaciones, hechos, han de ser valorados como dolosos y cuáles como culposos no se decide según una presunta naturaleza ante o extrapenal del dolo o de la imprudencia en sí mismos considerados, sino según una lógica normativa, la cual sirve de base al diferente tratamiento penal que reciben los grupos de casos dolosos y culposos; lo que se considera como “ya doloso” o como “todavía culposo” solo puede decidirse en función de la *ratio* por la que se sanciona con mayor energía el dolo^{29 30}.

1. *El dolo como decisión.* La *ratio* de la penalidad del dolo ha llamado fuertemente la atención de las discusiones más recientes. Después de que ENGISCH, ya en 1930, subrayara “la actitud (del agente) hacia el mundo de los bienes jurídicos”³¹ como criterio de distinto nivel de reprochabilidad de la lesión dolosa o culposa, esta idea ha sido más tarde enriquecida y perfeccionada³². Por encima de todas las diferencias de detalle

²⁸ Al respecto nota 10.

²⁹ Así ROXIN (*supra* nota 14) págs. 22 y ss.; SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 5. 8.; STRATENWERTH, *AT I*, 3ª ed. (1981) marg. 251.

³⁰ Esto es al mismo tiempo renunciar al intento de deducir los elementos del dolo de la semántica del lenguaje coloquial (compárese p. ej., HAFT, “Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftlichen Betrugs”, en *ZStW*, 88 (1976) págs. 383 y ss.; así HERZBERG, *JZ*, 1988, págs. 573 y ss. en discusión con SPENDEL y con alusión a SCHMIDHALSER y FRISCH); el lenguaje coloquial es menos rico y preciso que el lenguaje jurídico pues no ha sido elaborado de forma sistemática para resolver grupos de casos; el lenguaje coloquial cumple una misión comunicativa diferente a la del lenguaje especializado, el cual se concentra en la descripción y concretización de situaciones jurídicas (y de esto se trata en última instancia p. ej. en la teoría del dolo); el lenguaje coloquial no constituye una fuente legítima de informaciones de relevancia decisiva ya que no se desarrolla ni se orienta con base en discursos formalizados de justicia. Por lo demás, los mismos ejemplos de HAFT muestran con qué facilidad las opiniones cotidianas y el lenguaje coloquial pueden encubrir garantías jurídicas fundamentales: la “inequívoca” imputación a título de dolo al autor de un robo con escalo o a título de imprudencia en el caso del conductor y el maestro (*ibid.*, pág. 384); la crítica a la jurisprudencia del RG que interpreta el así llamado “robo de fluido eléctrico” (pág. 385 nota 61 señala: “una visión” profana en lugar de una reflexión daría como resultado que la electricidad —más o menos— es en todo caso una cosa, susceptible de ser robada”) ver nota 46.

³¹ ENGISCH, *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pág. 117.

³² Al respecto véase especialmente ROXIN (*supra* nota 14), págs. 222 y ss.; M. KOHLER (*supra* nota 10), págs. 330 y ss.; FRISCH (*supra* nota 15), págs. 46 y ss.; SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 5. 8.; también mi “Einführung in die Grundlagen des Strafrechts”, 1981, págs. 206 y ss. (traducción española de Arroyo y Muñoz Conde, con el título *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, 1984).

sobre la determinación del dolo se puede constatar³³ al respecto una notable concordancia. Esta definición expresa lingüísticamente mejor, por así decirlo, las más recientes caracterizaciones del dolo que por fin han conseguido superar las viejas alternativas fosilizadas que, dentro de la teoría del dolo, diferenciaban los aspectos cognitivos y volitivos. Esto es válido, sobre todo, en aquellas determinaciones del dolo en las que se utilizan expresiones como “decisión a favor de la lesión del bien jurídico”³⁴, “decisión contra el bien jurídico”³⁵ bajo un “punto de vista”³⁶ estrictamente personal”, “negación explícita que realiza el individuo agente”³⁷ de una situación protegida por una norma jurídico-penal” o como “asunción de las circunstancias”³⁸ del hecho constitutivas del injusto”.

De hecho, estas diversas descripciones del dolo que acabamos de citar no se diferencian entre sí; más bien tienen varios puntos de coincidencia, como por ejemplo:

— Que renuncian a la disyuntiva entre características cognitivas y volitivas a la hora de determinar el dolo.

— Que reunifican voluntad y representación bajo un nuevo marco conceptual (“decisión”, “negación explícita”, “asunción”).

— Que localizan el dolo en el aspecto más íntimo del individuo agente (“decisión”, “asunción”).

— Que aceptan la asunción de conceptos básicos abstractos para una descripción unitaria de qué es lo que se entiende por dolo.

Este desarrollo sigue la dirección correcta. Sin embargo, no puede terminar ahí: se debe saber exactamente qué es lo que se entiende por “decisión” o por “asunción” y cómo se pueden constatar estos conceptos. Para ello hay que diferenciar el aspecto interno del aspecto externo del suceso a la hora de caracterizar el dolo.

³³ Al respecto FRISCH (*supra* nota 15), págs. 16 y ss.

³⁴ ROXIN (*supra* nota 14), pág. 224, “la diferencia fundamental de las formas de culpabilidad radica en si el autor se ha decidido o no a favor de la realización de los elementos del tipo (y con qué sentimientos, expectativas y deseos)”. Para STRATENWERTH (AT, I, marg. 255) el criterio a seguir para una distinción es “respectivamente, la diferente actitud básica del delincuente”: “el delincuente que actúa dolosamente se decide a favor de la lesión del bien jurídico; el que actúa imprudentemente no. Esta sola contraposición es suficientemente elemental para en principio hacer del comportamiento doloso una manifestación más grave del hecho penal”. Al respecto, del mismo parecer RUDOLPHI, en SK StGB, par. 16, marg. 39.

³⁵ FRISCH (*supra* nota 15), pág. 482 *passim*.

³⁶ *Ibid.*, pág. 139 *passim*.

³⁷ SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 5.8.

³⁸ *Ibid.*, cap 8.3.3.; en lo referente al “objeto del juicio del injusto” de forma parecida M. KÖHLER (*supra* nota 10) pág. 33 *passim*.

2. *El dolo como forma más grave de responsabilidad.* La descripción del dolo como “decisión contra el bien jurídico”³⁹ o como “asunción personal del injusto del hecho” apunta hacia la dirección correcta ya que concuerda con la lógica normativa de una incriminación más severa del dolo. Este es, en relación con la imprudencia, un escalón más alto de una participación interna en el suceso externo del injusto, una forma más grave de responsabilidad⁴⁰.

De ahí resulta, por un lado, que el dolo caracteriza fenómenos internos del individuo agente⁴¹, que se refieren al acontecer externo: el sustrato del dolo solo puede residir en la voluntad y la representación de la persona y no en aquello que es externo a él. Esto ha de ser así en un sistema de derecho penal en el cual se diferencia entre injusto y culpabilidad. La existencia de elementos subjetivos del injusto y elementos objetivos de la culpabilidad no solo no se opone a esta distinción sino que la confirma: precisamente la caracterización de tales elementos (como subjetivos y objetivos) presupone ya esta distinción previa entre lo interno lo externo.

Resulta, por otro lado, que la más grave incriminación de una acción dolosa se puede justificar en esa línea: el autor de un delito doloso lesiona no sólo el bien jurídico sino también la norma que obliga a observar ese bien jurídico. Un derecho penal que, como el nuestro, está comprometido con los principios de protección de bienes jurídicos y orientación al autor, debe tener en cuenta —respecto al autor de un delito imprudente— la distinta relación del autor de un delito doloso con la norma. El peligro para los bienes juridicopenales que deriva del que comete un delito doloso debe considerarse *ceteris paribus* mayor que el que procede del sujeto que comete un delito imprudente; se debe valorar la más grave y compleja intensidad lesiva del hecho sin olvidar que la reinserción del delincuente doloso supone un “cambio normativo”, una relación transformada del sujeto con la norma, mientras que en el caso del autor de un delito imprudente se trata solo de prestar una atención más elevada o de una previsión del peligro.

3. *La necesidad de elementos volitivos.* Para la caracterización conceptual del dolo (y la demarcación de sus límites con la imprudencia) resalta la necesidad y el carácter central de los elementos volitivos. Que

³⁹ Se debe añadir a la evidencia: “Bien jurídico en la forma típicamente protegida”; se trata entonces del injusto en el ámbito de los elementos típicos.

⁴⁰ Al respecto, detallada y diferenciadamente mi *Einführung* (*supra* nota 32), págs. 203 y ss.

⁴¹ Esto es válido tanto para la comisión como para la omisión.

al agente —de un modo cognitivo— sólo estaba informado del acontecer del hecho, que sólo tenía la exacta representación de la peligrosidad de su acción y su omisión es un argumento demasiado débil y no basta para la aceptación de una “decisión” o de una “asunción personal”. Para el dolo, los elementos que caracterizan esta especial relación del delincuente doloso con la norma son irrenunciables (dada la mayor gravedad de su incriminación): el sujeto debe no solo “poseer” la información sobre el peligro para el bien jurídico, sino “aceptarla”, “admitirla”, hacerla el fundamento de “su” acción y esto significa “quererla”. Una “decisión” a favor del hecho injusto, su “asunción personal” no es meramente un suceso calculable sino algo existencial, un acto de autoafirmación frente al mundo⁴².

4. *El conformarse en sentido jurídico*. La así entendida decisión contra el bien jurídico (en el marco de una protección típica) no requiere que el agente refuerce aún más su decisión desde un punto de vista emotivo, ni que lleve a cabo una reflexión positiva, es decir, que se conforme⁴³. Si se explica, como aquí se hace, la *ratio* de la penalidad del dolo a partir de principios juridicopenales como la protección de bienes jurídicos y la orientación al autor y a partir de una relación especial del delincuente doloso con la norma, todo se reduce a la “decisión a favor del injusto” y ya no hace falta una valoración adicional de la decisión. Pues esa decisión, como asunción personal de la lesión de una norma protectora de un bien jurídico conlleva ya por sí misma las condiciones que aquí han sido desarrolladas bajo la expresión “peligro para el bien juridicopenal” y “cambio normativo”. Que el agente considere esta su decisión, observándola y valorándola, “buena” o “deplorable” no afecta a la misma sino que es externo a ella.

Con ello se solucionan las dificultades que plantea⁴⁴ la teoría del dolo con el infortunado concepto de “conformarse en sentido jurídico”⁴⁵. Este no es, bien entendido, otra cosa que “decisión contra el bien jurídico

⁴² En esa dirección M. KOHLER (*supra* nota 10), *Theorie der Schuld als Selbstbegründeten Selbstwiderpruchs*; ver allí págs. 332 y ss., 373 y ss., 391 y ss.

⁴³ De la misma opinión es en principio RUDOLPHI, en *SK StGB*, par. 16, marg. 39.

⁴⁴ Véase p. ej., ROXIN (*supra* nota 14), pág. 217; M. KOHLER (*supra* nota 10), pág. 49 respectivamente con referencias ulteriores.

⁴⁵ *BGIISi*, 7, 363 (369): “El dolo eventual se puede dar también aun cuando el autor no desea la consecución del resultado. En sentido jurídico él aprueba, a pesar de todo, este resultado cuando, a causa del objetivo buscado, se conforma, en caso de que sea necesario, es decir, en tanto que no pueda alcanzar su objetivo de otra manera, con que su acción le lleva a un resultado no querido por él. Y con ello se puede afirmar que el sujeto ha querido el resultado en el caso de que este se produzca”.

co”, ya que efectivamente la razón de la incriminación más grave del dolo no tiene nada que ver con los sentimientos que el sujeto pueda tener al realizar el hecho, pues el dolo se puede explicar⁴⁶ a partir de condiciones más estrictas y precisas.

5. *La relación entre conocimiento y voluntad.* a) *La intención.* El que la intención se constituya, según opinión dominante, sobre el elemento volitivo y que por tanto se pueda imputar al autor la producción de un resultado “buscado”⁴⁷ aunque no lo considerara como de segura producción, es la obligada consecuencia de una concepción de dolo que se basa en una decisión contra el bien jurídico y localiza esta decisión (entendida como asunción) en el lado más íntimo del sujeto agente. El interesado en la lesión del bien jurídico, el que se dirige de una forma final a lesionarlo, es precisamente el que se decide en contra del bien jurídico en la forma más típica.

b) *El dolo directo.* Solo aparentemente se trata, en lo referente al dolo directo, de otra cosa. Aquí se enseña en realidad que para la imputación a título de dolo es suficiente con el elemento del conocimiento seguro acerca de la consecución del daño, y que un rechazo, una voluntad contraria a ese daño no sirve para disculpar al sujeto⁴⁸. O sea, parece que el dolo se caracteriza fundamentalmente a través del elemento de la cognoscibilidad⁴⁹.

Sin embargo, esta comprensión no sería adecuada (y rompería además la posibilidad de unificación de la concepción del dolo partiendo de conceptos como “decisión” y “asunción volitiva”). Se ha demostrado que,

⁴⁶ La concepción de las teorías del consentimiento prueba, por lo demás, la peligrosidad de la semántica del lenguaje coloquial en la teoría del dolo (*supra* nota 30). La necesidad de precisar y limitar la semántica de la expresión “conformarse en sentido jurídico” resulta incluso del hecho de que “conformarse” en el lenguaje coloquial tiene un ámbito semántico más amplio que en derecho penal, pues ahí se expresan sentimientos que se evalúan (aprobación, aceptación, deseo). Esto lo ha percibido de forma correcta el BGH pero lo ha formulado desafortunadamente. Sin embargo se debe también remarcar que en otro sentido el “conformarse” del lenguaje coloquial es demasiado débil y limitado: no expresa correctamente la gravedad existencial de una decisión contra el bien jurídico (véase *supra* nota 42). Yo me puedo conformar con muchas cosas, siempre y cuando sean externas a mí y permanezcan de este modo; una decisión contra el bien jurídico contenida en el acto de la lesión de una norma supone un cambio, para el individuo agente, una forma completamente distinta de conformidad.

⁴⁷ Compárese, p. ej., CRAMER en SCHÖNKE-SCHRÖDER par. 15, marg. 66 y ss.

⁴⁸ Compárese, p. ej., MAURACH-ZIFF, AT, 1, 7ª ed. (1987), cap. 22-29.

⁴⁹ Así entiende JAKOBS, AT, cap. 8-18; compárese también cap. 8-20; al respecto véase texto y nota 51; véase también JESCHKECK, AT, 3ª ed. (1978), pág. 239.

en lo referente al dolo, no depende de forma adicional de un "conformarse" emotivo⁵⁰ y esto explica que un rechazo y una voluntad contraria no pueden excluir la imputación en caso de dolo directo; de hecho este no plantea especiales problemas salvo aquellos ya conocidos que nacen de la crítica a las teorías del consentimiento.

La concepción dominante del dolo directo, correcta en el resultado, no exige tampoco una revisión de la caracterización del dolo como asunción o decisión. El elemento de la cognoscibilidad es irrelevante en la constitución del dolo directo al igual que en la intención y en el dolo eventual. Pues para lo único que es útil, todo lo más, es para deducir una conclusión fiable sobre la decisión en contra del bien jurídico⁵¹: quien conoce todas las circunstancias dañosas y de todos modos actúa, no podrá afirmar que ello no entra dentro de su decisión⁵². Para el dolo directo, la acción dolosa es voluntad, una acción de decisión. El componente intelectual es simplemente una condición necesaria de la decisión porque solo podemos hablar de una decisión cuando aquel que la toma sabe lo que asume, porque la voluntad se refiere al mundo, a lo querido, porque no se puede concebir una voluntad vacía de contenido. Si una persona actúa, según la concepción del dolo directo, con un conocimiento seguro acerca de la peligrosidad de su acción podemos deducir, a falta de informaciones opuestas, que esa persona ha asumido la peligrosidad y que se ha decidido a favor de ella; lo que no podemos hacer es colocar el conocimiento como elemento del dolo en el lugar de la decisión.

III. Características externas del dolo

Con la determinación de estas relaciones entre conocimiento y decisión, entre representación y voluntad surge una última pero necesaria complicación de la teoría del dolo. Esta complicación se extiende de forma unitaria a todas las clases de dolo; sin embargo tiene una especial significación en lo referido a la concepción del dolo eventual. Dicha complicación tiene su origen en el método de deducir una característica del dolo

⁵⁰ *Supra* II. 4.

⁵¹ Así RUDOLPH en *SK StGB*, par. 16, marg. 37: "De ahí que el elemento volitivo del dolo no necesite de una especial constatación". De modo parecido JAKOBS. *AT*, cap. 8.20: "el que el autor, con una certeza probada, no tenga ninguna posibilidad de distanciarse del resultado por medio de una actitud emocional que impida el dolo...".

⁵² Esto es, desde mi punto de vista, un caso de empleo de "diálogo de responsabilidad penal", tal como ha sido presentado por U. NEUMANN (*Zurechnung und "Vorverschulden"*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, 1985, en especial ver págs. 276 y ss., 284 y ss.).

de otra, como se ha hecho respecto a la relación entre conocimiento y decisión y está relacionada con la determinación objetiva (o mejor, “externa”)⁵³ del dolo⁵⁴ que preconiza ARMIN KAUFMANN.

1. *El problema de las teorías tradicionales del dolo.* El problema crucial de todas las caracterizaciones del dolo habidas hasta la fecha, que se apoyan en el lado más íntimo de la persona, reside en una forma específica de desconocimiento, incluso de ignorancia. Este problema es más grave para las teorías volitivas del dolo (lo que puede haber proporcionado una mayor plausibilidad a las teorías cognitivas, que al final tampoco pueden sustraerse a este problema).

a) *Las teorías volitivas.* Las teorías volitivas del dolo utilizan para describir la actitud del sujeto agente expresiones como “conformidad interna”⁵⁵, “asunción del riesgo”, “conformarse con”, “indiferencia”⁵⁶, “represión”⁵⁷. Sin embargo, no aportan nada sobre las condiciones de aplicación de estos elementos del dolo. La pregunta de cuándo un individuo se sitúa frente a una (posible) lesión del bien jurídico con indiferencia o conformándose equivale a preguntar sobre el contenido del elemento “indiferencia” o “conformidad” en una teoría del dolo. Quien no puede contestar a la primera pregunta, no tiene por consiguiente ninguna idea clara de su descripción del dolo. Su plausibilidad pone en relación dichos elementos con su cambiante y, por ello peligroso⁵⁸ empleo en el lenguaje coloquial: ya se sabe lo que significa el que uno apruebe⁵⁹ algo. El intento de utilizar operativamente estas caracterizaciones, de precisarlas desde un punto de vista jurídico, como usualmente se hace con términos como “posesión” o “provocación en la legítima defensa”, no ha sido emprendido por nadie.

⁵³ ARMIN KAUFMANN habla pues (*ZStW*, 70, 78 *passim*) de la “objetivación” de los límites del dolo. La denominación es sin embargo desafortunada ya que, en última instancia, lo subjetivo puede ser “objetivamente” investigado, interpretado y constatado. Debido a que él quiere conseguir esta “objetivación” a través de la actividad de evitación, es decir, a través del suceso externo, es adecuado hablar de una determinación “externa” del dolo (o sea, de una determinación realizada a través de elementos externos de caracterización).

⁵⁴ Véase *supra* I. 4.

⁵⁵ JAKOBS, *AT*, cap. 8-20 ironiza con razón: “internamente (¿dónde si no?)”.

⁵⁶ Al respecto CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRODER, par. 15, marg. 81 y ss.; RUDOLPHI, en *SK StGB*, par. 16, marg. 39.

⁵⁷ Véase especialmente HAFT, *ZStW*, 88, págs. 379 y ss.; en el término “represión” se puede encontrar un significado tanto volitivo como cognitivo, pues lo que se reprime es de todos modos un conocimiento, una representación (de la dañosidad de la acción).

⁵⁸ Véase *supra* nota 30.

⁵⁹ Véase *supra* nota 46.

Y ello no es casual. Se debe a que dichos elementos solo se pueden utilizar operativamente (y por consiguiente hacerlos aplicables) en la medida en que se abandonan las habituales vías de las sutilezas dogmático-conceptuales: elementos como “asunción del riesgo” o “represión” se susstraen, al contrario de lo que sucede con conceptos como “agresión actual” o “ámbito de vigencia temporal”, a una observación inmediata, es decir, por principio y para siempre. Estos elementos designan lo “interno” de una persona. Por ello no se pueden describir y concretar con base en una observación, sino solo pueden ser, si no se abandona el plano descriptivo, parafraseados o sustituidos por otras descripciones igualmente problemáticas. Exactamente del mismo modo actúa la teoría volitiva del dolo, que no ha avanzado un paso en la concreción y utilización operativa de los elementos del dolo que ella preconiza; lo único que hace es dar vueltas utilizando expresiones que más o menos correctamente sirven para parafrasear el aspecto interno de un individuo.

b) *Las teorías cognitivas.* Con las teorías cognitivas sucede al final lo mismo. Ofrecen la apariencia de que se interesen por lo observable y calculable utilizando para ello expresiones como “posibilidad”, “riesgo” o “probabilidad preponderante”⁶⁰, pero las apariencias engañan. Pues los grados objetivamente descriptibles de la peligrosidad no son, para una concepción del dolo, aceptables como tales sino solo en la medida en que vayan investidos de una valoración y elaboración subjetivas. Determinar si la acción es realmente peligrosa o en qué medida, no decide sobre el dolo, ni tampoco el grado de proximidad objetiva de un daño sino únicamente qué grado de riesgo y de peligro tiene⁶¹ la acción desde el punto de vista del agente. No parece lógico que el riesgo y la probabilidad de un daño, que incluso posiblemente se pueda calcular, sea suficiente para una teoría del dolo; pues se trata de una imputación por culpabilidad —o, en cualquier caso, de un grado de imputación— para la cual no es suficiente la valoración del suceso externo; más bien habría que investigarse ulteriormente el grado de participación interna del agente en el suceso externo. Y tampoco se puede deducir de la extensión real de la probabilidad del daño o riesgo una conclusión fiable respecto a la extensión (incluso al

⁶⁰ Al respecto CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER parágr. 15, marg. 74 y ss.

⁶¹ Claramente ROXIN (*supra* nota 14) págs. 212 y ss., 220: “¿Cómo evalúa el autor la posibilidad del resultado? ¿Lo da por hecho o por probable? ¿Lo toma en serio, cuenta con ello, cree que puede evitar el resultado? ¿O confía en una salida airosa o considera el fracaso concretamente imposible, improbable y evitable?”; así HAFT, ZStW, 88, pág. 375; véase también E. A. WOLF, “Die Grenze des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung”, en *Festschr. f. Gallas*, 1973, págs. 197, 205 y ss., 219 y ss.

“sí”) de la valoración del riesgo por parte del individuo; puede incluso que este haya valorado mal o no haya percibido siquiera el riesgo implícito en su acción. De todo lo dicho se deduce que las teorías cognitivas del dolo tienen que enfrentarse también con un objeto incierto: la representación que del riesgo tiene el individuo. Sus problemas metodológicos son, en última instancia, idénticos a los de las teorías volitivas⁶².

c) *Paráfrasis del dolo*. Lo que ofrecen las tradicionales teorías del dolo no es más que una variopinta paráfrasis del mismo que delimita su objeto sin abarcarlo en su totalidad. Términos como “asumir el riesgo”, “tomar en serio”, “indiferencia” o “represión”, que son los que directamente deciden la imputación a título de dolo no son indicaciones operativas de decisión sino significantes del lenguaje coloquial que evocan representaciones ricas (y desde luego también cambiables y diferenciables) y que deben exclusivamente a este hecho su fuerza de convicción (así como la inconsistencia y casualidad de sus consecuencias). Precisamente por ello se entiende que cada vez más se utilicen conceptos como “decisión” o “asunción” ya que, de algún modo, eluden la plasticidad colorista del dolo, sustrayéndose así a la paralizante alternativa entre perspectivas⁶³ volitivas y cognitivas. Sin embargo este proceder es fácilmente comprensible ya

⁶² Si se discute, como tradicionalmente se hace en ámbitos cognitivos, sobre la alternativa posibilidad vs. probabilidad, se refuerzan de nuevo los problemas respecto a la utilización práctica de estas teorías. Por un lado, los criterios “posible” y “probable” contienen solo una fuerza cuantificadora y, por consiguiente, no permiten ninguna diferenciación cualitativa entre dolo e imprudencia (véase las objeciones de ARMIN KAUFMANN, *ZStW*, 70, 81, contra la “teoría positiva del consentimiento”); tampoco las teorías de la probabilidad y de la posibilidad permiten, como se ve, una separación esencial entre dos clases básicamente diferentes del injusto; véase además *ibid.* 82 *infra*). Por otro lado, los criterios “posible” y “probable” en lo referente al peligro externo, carecen de precisión ¿dónde termina exactamente la posibilidad y dónde empieza la probabilidad? ¿Qué grados —y cómo se determinan— de posibilidad y probabilidad son suficientes? Si se pretende construir la representación vaga e incierta que de la situación externa tiene el juzgador sobre la base de la representación que tenía el sujeto en el momento de actuar —como exige una imputación a título de dolo— el intento está destinado a tener tanto éxito como que un flan permanezca clavado en la pared.

⁶³ La discusión en torno al dolo muestra claramente que las expresiones excesivamente significativas son demasiado concretas para poder, en todos los casos, fundamentar de un modo plausible los resultados: la teoría de la posibilidad fracasa en lo referente a la conciencia cotidiana que del peligro tiene un conductor; la de la probabilidad en lo referente a un individuo al que no se le ocurre calcular y apreciar; la teoría de la acción de evitación que domina el hecho en aquellos casos en que la acción de evitación no es posible, etc; ROXIN lo ha analizado con claridad y lo ha reconducido a la fórmula de “decisión en favor de la posible lesión del bien jurídico” (*supra* nota 14, págs. 210 y ss., 224, 226 y ss.); véase también SCHRODER en *LK*, par. 16, marg. 74.

que esta plasticidad colorista no favorece sino que perjudica la racionalidad de una decisión. Este recurso a una caracterización abstracta del dolo revela no obstante lo que las paráfrasis significativas pueden ocultar: que las concretas caracterizaciones del dolo deben ser elaboradas, que debe precisarse lo que se entiende por “decisión contra el bien jurídico típicamente protegido”.

2. *La deducción lógica de lo interno a partir de lo externo.* Después de todo lo dicho es obvio que el camino correcto que han utilizado las teorías tradicionales para la caracterización del dolo no puede ser el de acudir a descripciones de su objeto. Más bien se debe empezar⁶⁴ por investigar la peculiaridad de este objeto, como ha sido puesto de relieve anteriormente⁶⁵: el dolo se sustrae a la contemplación del observador y por ello no puede ser descrito partiendo de esa observación. Por consiguiente, la teoría debe acercarse a su objeto de otra manera que facilite dicho acercamiento, es decir, de una manera indirecta.

a) *El dolo como disposición.* Ya en la moderna doctrina científico-conceptual se ha mostrado⁶⁶ la forma en que debe hacerse este acercamiento. El dolo es —al igual que conceptos como “voluntariedad”, “imprudencia” o “tendencia nociva”— una disposición, una situación interna no observable de forma inmediata. Las disposiciones son susceptibles de ser utilizadas operativamente a través de indicadores y por consiguiente se desarrollan sobre datos que han de cumplir tres condiciones, a saber, observabilidad, plenitud y relevancia dispositiva. Si los indicadores no son por sí mismos observables, si no suministran ninguna salida al dilema de la constatación de situaciones no observables, si se combinan de forma

⁶⁴ Una indicación se encuentra en ROXIN, *ibid.*, pág. 228 al citar a WELZEL: “en ello (es decir, en la concretización de la «decisión a favor de la posible lesión del bien jurídico») debemos ser conscientes de que en este caso concreto se trata de un acto psíquico que, a pesar de ser accesible por medio de la experiencia ulterior, se sustrae considerablemente en su espontaneidad a una fijación conceptual y solo puede ser circunscrito de una forma aproximada”. En este sentido también KRAUSS, “Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht”, en *Festschr. f. Bruns*, 1978, pág. 11, aquí citado por JAGER, *Kriminologie im Strafprozess*, 1980, págs. 110, 127: “por ello lo decisivo de las teorías del consentimiento es encontrar indicios objetivos condicionados por la situación y socialmente relevantes (!) que reflejan la actitud interna del autor”.

⁶⁵ *Supra* III, 1.

⁶⁶ Detalladamente, mis trabajos “Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch. Zu Alltagssthorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechtsdogmatik”, en LÜDERSSEN/SACK, *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, I, 1980, págs. 229 y ss., 243 y ss.; *Einführung* (*supra* nota 32) págs. 168 y ss.; KUHLEN, *Die Objektivität von Rechtsnormen*, 1978, págs. 140 y ss.

incompleta en el empleo de conceptos dispositivos o no indican la disposición planteada, es evidente que de este modo se llegará a una deducción falsa sobre la misma.

En la caracterización del dolo tiene esto las siguientes consecuencias:

b) *La inaccesibilidad de lo interno.* El dolo como decisión a favor de la lesión del bien jurídico, como asunción personal del injusto típico solo se puede deducir a través de indicadores que cumplan las condiciones citadas. Sin estos indicadores no podemos saber nada sobre el dolo, ni sobre su fundamentación ni sobre su exclusión⁶⁷. Por eso la usual afirmación de que alguien, conociendo el peligro, de todos modos ha actuado pero no se ha decidido a favor de la lesión (porque no se ha “conformado” con ella) es pura especulación en tanto no se mencionen los indicadores de esa conformidad que sí son observables.

c) *Elementos del concepto e investigación procesal.* No es correcto, a la hora de diferenciar los presupuestos conceptuales del dolo por una parte, de la prueba de su existencia en el proceso penal por otra, plantear los indicadores del dolo⁶⁸ como problema exclusivamente procesal. Estos no se pueden separar del concepto de dolo porque solo ellos lo hacen aplicable; los indicadores pertenecen al concepto.

Así, por ejemplo, en el concepto dispositivo “tendencia nociva” en casos de delitos de ocasión, de conflicto o de estado de necesidad, los malos antecedentes del joven no pueden ser indicador fiable de esta disposición⁶⁹. El que estos malos antecedentes puedan indicar las tendencias nocivas del joven y que este resultado indiciario en lo referente a delitos en estado de necesidad sea reducido, pertenece al concepto de “tendencia nociva”. A la investigación en el proceso corresponde el sí y en qué circunstancias tales indicadores existen en el caso concreto. Del dolo se predica lo mismo: el que la acción realizada con conocimiento seguro acerca de su peligrosidad indique⁷⁰ la decisión contra el bien jurídico pertenece al concepto de dolo; que el agente posea (o no) el conocimiento en el caso concreto, es ya una cuestión de prueba en el proceso.

⁶⁷ De modo parecido KRAUSS (*supra* nota 64) el cual habla en pág. 128 de “capacidad de los sucesos psicológicos”.

⁶⁸ Así WESSELS, *AT*, pág. 65; de las declaraciones citadas del BGH no se concluye tampoco una diferenciación; CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, par. 15, marg. 79 con una injustificada crítica a HERZBERG.

⁶⁹ Véase p. ej., EISENBERG, *JGG*, 1982, par. 17, marg. 19.

⁷⁰ Véase *supra* III, 5.b.

d) *Tipo objetivo y subjetivo.* No es lógico ni hay por qué decidir la cuestión sobre el dolo (o sobre la imprudencia) en el tipo objetivo, ya que tal disposición solo se puede deducir⁷¹ a través de indicadores observables, por consiguiente, a través de elementos característicos provenientes del suceso externo. La única tarea de este elemento característico es indicar el dolo, es decir, un suceso que se desarrolla en el lado interno del individuo agente, y esta tarea se sitúa en el plano del tipo subjetivo. Incluso ni siquiera se trata, como HERZBERG correctamente formula pero deduce⁷² de forma equivocada, de la “desprotección del peligro” sino del “peligro reconocido por el delincuente”; la cualidad externa del peligro, sin referencia a la voluntad y a la representación del sujeto, tendría solo una relación irrelevante con la *ratio* de la penalidad⁷³ del dolo; es decir, la parte esencial reside en lo interno, en el momento de la decisión y de la asunción personal.

3. *Los indicadores.* a) *Complejidad.* La *ratio* de la penalidad del dolo y la crítica a una objetivación sistemática de la teoría⁷⁴ del mismo descartan la posibilidad de representar el dolo solo a través de un único indicador (como, p. ej., “acción de evitación” o “peligro desprotegido”). Además se constata⁷⁵ que los elementos cognitivos no caracterizan por sí mismos el dolo: son solamente necesarios (porque no se puede concebir una voluntad vacía de contenido⁷⁶) pero no son suficientes (porque el dolo, como decisión es más que mera representación y conocimiento). A esto se añade que la composición de los indicadores requiere⁷⁷ un gran cuidado, pues no podemos saber nada⁷⁸ acerca del dolo fuera de la deducción a través de indicadores. Por consiguiente, el catálogo de los mismos debe ser diferenciado y complejo.

b) *Antecedentes en la doctrina y la jurisprudencia.* Esta tarea se facilita a través de dos circunstancias, que ya han sido registradas en las discusiones acerca del dolo.

⁷¹ Esta crítica a HERZBERG está justificada; compárese WESSELS, *AT*, pág. 46; CRAMER en SCHÖNKE-SCHRODER, par. 15, marg. 79; STRUENSEE, “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, en *JZ*, 1987, 53, 60.

⁷² HERZBERG, *JZ*, 1988, pág. 641; compárese el mismo, *JUS*, 1986.

⁷³ *Supra* II.

⁷⁴ *Supra* I.3.b.

⁷⁵ *Supra* II.3.

⁷⁶ *Supra* II.5.b.

⁷⁷ *Supra* III.2.a.

⁷⁸ *Supra* III.2.b.

En primer lugar, existe práctica unanimidad en la doctrina respecto a lo que el dolo es en esencia, que sin embargo se ve ocultada⁷⁹ por las tradicionales paráfrasis. Lo que interesa ahora, partiendo de una correcta base metodológica, es seguir desarrollando la aproximación de las teorías del dolo a su objeto de una forma productiva, en lugar de enfrentar entre sí⁸⁰ sus respectivos revestimientos lingüísticos.

En segundo lugar, la jurisprudencia sigue de forma progresiva y cada vez más claramente el camino que, desde una perspectiva metodológica, aquí se recomienda: tiende a no refugiarse en paráfrasis como “conformarse con” o “asumir el riesgo” y se dedica con más cuidado a la prueba sumarial de los hechos que puedan⁸¹ indicar la fundamentación o la exclusión del dolo. No es casual que aquí la teoría del dolo pueda aprender mucho de la jurisprudencia: aquel que debe aplicar las fórmulas del dolo a las peculiaridades del caso concreto capta antes sus límites que aquel que elucubra sobre ellos y está en mejor posición de hallar la salida correcta en los casos en que sea necesario una concreta decisión y aplicación de dichos conceptos.

c) *El catálogo*. Los elementos externos caracterizadores del dolo solo pueden ser aquí estructuralmente esbozados. Su catálogo es tan amplio como las posibles configuraciones futuras de casos. El que sean elegidos y formulados correctamente, es decir, presentando las características de observabilidad, relevancia dispositiva y plenitud⁸² no se puede garantizar con un catálogo cerrado de indicadores del que, siguiendo un procedimiento mecánico de subsunción, se deduzca a ciegas, sino que se deriva

⁷⁹ Véase p. ej., BALDUS, *Bd. 12 der Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 1969, pág. 122: “Todos opinamos probablemente lo mismo pero utilizamos para ello distintas expresiones”; también STRATENWERTH, *AT*, I, marg. 305 y ss.; FRISCH (*supra* nota 15) págs. 36 y ss.

⁸⁰ Acertado ROXIN (*supra* nota 14), pág. 229: “Por ello, diferentes conceptos pueden, en lugar de descartarse, complementarse unos con otros, pues ellos respectivamente clarifican de un modo más nítido aspectos determinados del fenómeno y así pueden contribuir al perfeccionamiento de nuestros métodos de conocimiento. Desde esta perspectiva, las formulaciones particulares no se pueden calificar simplemente como correctas o erróneas, sino que son solo conceptos (más o menos esclarecedores) que sirven de ayuda para la determinación de un fundamento común”.

⁸¹ Comparese el detenido análisis de SCHROTH (*supra* nota 10), cap. 8. 3. 4 sobre la jurisprudencia del BGH y sobre los “hechos típicos relevantes para una imputación” en el dolo eventual según los párs. 212 y ss. del StGB; también KOHLER (*supra* nota 10), págs. 45 y ss., 98 y ss.; HERZBERG, *JZ*, 1988, págs. 638 y ss. (“Belehrung durch die Praxis: Verschiebung ins Objektive”); BAUMANNWEBER, *AT*, 9ª ed. (1985), pág. 402.

⁸² Véase *supra* III.2.a.

de la distribución de funciones que en general se da entre el juez de primera instancia y el juez de apelación, ya que el peso de una correcta investigación, elección y valoración de todo ello recae en primer lugar sobre el juez de primera instancia.

La ordenación sistemática de los indicadores resulta de su misión y de la estructura de su objeto, es decir, ellos han de posibilitar una conclusión fiable respecto de la existencia del dolo, sirviendo para constatar la existencia de una decisión a favor del injusto típico. Esta decisión es un fenómeno⁸³ volitivo, que supone⁸⁴ obligatoriamente una representación del objeto de decisión (en su aspecto cognitivo). Pero a su vez la representación (y la decisión que le sirve de mediación) se relaciona con la peligrosidad de una situación para el bien jurídico típicamente protegido. El peligro de esa situación para el bien jurídico, la representación del agente sobre este peligro y su decisión a favor de la realización del mismo son, en esta secuencia, los pasos que conducen sistemáticamente⁸⁵ hacia una imputación subjetiva⁸⁶.

Solo la situación de peligro contiene datos⁸⁷ observables. La representación del agente sobre esa situación al igual que su decisión no pueden ser descritas a partir de una observación, solo son deducibles⁸⁸ a través de indicadores. Los elementos externos que caracterizan el dolo se ordenan por consiguiente en tres secuencias: peligro (externo), representación (interna) del peligro y decisión (interna), a favor de la realización del peligro reconocido. La primera secuencia puede ser descrita; las dos siguientes no funcionan sin una deducción mediata a través de indicadores.

En cada uno de estos niveles se presentan datos relevantes para el dolo. Así, en el que hay que tratar la peligrosidad objetiva para el bien jurídico típicamente protegido, se determina por ejemplo la fuerza destructiva de una bomba y, su distancia del objeto amenazado, las posibilidades de que un arma exhibida sea utilizada, el lapso de tiempo que dura

⁸³ *Supra* II.3: la decisión es un acto de autoafirmación.

⁸⁴ *Supra* II.5.b: no se puede concebir una voluntad "vacía".

⁸⁵ Con ello también se quiere decir que en esa secuencia, unos implican obligatoriamente los otros: al igual que es inconcebible una decisión sin representación, es absurdo una representación sin la específica y significativa cualidad del objeto de dicha representación (el peligro situacional para el bien jurídico). En otras palabras: la situación que pone en peligro el bien jurídico interviene, a través de la representación que de esa situación tiene el agente, en la decisión de este.

⁸⁶ *Supra* III.2.d.

⁸⁷ *Supra* III.2.a.

⁸⁸ *Supra* III.2.b.

un suceso lesivo (p. ej. el estrangulamiento de una persona), la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, existencia o proximidad de una acción de salvamento o evitadora del peligro, etc. En el nivel cognitivo (de la representación del peligro) se determina por ejemplo la visibilidad del suceso por el agente (su presencia en el lugar del hecho, proximidad espacial del objeto), su capacidad de percepción (perturbación pasional o por drogas de esa capacidad, aumento de la misma por cualidades innatas o adquiridas profesionalmente), complejidad vs. simplicidad de la situación, tiempo necesario para realizar observaciones relevantes, etc. Y se determinarían, en el nivel de la decisión, la confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de una autolesión en relación con los motivos del agente, indicadores de especial relevancia como juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales⁸⁹, comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación actual⁹⁰, indicios de vínculos afectivos entre delincuente y víctima⁹¹, etc.

d) *La objetivación de los límites del dolo.* Tal objetivación de la teoría del dolo impide el esquematismo que perjudica⁹² la tesis⁹³ de ARMIN KAUFMANN. Pues aquí se deduce el dolo no ya a partir de indicadores en el suceso externo sino solo a partir de una cantidad ordenada de indicadores (y contraindicadores) los cuales se derivan de la *ratio* de la penalidad del dolo: es comprensible el por qué la peligrosidad objetiva de una situación no implica la representación correspondiente del agente, cuando existen indicadores que evidencian una percepción reducida; y es comprensible el

⁸⁹ Compárese a estos tres tipos de indicadores, la participación, en M. KÖHLER (*supra* nota 10), pág. 60 y nota 17, pág. 75, nota 8, págs. 89 y ss., 93 *supra*.

⁹⁰ BGH, *Strafverteidiger*. 1988, 328: comportamiento anterior del acusado por la muerte de un niño frente a otros niños a su cuidado. Esta decisión del 3 Strafsenat (Sala 3ª de lo Penal) es por lo demás, a pesar de los breves fundamentos de derecho que sirven de base a la sentencia, un buen ejemplo de cómo debe de procederse de forma diferenciada a la hora de fijar los indicadores del dolo.

⁹¹ Esto constituye una diferencia relevante para la decisión, p. ej., en el frecuentemente discutido caso del maestro que permite bañarse en un río peligroso a los niños que están bajo su vigilancia y los grupos de casos de robo como el caso del "cinturón de cuero". (BGH St., 7, 363).

⁹² También la postura de HERZBERG sobre la desprotección del peligro prohibido (p. ej. JZ, 1988, pág. 642) es esquemática. Este indicador es, sin lugar a dudas, relevante para el dolo; sin embargo no es suficiente y no arroja por ello conclusiones fiables: en el nivel del peligro para el bien jurídico, pero sobre todo en los niveles del conocimiento y la voluntad abundan los indicadores y contraindicadores que, a la hora de la imputación a título de dolo, deben ser tenidos en cuenta.

⁹³ Compárese *supra* I.3.b.

por qué la representación exacta del agente sobre la peligrosidad de la situación no fundamenta el dolo, cuando existen indicadores de que ha habido motivaciones diferentes a las normales. La investigación o rechazo del dolo se descarga de aquel automatismo que, en los correspondientes grupos de casos en el suceso externo, da lugar⁹⁴ a disfuncionalidades en el juicio de los hechos. Más bien a través del dolo se puede ir ordenando y valorando de forma amplia y diferenciada el suceso externo hasta llegar a la constatación de la decisión. Esta diferenciación debe tener como consecuencia —lo cual ya se vislumbra en la jurisprudencia sobre el dolo— un enriquecimiento creciente de la investigación judicial del elemento externo de caracterización del dolo. Solo así avanzaremos hacia una comprensión correcta del mismo.

Se sigue desde luego de acuerdo con ARMIN KAUFMANN respecto a la “objetivación de los límites del dolo”⁹⁵. Esto significa para el —problema⁹⁶— dolo eventual la renuncia a la paráfrasis⁹⁷ y la concentración sobre elementos externos de caracterización de la decisión en contra del bien jurídico típicamente protegido, por ello está claro que la elección de los indicadores se orienta en última instancia a la *ratio* de la penalidad del dolo: la especial relación del autor de un delito doloso con la norma, su actitud frente a los bienes jurídicos, etc.⁹⁸: los indicadores, pues, deben tener relevancia dispositiva⁹⁹ y no se pueden buscar a ciegas. La imputación a título de dolo únicamente se puede conseguir a través de esos elementos externos de caracterización.

IV. Resumen

El dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo. El dolo es, como también la imprudencia, una disposición (de carácter subjetivo) un hecho interno no observable. Por consiguiente, solo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización. Estos son los indicadores, que se deducen de la *ratio* de la penalidad del dolo y se encuentran en tres niveles, los cuales derivan uno del otro: la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa.

⁹⁴ Véase *supra* I.3.b.

⁹⁵ *Supra* nota 5-8.

⁹⁶ Respecto a la intención y el dolo directo, *supra* II.5.

⁹⁷ Al respecto *supra* III.1.c.

⁹⁸ Véase *supra* II.1.3.

⁹⁹ *Supra* III.2.a.

CAPÍTULO VI

PERSONA, MUNDO Y RESPONSABILIDAD*

A) "STATUS" DEL CONCEPTO DE IMPUTACIÓN

I. *Concepto*

La teoría de la imputación en derecho penal responde, según nuestra interpretación actual, a la cuestión de cuándo y bajo qué condiciones se puede establecer una relación, penalmente relevante, entre una persona y un suceso, de manera que a esa persona se le pueda aplicar una sanción penal.

Esta simple descripción nos muestra ya la riqueza de contenido que el concepto de imputación tiene en derecho penal y la cantidad de presupuestos que requiere. Este concepto presupone problemas clásicos, difíciles y complejos de la filosofía en general y de la filosofía del derecho en particular. Así, por ejemplo, para el concepto de imputación es obvio el hecho de que puedan darse conexiones, que se ajustan a determinadas reglas, entre una acción humana y un cambio operado en el mundo exterior (problemas de causalidad) y, a su vez, parte de que el Estado y el ordenamiento jurídico ostentan sin más el derecho a castigar a una persona (teorías de la pena).

La imputación en derecho penal desde el punto de vista conceptual está a medio camino entre los principios generales (como por ejemplo la causalidad o el derecho a castigar), por una parte, y las consecuencias para grupos de casos y para casos en concreto (como por ejemplo, la determinación del círculo de personas responsables o la responsabilidad penal por determinados resultados), por otra.

II. *Metafísica, construcción social, discurso*

Solo por esta razón resultaría inadecuado e incluso exagerado atribuir a la teoría de la imputación en derecho penal el *status* de pertenencia

* Traducción de María del Mar Díaz Pita.

a la metafísica; además, sería una metafísica “secularizada” o más bien “modernizada”.

Es más, la imputación no puede basarse en lo que HANS WELZEL, en el ámbito de su concepto de acción, denominaba “estructuras lógico-objetivas”: realidades que preceden a cualquier teoría penal, en las que no siempre se puede convenir, pero que pueden ser falsificadas por esta teoría. La creencia en realidades previas inamovibles, verificables en cualquier situación, fiables y a la vez reconocibles ya no existe. La dogmática penal debe asegurarse —con la ayuda de otras ciencias— esas realidades previas; lo que no puede hacer es —como cualquier otra dogmática con contenido— limitarse simplemente a copiar un mundo empírico y normativo que le viene previamente dado y no puede esperar —tampoco en el ámbito de la imputación— deducir sus respuestas de estructuras previas lógico-objetivas (y por lo tanto vinculantes).

El lugar de una teoría sobre la imputación en derecho penal se encuentra más bien en un nivel constitucional, al modo, por ejemplo, de la “construcción social de la realidad” caracterizada y descrita por BERGER y LUCKMANN. Con esta expresión se alude a dos cosas:

En primer lugar, hay una realidad —reconocible en cualquier caso— que precede a nuestras acciones y que les sirve de medida. Las certezas basadas en leyes naturales como fundamento y medida del actuar correcto pasan así a ser incuestionables.

Por otra parte, no se puede afirmar que seamos capaces de construir o convenir nuestra realidad de forma nueva, espontánea e individualizada de un día para otro. Al contrario, las construcciones sobre las que se basa la construcción social de la realidad, son relativamente estables y duraderas; nos hemos acostumbrado a ellas, nos hemos organizado según las mismas, contamos con ellas y las respetamos, porque, de otra manera, no podríamos desenvolvernos en nuestro mundo: estas construcciones son nuestro mundo. Tienen una cualidad cognitiva, emotiva e incluso normativa y determinan la racionalidad de nuestros argumentos y la plausibilidad de nuestra percepción de la realidad, de su corrección y valor, con una perspectiva de perdurabilidad.

A ese mundo de construcciones relativamente estables pertenecen también conceptos básicos de nuestro sistema jurídico, como por ejemplo, la imputación. Estos conceptos contienen numerosos presupuestos, caracterizan nuestra cultura jurídica, responden a una evolución histórica y encuentran su reflejo en conceptos similares procedentes de otras culturas, a partir de las cuales podemos aprender que, por ejemplo, la imputa-

ción puede presentar otros caracteres totalmente distintos a los de nuestro concepto y que hay fundamentos razonables que muestran por qué la imputación es como es, cómo no debería ser nunca y cómo podría ser quizás bajo condiciones mejores.

Teniendo en cuenta toda esta batería conceptual llegamos a la conclusión de que el *status* de una teoría sobre la imputación es el “discurso”. Con ello se afirma que las personas pueden acordar qué entienden por imputación y si, en qué forma y bajo qué condiciones quieren construirla. Esto no supone que para ese acuerdo sean necesarias decisiones previas, vinculantes antes y para ese acuerdo, condiciones que obligatoriamente se tengan que respetar para conseguirlo. Con ello se expresa a la vez que todo lo que se refiere al concepto de imputación está siempre sometido a una renovación pero que el acuerdo al que se llegue siempre será estable en relación a las experiencias cotidianas: la imputación es una parte de nuestra cultura y de nuestra cultura jurídica; por lo tanto permanece y cambia en atención a la estabilidad de esa cultura.

III. *Lo empírico y lo normativo*

Por último, el *status* de la imputación se caracteriza a partes iguales por elementos empíricos y normativos. Sobre ello, la teoría de la imputación ha trabajado suficientemente.

En lo que se refiere a la parte normativa, esta afirmación es casi trivial: la tarea de una teoría de la imputación en derecho penal consiste en responder a la cuestión de cuándo se puede imponer una sanción penal a una persona. Esta respuesta no puede deducirse exclusivamente de ideas o razonamientos empíricos, sino que presupone indefectiblemente un sistema normativo según el cual se puede poner en conexión a una persona con un suceso del mundo exterior de manera que se derive el derecho a infligirle un mal, en atención a lo sucedido en el mundo exterior y según las reglas del sistema; es decir, someterla al poder estatal y a la coerción jurídica.

Menos trivial resulta la afirmación de que hay que manejar a la vez una parte empírica y otra normativa si damos un paso más y reflexionamos sobre la imputación abandonando la perspectiva penal y sociológica.

Así, a partir de la teoría de la atribución nos encontramos con el dato empírico sobre cómo actúa de hecho la imputación en la realidad cotidiana: cuándo un comportamiento lesivo se considera justificado o disculpado, quién y bajo qué condiciones debe contar con la imposición de una

sanción, etc. Con todo lo importante que puedan ser estas consideraciones, son solo una parte —precisamente la parte empírica— de una teoría sobre la imputación. En cualquier caso, cualquier aplicación de una teoría así en derecho penal debe adoptar la forma de la atribución cotidiana pero a través del tamiz de una crítica normativa; una teoría así debe responder, por ejemplo, a las siguientes preguntas: si la relación entre la acción de la persona y la lesión queda establecida con fiabilidad, si la sanción impuesta al autor en relación a la lesión causada a la víctima es proporcionada, etc.

Al contrario, no resulta en absoluto trivial la exigencia de fundamentar una teoría penal de imputación sobre elementos empíricos. Siempre que, como aquí se hace, se afirma que una teoría penal de la imputación no se basa en el derecho natural o en la metafísica sino en una construcción social, necesariamente deberán pertenecer a la misma, como partes fundamentales, elementos de carácter empírico. A partir de aquí, lo que se entienda por imputación no es ya el resultado de imitar una realidad irreal y modélica o de la deducción que resulta de estructuras lógico-objetivas de carácter supranormativo. La imputación ya no es entonces, siempre y por encima de todo, “correcta” sino ajustada a procesos culturales y juridicoculturales, es decir, a sucesos empíricos.

Si esto es correcto, entonces una teoría sobre la imputación debe observar lo que, cotidianamente, se entiende en la sociedad por imputación. Pero incluso, esta realidad cotidiana, como hemos demostrado, no se convierte en una realidad vinculante. Sin embargo, una teoría penal de la imputación no puede distanciarse tanto de los procesos habituales de imputación que se dan en la sociedad hasta el punto de que su relación con los mismos, desde el punto de vista estructural y conceptual, se rompa por completo. Incluso cuando alguno de estos procesos —lo cual sucede a menudo— no resistan una crítica normativa a fondo o parezcan irracionales, una concepción racional de la imputación no debe desechar (y con ello obviar) a *limine* estas irracionalidades, sino antes bien, observarlas, trabajar sobre ellas con un método científico e incorporarlas a la teoría.

Con ello se muestra que la imputación en derecho penal es parte integrante de cualquier cultura y, por ende, de cualquier cultura jurídica. Por ello, no puede abandonar este ámbito. La teoría de la imputación y su política a largo plazo solo pueden cambiar este ámbito y su contenido con mucho cuidado y paso a paso, orientándose en la dirección que se considere la correcta.

B) ORIGEN

I. *Presupuestos*

La posibilidad y la justificación de la imputación de un resultado a una persona presentan dos presupuestos centrales, que se caracterizan de forma particularmente clara en la cultura occidental moderna. (Ello no significa que no exista una idea de imputación fuera de esta tradición; solo significa que en el ámbito de esta tradición es donde más claro y fructífero resulta el fenómeno de dos presupuestos que aparecen interrelacionados).

El primero de los presupuestos de la imputación es la asunción de que el mundo está dominado básicamente por personas. Sin esta asunción no resultaría plausible responsabilizar a una persona por un suceso producido en el mundo exterior que ella ha causado. El segundo de los presupuestos reside en una determinada concepción de la persona y de la responsabilidad. Sin esta concepción, el reproche que supone la imposición de una sanción al causante de un suceso en el mundo exterior, no resultaría plausible; y tampoco lo sería la imposición misma de determinadas consecuencias jurídicas o cualquier otro ataque en función de su comportamiento lesivo.

Dominio humano del mundo y responsabilidad de las personas por las consecuencias de sus acciones son, pues, los principios básicos de cualquier idea sobre la imputación. Y a la vez son también los principios básicos de cualquier forma de interacción entre personas, cuya necesidad va más allá del mero hecho de una relación puntual. Visto así, la posibilidad de una imputación es una condición trascendental de las relaciones interpersonales en reconocimiento recíproco. Su amplio significado y su posición central en un sistema penal se debe precisamente a este origen.

II. *Alternativas*

Estas ideas pertenecen de forma tan obvia y central a nuestra cotidianidad que resulta difícil imaginarse una vida social cuya organización responda a principios distintos de aquellos que rigen la imputación de determinados sucesos a personas tal y como nosotros los entendemos.

1. *Maldiciones y represiones.* Sin embargo, estas organizaciones distintas han existido y siguen existiendo. Naturalmente, no se puede afirmar sin más que en algún momento no se vayan a reproducir —al menos en parte— entre nosotros; a favor de esta posibilidad se puede argumentar

que la imputación es un fenómeno cultural cambiante (sobre la evolución de nuestra praxis actual vid. *infra* C. VI, VII, VIII).

Estas posiciones distintas de las personas en relación con su mundo se pueden caracterizar, por ejemplo, teniendo en cuenta que las modificaciones constatables del mundo exterior, sean estas “lesiones”, “accidentes” o “maldiciones”, no se resuelven buscando una persona culpable, sino excluyendo la posibilidad de que sean producto de una fuerza sobrehumana. Estas conexiones se pueden calificar como “mágicas” o “animistas” y al mismo tiempo sostener que con su ayuda, el problema de la constatación, valoración, prevención y reparación de la lesión se puede solventar de forma “racional” evidentemente, cuando se den los presupuestos necesarios, como sería la creencia firme en la existencia de seres sobrenaturales capaces de causar estos fenómenos (vid. *infra* C. I y C. II).

Como alternativa a nuestra concepción de la imputación, también sería posible que la constatación y resolución de las lesiones, daños y perjuicios quedaran fuera del ámbito de competencia del Estado o de la propia sociedad. La opción sería obviar, olvidar e incluso reprimir estas situaciones, partiendo, por ejemplo, de que, en cualquier caso, no se está en posición de dominarlas en un futuro; se puede hacer el esfuerzo de intentar impedir las, pero a la vez aceptar, de forma fatalista, que de todas maneras van a suceder.

Esto es menos exótico de lo que parece: el hecho de que en algunos ámbitos marginales de comportamientos punibles, como el consumo de drogas, la sustracción de bicicletas o los hurtos en grandes almacenes la cifra oscura alcanza casi el cien por cien, puede ser una muestra de que nuestra concepción de la imputación en derecho penal no está en absoluto libre de estas formas “alternativas” de organización sobre todo cuando, detrás de una teoría equilibrada y fundamentada sobre la imputación, se echa un vistazo a la persecución selectiva y natural que se da en la práctica, o sea, a aquellos ámbitos donde la imputación se materializa: para la víctima que sufre el robo de su bicicleta, este hecho le supone lo mismo que una maldición y los funcionarios encargados de su persecución lo meterán en sus archivos.

2. *Responsabilidad y funcionalidad.* Igualmente, los esquemas normativos de nuestra cultura en general y de nuestra cultura jurídica en particular, se basan, desde hace mucho tiempo, en la asunción de la necesidad y corrección de dos diferenciaciones básicas: por un lado, la distinción entre responsabilidad y ausencia de responsabilidad de las personas por hechos que se producen en el mundo exterior; por otro, la diferenciación entre distintos grados de responsabilidad.

La primera de las diferenciaciones nos posibilita fundamentar de forma crítica la imputación de un determinado hecho a una persona y su ejecución en la práctica. La segunda de las diferenciaciones nos permite adaptar la intensidad de la respuesta penal en relación al grado de responsabilidad. De este modo, la diferenciación entre autoría y participación así como la diferenciación entre dolo e imprudencia sirven, al mismo tiempo, de fundamento y principio de ajuste para la proporcionalidad de la sanción penal.

Bien entendido, este origen debería servir como punto de partida para una concepción de la imputación orientada a un punto de vista personal y no funcional. Dominación del mundo por parte de personas y responsabilidad de las mismas por las consecuencias de sus actos son presupuestos que no encajan bien con una concepción que defienda una perspectiva funcionalista sobre la sanción penal: la posibilidad de tener en cuenta la intimidación (prevención general) o la idea de la resocialización individual —por supuesto a través de la amenaza de pena— no puede justificar la existencia de la imputación ni tampoco de la intensidad de la respuesta penal.

La cuestión fundamental a resolver por un concepto penal de imputación no es “¿qué podemos hacer racionalmente con una persona?” sino si realmente esa persona era o no responsable. La responsabilidad de una persona por las lesiones que ha producido es el fundamento y la medida de la imputación y no las posibilidades y riesgos de una actuación penal sobre la misma. La cuestión aquí es la responsabilidad, no los objetivos político-criminales; se trata del pasado, no del futuro.

C) CLASES DE IMPUTACIÓN

De la mano de las distintas clases de imputación podemos estudiar la dimensión de este fenómeno más allá de un concepto meramente abstracto. Del mismo modo, podemos constatar que la imputación depende de los presupuestos de cada cultura jurídica y explicar por qué esto es así (vid. *supra* A). Por último podemos valorar si la teoría y la práctica de nuestro ordenamiento jurídico nos ofrece indicios de posibles cambios en el concepto de imputación (al respecto más concretamente, vid. *infra* C.VI-VIII).

Con las distintas clases de imputación que vamos a exponer a continuación, podremos alcanzar los objetivos que acabamos de proponer, pero nada más; y ello porque los ejemplos que vamos a presentar no son completos, no responden a un orden histórico ni representan ningún avance especial en la construcción y depuración del fenómeno de la imputación.

I. Sacrificios humanos en la construcción de diques¹.

El hecho de que, en tiempos pasados, determinadas personas se consideraran autorizadas para emparedar a otras, con la finalidad de que el dique desarrollara mejor su función puede ser un caso extremo de imputación. De hecho aquí se da un nexo de unión entre una persona y un suceso del mundo exterior, a ese comportamiento se le atribuye un carácter causal y ese carácter se refiere tanto a los sucesos negativos como a los positivos que puedan venir en el futuro: el destino de la víctima emparedada se determina de forma mágica y se fundamenta a través de la asunción de que la víctima, como así lo demuestra la experiencia, evitará la catástrofe en el futuro. Las modernas teorías sobre la prevención intimidatoria se diferencian de esta forma de pensamiento solo en el contenido, pero no en la asunción del hecho de que repercutirán en el mundo exterior. Estas teorías se asientan en la idea de que, a través de la imposición de una sanción a quien infringe el ordenamiento jurídico, se influirá de forma positiva en muchas otras personas que simpaticen con el delincuente.

Sin embargo, este ejemplo resulta más adecuado para delimitar el fenómeno de la imputación que para completar sus variantes o para dibujarlas con más claridad. Esta constelación de casos contiene la necesaria relación entre una persona y el suceso lesivo del mundo exterior; pero le falta el carácter individualizado de esta relación. Incluso en aquellos casos en los que el conjuro de que se trate exige una determinada persona (un niño o un inválido) y no cualquiera, la elección de la víctima seguirá siendo producto de la casualidad. La víctima sacrificada no se elige como persona sino como instrumento para evitar el daño, como portador de una función; en este caso, solo se puede hablar de responsabilidad de forma metafórica. La víctima sacrificada no lo es en función de su individualidad.

Pero también desde el punto de vista de la lesión (en torno a la cual gira toda esta construcción), este ejemplo queda excluido de lo que podemos entender por imputación. En efecto, el hecho de que la lesión, de cuya imputación a una persona se trata, se espera ya que suceda en el momento de la imputación, revela desde un principio la incapacidad de este concepto de imputación en cuanto a la decisión misma sobre la responsabilidad y su graduación (*supra* B). La previsibilidad futura del suceso, que, según el concepto de imputación, deberá estar en conexión con

¹ N. de la trad. En el Norte de Alemania, en la Edad Media, existía la creencia de que si se emparedaba en un dique de contención del mar a una persona, preferentemente un niño, el dique soportaría mejor los embates del mar y protegería más eficazmente a la población de posible inundaciones.

un comportamiento humano, impide la individualización de esa relación; o, lo que es lo mismo, la responsabilidad de una persona.

II. *Ordalías ("juicios de Dios")*

Un sistema penal que, para responder a la cuestión de si una persona ha causado un suceso lesivo, recurre al juicio de Dios y, por ejemplo, enfrenta a la víctima y al acusado en una lucha, utiliza una forma bastante avanzada de imputación. La cuestión a resolver en estos casos es la posibilidad de establecer una conexión entre una persona y un suceso del mundo exterior; y esta es, precisamente, la clásica cuestión que el concepto de imputación debe resolver.

El que para nosotros esta forma de imputación esté ya superada no radica en la forma misma de la imputación o en sus particularidades sino en los presupuestos de su contenido. Los presupuestos de esta forma de imputación son, para nuestra cultura, excesivamente fuertes y demasiado poco fiables. Su fundamento se encuentra en una certeza cotidiana y también procesal, de que existe un ser divino de naturaleza inmanente que se inmiscuye en los problemas humanos; esta intromisión se lleva a cabo de forma comprensible para los hombres: el resultado o el desarrollo de un determinado proceso indica de forma fiable la respuesta correcta sobre la cuestión de la posibilidad de imputación de un hecho.

En la actualidad ya no se comparte la creencia en este presupuesto de la imputación de un hecho; nuestro proceso probatorio está organizado según las premisas de las ciencias de la naturaleza, es decir, según el método de la observación. Sin embargo, ello no nos autoriza a calificar los juicios de Dios como irracionales. Estos son el producto de la sintonía con una época de viva creencia en la existencia de un Dios inmanente (y sin esta sintonía no hubieran durado mucho). Por último, tampoco tenemos ninguna razón para dudar de que, con este procedimiento, se construyó una estructura de imputación.

III. *Procesos a través de fiadores*

La historia del derecho penal nos enseña que los antecesores de nuestro actual sistema resolvían la cuestión de la imputación a través de testigos o de cualquier otra persona que prestaban juramento a favor del acusado y cuya declaración se consideraba suficiente para determinar si se podía declarar al acusado culpable y tratarlo como tal. Si la declaración o el comportamiento de estos "fiadores" exoneraba al acusado, este quedaba libre de toda consecuencia penal.

La lógica de esta constelación de casos no es fácil de determinar ni tampoco es enjuiciada con unanimidad por los historiadores del derecho penal. Si la explicamos de otra manera, esta lógica podría representar una variante bastante instructiva de la teoría de la imputación:

Estos procesos basados en declaraciones o juramentos nos resultan hoy difíciles de entender no por los presupuestos (como ocurría con los juicios de Dios, vid. *supra* C. II), sino por la propia formulación de la cuestión de la imputación. Esta formulación se puede entender de dos posibles maneras:

En primer lugar, el objeto de la cuestión podría ser establecer una conexión entre el acusado y el resultado lesivo en el sentido de determinar si este es o no el causante del mismo. La pregunta a formular al testigo sería la siguiente: “¿fue el acusado el autor de los hechos?”. Una formulación como esta solo encajaría con nuestra concepción de lo racional si la aptitud del testigo como prueba en el proceso dependiera de si se encontraba o no en el momento y en el lugar de los hechos. Puesto que la racionalidad de nuestro proceso penal está basada en el método de la observación, sería irrenunciable para aceptar este presupuesto como racional que el testigo hubiera visto lo que ocurrió, y se limitara a contarlo. Si no partimos de este presupuesto nuestra forma de imputación sería la misma que esta, cuyo fundamento en cuanto al contenido resulta para nosotros inaceptable: los que prestan declaración no pueden desempeñar esta función si no han sido testigos presenciales de los hechos.

La segunda posibilidad de interpretar esta forma de imputación, que no tiene por qué descartarse en estos procesos, seguiría una línea basada no solo en las leyes naturales sino también en cuestiones sociológicas. Se puede plantear la pregunta al testigo de la siguiente manera: ¿queremos que el acusado siga viviendo entre nosotros? A esta pregunta pueden contestar los testigos válidamente incluso según nuestros criterios de racionalidad —se trataría entonces de contar con el testimonio, a favor del acusado, de muchos conciudadanos o de algunos de peso en la comunidad. En este caso, el rol social del acusado sería el vehículo para la imputación y los testigos serían los que pondrían en marcha este vehículo. Esto es también menos exótico de lo que parece a primera vista. Los intentos emprendidos para suspender la pena privativa de libertad (§ 56 StGB) o para decretar la libertad condicional (§ 57 StGB) a través de una especie de tutela social de otros miembros de la comunidad sobre el afectado, responden a la misma lógica.

Al final, de forma parecida a como ocurre con la costumbre de emparejar personas (*supra* C. I), debemos poner en duda si esta segunda

lectura tiene algo que ver con la imputación, tal y como nosotros la entendemos. Esta interpretación de la cuestión de la imputación no se referiría a la determinación de un nexo de unión entre una persona y un suceso, sino (además o de alguna manera) a la posición social de una persona; es más, la aplicación de una consecuencia penal negativa por la causación de un hecho, podría quedar excluida siempre y cuando el sujeto ocupara una determinada posición en la sociedad que viene a ser refrendada por otro miembro de la misma. Además esta interpretación se orienta al futuro (a lo que puede resultar de ese trabajo en común) y ello no encaja bien con la interpretación, orientada al pasado, de la teoría de la imputación.

Esta construcción de la imputación representaría más bien una alternativa que supondría el olvido, la represión o el simple desprecio por el origen de la lesión —una alternativa que aquí se rechaza— (*supra* B. II. 1).

V. *Labelling approach*

Las teorías del *labelling approach* afirman, en sus distintas versiones, que la cuestión de si una persona puede sustraerse o no a una sanción penal encuentra su respuesta simplemente en la capacidad de esa persona para librarse de la justicia penal. La responsabilidad penal no se demuestra, sino que se atribuye y los criterios para esta atribución no se encuentran en el derecho penal sino en la realidad exterior, donde, por ejemplo, lo que importa es la posición de esa persona en la estructura de poder social. Las personas que padecen la aplicación de una sanción penal, según esta teoría, no son merecedoras de ella sino más bien —por razones externas— sus víctimas.

Es obvio que estas teorías merecen una atención especial desde la perspectiva de una concepción penal de la imputación. Según estas teorías, los procesos de imputación que se justifican a través de procesos basados en preceptos legales y en conceptos teóricos, o bien son un capricho de los penalistas, o bien solo expresión de su cinismo.

Las teorías del *labelling approach* ayudan a un mejor entendimiento del concepto de imputación en dos niveles.

En primer lugar, se puede detectar sin dificultades que tanto los defensores del *labelling*, como los penalistas, conciben la estructura de la imputación como una relación normativa entre una persona y un suceso lesivo del mundo exterior que, en la práctica, acarrea numerosas consecuencias. Pero los defensores del *labelling* sostienen que esta relación se asienta sobre criterios que nada tienen que ver con el hecho en sí, con la responsabilidad de esa persona y que, por lo tanto, son injustos. Estos

criterios no son otros que las posibilidades sociales que cada individuo tiene a su disposición. Estos instrumentos sociales permiten a quienes cuentan con ellos, sustraerse de hecho a la justicia penal.

Esta concepción de la imputación se parece mucho a la concepción mantenida en los procesos con fiadores (vid. *supra* C. III): nos encontramos, desde la perspectiva de su estructura, ante procesos de imputación en los que se aplican criterios de imputación que resultan injustos, irracionales y desde luego ajenos a la realidad.

El segundo nivel pone de relieve que las tesis del *labelling approach* vienen a confirmar la racionalidad del concepto penal de imputación puesto que necesitan urgentemente de esta racionalidad para poder justificar sus críticas sobre una imputación errónea o fracasada.

En cuanto a su crítica frente al sistema penal de justicia, las teorías del *labelling approach* sostienen un modelo de imputación basado en los hechos y ajeno a los indicadores del poder social: un sistema que se basa en las premisas de la causalidad y de la responsabilidad de la persona. Desde el punto de vista normativo, el *labelling approach* no acepta los resultados que ofrece, desde el punto de vista empírico, la realidad de la imputación y construye su crítica a partir justamente de esos resultados y de la visión de la imputación tal y como la defiende la dogmática penal. Las zonas oscuras y las zonas visibles no son el resultado, para el *labelling* (igual que para los penalistas) de una imputación acertada, sino situaciones fácticas que se valoran de forma variable y que necesitan esa variación.

Por consiguiente, en el trasfondo de la crítica que el principio de la estigmatización dirige a la justicia penal encontramos una imagen de la imputación “real” y “correcta” —es decir, una imputación organizada en torno a conceptos y procesos de forma igualitaria y justa. La diferencia entre una imputación fáctica y una imputación correcta es la base de la crítica al sistema penal; en este punto no se diferencian, sin embargo, los defensores del *labelling* de los penalistas. La diferencia entre ambos radica más bien en la valoración de esa distinción, bien como un fenómeno estructural o bien solo como un fenómeno accidental.

V. Formalización

La imagen de la imputación correcta, que el derecho procesal penal nos ofrece en la actualidad, es la imputación individual (una veces se consigue y otras —cada vez con más frecuencia— no). Esta imputación individual se justifica y se consigue atendiendo a conceptos determinados

y llenos de contenido en un proceso que viene previamente dado. El fundamento empírico de esa imputación es la observación metódica y cierta de la relación entre la acción de una persona y la modificación lesiva del mundo exterior. El fundamento normativo es la responsabilidad de la persona por las consecuencias de su acción. El derecho penal material y el derecho procesal aseguran que los conceptos contenidos en el ordenamiento jurídico se materializan de forma transparente y se pueden revisar.

En el derecho penal material se contienen, en el tipo objetivo, los conceptos de producción causal, de acción humana (como primer paso para la imputación al dominio humano del mundo exterior), la teoría de los fines de la norma, de la adecuación social o del riesgo permitido, todos los cuales pretenden asegurar, a través de su conjunción, que no se deslicen atribuciones injustificadas en la relación entre el suceso objetivo y el comportamiento individual. En el tipo subjetivo se resuelve la cuestión de si a la persona, de cuya culpabilidad se trata, se le puede hacer responsable de los hechos lesivos del mundo exterior que, desde el punto de vista objetivo, se le imputan. Aquí se trata de los criterios y formas de la responsabilidad. La clásica discusión entre los penalistas sobre el contenido de las condiciones objetivas de la penalidad o sobre la reprochabilidad de las lesiones cometidas con imprudencia inconsciente sirven de ejemplo de este nivel de imputación y demuestran a la vez sus límites. Estos límites se encuentran en el punto en el que el mundo exterior escapa ya al dominio de una persona.

En cuanto al ámbito del derecho procesal, aquí encontramos sobre todo las reglas para llevar a cabo la prueba. Estas reglas pretenden asegurar que la materialización de la relación entre la persona y el mundo exterior se determine siguiendo estrictamente los criterios de racionalidad vigentes en ese momento. La regulación legal de la libre valoración de la prueba y las limitaciones objetivas introducidas por la dogmática procesal, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, establecen un proceso según el cual se puede afirmar con rigor que una persona ha llevado a cabo un determinado hecho. Preceptos como el § 338 *StPO*, que contiene las causas absolutas de casación de una sentencia, definen los límites normativos a partir de los cuales el resultado de una prueba es inadmisibles. El proceso de determinación de los hechos, si no se atendiera a estas particularidades, presentaría un grave problema: tener que contar con todo lo que se ha descubierto.

Estas son las líneas básicas de nuestro derecho penal para determinar un concepto válido de imputación. Por supuesto hay tendencias y modelos que se apartan de estas líneas y que pueden mostrar las amplias po-

sibilidades en cuanto a una definición y a un proceso de imputación en el derecho penal actual y las distintas opiniones al respecto.

VI. *Acuerdos entre las partes del proceso*

El contenido del término “acuerdo” en el proceso penal es bastante amplio. Este abarca desde las comunicaciones informales entre las partes, que se dan cada día y que, desde el punto de vista práctico son necesarias y están permitidas por la ley (como por ejemplo, las comunicaciones de mera cortesía o la concertación de una cita), hasta las fuertes presiones que puede recibir el acusado con el objetivo de que se allane a las pretensiones de la otra parte.

Pero para establecer una relación entre el concepto de imputación en derecho penal y el acuerdo en el proceso no nos sirve para esta clase de contactos informales dentro y fuera del proceso penal; estos contactos no tienen nada que ver con la imputación. Para alcanzar este objetivo, debemos atender a otra clase de acuerdos que sí tienen consecuencias para el proceso de imputación. Dentro de estos podemos señalar, por lo menos, aquellos acuerdos que se dirigen a una modificación del proceso de imputación (*supra* C. V.) respecto de lo que señala la legislación procesal: terminación del proceso antes de que se haya probado, conforme a la ley, la imputación contenida en la denuncia; aplazamiento, total o parcial, de la práctica de la prueba (por ejemplo, la confesión del acusado) acordado en una reunión no contemplada en la normativa procesal (por ejemplo, entre el abogado defensor y el fiscal).

Un proceso de imputación de este tipo no tiene nada que ver con una imputación *lege artis*. Un proceso así rompe la dinámica de una imputación formalizada, antes incluso de que se haya podido alcanzar el objetivo que no solo está previsto en la legislación procesal sino que, además, se corresponde con los criterios de una racionalidad extrajurídica: una racionalidad que exige que el reproche dirigido a una persona alcance un nivel de prueba suficiente antes de que se retire de forma definitiva. Además, una forma de imputación como esta convierte indicadores aislados, que pertenecen al “mosaico” completo (como partes de un rompecabezas), en las columnas sobre las que se asienta la imputación global, falseando así la base de una valoración equilibrada y completa.

Este tipo de acuerdos se podría ver también como una regulación ejemplificadora de un proceso excesivamente formalizado y burocratizado de imputación —por ejemplo, que el acusado lleve su propia defensa, de forma autónoma, voluntaria y con conocimiento suficiente; si el acusa-

do está de acuerdo con este tipo de proceso y con sus resultados, entonces podríamos basar la legitimidad del proceso y de las consecuencias penales en ese consentimiento. Nos podríamos remitir al proceso penal americano (*guilty plea*), en el cual, hasta cierto grado, esta autonomía del acusado es una realidad.

Hasta que estos argumentos sean aceptables, se necesita todavía un esfuerzo de traslación y de armonización. Un paralelismo precipitado entre nuestra tradición procesal y otras distintas es pueril y peligroso, tanto como admitir que el acusado dispone sin más de la competencia suficiente sobre valoraciones y acciones hasta el punto de poder basar las desventajas jurídicas que el proceso acarrea en su consentimiento “voluntario”. Así, por ejemplo, según nuestra tradición racional, la confesión del acusado es un indicador suficiente para la imputación: cuando es fiable —y, de todas maneras—, se exigen más indicadores que la sola confesión. Siempre hay que contar con la posibilidad —nada descabellada en la práctica— de que la confesión sea el resultado de la situación de presión que produce el proceso penal. En ese caso, la confesión no puede ser la base de una imputación.

VII. *Imputación colectiva*

Por imputación colectiva entiendo la imputación de un resultado a un grupo de personas, sin que sea posible establecer una diferenciación entre los distintos grados de participación de cada una (coautor, inductor, cómplice y figuras afines). La necesidad de tal forma de imputación se ha desarrollado de forma paralela al crecimiento del “moderno derecho penal”. En los ámbitos del derecho penal del medio ambiente y del derecho penal económico, uno se enfrenta a formas complejas de decisión y a responsabilidades colectivas respecto de las cuales, las diferenciaciones que presupone la clásica imputación “individual” no funcionan: que cada uno reciba lo que merece, según el valor de sus actos.

Los procesos de imputación colectiva pueden estar altamente formalizados y presentar numerosas exigencias. Igual que ocurría en los procesos formalizados (vid. *supra* C. V), la imputación colectiva puede reunir los requisitos empíricos y normativos que, desde nuestros criterios de racionalidad y justicia, son los presupuestos de una imputación correcta. Esta podría ser la respuesta necesaria y correcta del sistema jurídico a los cambios sociales.

La diferencia entre la imputación colectiva y la individual reside en la incapacidad *lege artis* de distinguir entre las personas individualmente

consideradas. La imputación colectiva lanza una única red sobre muchas personas y bajo esa red es imposible diferenciar variantes de participación de cada individuo.

Naturalmente, esto da lugar a la cuestión de si una forma así de proceder puede servir de base a una "imputación" en sentido penal. Sobre esta cuestión se discute actualmente en la doctrina penal. La respuesta más aceptable para esta cuestión depende de la forma en que se establezca la relación entre el derecho penal y la persona. En cualquier caso, en tanto el derecho penal dirija su ataque a la persona de forma individualizada, no se debería extender el concepto de imputación a los casos de responsabilidad colectiva. Un ataque a la persona física, tal y como lo concebimos en derecho penal y en derecho procesal, supone indefectiblemente un ataque a su cuerpo, bien en la forma de pena privativa de libertad, bien en la forma de prisión preventiva. Además este ataque lo consideramos correcto. Una imputación que pretende justificarse como justa y adecuada, referida a un grupo de personas, pero en la que no se diferencia entre los individuos que componen el grupo, constituye una justificación demasiado débil de las consecuencias penales que afectan a la persona en particular.

Para poder tratar estas nuevas formas de delitos se debería construir un sistema jurídico en el que, desde luego, se contengan elementos punitivos diseñados de forma estrictamente preventiva y que, en cualquier caso, renunciara a un reproche personal y a la pena privativa de libertad. Una forma así de derecho de intervención podría integrar tipos de imputación colectiva.

VIII. *Análisis económico del derecho penal*

Lo que significa el análisis económico del derecho se sabe más o menos con seguridad; lo que podría significar el análisis económico del derecho penal no se sabe realmente. Una concepción así presenta caracteres abiertos y vagos. De todos modos, aquí vamos a esbozarla brevemente y con todas las reservas porque en este modelo encontramos un ejemplo puro de una clase de derecho penal basado en constelaciones de imputación, que nos puede servir de referencia.

Si se quiere construir un derecho penal con las leyes del análisis económico, es decir, con los valores de los instrumentos y consecuencias jurídicas siguiendo criterios de costes y ventajas, el comportamiento formalizado implícito en una imputación penal, apenas servirá de algo. Para un modelo así, los costes de transacción que una imputación formalizada

exige, son demasiado altos. Los procesos son demasiado largos y caros no solo para la justicia penal, sino también para el acusado desde luego cuando se determinan sus intereses con criterios económicos.

Un derecho penal y un derecho procesal penal construidos con criterios económicos, deberían seguir otra línea que condujera a reformas racionales. Por ejemplo, podríamos hablar de procesos de conciliación, que utilizan con éxito los acuerdos y que, en gran medida, consisten en procesos rápidos que, si no hay contradicción por parte del afectado, suponen un abaratamiento notable de la justicia penal y podrían obviar la necesidad de tener en cuenta, desde un punto de vista económico, formalizaciones sin sentido que obstaculizan la búsqueda de la verdad de forma rápida y pacífica.

No se puede afirmar sin más que estos procesos sean injustos. Una valoración así depende, esencialmente, de cómo diseñemos un proceso racional y en consonancia con la concepción de justicia de nuestra cultura jurídica (cfr. A. III). El estado actual del derecho penal no permite seguir las directrices de un análisis económico; ello supondría la necesidad de reflexionar sobre los cambios dentro del sistema penal, en especial sobre una reforma de las consecuencias penales: en este ámbito, habría que plantearse la reducción de las garantías formalizadas que revisten estas consecuencias, en el sentido de que adoptarían una forma menos intervencionista.

Un derecho penal construido sobre los criterios del análisis económico se ocuparía más de los procesos de imputación en sí que de la justicia del derecho penal y del derecho procesal. Se trataría de aseguramiento en vez de venganza y se abandonarían todo lo que tradicionalmente una teoría de la imputación en derecho penal significa y exige (*supra* B).

Si se observa, como aquí se hace el intento de analizar el derecho penal con criterios económicos, se demuestra que el fenómeno normativo de este ámbito jurídico no se puede regir por criterios económicos sin más. La reparación de la víctima, sobre la que se discute últimamente en el sentido de equiparar delincuente y víctima, no es solo un fenómeno económico, sino también un fenómeno normativo y este último aspecto no queda absorbido del todo por el primero. También el pensamiento del reforzamiento de la norma, redescubierto en las nuevas teorías de la prevención general positiva, se remite a procesos normativos y simbólicos que no admiten una interpretación exclusivamente económica.

D) JUSTIFICACIÓN

La principal tarea de una teoría del derecho penal y de la pena no consiste en justificar la imputación penal como tal. El hecho de que nues-

tro sistema penal se asienta sobre la imputación es algo que no se cuestiona. Desde hace tiempo, la cuestión de la imputación no se refiere al hecho de si, en un sistema penal como el nuestro, se puede o no imputar un hecho a una persona, sino qué procesos de imputación pueden ser racionales y justos. La justificación de la imputación penal ha perdido, pues, importancia; se dirige no al si, sino al cómo. Y la experiencia cotidiana es la base sobre la que el discurso sobre la justificación de la imputación se puede asentar.

I. Imputación en la vida cotidiana

En la medida que podemos evaluar el futuro, por una parte, y en atención a lo que la historia nos enseña, por otra, no podemos contar con que, en un período previsible, dentro del ámbito de los comportamientos desviados (y por ello en el ámbito de la criminalidad) vaya a desaparecer lo que aquí se ha caracterizado como "imputación" (sobre todo, *supra* B). Nuestra vida cotidiana está llena de reproches, justificaciones, disculpas, sanciones y también de atribuciones de comportamientos desviados y lesivos. La organización de nuestro acuerdo sobre las normas y su infracción no se limita solo al derecho penal sino que se extiende a otros ámbitos de nuestra vida en sociedad sobre las ideas de causación y responsabilidad. Estos procesos de atribución tienen orígenes diferentes en lo que a presupuestos internos y formas de aparición se refiere y por eso son diferentes en cuanto a su peligrosidad y su potencial lesivo. Si se los compara con el derecho penal, estos procesos se rigen en menor medida por reglas, son menos susceptibles de control y presentan menos posibilidades de corrección. Se da por cierto sin más que alguien es el causante de una lesión y se aplican sanciones de forma espontánea que no guardan relación con su comportamiento. El derecho a enfrentarse a estos reproches o a recibir ayuda no queda garantizado en estos procesos de imputación cotidiana y no están repartidos por igual.

II. Imputación en derecho penal

En este punto ya tiene sentido plantearse la cuestión de la justificación de la imputación en derecho penal. Esta cuestión no se dirige a la justificación de la imputación en sí, sino a los esfuerzos específicos del sistema penal respecto de los procesos de tratamiento cotidiano de los comportamientos desviados como trasfondo; esfuerzos que hacen aceptable los procesos de imputación y sanción porque pueden asegurar una protección jurídica a la persona afectada, cosa que no se da o se da solo parcialmente en los procesos de imputación cotidiana.

En estos procesos de formalización reside, desde mi punto de vista, la justificación de los procesos de imputación en derecho penal. La formalización de los controles sociales y de atribución cotidianos significa, por una parte, una ordenación sistemática y una precisión de los procesos de imputación, lo cual posibilita la observación, la valoración, el control y la revisión de los resultados de estos procesos. Por otra parte, la formalización significa que los procesos de imputación penal —al contrario de lo que sucede en la imputación cotidiana— se rigen por principios, como por ejemplo, la garantía de una defensa llevada a cabo por un profesional, la posibilidad de recursos, la participación activa en el proceso, la reacción proporcionada, etc. Es decir, se trata de claridad, previsibilidad y posibilidad de corrección, y se trata del respeto a determinados principios en interés del afectado.

Estos procesos formalizados quedan reservados en general para el control de la desviación en el ámbito más peligroso de los comportamientos desviados. Este es el ámbito del derecho penal. Los bienes jurídicos penalmente protegidos, cuya lesión exige procesos penales y sanciones, representan las necesidades más fundamentales de las personas en un mundo socializado. Los comportamientos criminales lesionan los intereses humanos de la forma más intensa, y las reacciones a esos comportamientos criminales amenazan los intereses de todos los implicados en el conflicto de forma especialmente duradera. Por ello precisan una protección formalizada especialmente enérgica.

Los procesos de imputación penal se desarrollan en la teoría (*supra* C. V) de tal forma que la cuestión empírica de la causación y la cuestión normativa de la responsabilidad se traslada a un discurso institucional, en el cual los implicados tienen gran influencia.

El proceso, en el que se discute sobre la adecuación de la imputación, debe estar ordenado según criterios jurídicos. El objetivo de este proceso no es la construcción de un consenso, sino más bien la transformación ordenada de un conflicto —una transformación que se puede determinar de forma consensuada: la procesalización propuesta e impuesta por el derecho penal no pretende ofrecer a los implicados una vía de acuerdo sobre la imputación (esto sería no solo pueril sino al final un objetivo terrorífico); la procesalización se limita más a la construcción de un marco (y a la ordenación de sus particularidades) dentro del cual se puede discutir de forma reglada sobre el conflicto y sus consecuencias. La discusión reglamentada —esa es la esperanza del derecho penal— no es solo una condición necesaria sino, en el caso concreto, suficiente para poder asegurar, a través del proceso y de sus resultados, los derechos del impli-

cado a participar activamente en el mismo, así como a la transparencia, posibilidad de control y de revisión de ese proceso.

La imputación penal formalizada encuentra su justificación no solo en los intereses de aquellos que forman parte inmediata en el proceso de lesión de la norma, sanción e imputación. La imputación también tiene su reflejo en los intereses de todos nosotros, intereses que, más allá de la participación inmediata en conflictos de desviación, se refieren a la efectividad de las formas de protección cuando se amenaza e infringe la norma. En este punto, un proceso de imputación ordenado y bien justificado puede amortiguar y neutralizar los procesos espontáneos, irracionales o dirigidos a imponer intereses particulares.

Desde una perspectiva sustancial, la institución de la imputación penal formula criterios que aclaran y fundamentan la imputación; desde el punto de vista procedimental se puede organizar la discusión en torno a presupuestos normativos y empíricos de una imputación correcta, de tal modo que los implicados, en cualquier caso, tengan una oportunidad de participación en pie de igualdad y con garantías de éxito.

CAPÍTULO VII

¿POR QUÉ Y CON QUÉ FIN SE APLICAN LAS PENAS?^{*} (Sentido y fin de la sanción penal)

A) PASADO Y FUTURO; CONCEPTO Y FIN

Cuando al enfrentarse a una cuestión fundamental para el derecho penal y la filosofía del derecho se vuelve la mirada hacia su evolución histórica y se revisa con el fin de extraer una consecuencia para el futuro, el mejor camino para alcanzar este objetivo es atender a las conclusiones que entonces, tras un examen a fondo, se derivaron de planteamientos parecidos. Este camino es también aplicable cuando se trata de hacer una reflexión sobre la sanción penal, su concepto, su sentido, sus fines y su justificación.

El título de este trabajo¹ alude a la lección inaugural que impartió SCHILLER en la Universidad de Jena, el histórico año de 1789 sobre el valor de la Historia Universal; pero, en lugar de la estricta pregunta “¿qué significa?”, utilizo un “por qué”, más actual y dulcificado, sin pretender con ello cambiar un ápice su significado. Esta alusión no es meramente ornamental. La cuestión “qué significa y con qué fin” refleja el contexto en el que, desde siempre, tanto juristas como filósofos, se plantean el valor de la sanción penal; por una parte, se trata del concepto de la pena estatal y su significado; por otra, se trata de su finalidad, cuestiones ambas que, normalmente, no suelen conjugarse bien.

Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur (“ninguna persona razonable aplica una pena por los pecados del pasado, sino para que no se vuelvan a cometer en el futuro”). Esta fórmula, que no solo hoy nos impacta profundamente, es tan antigua que ni siquiera podemos establecer con seguridad la fecha en la que se redactó; su versión latina podría ser solo una traducción para lectores y oyentes que no dominaban otras lenguas aún más antiguas. Esta fórmula juega con el pasado y el futuro

^{*} Traducción de María del Mar Díaz Pita.

¹ Este trabajo se corresponde con la conferencia impartida en mayo de 1997 con motivo del cincuenta aniversario del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Pflz. en Zweibrücken. Solo se han omitido las referencias expresas al mismo.

(*peccatum est ... ne peccetur*) y —como también hace SCHILLER— con la relación entre el concepto de la institución (“¿qué significa?”) y su finalidad (“¿con qué fin?”); así mismo, proyecta el sentido de la pena hacia el futuro, tomando partido, decididamente, a favor de su finalidad. Por ello, esta fórmula resulta moderna, en lo que se refiere al Estado que impone una sanción: la mera valoración de delitos cometidos en el pasado no tiene sentido (incluso cuando por pena se pueda entender la producción de un mal añadido a otro como respuesta al mismo). El mensaje de esta fórmula podría ser: olvidaos de la teoría y del pasado, mirad hacia delante y organizad vuestro sistema penal de manera que, en la medida de lo posible, no se vuelvan a lesionar determinados derechos.

¿Quién no estaría dispuesto hoy a adherirse a esta fórmula? E incluso a ampliarla con una afirmación así: La idea de sumar un mal a otro no tiene solo carácter medieval sino también —y quizás— metafísico; el Estado moderno debe ajustar su actuación a criterios empíricos basados en los éxitos y los fracasos; y esto lo hace también responsable ante la víctima y ante el ciudadano que paga sus impuestos.

B) EL DERECHO PENAL COMO FUENTE DE EXPECTATIVAS

Estas expectativas sobre los efectos beneficiosos de la pena estatal han sido formuladas en los últimos años con insistencia y de forma unánime, algo que en otros campos de la política interior de cualquier Estado es difícil de conseguir. El derecho penal y la pena están de moda, se han convertido en la panacea social y no pocos penalistas, que han tenido que sufrir una existencia profesional a la sombra del derecho civil, el “auténtico” derecho, la “cumbre” de la jurisprudencia, ven este hecho con satisfacción.

Lo cierto es que, para los legos —y también para los estudiantes de primer curso de derecho— el derecho penal ha sido siempre el prototipo del derecho. Desde luego, quien lea por encima el periódico debe pensar que los juristas se ocupan, en un noventa por ciento, de casos penales, si acaso de algo de derecho de familia y un poquito de derecho del trabajo, lo que, ciertamente, es a veces confirmado por la realidad. El derecho penal y la pena han sido elevados a la categoría de fuente de expectativas para la solución de los grandes problemas políticos y sociales, y la “necesidad perentoria de actuar” se asocia, para los responsables de calmarla, con el aumento de prohibiciones, intervenciones y sanciones penales. Veamos algunos ejemplos.

Fraudes a la seguridad social, contaminación del medio ambiente, terrorismo, estructuras mafiosas nacionales e internacionales, drogas, co-

rupción, distribución de productos peligrosos, transporte de mercancías, evasión de impuestos. A todos estos flancos se enfrenta el derecho penal, y, de forma cada vez más consciente, la justicia penal abandona su tradicional rincón de la violencia cotidiana, de la criminalidad habitual y dirige su atención a las altas esferas de la dirección de bancos y empresas, a los chalets de lujo y a los edificios gubernamentales. El aforismo de que el derecho penal deja siempre escapar a los peces gordos, es ya agua pasada, como ha demostrado no hace mucho el KG en el proceso de Mykonos; y, para muchos, ser abogado de la defensa se ha convertido, en el ámbito profesional, en una de las ocupaciones más respetadas e incluso lucrativas.

Todo esto encaja bien: el derecho penal se deshace de planteamientos pasados, como la simple valoración del injusto y de la culpabilidad, se propone la persecución de determinados objetivos y promete la solución de muchos problemas; las teorías preventivas prometen la mejora de los delincuentes condenados o la intimidación de los delincuentes potenciales, o sea, de todos nosotros. La sociedad y los políticos también lo ven así: basan sus planteamientos en la eficacia del derecho penal y lo hacen creando nuevas figuras penales y endureciendo las penas, confiando al derecho penal la solución de los problemas más acuciantes, que esperan resolver con la amenaza penal y, en casos extremos, con la pena de prisión.

Pero ¿hasta qué punto es cierto todo esto? Si nos fijamos con detenimiento, nada de esto tiene que ver ni con nuestras tradiciones ni con nuestras experiencias.

C) TRADICIONES

En lo que se refiere al núcleo de nuestras tradiciones sobre el concepto, sentido y fin de la pena, sigue siendo válido el “ejemplo de la isla” propuesto por KANT en su *Metafísica de las costumbres*. Según este ejemplo, antes de que todos los habitantes de una isla la abandonen, antes de que la sociedad se disuelva y sus miembros se esparzan por el resto del mundo, habría que ejecutar al último asesino que quedara en sus cárceles. Y no porque pudiera ser peligroso para alguien o porque en interés de todos se debiera resocializar (con la disolución de la sociedad ello no tendría sentido), sino para que con esta ejecución, según KANT, todo el mundo fuera consciente del valor de sus actos y con ello se restableciera la justicia.

Este ejemplo choca con todos nuestros planteamientos sociales y humanitarios sobre los fines preventivos del derecho penal; nada de mejo-

ra ni de intimidación, ni siquiera la reparación del daño debe ser objetivo del derecho penal (ya que, con la disolución de la sociedad nada de esto tiene sentido); solo con la consecución de la justicia es suficiente. Una justicia peculiar, rígida, estricta, vengativa, que destruya la vida del condenado. Una concepción peculiar del sentido de la pena, elitista y casi arrogante: el restablecimiento de la justicia sin tener para nada en cuenta las ventajas que ello puede suponer.

El que opine que esta concepción pertenece al pasado y se podría arrumbar en el trastero de la dogmática, no debería precipitarse y pensar solo en las concepciones penales de la sociedad cotidiana y en sus promesas respecto a un futuro mejor. Quizás todavía tenga que echar mano del trastero y sacar de él algún que otro objeto que le permita entender mejor las actuales experiencias que determinan la pena y el derecho penal.

D) EXPERIENCIAS

Del círculo de estas experiencias me gustaría solo destacar un par de ellas, observándolas con detenimiento y discutir si las tradicionales explicaciones acerca de los conceptos de intimidación y resocialización son válidas para hacernos comprensibles nuestras experiencias e indicarnos cual es "la forma correcta de actuar".

Aunque no de forma excluyente, pero sí con gran repercusión, el fenómeno de los abusos a menores ha ocupado en los últimos meses tanto a la administración de justicia como a la opinión pública. Por ello este caso debe ser tratado aquí como una experiencia. Igualmente, debe servirnos como tal la aplicación del derecho penal y la crítica cuestión del sentido de la imposición de una pena a los componentes del *Verteidigungsrat* de la República Democrática Alemana y a los llamados "defensores del Muro"; y ello no solo porque hace poco la Sala Segunda del Tribunal Constitucional se haya pronunciado unánimemente sobre el caso, sino sobre todo porque, en este tema, como se podrá comprobar, todas las teorías y criterios penales se desmoronan. Y, por último, debemos echar un vistazo al ámbito de la corrupción, un verdadero *work in progress* penal, donde, por una parte, se puede comprobar con facilidad la relación que apuntaba entre los grandes problemas sociales y las expectativas depositadas en el derecho penal, sin que, por otra parte, se haya dicho la última palabra desde una perspectiva politicocriminal.

Estos tres ejemplos, que considero paradigmáticos de nuestro tiempo, pueden arrojar luz sobre nuestro actual sistema jurídico.

E) CRIMINALIDAD DE ESTADO

Desde luego, no pretendo medir por el mismo rasero penal a la RDA y al Estado nacionalsocialista. Hay diferencias fundamentales, reconocidas por todos, que lo impiden y que se han puesto sobre la mesa de la discusión en los últimos años. De todos modos, desde la específica perspectiva penal, se dan paralelismos que merece la pena observar un poco más de cerca.

El primero hace referencia al enjuiciamiento de la anterior criminalidad de Estado, llevado a cabo por la República Federal (entendiendo por criminalidad de Estado cualquiera apoyada por el mismo, incluidos los "guardias del Muro de Berlín". En este punto, sobre todo la justicia penal de los años noventa, pero también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han seguido un camino que, para la justicia de la posguerra, parecía estar vedado y que, con razón, se le reprochó. Esta última no atacó en realidad la criminalidad de Estado de los nazis, utilizando, para evitarlo, una serie de construcciones conceptuales bastantes discutibles. Valga de ejemplo la estrecha interpretación dogmática del delito de prevaricación, la lectura positivista —en el peor sentido— de la prohibición de regreso o la teoría, ajena a la realidad, sobre autoría y participación, todo lo cual condujo a la impunidad de los guardianes, los instigadores y los que daban las órdenes en los campos de concentración nazis. Hoy esta es de otra manera. Los guardianes se sientan en el banquillo de los acusados pero no como inductores o partícipes, sino como autores.

Precisamente porque esto es hoy de otra manera y porque tampoco los centros del poder ejecutivo y judicial se sustraen a la aplicación del derecho penal, es por lo que se plantea cada vez con más urgencia la cuestión de qué metas racionales hubiera podido tener la aplicación de una pena a los que entonces ostentaban el poder. (Esta pregunta se planteó naturalmente una vez finalizada la época nazi; por supuesto, más como una cuestión teórica ya que desde el punto de vista práctico, simplemente no fue posible).

F) RESOCIALIZACIÓN E INTIMIDACIÓN

¿Qué sentido debe tener la pena en estas constelaciones de casos? A modo de avance diremos que los objetivos que se espera que alcance el derecho penal (resocialización o mejora y prevención general o intimidación) no se pueden esgrimir aquí seriamente.

La idea de que en estos casos nos encontramos ante individuos a resocializar sería absurdo; no solo por la edad media de los afectados, si-

no porque esta gente podrá haber infringido muchas cosas, pero no desde luego la norma. Y porque, de todas maneras, el giro normativo que a través de un proceso penal se puede esperar, en este caso no se habría dado.

Quien objete que la aplicación de una pena sí tiene sentido para las víctimas (por ejemplo, los parientes de los que murieron en el Muro o los que en alguna ocasión resultaron heridos) tiene razón; pero la tiene solo en la medida en que abandone el ámbito del moderno derecho penal orientado a las consecuencias. Con esto entramos ya en otro aspecto, del que seguidamente nos ocupamos.

G) LA SATISFACCIÓN A LA VÍCTIMA

La estricta orientación al delincuente del concepto de resocialización está ya superada; la víctima aparece no ya como la simple figura de papel que encarna desde el punto de vista sistemático la lesión del bien jurídico, sino como una persona viva (alguien de carne y hueso) con cuyos legítimos intereses ha de contar, también desde el punto de vista sistemático, la teoría de los fines de la pena. Igualmente está superada la orientación estricta hacia el futuro tanto en el concepto de intimidación como en el de resocialización; una visión retrospectiva hacia los intereses de la víctima presupone necesariamente considerar los hechos sucedidos en el pasado, y tenerlos en cuenta para establecer el fin de la pena, no como la lesión abstracta de la norma sino como un suceso concreto.

Finalmente, también está superada la cruda ideología de la adaptación, tal y como la configura tanto la resocialización como la prevención general, según la cual no solo al condenado sino también a todos los delincuentes potenciales se les debe inculcar las normas del derecho penal, para que tanto en el presente como en el futuro se abstengan de cometer un delito. Con la atención a la víctima se añade algo más al concepto normativo de los fines de la pena: la satisfacción o la reparación a la víctima no solo significa la reposición material del daño causado; con la reparación a la víctima se hace referencia también a algo normativo; a saber, la rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal, el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo y uno injusto, la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente, ha sido una víctima (y no un delincuente ni tampoco el protagonista de un simple accidente).

Todo esto, como sentido de la pena, es algo muy diferente a la resocialización y la intimidación. Y es aplicable no solo al caso de la crimina-

lidad de Estado —aquí es solo donde se manifiesta con más fuerza— sino que sirve para todo el ámbito de la pena estatal. Ello se demuestra en cuanto se supera el ejemplo en concreto y se profundiza en los aspectos generales que dicho ejemplo sugiere.

El hecho de que la víctima debe ser considerada un punto de referencia en la teoría del delito es acertado pero no completo. En lo que respecta al derecho penal no se trata solo de esa persona en particular que ha resultado lesionada; la categoría penal de la víctima está configurada de forma más ambiciosa y su alcance es mayor. “Víctima” de un delito somos todos nosotros, naturalmente no en sentido empírico pero sí en sentido normativo, con lo cual, al final, de lo que se trata es del:

H) ASEGURAMIENTO DE LAS NORMAS FUNDAMENTALES

El derecho penal no solo se ocupa de la relación entre el delincuente y la víctima. Lo que pudiera tener validez para la amistad o el amor (aunque al respecto tengo serias dudas), no sirve desde luego para el derecho penal: en la “relación” penal el delincuente y la víctima no están solos, sino que todos nosotros aparecemos como afectados, incluso cuando el hecho no sea percibido por la generalidad. El Código Penal protege los bienes jurídicos sin cuyo reconocimiento sería imposible la convivencia en la actualidad según nuestra concepción normativa social y nuestra configuración democrática: las garantías fundamentales de los presupuestos de la dignidad humana, sobre todo la vida, la libertad, la salud, el honor, el patrimonio y las condiciones necesarias de una socialización al mismo tiempo libre y exitosa.

Pues bien, el delito ataca normas de comportamiento, que pretenden proteger esos bienes jurídicos, y que, en el caso concreto, las deja sin efecto. Este no es un problema exclusivo de la víctima, sino de todos. Las normas de comportamiento únicamente pueden sobrevivir no solo cuando su incumplimiento se corrige pública y enérgicamente, cuando se deja claro que no vamos a tolerar ni a aprobar el quebrantamiento de la norma, sino cuando se juzga este quebrantamiento, cuando preservamos la norma de cualquier tipo de negación de la misma. El modo en que esto se desarrolla, es algo que depende de numerosos factores, todos ellos contingentes y cambiantes a largo plazo; una respuesta clara a la lesión de un bien jurídico no tiene por qué ser siempre una pena privativa de libertad, ni siquiera cualquier otra sanción penal; para esto puede bastar también, por ejemplo, cualquier amonestación o desaprobación. El que ello suceda es, sin embargo, indispensable para que puedan seguir siendo vinculantes los límites que el derecho penal impone a la libertad.

Visto así, la sanción penal se orienta tanto al pasado como al futuro. La sanción penal es la respuesta correctora al quebrantamiento de una norma imprescindible para nuestra vida en sociedad; pero no es un mero ejercicio *l'art pour l'art*, sino un suceso que pretende asegurar la fuerza de la norma en el futuro. Y ello explica también el papel estelar del derecho penal en la percepción pública; especialmente en tiempos como los nuestros, caracterizados por la erosión de las normas y el cambio de valores, debe haber espacios, en los que se pueda discutir sobre la validez de las normas de forma clara, responsable y fructífera. Uno de esos espacios es el sistema penal. El derecho penal establece el modelo de las normas de comportamiento fundamentales e irrenunciables, y las impone.

Este punto de vista (que recibe el nombre de "prevención general positiva" en la moderna doctrina penal) tiene muchas consecuencias. En nuestro contexto son especialmente importantes las siguientes:

— Los fines de la pena en cuanto a la resocialización del delincuente y la intimidación de la generalidad tienen indiscutiblemente, en este contexto, su lugar (aunque sea modesto), pues ambas son medios para el aseguramiento de nuestras normas fundamentales.

— La justicia penal solo tiene sentido como representación pública; el hecho de que sus actuaciones lleguen de forma clara y fiable a la población es sumamente importante, porque de otra manera se puede alcanzar una estabilización de la norma desde una perspectiva teórica pero desde luego no en la realidad cotidiana.

— La justicia penal es la justicia del caso concreto. La culpabilidad se atribuye de forma individualizada y va indisolublemente unida a la persona del delincuente y a sus peculiaridades; tanto en la medición como en la ejecución, la pena debe ajustarse a ellas.

— La justicia penal debe ser, sin embargo, previsible, ya que —precisamente por su tratamiento regulado del caso concreto— constituye el lugar de discusión pública sobre las normas. De ello se deriva por ejemplo que la justicia penal no se puede sustraer a la tarea de tomar postura desde una perspectiva normativa, incluso cuando se produce un cambio de sistema. Los tribunales y otras instancias informales de carácter público tienen su valor, pero también lo tiene la justicia penal. Esto significa: aseguramiento formal de la búsqueda de la verdad, transparencia de los casos tratados, ceguera en la decisión.

I) EL PROCESO POR LOS ABUSOS DE MENORES DE WORMS

Si el mensaje de la doctrina penal de hoy reza: la pena debe asegurar las normas fundamentales de nuestra sociedad a través de una continua y

adecuada reacción contra el quebrantamiento de la ley, queda en pie todavía una importante pregunta: ¿a qué normas nos referimos? ¿solo a aquellas normas de comportamiento contenidas en el Código Penal que preven delitos como el robo, el fraude de subvenciones o el asesinato? ¿o también a las normas del derecho procesal penal o las normas constitucionales de contenido penal, como por ejemplo, las garantías de defensa, o de presunción de inocencia o la prohibición de regreso o la exigencia de un juicio justo?

En este aseguramiento de las normas fundamentales también deben estar incluidas las normas a las que se ha aludido en último lugar. Esta opinión es bastante minoritaria en el panorama profesional y, por eso, me gustaría aclarar con un ejemplo por qué la considero razonable. El ejemplo ha llevado hace poco a la justicia penal a los titulares de prensa: me refiero al caso de los abusos a menores en Worms, ventilado en la audiencia provincial de Mainz.

Con todas las reservas respecto a un proceso desarrollado en el tribunal de instancia, en el que, de forma inmediata, no se ha estado presente, este proceso se puede caracterizar, a mi juicio, de la siguiente manera: la sentencia absolutoria publicada no se basa en que lo ocurrido a los niños no sea constitutivo de un injusto penal; se basa en que no se ha podido demostrar suficientemente desde la perspectiva procesal la culpabilidad de los acusados. La razón para ello fue sobre todo una precipitada intoxicación de los resultados del sumario a través de “expertos” privados desfavorable para los acusados, cuyas conclusiones estimó la Sala como no fiables; sobre todo el hecho de que los testigos infantiles habían sido influidos de forma interesada. Los daños son considerables e irreparables, sobre todos para los niños y para su entorno familiar.

¿Qué ha ocurrido aquí? Que las normas se han erigido en una barrera que la búsqueda formalizada de la verdad en un sumario penal no puede atravesar. Estas normas son de una importancia elemental en derecho penal —incluso cuando en muchas teorías ni siquiera figuren como fin de la pena o del derecho penal y tienen un significado empírico y normativo. Desde el punto de vista empírico se basan en una larga experiencia criminológica (desde la psicología, pasando por la balística hasta el aseguramiento de las huellas en el lugar del delito); y desde el punto de vista normativo se tensan con el equilibrio entre el interés por encontrar la verdad, por un lado, y la privacidad de los afectados, por otro. La búsqueda de la verdad en el proceso penal es un proceso doloroso para todos los que se ven afectados —sean culpables o inocentes, acusados o testigos—. Este proceso puede lesionar los derechos de estas personas de dos maneras:

puede ser inquisitivo hasta límites insospechados y puede sacar a la luz lo que no debiera. Estos peligros son considerables y pueden conducir, si efectivamente se materializan, a consecuencias nefastas. Por eso, el derecho procesal penal ha tomado las precauciones necesarias, que, por cierto, como se puede apreciar no solo en Worms o en Mainz, no pueden evitar que no se produzca un abuso.

J) CULTURA DE LA PRAXIS PENAL

Las normas fundamentales y centrales del derecho penal no solo se contienen, pues, como demuestra este ejemplo, en el Código Penal; se contienen además en la Constitución, en el derecho constitucional procesal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con otras palabras, en lo que respecta al derecho penal no se trata solo de prohibiciones y órdenes dirigidas a los ciudadanos. Se trata también de regular la actuación de los funcionarios y de los jueces ante la sospecha de la comisión de un delito o del desarrollo del juicio oral. Estas normas procesales son, en muy pequeña medida, de carácter técnico; en lo fundamental, determinan nada menos que la cultura de nuestra praxis penal: estas normas establece la posición del inculcado, del testigo, del perito o del perjudicado y señala sus obligaciones y derechos de forma precisa; estas normas permiten, bajo determinados presupuestos, la revisión de sentencias dictadas conforme a derecho, prohíben tribunales de excepción y subordinan la designación del juez competente a un mecanismo abstracto, mezcla de automatismo y casualidad, pretenden evitar un castigo por duplicado, no obligan a declarar contra uno mismo, establecen el derecho a guardar silencio y delimitan las fronteras de la curiosidad pública. En definitiva, no solo organizan el proceso penal; antes bien, establecen derechos y obligaciones, cuidan de su realización y ciñen la búsqueda de la verdad y la justicia a reglas y principios.

Lo que sostengo es que la teoría sobre el sentido de la pena se queda corta si solo lo vincula al aseguramiento de aquellas normas que prohíben la violación o imponen el deber de socorro en un accidente, es decir, las normas contenidas en el Código Penal. Dicho de otra manera: en estos tipos penales se transmite a la población solo una parte de lo que es el derecho penal, una parte que, a su vez, transmite una imagen unidimensional e incluso falsa. El derecho penal en esa imagen concentrada en el Código Penal, en el derecho penal material, significa solo negación, prohibición, amenaza y disciplina. Falta lo que yo acabo de denominar "cultura" de la praxis penal: las normas que limitan determinados ataques, que contienen el uso de la fuerza, que aseguran la libertad; es decir, las normas

que se encuentran en el derecho procesal penal, en el derecho constitucional judicial y en la Constitución. Dicho de otra forma: la cuestión del sentido de la pena ha sido hasta ahora formulada con demasiada estrechez, inspirándose apenas en la conjunción de todas las normas penales. La pena encuentra su sentido como instrumento del derecho penal en su globalidad, incluido el derecho procesal, y esta rama del ordenamiento no solo formula prohibiciones y disciplina, sino que también dibuja el patrón y las estructuras de una relación, respetuosa con los derechos humanos y enmarcada en un Estado de derecho, entre la sospecha de un hecho, el delito, el delincuente y el testigo.

Este fue precisamente el problema del caso de Worms. Naturalmente en este caso no se cuestionaba el que la violencia sexual con niños fuera punible; el Código Penal despeja cualquier duda al respecto con los tipos penales que regulan estos hechos. En el caso de Worms el problema giraba en torno a la técnica y la cultura de la investigación en casos en los que hay una débil sospecha de la comisión de un delito. En cuanto a la técnica, porque cuando una investigación no se lleva a cabo con rigor, se pueden destruir irremediablemente muchas fuentes de conocimiento. En cuanto a la cultura, porque si se dan hechos por sentado o se desprecian los derechos de los afectados, se pueden causar daños a las personas expuestas a la investigación, de los que no se recuperarán en toda su vida.

Espero que la sociedad —aunque se precia de resolver sus conflictos a través de métodos racionales— no se encuentre nunca con que, de la noche a la mañana, determinados problemas se sitúen en el punto de mira de la percepción pública y sean considerados tan importantes que se acepte cualquier medio para combatirlos. Estos problemas, como el abuso de menores, son problemas de criminalidad, así que es al derecho penal a quien corresponde actuar, pero no en el sentido del reforzamiento de los tipos penales (nadie los cuestiona ni nadie los pondrá en duda, al contrario), sino en el sentido del reforzamiento de las normas procesales pues son estas las encargadas, por razones de experiencia empírica y de configuración normativa, de conseguir la prudencia, el equilibrio y la precaución necesarias en un proceso de carácter sancionador.

Al derecho penal se le asigna por parte de la sociedad en la que rige, un papel más allá de la determinación de los límites de la libertad señalados en las normas de comportamiento que se contienen en el Código Penal; el derecho penal —en sus normas procesales y en su práctica diaria— enseña los criterios y reglas que deben dirigir y presidir los procesos de investigación de un hecho y de aplicación de una pena. Y estas normas no se pueden transplantar sin más del derecho penal a nuestra forma cotidiana

na de discutir los conflictos —por ejemplo, en los medios de comunicación, en un aula, en una sala de reuniones o en el seno de una asociación para la defensa de los niños. Sin embargo, estas normas son lo suficientemente claras y ricas en matices como para ofrecer un patrón a la hora de discutir estos conflictos. El proceso penal, la imposición y ejecución de una pena tienen también la función de transmitir públicamente ese patrón y de imponerlo frente a posibles ataques. En el cumplimiento de este objetivo estamos solamente al principio, como lo demuestra nuestro ejemplo.

K) EL NÚCLEO DEL DERECHO PENAL

Sobre la cuestión del sentido de la pena, me gustaría avanzar un paso más. Con ello voy a intentar romper una visión un tanto estrecha tanto de la pena como del derecho penal.

Este paso hacia delante parte de dos cuestiones que, a primera vista nada tienen que ver entre sí: el hecho de que el derecho penal como fuente de expectativas genere cada vez más problemas (vid. *supra* II) y el hecho de que su misión debe ser el aseguramiento de las normas fundamentales (vid. *supra* VIII). Ambas cuestiones son difíciles de conjugar: cuanto más amplio sea el campo del derecho penal, menos se podrá esperar que este atienda a cuestiones fundamentales; un derecho penal excesivamente amplio tendrá necesariamente como objeto cuestiones secundarias, al contrario de lo que ocurre con un derecho penal cuyo núcleo se concentra en intereses vitales de las personas.

De hecho, esta es la evolución a la que estamos asistiendo desde hace bastante tiempo. Solo tenemos que observar el orden de la letras minúsculas al lado de los números de los párrafos del *StGB* para darnos cuenta de lo recientes que son las reformas penales y solo con un vistazo podemos reconocer la productividad de nuestro legislador. Todavía peor que el hecho de que cada vez haya más normas, es la tendencia —que va en la misma dirección— de buscar en el derecho penal la solución a cada vez más problemas. Dos ejemplos de esta clase, sobre los que se discute intensamente, son el medio ambiente y las drogas.

Con ello entramos en otro campo. Y en este campo encontramos cuestiones complejas, como por ejemplo la creciente normativización, incluso criminalización de la vida diaria o la posibilidad de sustituir normas sociales con poca fuerza por normas penales. En este campo no vamos a entrar y dejaremos solo la cuestión en el aire. Pero nos interesa un aspecto: esta ampliación del derecho penal ¿tiene alguna repercusión sobre la cuestión del sentido de la pena?

Estoy absolutamente convencido de que la respuesta es afirmativa. Un derecho penal que se circunscribe a los bienes jurídicos de la persona y solo atiende a los bienes jurídicos de carácter colectivo cuando estos se pueden aprehender con precisión y guardan una relación con intereses de carácter personal (como, por ejemplo, la puesta en peligro del tráfico vial, la búsqueda de la verdad formal en un proceso, o la posesión de objetos peligrosos), representa una concepción de la pena distinta a la de un derecho penal que protege la capacidad funcional de las subvenciones o del tráfico de divisas o que incluso permite la imputación colectiva de hechos a personas jurídicas, por ejemplo a una junta directiva, como probablemente vamos a ver en un futuro.

Un derecho penal que extiende su ámbito a todos los posibles bienes jurídicos universales se acerca al derecho administrativo y ello repercute también en la concepción de la pena que defiende. Ya no se trata del restablecimiento de bienes jurídicos palpables (y de la confirmación de las normas lesionadas a través de ese restablecimiento, vid. *supra* VIII); se trata de predicciones de riesgo, de dominio del peligro, de intervención antes incluso de que se produzca la lesión. La diferencia entre represión y prevención, que tradicionalmente separa al derecho penal del derecho administrativo o de policía, ha devenido molesta y obsoleta. Ahora lo que queremos es prevención a toda costa, sin excepciones y con las armas más sofisticadas.

No me opongo a una modernización del derecho penal en el sentido de su acomodación a una nueva moral o a la prevención de nuevos peligros. A lo que me opongo es a una complementación ciega de nuestros instrumentos para la resolución de problemas, solo porque, en términos comparativos, el derecho penal resulta más barato, en el caso concreto supone una respuesta dura y, en lo que se refiere al problema en su globalidad, promete cierta eficacia. Lo que defiende es una actitud crítica y vigilante. Ello demostrará, por ejemplo, que los medios con los que el derecho penal cuenta no son idóneos para la prevención de determinados riesgos, o que los principios irrenunciables de un Estado de derecho, como la presunción de inocencia o la proporcionalidad de la sanción constituyen más bien un obstáculo para la efectiva solución de un problema. El reciente proyecto sobre la lucha contra la criminalidad organizada es buena prueba de ello.

La pena podrá conservar vivo su sentido siempre que el derecho penal no degenera hasta convertirse en el marco decorativo de la solución global de un problema. El aseguramiento de las normas fundamentales a través de un proceso y una sanción públicos necesita concentración y aten-

ción, seriedad y una especial fidelidad a determinados principios que se manifieste tanto en la amenaza de pena, como en el proceso penal y en la fase de ejecución de la pena.

L) CORRUPCIÓN

El hecho de que un derecho penal concentrado en lo esencial no dificulta la solución de nuestros problemas sino que más bien la facilita, me gustaría demostrarlo, para terminar, con el último de mis ejemplos, la corrupción y las posibilidades de enfrentarla.

Cualquiera que, como yo, considere que el tema de la criminalidad organizada no está cerrado, sino al contrario sigue planteando problemas, se tomará muy en serio el peligro del fenómeno de la corrupción. Y ello porque nos encontramos ante procesos que, una vez establecidos, son muy difíciles de contener. Sobre todo, cuando estos fenómenos se asientan en el centro del poder estatal, atacan a aquellas instancias que, precisamente, son necesarias para la lucha contra los mismos y para las que no hay otra alternativa. Una policía corrupta o incluso una justicia o un poder legislativo corruptos envenenan un orden democrático y libre desde sus propias entrañas.

Sería algo actual, pero erróneo, partiendo de la peligrosidad de estos fenómenos de corrupción, sacar la conclusión de que deben ser combatidos con los medios más duros de los que dispongamos; por ejemplo, con medios penales: nuevos tipos penales, aumento de la amenaza de pena, prescindir de los presupuestos de la penalidad, como por ejemplo, de algunos elementos del injusto, de las exigencias del dolo o de su prueba, ampliar los medios de investigación, por ejemplo, escuchas telefónicas, agentes encubiertos, interceptación de las comunicaciones, testigos de la corona. Este es el esquema estímulo-reacción, que seguimos desde hace años. Todo esto nos avisa del problema del que estamos hablando.

Pero se puede hacer de otra manera. No el derecho penal, sino el derecho administrativo, el derecho de la función pública, el derecho fiscal, y la política fiscal, las teorías administrativas, la psicología o las teorías de economía de mercado serían los puntos de referencia a los que se tendría que acudir, para que el derecho penal pueda desempeñar el papel que en un Estado de derecho tiene asignado, para que pueda continuar siendo la *ultima ratio* de la resolución de los problemas y no se convierta en la *prima ratio* o incluso en la *sola ratio* para este fin. Entonces —las propuestas están sobre la mesa— se constataría lo que significa una prevención eficaz: nueva ordenación en cuanto a la práctica de adjudicacio-

nes, más control, línea directa con la cúpula funcional, sistemas de control profesionalizados, cambios de destinos programados y muchas medidas más que puedan impedir desde el principio los procesos de corrupción. Naturalmente, el derecho penal tiene también aquí un sitio, pero al final de la compleja y variada cadena de intervención en procesos lesivos, o sea, cuando la prevención realizada con medios extrapenales y eficaces para este fin haya fracasado.

La corrupción es solo un ejemplo. Pero nos lleva al convencimiento de que debemos descargar al derecho penal de demasiadas expectativas en su eficacia. Nadie puede afirmar si la resocialización o la intimidación como los fines normales de la pena, realmente funcionan, o cómo puede ser, *ceteris paribus*, la sociedad sin derecho penal, ya que estas hipótesis no se pueden comprobar ni en la realidad ni en un laboratorio. Por otra parte, sería ingenuo e irreal esperar todo el tiempo necesario para poder valorar “realmente” los efectos directos y colaterales de la aplicación de una medida penal. Esto sería el cuento de nunca acabar.

Prácticamente nunca se ha planteado en la teoría de la pena el punto de vista según el cual con el derecho penal aplicamos medidas cuyas repercusiones solo podemos conocer en el mejor de los casos parcialmente. Hoy se habla del poder “simbólico” de la pena en cualquier caso y de la estigmatización del injusto. Puede que sea verdad. Pero esta idea es solo admisible si permanente y seriamente se trabaja en el proyecto de sustituir el derecho penal por algo mejor. Pues su poder simbólico lo consigue esta parte del ordenamiento a costa del sufrimiento de las personas: limitando su libertad y sancionando sus comportamientos.

CAPÍTULO VIII

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR COMPORTAMIENTO DE TERCERO*

En su pionero escrito de habilitación sobre el estado de necesidad¹, THEODOR LENCKNER se ocupó de forma exhaustiva y profunda, de cuestiones básicas, tanto jurídico-filosóficas como teóricas², de nuestra materia. En esta obra, se plantea la cuestión de los criterios valorativos que podrían dirigir, desde un punto de vista de su contenido, y utilizarse como argumento para una ponderación fundamentada de aquellos intereses que entran en juego en una situación de estado de necesidad. La búsqueda de estos criterios se dirigía tanto al derecho positivo³ como a principios supralegales y normas no escritas⁴.

Dado que el derecho positivo —sobre todo los juicios valorativos de la Ley Fundamental⁵—, tras un análisis detallado, se muestra insuficiente para suministrar criterios inequívocos, LENCKNER recorre los principios teóricos y jurídico-filosóficos propios de la época⁶ en que escribió su trabajo sobre estado de necesidad. Estos son, principalmente, los contenidos en la filosofía valorativa de NICOLAI HARTMANN⁷ y MAX SCHELER⁸.

(*) Traducción de Francisco Muñoz Conde y de María del Mar Díaz Pita.

¹ LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, (E 1962), 1965.

² Ebenda, en especial, págs. 155 y ss.

³ Ebenda, págs. 157 y ss.

⁴ Ebenda, págs. 164 y ss.

⁵ Ebenda, pág. 164, nota 32.

⁶ Esta fue la época de una dogmática muy influida por las ciencias del espíritu basada en unos robustos fundamentos teóricos; cfr. al respecto, W. HASSEMER, "Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland", en D. Simon (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, 1994, págs. 259 y 268. Vid. *supra*, pág. 1.

⁷ N. HARTMANN, *Ethik*, 3ª ed., 1949.

⁸ M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik*, 4ª ed., 1954.

El desarrollo de esta búsqueda y sus resultados muestran a LENCKNER como un representante escéptico de la filosofía del derecho que no se deja contagiar del optimismo teórico que destilan las verdades absolutas filosóficas. Por el contrario, las representaciones valorativas reconocidas por la generalidad no proporcionan una seguridad normativa suficiente⁹, ni brindan ninguna solución al problema de la fundamentación valorativa de carácter sustancial¹⁰; además —justo en las constelaciones de casos de estado de necesidad— dejan un resto de inseguridad¹¹ con lo cual, solo se puede superar el escepticismo ético y jurídico “cuando se tiene en cuenta la situación sustancial de la persona y se considera la búsqueda constante y responsable de lo válido como en único camino posible en el que la persona, como ser finito, se puede comportar de acuerdo a la verdad”¹².

Y esto es precisamente lo que este autor lleva a cabo al desarrollar los criterios necesarios para una teoría del estado de necesidad en el ámbito legal, que permita de manera consistente ordenar los supuestos en concreto y resolverlos adecuadamente: LENCKNER, apoyándose estrechamente en los principios fundamentales de proporcionalidad y de ponderación equilibrada de intereses, descubre poco a poco las particularidades de los distintos grupos de casos y los relaciona con categorías penales básicas, como por ejemplo, la diferencia entre causas de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad¹³ o los presupuestos subjetivos de las causas de justificación¹⁴, utilizando ejemplos para ilustrar todos los pasos de su pensamiento. Al final nos encontramos con todo lo contrario a una mera deducción de resultados derivada de principios superiores: una red bien tupida de reglas y principios de tanto contenido que son aptas para decidir los casos en concreto, pero también tan fundamentales que ofrecen una justificación de esa decisión.

Esta clase de aproximación teórica a un problema, este recorrido pragmático, deductivo-inductivo, es precisamente lo que me anima a abordar la cuestión de la exención de responsabilidad del sujeto por el com-

⁹ LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, pág. 173.

¹⁰ EBENDA, págs. 185 y ss.

¹¹ EBENDA, pág. 186.

¹² LENCKNER, cita (ebenda, pág. 186) el trabajo de W. WEISCHDEL, *Recht und Ethik. Zur Anwendung ethischer Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, 1956, pág. 36, al que se le prestó mucha atención en su tiempo.

¹³ EBENDA, p. ej., págs. 7 y ss.

¹⁴ EBENDA, p. ej., págs. 187 y ss.

portamiento de un tercero¹⁵. Con esta pretensión científica, al margen de la profundidad de la perspectiva, se pretende en estas reflexiones cuestionar la estructura y los principios básicos de un importante sector del derecho penal, procediendo de forma pragmática a través de la exposición de los grupos de casos más característicos.

I. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD EN DERECHO PENAL

Los mandatos y prohibiciones de la parte especial del derecho penal van dirigidas simplemente a las personas como individuos. Estos mandatos y prohibiciones utilizan un anónimo "el que" para describir el comportamiento incriminado con una sanción y de forma general amenazan con una pena a aquel que "realiza el hecho por sí solo" (parág. 25. I del *StGB*), en consonancia con el precepto central de la parte general contenido en el título dedicado a la autoría y participación. En cierto modo, esta es la forma originaria de la amenaza penal contenida en una ley, que se completará con la descripción concreta del delito de que se trate.

La teoría jurídica del delito concreta esta determinación general de la penalidad en atención a los distintos eslabones de la imputación, con muchas variantes y excepciones. Dentro de esta concreción encontramos, además, otras reglas y excepciones, aumentos o disminuciones del peso del injusto y de la culpabilidad y casos de ausencia de responsabilidad penal que, "en realidad" estarían justificados cuando los presupuestos de una ausencia de responsabilidad en esas constelaciones —de forma excepcional— no se hubieran dado. Estas ausencias de responsabilidad son variantes y excepciones con relación a las formas normales de imputación penal.

Las cuestiones sistemáticas sobre la justificación o la ausencia de culpabilidad de un comportamiento típico son, sobre todo, ejemplos de la ausencia de responsabilidad de aquella persona que actúa "de forma típica", o sea, que causa una lesión o que no la impide, o que crea un peligro o que pone en marcha cualquier otro comportamiento prohibido. Sobre este escalón de la imputación hay montañas de bibliografía y naturalmente las cuestiones en particular no son pacíficas. Pero fuera de esta discusión lo que sí es seguro es que el derecho penal garantiza un sistema ordenado y escalonado sobre la ausencia de responsabilidad de aquella persona que

¹⁵ Este trabajo se basa en las discusiones mantenidas en las jornadas internacionales celebradas en el Instituto Max Planck de Friburgo, en julio de 1996 que fueron, junto con las demás intervenciones publicadas por el propio Instituto.

causa una lesión penalmente relevante o provoca un riesgo prohibido o lleva a cabo cualquier comportamiento contrario a la prohibición¹⁶.

Más allá de los casos de ausencia de responsabilidad regulados en un punto central de la parte general, también el comportamiento de un tercero, relacionado específicamente con el del “sujeto activo”, que puede suponer la ausencia de responsabilidad penal, está fuera de discusión y viene avalado por numerosos ejemplos. Pensemos en los casos de legítima defensa, en los que la agresión ilegítima de un tercero puede justificar su lesión (parág. 32 del *StGB*), en la provocación de la posterior víctima del homicidio (parág. 213 del *StGB*), que permite la atenuación de la pena o el homicidio a petición, que representa un escalón más leve en el injusto del delito de homicidio (parág. 216 del *StGB*).

Estas ausencias de responsabilidad se corresponden además con nuestro sentimiento de justicia: aquella persona que lesiona una norma de comportamiento en una situación en la que no le quedaba otra alternativa, o en la que, a pesar de todos sus esfuerzos, no podía reconocer lo erróneo de su acción, o en la que se ve involucrada por un comportamiento ajeno, esa persona no debería ser enjuiciada o, en cualquier caso, no con excesiva severidad. O cuando esa inducción, esa situación extrema o esa imposibilidad de evitar el error indica que un tercero ha colocado al sujeto prácticamente en una situación, desde el punto de vista normativo, irresistible o simplemente sin salida, en ese caso se puede afirmar que un reproche dirigido a ese sujeto no está justificado (aunque probablemente dirigirlo al tercero sí lo esté): un tercero puede ser, por tanto, el origen de aquellas circunstancias que suponen la ausencia de responsabilidad penal.

Mientras que, desde esta perspectiva, la posibilidad de ausencia de responsabilidad basada en el comportamiento de un tercero es indudable, queda poco claro por qué razones, en qué lugar del sistema y con qué límites se pueden aceptar estos casos de ausencia de responsabilidad en derecho penal. A estas cuestiones se dirigen —provisionalmente— las reflexiones que siguen.

II. SECUENCIAS

1. *Comportamiento de tercero y sistema de imputación.* A primera vista pudiera parecer lógico que las únicas etapas del sistema del delito donde se puede discutir la ausencia de responsabilidad del sujeto por el

¹⁶ Al respecto, de forma crítica y profunda sobre el sistema de imputación penal, NAUCKE, *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftlehre*, 1979, págs. 7 y ss.

comportamiento de un tercero son las causas de justificación y las causas de exclusión de la culpabilidad, pero visto más de cerca, esta apreciación no es correcta. Esta sistematización sería correcta desde el punto de vista del sistema penal de la imputación, pero no si tenemos en cuenta la variedad de causas sobre las que asentar una ausencia de responsabilidad.

Las secuencias de la imputación, dentro del sistema del delito, siguen su propia *ratio*, y en virtud de la misma se pueden diferenciar entre sí perfectamente¹⁷. La ausencia de responsabilidad por la conducta de un tercero debe ajustarse a esa lógica, pero también debe seguir la suya propia. Ello lo demuestra el hecho de que los niveles de ausencia de responsabilidad que encontramos en las causas de justificación y de exculpación no son suficientes para abarcar las distintas constelaciones de casos de ausencia de responsabilidad por la conducta de un tercero. Antes bien, en todas las secuencias del sistema de imputación (y de exculpación) es posible hablar de ausencia de responsabilidad por la conducta de un tercero.

Si se cuestiona qué clase de comportamiento de un tercero encaja en una determinada secuencia de la imputación (y de la exculpación) penal se hace necesario ordenar esas clases de comportamiento; de otra manera, sería imposible construir una escala que relacionara de forma justificada las consecuencias justas del comportamiento de un tercero, por un lado, y los escalones de la imputación penal, por otro.

2. *Puntos angulares*. En cualquier caso, una ordenación de los comportamientos de terceros penalmente relevantes tiene (desde mi punto de vista) dos puntos angulares que describen los posibles extremos de la imputación o de la ausencia de responsabilidad; entre esos dos puntos finales se encuentran localizadas o delimitadas todas las clases de casos de ausencia de responsabilidad por el comportamiento de un tercero dentro de un sistema penal como el nuestro:

El caso extremo de la participación de un tercero sin ninguna repercusión exculpatoria para el sujeto aparece descrito en el parágrafo 25 párrafo I del *StGB*. En las formas de acción de la coautoría participan varias personas de forma consciente y voluntaria, de manera que todas llevan a cabo conjuntamente el hecho. En estos casos se puede hablar del “comportamiento de un tercero” —desde el punto de vista de cada uno de los coautores en relación a los demás—; y ello porque, para la coautoría (a diferencia de lo que ocurre en la participación)¹⁸, la participación de los

¹⁷ Sobre la lógica del sistema del delito ver, en profundidad mi obra, *Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990, parág. 25 (hay traducción española de la 1ª ed., realizada por MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Barcelona, 1985).

¹⁸ LECKNER, *StGB*, 22ª ed., 1997, parág. 25, marg. 9, 8.

otros es constitutiva: sin acuerdo, no hay coautoría¹⁹. En estas constelaciones, sin embargo, no se puede hablar de ausencia de responsabilidad ni remotamente. La participación de cada uno de los coautores en la realización del hecho penalmente relevante no constituye en ningún caso una causa de atenuación y su valoración —por lo menos en el nivel del injusto— es fundamentalmente la misma.

La aportación conjunta de los coautores significa, desde el punto de vista y del lenguaje aquí utilizado, una participación de un tercero sin efectos atenuantes para ninguno de los (co) autores. La coautoría ocupa uno de los extremos en el que al sujeto se le imputa íntegramente tanto el injusto como la culpabilidad, a pesar de que, por lo menos, otro (co) autor participó con su acción criminal en la realización del hecho.

En el otro extremo de la escala encontramos las constelaciones en las que un tercero es utilizado como instrumento, con tal intensidad que la persona utilizada ni siquiera tiene relevancia penal²⁰. Las relaciones de cooperación llevadas a cabo bajo *vis absoluta* impiden la consideración penal como persona de quien ha estado sometido a la influencia ineludible e irresistible de la violencia. Esa otra persona será utilizada solo como cuerpo, como masa, como objeto; a esa persona no se le puede imputar un comportamiento ni en sentido antropológico ni en sentido penal. Por ello, desde el principio, esta persona está exenta de responsabilidad.

En estos casos, desde el punto de vista de la imputación penal, la influencia del tercero es total. El tercero impide cualquier posibilidad de que la persona se “comporte” como tal, llevando hacia sí la responsabilidad completa.

3. *Acción*. Con este último ejemplo hemos mostrado un caso de comportamiento de un tercero muy alejado de los escalones de las causas de justificación y de exculpación dentro de la construcción de la verificación penal de la responsabilidad. El uso de fuerza irresistible, excluye, para la persona violentada, la responsabilidad penal ya desde la secuencia de la “acción”²¹. La razón de la exclusión de la imputación es específicamente el ejercicio de la violencia por parte de un tercero, que es lo que ha dirigido el hecho.

¹⁹ Esta afirmación no se discute. Al respecto es clásica la sentencia del BGH 24, 286, 288, según la cual, la responsabilidad a título de coautores presupone que “varios autores, como consecuencia de un plan diseñado conjuntamente, cometen de forma voluntaria y consciente, un hecho que ellos, en su totalidad, reconocen como propio”.

²⁰ ROXIN, AT, 3ª ed., 1997, parág. 8º, marg. 64.

²¹ Sobre la función delimitadora del concepto de acción, W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, parág. 25, párr. 1º.

Es decir, en estas constelaciones de casos ya se puede asegurar la ausencia de responsabilidad en el primer escalón de la imputación.

4. *Tipicidad.* Igualmente, también en la secuencia de la tipicidad se pueden encontrar ejemplos de ausencia de responsabilidad por el comportamiento de un tercero, en el ámbito de las formas modernas de prohibición penal.

En este sentido, encontramos, por ejemplo, la llamada accesoriidad del derecho administrativo respecto del derecho penal en materia de medio ambiente²². En las constelaciones regidas por esta accesoriidad, el contenido de una prohibición penal se determina a través de los propios funcionarios de la administración —partiendo de la máxima de que lo que está permitido por el derecho administrativo no puede constituir un ilícito penal. De este modo, por ejemplo, la barrera entre la contaminación criminal de las aguas y la que no constituye delito se delimita en función de aquellos vertidos de productos tóxicos que están permitidos por la administración y aquellos que no lo están.

Esa intervención de un funcionario es un “comportamiento de un tercero” en el sentido que, hasta ahora, le hemos dado a esta expresión y conlleva una ausencia de responsabilidad en el estadio de la tipicidad. El vertido de una determinada cantidad de una sustancia en las aguas que —como vertido de sustancias dañinas— supone una auténtica contaminación de las mismas, queda excluido (que no justificado)²³ del tipo contenido en el parág. 324 del *StGB* por medio de la autorización administrativa y, de esta manera, exento de responsabilidad penal. Si esta construcción es aceptable desde el punto de vista teórico o político-criminal es otra cuestión y como problema será tratado más tarde²⁴, cuando tratemos de los límites de los efectos de un comportamiento de un tercero sobre la ausencia de responsabilidad del sujeto en derecho penal. En cualquier caso, esta construcción funciona en nuestro actual derecho penal como una causa de exclusión de la responsabilidad por el comportamiento de un tercero en el nivel de la tipicidad.

²² Al respecto, con otras referencias, ver la intensa discusión entre TRÖNDLE, *StGB*, 48ª ed., 1997, parág. 324, marg. 4b y HORN, en *SK StGB II*, 5ª ed., 1997, parág. 324, margs. 8 y ss.

²³ JENNY/KUNZ, en derecho penal suizo, localizan la accesoriidad de la administración con argumentos discutibles en el nivel de la antijuridicidad: *Bericht und Vorentwurf zur Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt*, 1996, págs. 63 y ss.

²⁴ Vid. *infra*, IV. 3.

5. *Causas de justificación.* El hecho de que el comportamiento de un tercero pueda tener relevancia en el ámbito de las causas de justificación no necesita ser tratado con mucha amplitud. Ya que el injusto realizado aparece en el sistema penal de forma gradualmente escalonada²⁵ —cosa diferente a lo que ocurre con el juicio de antijuridicidad sobre el comportamiento injusto— está claro que el nivel de imputación de la antijuridicidad es perfectamente capaz de elaborar, de forma diferenciada y medida, los diferentes grados de participación autónoma del sujeto y del tercero²⁶.

Para los casos que aquí nos ocupan, podemos traer a colación todas aquellas situaciones en las que ya la ausencia de responsabilidad es patente en el nivel de la determinación del injusto, si el sujeto ha seguido las pautas de un determinado procedimiento²⁷. Estas causas de justificación procedimentales las encontramos, por ejemplo, en el ámbito del aborto, cuando —con observancia de las competencias y plazos legalmente establecidos— se ha realizado un dictamen y este ha sido documentado en la forma procedente. Incluso en ordenamientos jurídicos, en los que una orden ilegal, cuya contradicción con la norma no es del todo clara, basta para la justificación del destinatario de esa orden, nos sirve de ejemplo de las causas de justificación respecto de la lesión de una norma basada en la conducta de un tercero²⁸.

También en estos casos, la localización de la exención de responsabilidad del sujeto en el nivel del injusto puede presentar problemas; desde luego, hay que contar con que el sujeto y el tercero partícipe pueden posiblemente influir en la determinación del injusto desde un punto de vista sistemático y valorativo, en el sentido de que la causa de justificación basada en la aparente influencia del tercero en el sujeto se interprete como un acuerdo, lo cual podría acarrear, por ejemplo, para el derecho a la legítima defensa de los afectados consecuencias insoportables²⁹. En cualquier caso, no se puede discutir que también en el nivel de la antijuridicidad

²⁵ Esta cuestión se trata y se discute ampliamente en LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, págs. 32 y ss.

²⁶ Con más amplitud ver *infra* III.3.

²⁷ Para más detalle sobre esta clase de causas de justificación, W. HASSEMER, "Prozedurale Rechtfertigungen", en *Festschrift für Mahrenholz*, 1994, págs. 731 y ss. (hay traducción española de LARRAURI, Madrid, 1997).

²⁸ De la misma manera, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, págs. 140 y ss.: la ejecución de una orden por parte de un subordinado en el ámbito de su servicio, que, a pesar de su ilegalidad formal puede estar justificada.

²⁹ Sobre la creación antijurídica de una situación justificante, LENCKNER, en SCHÖNKE SCHRÖDER, *StGB*, 25ª ed., 1997, parág. 32, marg. 23.

encontramos ejemplos de exención de responsabilidad por la conducta de un tercero.

6. *Causas de exclusión de la culpabilidad.* Las causas de exclusión de la culpabilidad se pueden considerar el espacio genuino de la exención de responsabilidad por el comportamiento de un tercero. Ello, probablemente se explica por la flexibilidad sobre la que se asienta este nivel de imputación. Este nivel de imputación garantiza al sujeto una exención clara sin aprobar su comportamiento e impide así las consecuencias radicales que las causas de justificación conllevan³⁰.

Ejemplos palmarios son el estado de necesidad disculpante o el error de prohibición provocado por un tercero, situaciones estas de presión y desorientación para el sujeto, que se producen por el dominio por parte de un tercero de la persona que se encuentra en estado de necesidad o que ha cometido el error. En ambos supuestos se mantiene el injusto penal (el nivel de la antijuridicidad permanece inalterado, el injusto de la lesión no se excluye, ni se retira ni se limita); en ambos supuestos sin embargo, la persona que de forma inmediata realiza el injusto, queda disculpada porque una tercera persona la ha obligado o la ha colocado en una situación de desorientación de la que no podía (o no le era exigible) salir³¹.

Bajo estas circunstancias se puede considerar el comportamiento dominado por un tercero como injusto, pero, desde el punto de vista subjetivo, no se le puede imputar a la persona dominada.

7. *Dolo.* La imputación a título de dolo puede ser también uno de los niveles en los que el comportamiento de un tercero suponga la exención de responsabilidad para el afectado por dicho comportamiento.

La situación se daría, por ejemplo, cuando, en atención a los preceptos del ordenamiento jurídico, la ilegalidad de la orden fuera una causa de justificación aplicable a quien la recibe solo en el supuesto de que el subordinado no pudiera haber reconocido la ilegalidad de la misma³². El

³⁰ STRATENWERTH, *ATI*, 3ª ed., 1981, margs. 184 y ss.

³¹ Sobre esta cuestión, con muchos ejemplos y reflexiones profundas, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, págs. 116 y ss.

³² Esta constatación de casos ha sido tratada recientemente por la jurisprudencia en relación con los llamados "defensores del Muro". (Sentencias del BGH 39, 1, 4, 32; 168, 173, 186; sentencia de la sala 2ª del BVerfG de 24 de octubre de 1996, 95, 96, 114 y ss.). El parág. 258. I del StGB del la República Democrática de Alemania rezaba: "Un miembro del ejército no es responsable penalmente de una acción realizada en ejecución de una orden de un superior, a no ser que la ejecución de la orden atente claramente contra las normas del derecho del pueblo o contra las leyes penales".

presupuesto de la exención sería la capacidad cognitiva para reconocer una circunstancia de carácter normativo en el caso concreto³³.

También aquellos casos de autoría mediata se incluyen en esta categoría de exención de responsabilidad cuando el dominio del “hombre de atrás” sobre el instrumento se basa en su conocimiento más amplio de las circunstancias relevantes para el injusto³⁴. Estos supuestos plantean la cuestión de si la figura de los delitos de propia mano dificulta o impide totalmente³⁵ una valoración justa de las relaciones entre los afectados, en atención a la participación de cada uno, que pudiera favorecer al hombre de atrás³⁶. En cualquier caso, estos supuestos demuestran que el comportamiento de un tercero puede también suponer la exención de responsabilidad del sujeto a través del dolo.

8. *Determinación de la pena.* Si pretendemos que la determinación de la pena sea uno más de los escalones de la imputación en la teoría del delito³⁷, podemos encontrar en este nivel constelaciones de exención o de

³³ Con razón, ESER insiste en el deber del tribunal de instancia de comprobar exactamente las posibilidades concretas con las que cuenta la persona en concreto para conocer la antijuridicidad, sobre todo cuando se trate de sujetos sin mucha formación; ESER, “Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihren Befehlgebern. Zu einem unbewältigten Problem bei der Bewältigung von DDR-Altaten”, en *Festschrift für Odersky*, 1996, págs. 337 y ss., sobre todo págs. 340 y ss. La sala segunda del Tribunal Constitucional en su sentencia de 24 de octubre de 1996 llegó a las mismas conclusiones (*BVerfGE*, 95, 96, 141 y ss.): “Desde luego, se podría objetar a la posibilidad de conocer la antijuridicidad más allá de toda duda que las autoridades de la República Democrática de Alemania hubieran ampliado las causas de justificación que tendría que amparar la conducta de los soldados encargados de la vigilancia de la frontera y que estos estuviesen informados. Pero no se puede dar por sentado que los soldados rasos conocieran medianamente los límites de los comportamientos delictivos y desde el punto de vista del principio de culpabilidad resultaría insostenible apoyar la contradicción manifiesta con el derecho penal de estos comportamientos de forma exclusiva en el dato —objetivo— de una lesión grave de los derechos humanos; y ello porque debe tenerse en cuenta si el soldado, en el caso concreto, estaba en situación de reconocer la antijuridicidad de su conducta en atención a su educación, adoctrinamiento y otras circunstancias. Desde este punto de vista, los tribunales penales no han tratado este hecho en el proceso”.

El BGH parece que sigue ahora esta línea en sus sentencias de 17 del 12 de 1995, 5StR 137/96; al respecto, vid. comentario de FROMME en *FAZ*, de 21 de diciembre de 1996.

³⁴ Respecto a la actuación no dolosa del instrumento, ver JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, parág. 62 II, 2 con otras referencias.

³⁵ Esta cuestión es resuelta afirmativamente por SCHUBART, “Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft”, en *SchwZStr*, 114, 1996, págs. 325 y ss.

³⁶ En este sentido, con más detalle *infra* III. 3.

³⁷ Esta cuestión se plantea en NAUCKE, *Strafrecht*, 7ª ed., 1995, parág. 7, margs. 304 y ss.

atenuación de la pena basada en el comportamiento de un tercero³⁸. Como ejemplos podríamos aludir a situaciones de provocación (en los casos del parág. 213 StGB) o de inducción (casos de “agente provocador”) del sujeto por parte de un tercero.

En estos casos, la *ratio* de la exención es evidente: cuando la intervención de una tercera persona no tiene tanto peso como para alcanzar el umbral de la exculpación pero ha influido de forma relevante en el sujeto activo en dirección al hecho, está justificado eximir al sujeto activo en atención a esta intervención. Y ello porque al sujeto no se le puede imputar todo el peso del hecho antijurídico y culpable; una parte de ese peso debe, en justicia, llevarlo el tercero.

III. FUNDAMENTOS

Mientras existe en el fondo unanimidad o, por lo menos, puede obtenerse de modo relativamente fácil, sobre los estadios de la imputación, en los que pueden ubicarse las diferentes constelaciones de casos en los que procede una exención de responsabilidad penal por la conducta de tercero, es mucho más complicado encontrar fundamentos que avalen esa exención. Sobre esos fundamentos no hay ninguna unanimidad, sino más bien al contrario existe una profunda discusión sobre la cuestión de por qué y cuándo está normativamente indicado eximir de responsabilidad a alguien porque una tercera persona haya intervenido en la producción del suceso prohibido.

Para tratar de esta cuestión, procedo seguidamente a expresar mi opinión indicando solo una serie de tesis provisionales, sin pretender ofrecer al respecto una tesis ya totalmente elaborada y segura.

1. *Relación entre el autor y el tercero.* Los fundamentos que justifican la exención de responsabilidad penal con base en una conducta de tercero deben basarse —y esta reflexión pueden servir de primer paso para una explicación fundada y susceptible de ulterior desarrollo— en la relación jurídica del autor con la persona cuya conducta incide en la conducta del autor. Pues una absolución penal “con base” en una conducta de tercero debe “basarse” —ya desde el punto de vista lógico y conceptual— en esa conducta de tercero. La potencialidad eximente y liberadora de responsabilidad que puede tener la conducta del tercero se dirige a la conducta del autor e incide en ella. Esta localización del fundamento justificante de la exención de responsabilidad penal en la relación jurídica

³⁸ En este nivel se tratará normalmente de atenuaciones y no de una exención total.

existente entre los distintos participantes me parece un punto de partida incluso forzoso para enjuiciar el fundamento jurídico de esta exención sobre la base de una conducta de tercero.

Solo a partir de este dato se puede determinar más detalladamente —por la misma vía y por una inferencia igualmente forzosa— la clase de relación que aquí viene en consideración.

2. *Ponderación.* Dado que de lo que, en última instancia, se trata es de eximir de responsabilidad penal al autor de un delito, la conducta de la tercera persona que incide en esa exención debe estar configurada de forma que una parte de la misma “soporte” la punibilidad del comportamiento que lesiona el bien jurídico.

Una exención de responsabilidad del autor “con base en” una conducta de tercero solo puede darse, cuando lo que conduce a una atenuación normativa en el autor, tiene un aspecto negativo que grava la conducta de la otra persona interviniente. Este aspecto negativo debe estar en una relación de adecuación con la exención del autor; ambos aspectos normativos deben estar relacionados. Con otras palabras, el peso criminal del hecho debe en parte ser soportado por la persona que ha intervenido como tercero en su realización. Exactamente ese peso que también recae sobre los hombros del autor, es el que determina según su importancia si el autor puede quedar exento o ser exonerado de responsabilidad penal.

Tanto la relación jurídica entre el autor y la tercera persona, como la determinación del equilibrio entre el momento que exige (al autor) y el momento que grava (al tercero), son lo suficientemente generales como para servir de base a una explicación sobre por qué y cuándo la conducta del tercero puede ser valorada como una exigente para el autor: No dependen del tipo del respectivo bien jurídico protegido (individual o universal), y tampoco presuponen una relación autor-víctima; pues también se pueden aplicar en delitos sin víctimas o con víctimas difusas.

3. *Distribución de autonomías.* Si se intenta, en tercer lugar, traer a un punto común las dos reflexiones anteriormente expuestas, se podría decir, que la escala, con la que se mide la exoneración de responsabilidad penal del autor de un delito, es idéntica al nivel de autonomía para determinar su conducta que tiene en relación con las otras personas intervinientes: tanto más pueda el autor determinar autónomamente su conducta frente a los otros intervinientes, tanto menos o más tardíamente (es decir, en una posterior categoría del delito) podrá quedar exento de responsabilidad criminal; tanto más intensivamente limita la tercera persona el mar-

gen de libertad del autor, tanto más merece este ser liberado del reproche de haber utilizado ese margen de libertad para actuar criminalmente³⁹.

Este criterio de imputación según la distribución de la determinación de acción entre el autor y el tercero interviniente conduce a resultados adecuados y corresponde también al principio de distribución justa de la responsabilidad cuando hay varios participantes, tal como se regula en los parágrafos 25 y ss. del Código Penal⁴⁰. Sobre todo la teoría de la autoría deriva su plausibilidad del principio de que la distribución de la imputación penal se debe regir por la distribución del dominio de la acción entre las personas actuantes⁴¹. Consecuentemente, no puede ser de otro modo cuando se trata de valorar la intervención de una tercera persona.

4. *Ejemplos.* A mi juicio, este principio de distribución justa también se puede ejemplificar de manera ilustrativa con ejemplos de intervenciones de terceros, como los ya expuestos anteriormente⁴²:

En el caso extremo de sometimiento de una persona dominada por una fuerza absoluta ejercida por otra persona, no puede hablarse de ninguna clase de autonomía de la persona dominada⁴³. Esta persona es solo cuerpo y objeto, y consecuentemente es justo imputar solo exclusivamente a la persona dominante todas las consecuencias juridicopenales ya desde el primer estadio de la imputación: la exención de responsabilidad del “autor” debe ubicarse, por tanto, en ese primer estadio. Si, por el contrario, la persona que actúa lo hace presionada o desorientada normativamente por un tercero, esto no constituye un dominio total, y es posible que pueda imputársele lo realizado —tanto más—, cuanto mayores sean sus posibilidades de decisión autónoma⁴⁴.

Los ejemplos pueden ir desde la complicidad y la autoría mediata hasta la coautoría. El principio que justifica la imputación y que también decide sobre el momento en que hay que hacer esa imputación, es decir, si esta debe realizarse “al comienzo” (por ejemplo ya en la tipicidad)⁴⁵ o “posteriormente” (por ejemplo en la culpabilidad)⁴⁶, depende del grado de

³⁹ De hecho este momento explicativo ha sido ya intuitivamente introducido y utilizado *supra* II.2.

⁴⁰ Una exposición en LACKNER, antes del parág. 25, num. marg. 4, 5.

⁴¹ Una exposición resumida en ROXIN, en *LK*, 10ª ed. (1978), num. margs.7 ss., 26 y ss.

⁴² *Supra* II. 3 a 8.

⁴³ Este grupo de casos fue comentado *supra* II. 3.

⁴⁴ Conforme al sistema de imputación secuencial expuesta en *supra* II. 4 a 8.

⁴⁵ *Supra* II. 4.

⁴⁶ *Supra* II. 6.

distribución de la formación autónoma de la decisión y del poder autónomo de acción entre la persona dominada y la dominadora.

Si se toma como ejemplo el caso de la orden antijurídica⁴⁷, el efecto eximente de dicha orden es, según el principio de distribución de la autonomía, tanto más tardíamente localizable sistemáticamente o tiene menor efecto eximente, tanto más pueda el inferior distanciarse y resistir objetivamente dicha orden y mayor sea, por tanto, su propia autonomía y poder de acción en la concreta situación. Consecuentemente, este principio no puede regir de otro modo en el caso del llamado agente provocador⁴⁸ o de los confidentes policiales, respecto a los que siempre se plantea la cuestión de si la persona que es inducida por otra puede ser exculpada⁴⁹ o solo beneficiarse de una atenuación en el marco de la determinación de la pena⁵⁰. Para resolver esta cuestión entre exención total o simple atenuación de la persona que actúa bajo la influencia de otra, el criterio decisivo que hay que aplicar es el grado de dominio cognitivo y volitivo que tiene esta persona influida frente a la persona que la influye y el grado de autonomía que la que queda a la persona influida.

Finalmente, se pueden también explicar de forma convincente con el citado principio las oscilaciones que existen en la moderna dogmática de la imputación en el caso de participación de varias personas⁵¹.

Conforme a los conceptos elaborados por esa dogmática, resumidamente expuestos, el criterio para resolver los problemas que plantean las estructuras jerárquicas de poder y las decisiones que se toman en equipo a la hora de hacer una imputación penal en caso de varios participantes no debe ser ya el principio de "proximidad con el hecho" dentro de la jerarquía, sino más bien la posibilidad real de formar autónomamente la propia decisión y de llevarla hasta sus últimas consecuencias⁵². De esta forma, la dogmática de la imputación se aproxima a las circunstancias realmente existentes de poder y de dependencia entre los distintos participantes.

El criterio mantenido anteriormente por la dogmática de la imputación de comenzar la imputación misma por el grado de proximidad con el hecho⁵³, no realiza, en cambio, el principio de la distribución de la autono-

⁴⁷ *Supra* II. 5. 7.

⁴⁸ *Supra* II. 8.

⁴⁹ *Supra* II. 6.

⁵⁰ *Supra* II. 8.

⁵¹ Sobre ello, véase la exposición crítica en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 1995, págs. 170 y ss.

⁵² BGHSr, 37, 106, 113 y ss., 123 y s.; 40, 218, 236 y ss.; 40, 307, 316 y s.

⁵³ Cfr., p. ej., KÖHL, AT, 1994, parág. 20, num. marg. 4 y ss.

mía, sino el del derecho penal de hecho y de resultado, que impone comenzar los grados de imputación por el resultado descrito en el tipo. Este principio de imputación lleva necesariamente a dificultades normativas, cuando, como sucede en nuestros casos, se trata de repartir correctamente en caso de distinta distribución del poder autónomo de acción las barreras de la imputación criminal.

IV. LÍMITES

Como ya se ha indicado⁵⁴, la forma consecuente y correcta de fundamentar la exención de responsabilidad penal de quien ha realizado un delito bajo el influjo de un tercero, es utilizar la lógica y los resultados de la teoría del dominio del hecho, distribuyendo la imputación penal entre los participantes conforme al criterio de distribución de posibilidades de decisión autónoma y realización autónoma de las metas. Solo así pueden hacerse fructíferas importantes partes de la dogmática tradicional de la imputación.

1. *Fundamentación y delimitación.* Estos criterios de la dogmática tradicional no pueden, sin embargo, ser trasladados sin más. Los problemas que plantea la conducta de terceros son, en efecto, más complejos que los problemas de la participación.

A diferencia de lo que sucede con la adecuada diferenciación de los diferentes supuestos de participación, que constituye el objeto central de las teorías del dominio del hecho, en el ámbito de la dogmática de la "conducta de tercero como factor de exención de la responsabilidad" hay otro problema básico que no se presenta —o por lo menos no de esta forma— en el caso de la distribución adecuada de las cuotas de participación, en los que de lo que se trata es de llevar a cabo esta distribución y de fundamentarla conforme a los preceptos que regulan en los párrafos 25 y siguientes del Código Penal alemán la participación en el delito. El problema específico que plantea la exoneración de responsabilidad del autor por conducta de un tercero es que adicionalmente tiene que ocuparse de los límites de esta exoneración, una vez que se ha conseguido claridad sobre los fundamentos de la misma⁵⁵.

La dogmática de la participación no tiene nada que ver con tales problemas de delimitación. Este problema solo surge justamente cuando la participación de una tercera persona puede tener un efecto exonerante de

⁵⁴ Sobre todo *supra* III. 3.

⁵⁵ Discutidos precisamente en *supra* III.

responsabilidad del tipo de los casos que venimos analizando aquí. Este efecto exonerante no puede ser en principio completamente ilimitado, porque de lo contrario otros intereses fundamentales del derecho penal podrían ser dañados. La exoneración de responsabilidad de un sujeto constituye siempre un retroceso de la protección que ofrece el derecho penal; los límites de la exoneración —cualquiera que sean luego las particularidades que haya que determinar— son, en todo caso, un problema, al que no puede sustraerse la dogmática que se ocupa de la posible exención de responsabilidad penal de alguien con base en la conducta de un tercero. Una teoría completa que se ocupe de este problema del efecto exonerante de la conducta de tercero debe, por tanto, aportar más que una teoría completa de la participación; pues no solo tiene que aclarar los fundamentos, sino también los límites (de la exoneración).

El principio tan útil⁵⁶ de la distribución de la autonomía como fundamento de la exoneración de responsabilidad con base en la conducta de tercero no es teóricamente idóneo como límite de esa exoneración. No puede reflejar por qué, ni dónde hay que poner un límite a la exoneración. Se limita al ámbito interno entre el autor y el tercero y responde a la cuestión de la distribución correcta. Pero la cuestión de los límites de la exoneración excede este ámbito interno; aquí no se trata ya de una distribución adecuada entre varios intervinientes en un hecho, sino de si es adecuado eximir de responsabilidad al autor de un hecho delictivo.

Cuando de lo que se trata es de esta cuestión de la exoneración del autor, debe encontrarse, por tanto, un principio que se oponga específicamente al principio de distribución de la autonomía. Esta oposición no consiste en otra cosa que en la diferencia existente entre fundamento y límite.

2. *Protección de bienes jurídicos y validez de la norma.* Se podría describir este principio limitador con el interés que tiene el derecho penal en la protección de bienes jurídicos o en la vigencia de sus normas⁵⁷. Su contenido debe ser en efecto⁵⁸ —ya que se trata de dar la base teórica de un límite— que no todos los casos en que hay una intervención de tercero

⁵⁶ Sobre ello *supra* III. 3.

⁵⁷ Considero que esta reflexión se aproxima a la idea de LENCKNER (*Der rechtfertigende Notstand*, págs. 113 y ss.) de tener en cuenta a la hora de delimitar las respectivas esferas de dominio en casos de estado de necesidad también la "protección de la paz jurídica general", el mantenimiento de la paz jurídica y la seguridad jurídica. En ambos casos se trata de consecuencias dañosas para el ordenamiento jurídico general por ilimitadas exoneraciones en casos concretos.

⁵⁸ Véase sobre ello *supra*, II. 1.

esta debe conducir a una exoneración del autor y que debe además realizar la idea ya desarrollada⁵⁹ de que los límites de la exoneración no se pueden explicar por el principio de distribución de autonomía.

La negativa del derecho penal a exonerar de responsabilidad a un sujeto que ha realizado un hecho delictivo con base en la conducta de un tercero, se puede explicar diciendo que esa exoneración —aunque pudiera ser legítima desde el punto de vista del principio de la autonomía— supone una amenaza para la protección de los bienes jurídicos o la vigencia de la norma. Esta amenaza es una constante específica en todos los casos de exoneración de un sujeto con base en la conducta de tercero, y, por tanto, deben determinarse específicamente los límites de esa exoneración en tales casos⁶⁰. Se trata en efecto de la cuestión de si una —por lo demás bien fundada— renuncia a la imputación penal puede aceptarse, o si, por el contrario, dicha renuncia entra en contradicción con otros principios del derecho penal. Estos principios deben ser de tal clase que impulsen más a la intervención del derecho penal que a su retirada, de forma que, analizados en conjunto, pretendan sobre todo una función protectora. Estos son los principios de protección jurídica y de vigencia de la norma⁶¹.

Seguidamente, de la mano de tres ejemplos, voy a explicar qué significan estos principios más concretamente.

3. *Accesoriedad administrativa*. La accesoriedad administrativa a la que ya antes nos hemos referidos brevemente⁶² es probablemente uno de los temas que más hay que tener en cuenta en el ámbito del moderno derecho penal⁶³. Como ya he puesto de relieve en otra ocasión⁶⁴, el moderno derecho penal se caracteriza porque el injusto penal no se concentra ya —como sucedía en el derecho penal referido a sectores básicos— en bienes jurídicos perfectamente delimitables, claramente visibles para todos los ciudadanos y fáciles de definir y comprender; sino que más bien describe una forma de injusto que se caracteriza por referencias a bienes jurídicos genéricos, vagos y universales que no se deducen directamente

⁵⁹ *Supra*, IV. 1.

⁶⁰ Expuesto en *supra* III.

⁶¹ Expresamente sobre esta relación, véase HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia 1993, págs. 102 y ss.

⁶² *Supra* II. 4.

⁶³ Véase FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, 1993.

⁶⁴ Véase *supra*: Viejo y nuevo derecho penal.

de las normas juridicopenales⁶⁵. Cuando son los funcionarios administrativos los que deciden donde están los límites del injusto penal, se conmueven importantes tradiciones del derecho penal.

Esta irrupción del poder ejecutivo en la concreción del injusto penal significa —como sucede por ejemplo en el derecho penal del medio ambiente— que la protección que brinda el derecho penal viene condicionada por las autorizaciones que pueda dar el poder ejecutivo. En tales casos, el derecho penal no está ya en situación de determinar de forma precisa y definitiva su propia vigencia y los límites de esa vigencia. Los funcionarios administrativos que actúan como terceros que pueden exonerar de responsabilidad penal a quien “propiamente” realiza un tipo penal, amenazan en realidad la vigencia de la norma, en la medida en que tienen la capacidad de decisión del caso penal y concretan la vigencia de esa norma. Y en la medida que en virtud del derecho aparecen como la instancia dentro de cuya competencia está la determinación detallada del injusto penal, suponen una amenaza general para la vigencia de las propias normas penales, incluso más allá de lo que supone la respectiva decisión del caso concreto.

Este ataque a la vigencia de las normas penales es fomentado actualmente incluso legislativamente, y es apoyado también por la jurisprudencia y por una parte importante de la doctrina penal⁶⁶. Desde el punto de vista de la vigencia de la norma y de la protección de los bienes jurídicos, este procedimiento significa una lesión de los límites de la exoneración por conducta de tercero.

4. *Estado de necesidad por coacción*. No se acepta, en cambio, el segundo grupo de casos que aquí se ha expuesto como ejemplo relativo a supuestos de estado de necesidad por coacción. En este tema hay unanimidad en que no puede admitirse una causa de justificación, aunque haya importantes razones en la determinación del injusto penal que hablen en favor de una exoneración ya en el ámbito de la antijuricidad⁶⁷.

Los argumentos que con razón se esgrimen contra una tal exoneración ya en la determinación del injusto, son claros y fácilmente entendibles, pero no se pueden explicar solo con el principio del dominio del hecho o

⁶⁵ También JENNY/KUNZ, *Bericht und Vorentwurf...*, págs. 48, 50 y ss., proponen una vinculación del tipo de bien jurídico protegido en el derecho penal del medio ambiente con la accesoriadad administrativa.

⁶⁶ Sobre el estado del derecho penal medioambiental en Alemania, véase KUHLEN, *Umweltstrafrecht in Deutschland und Österreich*, 1994, págs. 104 y ss.

⁶⁷ *Supra* II. 5.

de la distribución de autonomías: la víctima debe mantener la posibilidad de defenderse legítimamente ante el que actúa en situación de coacción, y de algún modo debe poder excluirse que el "autor" y el tercero interviniente perjudiquen la protección de bienes jurídicos y la vigencia de la norma de tal modo que la acción pierda su carácter de injusto en atención al "instrumento" que actúa coaccionado. La protección de bienes jurídicos y la vigencia de la norma excluyen en todo caso que bajo estos presupuestos una acción lesiva pueda aceptarse como justificada, aun cuando el sujeto que actúa directamente no disponga prácticamente de ninguna posibilidad de oposición autónoma.

El sistema penal realiza aquí un cambio desde las perspectivas del agente a las perspectivas de la víctima o, en su caso, de la norma prohibitiva, considerando que esta última es la decisiva⁶⁸. De esta forma marca un límite a la exoneración del sujeto que actúa bajo la influencia de otra persona, justificando ese límite por el interés en la protección de bienes jurídicos y en la vigencia de la norma.

5. *Error de prohibición inevitable*. El tercer ejemplo de límite a la exoneración de responsabilidad conforme a los principios de protección de bienes jurídicos y validez de la norma es menos concluyente que los otros, pero tiene una cierta plausibilidad. Se trata de saber las razones por las que se imponen tan altas exigencias a la hora de apreciar un error de prohibición inevitable⁶⁹. La jurisprudencia aplica mayores exigencias a la hora de apreciar la evitabilidad de un error de prohibición que cuando se trata de valorar la lesión del deber de cuidado en el caso de la imprudencia⁷⁰. Así, exige un mayor esfuerzo de conciencia del sujeto, que este haya empleado todas sus fuerzas y representaciones morales⁷¹, y ni siquiera en casos en los que el sujeto se ha procurado una información sólida considera que el error debe exculpar⁷².

⁶⁸ Análogamente, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, pág. 117.

⁶⁹ Extensa y críticamente comentado en MAURACH/ZIPF, *AT*, 1, 7ª ed., 1987, parág. 38, num. margs. 37 y ss., (hay traducción española, publicada en Argentina, Buenos Aires 1995).

⁷⁰ *BGHSt.*, 4, 236, 237, (parág. 2º), 242 y s.

⁷¹ Especialmente representativa, *BGHSt.*, 2, 194, 201 y s.

⁷² Esta dogmática del error despierta de vez en cuando la impresión de que concibe de forma totalmente equivocada el mundo vital normativo de la persona que actúa erróneamente: La cuestión de la evitabilidad no se responde conforme a las posibilidades reales de la persona concreta de poder conocer lo correcto, sino conforme a expectativas abstractas sobre una "persona social" imaginada. Desde hace tiempo vengo exigiendo que en el juicio sobre la evitabilidad se tengan en cuenta también la normas con las que el individuo vive; véase la voz *Irrtum* (error) en: A. GÖRTLITZ (ed.), *Handlexicon zur Rechtswissenschaft*, 1972, págs. 200 y ss., 204 y ss.

Este estricto manejo de deberes de información y esta desconfianza frente a una información específica sobre la situación jurídica, me parece también un límite a la exoneración juridicopenal por conducta de tercero, explicable desde la vigencia de la norma. Este límite se podría también concebir en el sentido de que debe impedírsele en todo caso por ejemplo a un asesor fiscal que asesore incorrectamente, provocando o facilitando una lesión jurídica o de un bien jurídico, al inducir a error a la persona asesorada —aunque ello se deba también a que esta no ha puesto todo el cuidado en obtener una adecuada información.

También la reflexión basada en la sociología del derecho penal de que el sistema debe impedir en todo caso una aceptación masiva del error de prohibición inevitable, podía suministrar una explicación a esta línea jurisprudencial: todo error de prohibición inevitable es en efecto un ataque directo a la vigencia fáctica de la norma; aquí se le achaca a la norma penal en todo caso, que no ha podido transmitir sus mandatos o prohibiciones a quienes deben observarlas, aceptarlas u obedecerlas. El error de prohibición inevitable debe, por tanto, seguir siendo en la praxis del derecho penal un supuesto raro.

Si se resumen todos estos grupos de casos, se puede deducir de ellos como conocimiento general que una exoneración penal con base en conducta de tercero solo se puede imponer fácticamente, cuando a través suya no se pone en cuestión la existencia de dos presupuestos irrenunciables: la vigencia normativa y la protección de bienes jurídicos.

CAPÍTULO IX

LA POLICÍA EN EL ESTADO DE DERECHO*

I. DEDICATORIA

En la tradición del nuevo derecho penal europeo, así como en la filosofía y práctica políticas, GEORG-ALEXANDER MANGAKIS supone un rompimiento, profundo en sus fundamentos y valiente en la práctica, a favor del Estado liberal de derecho. Su condena a una larga pena de prisión por su resistencia a la violencia estatal, dictada por un tribunal militar griego y su constante aportación a la política democrática de Grecia avalan su filosofía acerca de la relación indisoluble entre el derecho europeo y la libertad.

Esta filosofía se plasma en su emocionante “Lección desde la cárcel”, que MANGAKIS envió a los estudiantes de la Universidad de Heidelberg como “Lección en la distancia”, en respuesta a la invitación recibida por la Facultad de Derecho de esa Universidad en el año 1971¹. En esta lección, no se limita a una explicación conceptual y sistemática de la relación entre *derecho y libertad*. Más bien se refiere a las condiciones bajo las que el derecho a la libertad se puede dar y sin las cuales es imposible su existencia.

El derecho concede el espacio en el que la libertad se puede materializar dentro del ámbito social² siendo la libertad el presupuesto de la “personalidad autorresponsable basada en la ética”³. El poder punitivo del Estado debe estar “inspirado por el respeto, lo más profundo posible, hacia los seres humanos y su libertad”⁴ y esto acarrea consecuencias para

* Traducción de María del Mar Díaz Pita Francisco Muñoz Conde.

¹ MANGAKIS la publicó en *Festschrift für Bemann*, 1997, págs. 63 y ss., el título “Una lección desde la cárcel”.

² *Ibid.*, pág. 64.

³ *Ibid.*, pág. 65.

⁴ *Ibid.*, págs. 65 y ss.

el jurista: MANGAKIS lo ve como un “protector de las instituciones de la libertad”, a cuya “conservación, construcción e integración” está obligado⁵.

Es este *ethos* de la libertad y la relación filosófica entre *derecho* y *libertad* con todos sus presupuestos dentro del ámbito de un “Estado compuesto de seres libres en su quehacer cotidiano”⁶, lo que me anima a dedicar a MANGAKIS mis reflexiones acerca del papel de la policía en un Estado de derecho⁷: en relación con un objeto más o menos concreto y desde luego actual, he intentado a mi manera describir la libertad y sus presupuestos desde la perspectiva del derecho y, a partir de ahí, extraer consecuencias para el quehacer cotidiano, que pueden coexistir aún con las tradiciones europeas.

II. POSICIONES

1. *El monopolio estatal de la violencia.* El Estado moderno aparece con el equipaje de la violencia legítima y legal en sus manos a la vez que impone la prohibición de cualquier otro uso de la misma. Este monopolio estatal de la violencia⁸ es un presupuesto necesario para una política a largo plazo y orientada a unos determinados objetivos. Además, es también el presupuesto de un ordenamiento jurídico al que todos están sujetos y con validez real, al que los poderosos están subordinados y que puede y debe obligar a cualquiera. Sin monopolio estatal de la violencia no hay derecho y sin derecho no es posible la protección de los más débiles.

El monopolio estatal de la violencia existe en la medida en que se pueda afirmar su existencia desde una perspectiva fáctica; su justificación teórica, su reconocimiento básico en la sociedad son sin embargo insuficientes. Este monopolio debe tener la capacidad, en caso de conflicto, de quebrar una voluntad rebelde y someterla a la voluntad estatal. Y ello debe ser válido para cualquier voluntad, independientemente de lo poderosa, reconocida o amplia que sea.

Pero, con ello todavía no se ha dicho nada sobre su legitimidad concreta y sobre la justificación de la fuerza utilizada en un caso concreto.

⁵ Ibid., pág. 66.

⁶ Ibid., pág. 66

⁷ Estas reflexiones fueron expuestas el 14 de septiembre de 1998 en el Congreso federal del Sindicato de la Policía (GdP) que tuvo lugar en Bremen. El diario *Frankfurter Rundschau* lo publicó de forma resumida en su edición de 17 de septiembre de 1998.

⁸ Encontramos una concreción del concepto, en relación con la actividad de la policía en Busch et. al., *Die Polizei in der Bundesrepublik*, 1988, págs. 37 y ss.

Esta fuerza puede convertirse en terror⁹. Pero la posibilidad de que el terror se esconda tras la máscara del monopolio de la violencia no modifica nada en el hecho de que sin este monopolio y sin esta fuerza estatal, nuestra vida en sociedad se disolvería en el caos y la opresión.

Resumiendo, el monopolio estatal de la violencia no es una condición suficiente pero sí necesaria para un orden justo de la sociedad; la fuerza estatal por sí sola no construye un orden jurídico pero, sin la fuerza estatal este orden no es posible, como tampoco lo es una protección a través del derecho.

2. *La policía.* La policía es, por encima de todo, el brazo del monopolio estatal de la violencia. Sus acciones y sus omisiones deciden, en buena parte, sobre lo bueno y lo malo de la seguridad interna, sobre el éxito de una sociedad civil y sobre la protección de los ciudadanos en el caso concreto. Por ello se dirigen hacia ella no solo las expectativas de los que necesitan a diario seguridad sino también las de los que desean un orden justo en la sociedad.

La policía no es solo una herramienta en manos de otros, un órgano de seguridad o un instrumento de integración. La policía es también la medida de la mezcla exacta entre fuerza y libertad en un Estado y una época determinados. La policía ocupa un lugar central estratégico en el que se reúnen las experiencias cotidianas de situaciones de amenaza y situaciones de seguridad que todos hemos tenido.

Esta interpretación de la policía la podemos estudiar sin problemas y reconstruir de nuevo a partir de su evolución histórica.

Cuando en el siglo XV —con el desarrollo de las ciudades, los nuevos escenarios de situaciones peligrosas y el derrumbamiento de las formas de vida vigentes hasta entonces— surge el concepto de “Policey”¹⁰, dicho concepto no hacía alusión, como hoy, a una institución sino a un estado de cosas: nada más y nada menos que un orden correcto de la comunidad, las personas y los bienes dentro de un Estado.

Ello significa tres cosas: “La policía” representa, al comienzo de su carrera como institución en la época moderna, la imagen de una sociedad

⁹ “El derecho penal... está siempre expuesto al peligro de abandonar su misión como protector de los valores de nuestra cultura de vida en manos de un detentador arbitrario de la fuerza, con la posibilidad de verse degradado a mero instrumento de represión. Es entonces cuando su aplicación en algunos casos pasa a ser el peor de los delitos imaginables...”. MANGAKIS, *Eine Vorlesung aus dem Gefängnis*, ob. cit., pág. 65.

¹⁰ STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. I (1600-1800), págs. 369 y ss., con abundantes referencias y particularidades.

organizada de forma justa (1); y ese orden justo no se debe exclusivamente al Estado (2); sino también a todas las personas que viven en esa sociedad (3). Esa comprensión de la “buena policía” permanece mucho tiempo inalterada. VON JUSTI, investigador de temas relacionados con la policía de mitad del siglo XVIII, lo expresa así: “La policía es, por consiguiente, una ciencia que organiza la constitución interna de un Estado de tal manera que el bienestar de cada familia y el bienestar general estén unidos y relacionados de forma clara y estable”¹¹. Esta es realmente una definición preciosa: lo abarca todo y se dirige a los aspectos positivos.

El hecho de que un orden justo no solo abarca la generalidad representada por el Estado (2) sino a cada uno en particular (3) resulta en realidad obvio para un orden jurídico como el nuestro que proclama en el artículo 1º de la Constitución el carácter inviolable de los derechos humanos. Sin embargo, el hecho de que la “policía” se refiera al estado de una sociedad organizada de forma justa (1) merece una reflexión renovada que haremos posteriormente¹².

III. FUNCIONES

1. *Decoro y limpieza*. En lo que se refiere a las funciones que se le atribuyen a la policía también la historia es rica en ejemplos. Puesto que, originariamente, no se entendía por policía una institución sino un estado de cosas en una sociedad ordenada de forma justa¹³, no queda más remedio que completar esa imagen con todos los colores que deben adornar un orden semejante. Las tareas de la policía eran como una carta a los reyes magos, en la que se escribían todos los sueños sobre una vida feliz. Así, la ciencia policial de mitad del siglo XVIII proclama que la policía es “una ordenación de todo aquello que se refiere a las necesidades y comodidades de la vida, al bienestar, al decoro, a la limpieza, el orden y el mantenimiento de las ciudades, los pueblos, etc.”¹⁴.

Incluso quien mirase con recelo esta descripción de las tareas de la policía que acabamos de citar en el marco del monopolio de la violencia estatal, debe ahora aceptarlas. Comodidad, decoro y limpieza son, desde

¹¹ JOHANN HEINRICH GOTTLOR VON JUSTI. *Die Grundfeste zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten: oder ausführliche Vorstellung der gesamten Policey-Wissenschaft*, vol. 1, 1760 (reimpresión Aalen 1965, parag. 3.

¹² Ver *infra* V.2.

¹³ Referencias *supra* II.2.

¹⁴ Citado en PREX. *Polizeibegriff und Staatszwecklehre. Die Entwicklung des Polizeibegriffs durch die Rechts und Staatswissenschaften des 18. Jahrhunderts*, 1983, pág. 128.

luego, condiciones que empiezan a ser valiosas y deseadas justo hoy, en las estaciones de tren, en las paradas de metro o en los estadios de fútbol. Pero ¿se le puede exigir todo esto a la policía, teniendo la completa seguridad de que va a fracasar en tareas tan difusas, cuando todos estos espacios públicos siguen estando sucios y desordenados a pesar de los esfuerzos policiales, cuando la policía no puede hacer absolutamente nada, dentro de sus posibilidades?

Una cosa es la ciencia policial y otra la práctica policial. La ciencia puede advertir de muchas cosas, y seguir escribiendo la carta a los reyes magos. Pero la práctica no puede transformarlo todo. En cualquier caso, a partir del momento —y eso ya lo hemos superado— en que la ciencia se ha puesto en ridículo por su alejamiento de la realidad y la práctica se ha estrellado contra la pared por habersele atribuido demasiadas tareas o tareas equivocadas, no deberíamos volver a la idea de exigir de la policía que mantenga la limpieza y el decoro¹⁵, aun cuando haya algunos que opinen de otra manera¹⁶. Resumiendo: tanto desde el punto de vista teórico como práctico, a la policía le interesa mantener sus funciones, proponerse lo que sea capaz de llevar a cabo y no sobrepasar los límites.

La cuestión que se plantea es ¿cuáles son las funciones de la policía?

2. *El Estado de derecho*. El Estado de derecho, o sea, esa figura decidida a ejercer su monopolio de la violencia siguiendo los dictados de la ley y a intentar que los afectados se vean lesionados lo menos posible, se ha propuesto —como ya lo hizo su inmediato antecesor— delimitar y trabajar sobre las funciones de la policía. Ello nos conduce a dos consecuencias: una precisión y una complicación de las funciones de la policía¹⁷.

a) *Precisión*. La precisión es la siguiente: desde el derecho común general para los Estados prusianos (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), de 1794, pasando por la filosofía política de la Ilustración, las reformas prusianas (*preussische Reformen*), la jurisprudencia primera de los tribunales administrativos hasta la ley prusiana de policía administrativa (*Preussisches Polizeiverwaltungsgesetz*) de 1931, las funciones de la policía se vienen formando y modelando¹⁸. En este proce-

¹⁵ En referencia a esta evolución, con una opinión parecida a la aquí mantenida, LISKEN, *Für eine demokratische Polizeiverfassung*, en ZRP 1998, págs. 270 y ss.

¹⁶ Al respecto, *infra*, V.2.

¹⁷ Una visión general sobre las funciones de la policía en GUSY, *Polizeirecht*, 2ª ed., 1994, párg. 3, marg. 74 y ss.

¹⁸ Particularidades y referencias las encontramos en BOLDT, en LISKEN/DENNIGER (ed.), *Handbuch des Polizeirechts*, 2ª ed., 1996, A.II.

so, las funciones policiales pierden parte de sus “arabescos”, como el mantenimiento del “decoro y la limpieza” y permiten descubrir más claramente cuál es el núcleo de las mismas: seguridad y orden públicos, prevención de peligros, relacionados con la generalidad y con los individuos en particular dentro del ámbito de la ley vigente. Una precisión que se ha convertido ya en clásica.

Algunos países van todavía más allá en sus leyes de policía e incluyen también la protección del orden público¹⁹. A los nazis no les gustaba esto. Los nazis necesitaban a la policía como un arma para cualquier objetivo, siempre que se dejara manejar como un instrumento para la defensa de intereses partidistas; por ello no estaban interesados en menudencias conceptuales y limitaciones sistemáticas²⁰.

No hace falta que aquí nos ocupemos de casos particulares; lo que podemos aprender de la norma general es lo siguiente: desde que la policía pasó de ser el estado idílico de una sociedad justa²¹ para convertirse en una institución armada dentro del ámbito del monopolio estatal de la violencia y desde que se ha comprendido que el Estado —el Leviathan²²—, dispuesto y legitimado para utilizar la violencia, tiene que atenerse a las reglas del Estado de derecho para su puesta en práctica, las funciones de la policía se han convertido en un tema principal dentro de la teoría del Estado.

Puesto que el Estado pone en práctica su monopolio de la violencia a través sobre todo de la policía²³, las funciones de esta son el blanco perfecto de las críticas. Estas funciones se deben formular sin perder de vista en ningún momento los intereses de los afectados y atendiendo de forma precisa al control de la práctica estatal de la violencia; y ello porque atribuciones demasiado amplias tienden a ocupar efectivamente el campo que se les abre y porque un derecho de intervención descrito de forma excesivamente vaga permite demasiado —y de forma demasiado dudosa—.

Esta es la primera parte del mensaje de un Estado de derecho a su policía.

b) *Complicación*. La segunda parte es el resultado de una complicación de las funciones de la policía. Esta segunda parte también es la con-

¹⁹ Referencias *ibid.* (DENNINGER, E.I.2.b.).

²⁰ Particularidades y referencias *ibid.* (BOLDT, A.III.2.).

²¹ *Supra*, II.2.

²² Haré referencia a esta figura en *infra* IV.2.c.

²³ *Supra*, II.1.

secuencia necesaria del hecho de que la policía ejercita el monopolio de la violencia en el Estado moderno; por ello ocupa el centro del mismo²⁴ y comparte su destino.

Por decirlo brevemente: la violencia de un Estado de derecho se sitúa en el campo de tensión entre la garantía de las libertades y la amenaza de las mismas. Dicho de otro modo —en relación con la policía—: la policía, en una manifestación contra la utilización de la energía nuclear, debe, al mismo tiempo, proteger a los Castor^{*} y proteger el derecho fundamental a la libertad de reunión. Ello es complicado y casi contradictorio, no solo en la formulación sino en el fondo de la cuestión. Pero no existe una alternativa más cómoda para este problema.

Ciertamente la garantía de las libertades y la amenaza de las mismas son cuestiones, en un Estado de derecho, que, reciben un tratamiento diferenciado por parte de la policía: ciertamente, la política en materia de seguridad y la política en materia de justicia constituyen, con razón, ámbitos separados de la violencia estatal que representan posiciones diferenciadas frente a la libertad. Y ciertamente, la labor central de la policía consiste en la prevención del peligro y la protección de concretos bienes jurídicos y por ello, también, es la policía la primera instancia relacionada con la limitación de las libertades ciudadanas.

Sin embargo, resultaría ingenuo pensar que con esta serie de distinciones la tensión entre la garantía de las libertades y la amenaza de las mismas queda resuelta; o, en concreto, que la labor de la policía debe reducirse a la limitación de las libertades y no a su construcción.

Esta afirmación resultaría errónea por el hecho de que cualquier limitación de las libertades en un Estado de derecho, llevada a cabo por la policía, está únicamente justificada en la medida en que esta limitación sea necesaria para la protección de aquellas: en un Estado de derecho como el nuestro, no se puede producir una limitación de la libertad que no encuentre su fundamento en la garantía de la misma. Asumir que la única labor de la policía consiste en limitar las libertades también sería erróneo porque la policía en un lugar determinado, ante una situación concreta de conflicto y ante un peligro inminente debe decidir sobre la marcha acerca de los límites de la libertad, porque si no lo hace, nadie lo

²⁴ *Supra*, II.1.

* N. de los T.: los Castor son los transportes ferroviarios de material radiactivo, cuyo paso por el territorio alemán suele ser respondido por manifestaciones de grupos ecologistas. La mayor de ellas tuvo lugar en el verano de 1998, al descubrirse que estos depósitos habían registrado fugas en varias ocasiones.

hará. En estas situaciones, a la policía no le queda otra salida que ponderar, en el caso concreto, de una parte, el ataque a la libertad y, de otra, la posibilidad de protegerla. Por tanto, la policía siempre está relacionada con ambas: la limitación y la protección de la libertad.

Por consiguiente, los esfuerzos de esta institución en los últimos decenios, orientados a una formación continuada en las nuevas tecnologías, a reconocer, de forma más sensible, la línea divisoria entre la gravedad de los ataques y la forma de calmar un conflicto, a aprender a ser capaces de comunicarse y a combatir el estrés²⁵ no son cuestiones meramente tácticas, sino mucho más. Todos estos pasos constituyen también los presupuestos para garantizar las libertades. Y también representan el intento de determinar y limitar de forma más sutil los ataques a la libertad, que, en interés de la misma, resultan necesarios en cada ocasión. Ello se nota cuando este intento fracasa, es decir, cuando la medida justa de la intervención deja paso bien a la inactividad, bien al ejercicio de la violencia. En estos casos, no solo se producen lesiones físicas o daños en las cosas; lo que sobre todo resulta dañado es el respaldo al Estado de derecho y a su policía.

En resumen, la policía actúa en el campo de tensión existente entre la garantía de los derechos fundamentales y las limitaciones de los mismos; y esa tensión la tiene que administrar.

IV. EXTENSIONES

1. *Miedo al peligro y atrofia de las normas.* Vivimos en una época en la que la seguridad se ha convertido en uno de los grandes temas²⁶. Incluso fuera de las campañas electorales no hay una causa común más defendida en este momento que la lucha contra la criminalidad y la defensa contra otros ataques a la seguridad ciudadana. De este fenómeno se nutre la policía y a la vez la coloca en una situación de presión; por una parte le concede cada vez más peso específico y por otra hace crecer las expectativas sobre la misma.

En mi opinión, vivimos cada vez más pendientes de un sentimiento de inseguridad y amenaza. El desconocimiento del futuro pertenece a la

²⁵ Sobre la actividad cotidiana de la policía desde el punto de vista informativo vid.: *Neue Kriminalpolitik*, núm. 4 de 1996, págs. 26 y ss. y 28 y ss.

²⁶ Encontramos una clasificación de esta evolución desde un punto de vista político y sociológico (criminal) en STEINERT (págs. 38 y ss.), CREMER-SCHÄFER (págs. 43 y ss.), y KERSTEN/STEINERT (págs. 47 y ss.), e *Neue Kriminalpolitik*, 1993.

historia del género humano; el temor al futuro, por el contrario, es uno de los caracteres de nuestra época²⁷.

En cuestiones que exceden a nuestra esfera privada, nos ponemos en lo peor: en relación con el desarrollo económico, con el lugar de trabajo y los puestos de trabajo, la estabilidad de la moneda, la inmigración de extranjeros, la violencia entre los jóvenes y los niños, la violencia contra niños y ancianos, el consumo de drogas, la crisis energética y alimentaria, la contaminación del medio ambiente, la criminalidad organizada y la criminalidad de todos los días, los peligros derivados de la energía nuclear y de las alteraciones genéticas que afectan tanto a personas como a animales. La proximidad de estos riesgos no es la misma para todos, dependiendo, en cualquier caso, de la edad, la formación, la situación económica o la posición política de cada persona. Pero lo que sí es común a todos es el sentimiento de que este mundo está amenazado por peligros omnipresentes pero difícilmente calculables, peligros que nos afectarán a todos sin que podamos dominarlos y que cuando se materialicen tendrán efectos devastadores: nadie puede afrontar estos peligros con racionalidad.

La cuestión se complica además si tenemos en cuenta que este sentimiento de amenaza no refleja la realidad. Está demostrado que la apreciación de la situación general no tiene mucho que ver con la valoración personal de cada uno o que el temor a ser la víctima de una acción criminal tampoco tiene mucho que ver con la probabilidad objetiva, basada en datos estadísticos, de que esto ocurra²⁸.

Ello no significa que podamos llegar a la tranquilizadora conclusión de que estamos ante las consabidas irracionalidades a las que no es preciso prestar atención. De ningún modo: esas irracionalidades tienen un componente real y por ello, son la base y el punto de partida sobre las que se asientan las vivencias y acciones cotidianas, sociales y políticas de los ciudadanos, por ejemplo, a la hora de votar. No solo los políticos se han dado cuenta de ello hace mucho tiempo. El que desprecia el lado irracional no actúa racionalmente; lo racional es asumir la irracionalidad y trabajar

²⁷ Los últimos datos los encontramos en MONIKA ZIMMERMANN, *Der Bürger: Neue Selbständigkeit und ein neues Verhältnis zum Staat? Einstellungen und Erwartungen in der Bevölkerung*, en HILTERHAUS/SCHLOZ (ed.), *Rechtsstaat-Finanzverfassung-Globalisierung. Neue Balance zwischen Staat und Bürger*, 1988, págs. 171 y ss.

²⁸ Encontramos mucho material empírico sobre el sentimiento de inseguridad en HAMMERSCHICK/KARAZMAN-MORAWETZ/STANGL (ed.), *Die sichere Stadt. Prävention und kommunale Sicherheitspolitik, Jahrbuch für Rechts und Kriminalsoziologie*, 1995, vol. I, págs. 11 y ss.

con ella de forma racional²⁹. En breves palabras: también el sentimiento objetivamente infundado de amenaza es un dato a tener en cuenta.

Este problema adquiere dimensiones masivas a través de su estabilización. Sin necesidad de aclarar los entresijos del caso concreto, podemos afirmar que no estamos ante una apariencia pasajera. Y ello puede tener dos explicaciones: nos consideramos miembros de una sociedad del riesgo³⁰ y ello proviene sobre todo de un sentimiento narcisista, es decir, del aislamiento de las personas y el debilitamiento de aquellas normas que, sin discusión, se reconocen como correctas y vinculantes para todos.

Experiencia de riesgo y erosión de las normas: estos dos conceptos representan puntos de vista y vivencias hasta tal punto que determinan nuestra vida cotidiana y nos resultan de sobra conocidos. Por ello solo voy a tratarlos brevemente³¹.

Nuestra experiencia la podemos caracterizar como un sentimiento de amenaza cada vez mayor frente a una capacidad cada vez menor de combatirla de forma duradera y efectiva. Lo que sostiene a una sociedad, desde un punto de vista normativo y emotivo —por ejemplo, la existencia de normas generalmente vinculantes para la convivencia diaria, cuya validez no es una cuestión que haya de ser siempre replanteada; o el reconocimiento incuestionable de un ámbito que nos pertenece a todos y cuya explotación privada está excluida— se debilita a través de perspectivas basadas en intereses individuales y limitadas por intereses económicos, así como a través de una parcelación sin escrúpulos de la sociedad en subculturas diferentes, que se convierten cada vez más en una cuestión sin importancia o incluso invisible para la generalidad, o lo que es lo mismo, para los políticos.

²⁹ En mi escrito de habilitación intenté desarrollar este concepto desde la perspectiva de la configuración social de los bienes jurídicos: *Theorie und Soziologie des Verbrechen*, 1973/1980 págs. 192 y ss., 244 y ss.

³⁰ Este concepto, introducido por el sociólogo ULRICH BECK en la discusión científica alemana, ha tenido éxito también en la ciencia jurídica. Cfr. por ejemplo con el escrito de habilitación de FELIX HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, 1991, sobre todo págs. 50 y ss., y PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993, *passim*; desde el punto de vista constitucional, KLEINDIEK, *Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft. Eine grundrechtstheoretische Untersuchung zum Normbereich vol Art. 5 Abs. 3 Satz 1 des Grundgesetzes*, 1998.

³¹ Desde el punto de vista científico. FROMMEL/GESSNER (ed.), *Normerosion*, 1996.

En pocas palabras: la conjunción del miedo al peligro y de la erosión de las normas es lo que provoca la sensación de parálisis que nos rodea. No solo nos alarmamos ante grandes peligros, como puedan ser el paro o la quiebra del sistema monetario; estamos convencidos de que ya no hay una sociedad que pueda hacer frente de forma decidida y eficaz a estos peligros que nos amenazan a todos.

2. *Control y coacción.* En esta situación nos encontramos todos y no solo la policía. Consecuentemente se plantea la cuestión de qué es lo que le corresponde hacer a esta.

La respuesta, desde mi punto de vista, es clara y evidente: la experiencia general de miedo al peligro y de desestabilización de las normas solo la tiene la policía de una forma indirecta: a través de nuestra propia reacción ante esa experiencia. Esta reacción consiste, exagerando un poco, en un aumento extremo de la necesidad de control y en la asunción de la posibilidad de controlar nuestros problemas a través de la utilización de la coacción estatal. Esta necesidad y esta asunción encuentran, en buena parte, su referente final en la policía. Por ello, nuestras esperanzas de ayuda van dirigidas a ella.

a) *Normas cotidianas y normas jurídicas.* Desde hace cierto tiempo, intentamos compensar la debilidad de las normas cotidianas de carácter social con normas jurídicas.

Este intento de aplicar la coacción jurídica donde falla la decencia social es obvio y parece razonable: aquella persona que invade de forma abusiva el ámbito jurídico de otra, que no respeta la cosecha del campo ajeno, porque ni siquiera se lo plantea o porque una cosa así no la hace una persona civilizada (o sea, que respeta las normas sociales), a esa persona, a través de las normas estatales y en caso extremo a través de la coacción estatal, se le debe obligar a respetar los derechos ajenos. En realidad, nunca ha habido otro argumento para justificar el derecho de policía y el derecho penal; esta parte del ordenamiento jurídico no tiene que ver con el caso general y cotidiano de lealtad al derecho, sino con los casos excepcionales, con el peligro y el delito.

El problema que tenemos es que la excepción amenaza con convertirse paso a paso en la regla general. Las experiencias de miedo al peligro y de decadencia de las normas nos proporcionan la certeza de que la lealtad al derecho no es muy fuerte, que no nos podemos fiar de nada y que cada día será más peligroso que el anterior, que las estructuras de protección y defensa día a día se quiebran, que nuestra seguridad —sobre todo la seguridad normativa— se tambalea.

b) *Derecho policial, derecho procesal penal, derecho penal.* La defensa contra este fenómeno la organizamos recurriendo al control y a la coacción.

El derecho policial y el derecho penal se asientan sobre métodos de reconocimiento e investigación, que han revolucionado esta parcela del derecho: su intervención no requiere como presupuesto un peligro actual o una sospecha concreta de un hecho, sino que es posible ya en un estadio anterior. Esta intervención afecta indefectiblemente a personas no implicadas en el hecho y no solo al perturbador o al sospechoso; y se ponen en práctica normalmente a sus espaldas y no a su vista. Los conceptos de "peligro" y "sospecha" han perdido su potencial como límite de la intervención del derecho penal o policial. Su empleo encubierto produce en el afectado una sensación de inseguridad³².

Esta evolución no solo transforma la posición del sometido a una investigación, sino también la del derecho procesal penal y la del derecho de policía en la escala de los ataques a la libertad y las garantías de la misma. Este sector del ordenamiento jurídico ha cambiado su orientación decididamente hacia la intervención.

Si todo esto está justificado o es necesario es una cuestión que no me interesa. Solo la traigo a colación como parte de mi afirmación de que la coacción y el control constituyen nuestra reacción a nuestras experiencias de miedo al peligro y de debilitamiento de las normas y que esta reacción, al final, es algo que atañe a la policía. La policía es, sobre todo, quien va a ejercer este control y esta coacción jurídica.

No se trata simplemente de normas de derecho procesal penal o de policía. Se trata también, por ejemplo, del derecho penal material, cuyos tradicionales espacios de libertad pagarán el precio de una política simbólica³³.

El actual derecho penal se ocupa de los "modernos" ámbitos considerados peligrosos (medio ambiente, tráfico de drogas, corrupción, economía, tratamiento de datos, criminalidad organizada) ampliando su ámbito coactivo: utilizando la tipificación de delitos de peligro abstracto en lugar de los tradicionales delitos de lesión, acudiendo a una descripción amplísima de los bienes jurídicos protegidos, con lo cual, casi todo lo que parezca arriesgado para los mismos justifica la amenaza de una sanción;

³² Esta cuestión la he tratado con más detenimiento en *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik*, en *Strafverteidiger*, 1995, págs. 483 y ss.

³³ Al respecto, HASSEMER, *Produktverantwortung um modernen Strafrecht*, 2ª ed., 1996, págs. 9 y ss.

creando nuevos tipos delictivos y marcos penales más severos, sin que se sepa o sea posible cerciorarse a tiempo de si esa nueva forma de coacción “en realidad” aporta algo a la protección de los bienes jurídicos. A quien ayuda esta forma de coacción es al legislador (y por eso recibe el adjetivo de “simbólico”³⁴), que puede demostrar, a través del uso del derecho penal y sin ningún coste excepcional, su reconocimiento del peligro y su intención de combatirlo con el instrumento más afilado con el que cuenta: el derecho penal.

Tampoco en esta ocasión trato de valorar esta evolución sino simplemente apuntar que, en nuestra desesperación, estamos intensificando la respuesta penal y con ello reduciendo los espacios de libertad.

c) *Estado, libertad y seguridad*. Estos son simplemente ejemplos. La generalidad, a la que se refieren, apuntan a las clásicas cuestiones de la filosofía del derecho europea: el papel del Estado y la tensión entre libertad y seguridad.

Nuestra tradición interpreta al Estado, de forma gráfica y utilizando la expresión del representante de la filosofía política, THOMAS HOBBS, como la encarnación del Leviathan bíblico³⁵. Al Leviathan, que de la misma manera protege y amenaza a sus ciudadanos, hay que domarlo, atarlo con una cadena³⁶. Los derechos fundamentales se dirigen, como derechos de garantía, contra el Leviathan amenazante y los ciudadanos se levantan en defensa de su libertad. El Estado es aquello que reparte tanto esperanza como temor, que cuida y castiga, cuya omnipotencia hay que romper y conseguir a través de la ley vigente que se convierta en el servidor de las libertades ciudadanas. Esta es la tradición de la filosofía del Estado liberal³⁷.

A través de esta tradición y de este papel se abre paso el Estado en los tiempos de miedo al peligro y resquebrajamiento de la norma y con ello se transforma también el significado de los derechos fundamentales.

³⁴ Al respecto, HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, en *NSIZ*, 1989, págs. 553 y ss., *passim*.

³⁵ Sobre esta figura en relación con un Estado de derecho formal y sustancial ver, con más profundidad, CAMPAGNA, *Leviathan und Rechtsstaat*, en *ARSP*, 1998, págs. 340 y ss., 344 y ss., y 348 y ss.

³⁶ Al respecto, DENNINGE, *Der gebändigte Leviathan*, 1990, pág. 29: “El Leviathan, estéril y fructífero, ha envejecido. Se tendrá que acostumbrar al papel de animal doméstico con alguna utilidad”. La cuestión no es tan idílica como lo plantea la cita.

³⁷ Una visión general la encontramos en MAUNZ/ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, 30ª ed., 1998, parg. 13 III.

El Estado ya no es para los ciudadanos un monstruo que amenaza su libertad. Por el contrario, el Estado es el compañero de armas de los ciudadanos, dispuesto a defenderlos de los peligros y de los grandes problemas de la época. Los ciudadanos tienen cada vez menos interés en que el Estado guarde sus armas y sus conocimientos específicos para defender su libertad. Antes bien, los ciudadanos apuestan cada vez más por la fuerza estatal a la hora de luchar contra los peligros de la vida y el resquebrajamiento de la norma. Los ciudadanos requieren del Estado, de forma exigente y a veces amenazante, el uso de la fuerza: el Estado tiene que protegerlos y asegurar su seguridad.

Los derechos fundamentales han perdido su significado como derechos de garantía³⁸ frente a su oponente; el Leviathan, cuyas ansias de poder deberían tener en realidad un límite, los ha superado. En consecuencia, estos derechos, como derechos de garantía carecen de función, han quedado vacíos de contenido.

En la teoría, los derechos fundamentales se perfilan ahora como expresión de un orden objetivo de valores o como una prestaciones por parte del Estado³⁹; con ello crece el arsenal de expectativas fundadas frente al mismo y así sucesivamente⁴⁰. En la teoría y en la práctica, un “derecho a la seguridad”⁴¹ es algo cada vez más evidente, lo cual contradice totalmente la función clásica de garantía de los derechos fundamentales —cuanto más crezca un derecho fundamental a la seguridad, el clásico derecho a la libertad se verá recortado a favor de la seguridad—. Y en la práctica, finalmente es casi incomprensible el valor de las garantías de libertad ciudadanas si conllevan, al mismo tiempo, una exigencia de seguridad⁴², lo cual ya es algo cotidiano. La expresión “cambio libertad por seguridad” describe certeramente la actitud cada vez más extendida de los ciudadanos en relación con los derechos fundamentales.

³⁸ Una visión general en MAUNZ/ZIPPELIUS, ob. cit., párg. 18.

³⁹ La discusión aparece actualizada y estructurada de nuevo en SCHAPP, *Grundrechte als Wertordnung*, en *JZ*, 1998, págs. 913 y ss.

⁴⁰ Uno de los motores de este desarrollo —seguramente no es el único ni tampoco el más fuerte— aparece descrito detalladamente en WASSERMANN, *Grundrechte in ostdeutscher Sicht*, en *NJW* 1998, págs. 302 y ss.

⁴¹ De forma monográfica, ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 1983; ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, 1987.

⁴² De forma paradigmática, HEITMANN, *Freiheit und Sicherheit. Über die Menge des Unrechts im Rechtsstaat*, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, en su edición de 30 de septiembre de 1998, págs. 12 y ss.

Resumiendo: el miedo al peligro y la atrofia de las normas nos ponen entre la espada y la pared. Estamos dispuestos más que nunca, a perseguir nuestra seguridad, a agarrarnos a cualquier brizna de paja, a construir cualquier barrera, a convertir principios en meras formalidades y a emplear inmediatamente cualquier instrumento que tengamos a nuestra disposición por fuerte que este sea.

V. EXPECTATIVAS

1. *Tradicición.* Estos cambios se han producido en pocos años y son dramáticos. A la policía se le ha encomendado innumerables tareas, esperando, quizás en demasía, que no defraude las expectativas de lograr una seguridad ciudadana total. Pero ¿hasta qué punto y cómo puede la policía cumplir esas expectativas?

a) *Participación de la policía.* De esta problemática me he ocupado ya claramente en una doble dimensión: Parece claro que quien no sea policía puede pretender juzgar con conocimiento de causa cuáles de estas expectativas son realizables y cuáles no. Menos evidente es, aunque al final se vea también con claridad, una segunda limitación: la respuesta a mi pregunta depende de cuáles son las expectativas que pueden ser realizadas por la policía y cuáles son las que deben rechazarse, desde un principio como ajenas a la misma. Este es un problema que al final solo se puede resolver con participación de la policía.

Pero aunque sea la propia policía la que se ocupa de esta cuestión, pueden ser de ayuda alguna de las reflexiones procedentes del derecho penal, del propio derecho policial, de la filosofía política y de la Constitución, que iluminan de forma nítida y clara las tareas que corresponden a la policía. Seguidamente expondré dichas reflexiones. Es a la policía misma a quien corresponde luego valorar si las conclusiones que se deducen de mis reflexiones pueden ser de utilidad en la realización de su trabajo y en el cumplimiento de sus tareas. Me limitaré a explicar el presente y a formular algunas sugerencias para el futuro.

2. *Prevención del peligro y persecución del delito.* En contra de lo que es habitual, no me voy a ocupar especialmente de los temas que tradicionalmente se consideran como las funciones específicas de la policía: la prevención de peligros y la persecución del delito; sino que voy a procurar iluminar sobre todo aquellos sectores en los que actualmente se atribuyen a la policía expectativas más brillantes.

Nadie discute hoy seriamente las funciones policiales clásicas⁴³, tanto la jurisprudencia inspirada en el Estado de derecho, como la propia ciencia policial han fundamentado estas funciones desde el punto de vista constitucional y las ha configurado conceptualmente⁴⁴. No hay pues ninguna razón para criticar o revisar su fundamento. Las esperanzas casi inalcanzables que actualmente cada vez más se ponen en la policía⁴⁵ no se debe a que se acepte que la prevención de peligros y la persecución del delito sean tareas de la policía sino a que en todo caso, por miedo a la inseguridad ciudadana, se le está dando demasiada importancia a esas funciones.

El punto crítico no es, pues, hoy la prevención de peligros o la persecución del delito, sino, dicho de forma más tradicional, conseguir que junto a la "seguridad" haya también "orden". O dicho de una forma más moderna, de lo que se trata ahora es mostrar que frente al aumento de la delincuencia y de las perturbaciones del orden público, no cabe ninguna tolerancia, es decir, una "tolerancia cero".

3. "*Tolerancia cero*". El concepto "tolerancia cero" es bastante sorprendente. En poco tiempo ha conquistado el mundo de la seguridad ciudadana, imponiéndose incluso más allá de los partidos políticos y, como se nos informa desde Nueva York, cuenta ya con éxitos espectaculares. Está en todas las bocas y aunque solo sea por eso es ya importante⁴⁶.

a) "*Orden*" junto a "*seguridad*". El concepto "tolerancia cero" se adapta además a nuestras tradiciones policiales y juridicopoliciales en una doble dimensión: se puede entender como el intento de ver junto a la "seguridad" también el "orden" como una de las tareas que tiene que cumplir la policía —así, por ejemplo, en los últimos años ha empezado a plasmarse paulatinamente en las leyes de policía de los distintos Estados federales el "orden", dejando en un segundo plano la "seguridad"⁴⁷—. En ello se puede reconocer sin esfuerzo el ideal de la "buena policía" con el que soñaba la ciencia policial del siglo XVIII, que atribuía a la policía el bienestar, el decoro, la honestidad y la comodidad de la vida. ¿Han vuelto estas funciones o son pura nostalgia?⁴⁸.

⁴³ Prevención del peligro, persecución del delito y de las infracciones administrativas, regulación y vigilancia del tráfico viario, etc.; Gusy, *Polizeirecht*, par. 3, marg. 74 y ss.

⁴⁴ *Supra* IV.

⁴⁵ Vid. *infra* III.2.

⁴⁶ Para una exposición completa y una valoración crítica de este concepto bajo la relación y las perspectivas europeas occidentales ver ORTNER/PILGRAM/STEINERT (ed.), *New Yorker "Zero-Tolerance"* —Politik, Jahrbuch für Rechts— und Kriminalsoziologie, 1998.

⁴⁷ *Supra* III.2.a.

⁴⁸ *Supra* IV.1.

Seguro que no solo eso. Precisamente, en el ámbito de la seguridad ciudadana es donde nadie se baña dos veces en el mismo río. No solo la policía misma, también su entorno institucional, las formas de amenazas y nuestra reacción ante esas amenazas se han transformado fundamentalmente desde entonces y así permanecerá probablemente en el futuro. El concepto de "tolerancia cero" es, para muchos, convincente no solo para experiencias pasadas sino también para las futuras.

b) "*Broken windows*". La imagen del "broken windows", que con tanto éxito ha representado este nuevo concepto, pone de relieve que las lesiones a los bienes jurídicos no solo se producen mecánicamente, como parecen dar a entender las normas del derecho penal o policial —es decir, imaginando que alguien se decide intencionalmente y con conciencia de su ilicitud a realizar algo malo, lo lleva a cabo y luego espera un castigo—. En realidad, esto no ocurre así: la decisión a favor del delito surge coyunturalmente o por tentación momentánea producto de la situación; cuando, por ejemplo, el coche o la casa tienen las ventanas rotas ("broken windows") y se aprovecha esa situación, o cuando en un acto de gamberrismo de pronto alguien se ve implicado en una pelea.

El mensaje que se desprende de esta imagen es que la infracción no surge de la nada y que más bien entre el desorden y el daño hay una interacción cuando ocurren en los espacios públicos —como sucede la mayoría de las veces— se reflejan en estas imágenes relaciones que son demasiado sutiles para ser perceptibles a simple vista: quien se comporta de forma incorrecta y molesta a otros, se hace el amo de la plaza y se apodera de lo que es de todos, lo hace sin derecho a ello y sin pretender —siquiera tácitamente— tenerlo; incluso sin que los demás tengan algo que decir. Hace simplemente lo que quiere y lo lleva a cabo realizando así exactamente lo que he descrito antes⁴⁹ como erosión de las normas vinculantes para todos.

La sutileza con que se produce el suceso se debe también a la circunstancia de que se trata, en todo caso, desde el punto de vista de un observador, más bien de efectos simbólicos⁵⁰. No se trata solo del espacio público como imagen geográfica, sino del derecho a utilizar ese espacio y de la forma en que se puede realizar ese derecho. La lesión se percibe como algo normativo y simbólico, como una lesión del derecho e incluso una actitud ante el derecho, no como una lesión de bienes. Esto debe

⁴⁹ *Infra* IV.1.

⁵⁰ De esto también se ocupa Nils CHRISTIE, *Kriminalität existiert nicht*, 3. Christian Broda-Vorlesung, pág. 19.

también, como voy a demostrar seguidamente⁵¹ tener consecuencias en la forma en que el Estado reacciona ante esta clase de lesiones; a los símbolos se les protege de una forma distinta que a las cosas.

En este ámbito, el concepto de “sociedad competitiva” constituye la expresión lógica que puede ser útil también para el pensamiento jurídico: una de las tareas más nobles del derecho en el mantenimiento de la sociedad civil, debería ser precisamente no solo prohibir la zancadilla como forma de progresar, sino todavía más: hacerla superflua. Un ordenamiento jurídico que sea igual para todos no reacciona a los empujones y las zancadillas, sino a las pretensiones ilegítimas.

Si se contemplan así las cosas se entiende por qué los llamados “life style crimes” (delitos que afectan al estilo de vida) ofenden tanto el sentimiento jurídico. Naturalmente, para comprender mejor este fenómeno y poder presentar una política para luchar contra él de forma fundada y eficaz a largo plazo, se debe ver más allá de la ofensa e intentar comprender cuál es el problema con el que hay aquí que enfrentarse.

c) “*Life style crimes*”. Para facilitar y delimitar el fenómeno de los “life style crimes” frente a los que se pide “tolerancia cero”⁵², se utilizan dos elementos contrapuestos entre sí. Y precisamente es de esta contraposición de donde resulta su importancia político-jurídica.

Por un lado, se trata de materias en las que no interviene ni la policía ni el derecho penal. La insignificancia de estas molestias hace que conforme a la idea tradicional de proporcionalidad y de vinculación de la intervención estatal a la evitación de peligros y daños a los bienes jurídicos, se acepten como sucesos lesivos o se les castigue de forma leve. Pero paradójicamente —y este es el segundo elemento característico de la contradicción— no se consideran inofensivos.

Precisamente el convencimiento más extendido es el de que estas molestias son, como ya se ha visto en la imagen de las “broken windows”, avisos de las primeras manifestaciones de lesiones de bienes jurídicos mucho más graves. De ello se saca la consecuencia de que hay que evitar estos comienzos por todos los medios: tolerancia cero. Y no es extraño que esta exigencia se dirija sobre todo a la policía, ya que es a ella a quien corresponde⁵³ realizar el monopolio estatal de la violencia⁵⁴. En definitiva,

⁵¹ Al respecto, *infra* VI, sobre todo, 2.c.

⁵² Esto lo he intentado en *Festschrift für Kaiser, “Zero Tolerance” -ein neues Strafkonzzept?*, en prensa; también en *FR*, de 18 del 10 de 1997, pág. 14.

⁵³ Vid. *supra* II.1.

⁵⁴ Vid. *supra* II.2.

¿se trata de que sea la policía la que procure el orden para evitar algo peor?

Antes de enfrentarnos con este problema merece la pena que hagamos una breve reflexión para preguntarnos frente a qué es lo que debemos abandonar exactamente nuestras actitudes tolerantes y qué es lo que significan propiamente esas exigencias de que la policía sea intolerante. Sobre estas cuestiones, a pesar de su importancia político-jurídica, no hay respuestas unánimes ni claras.

d) *Dos explicaciones equivocadas.* Desde el punto de vista de las funciones policiales clásicas⁵⁵, es casi forzoso entender la tolerancia cero como una exigencia para acoger o, en su caso, mantener en el capítulo de la prevención de peligros, la defensa del orden público al mismo nivel que la defensa de la seguridad⁵⁶; es decir, procurar “orden” y no solo “seguridad”.

Desde nuestro punto de vista, esta explicación parece evidente y su acogida no tendría por qué modificar lo más mínimo las tareas de la policía. El concepto de tolerancia cero puede perfectamente incardinarse en la estructura tradicional en la que se anuncia junto a la “seguridad” el “orden”; el nuevo concepto no sería otra cosa que la confirmación de lo anterior, o todo lo más un reajuste de las dos funciones. Sin embargo, esta explicación suena demasiado simple.

Por un lado, el concepto de tolerancia cero no es un concepto de nuestro derecho policial sino que surge de un contexto de seguridad interna completamente diferente, que no se puede encajar sin más en nuestro aparato conceptual.

Los problemas y las formas de proceder de la policía de la costa Este de Estados Unidos solo pueden ser transferidos a nuestra realidad con mucho cuidado y con conocimiento de causa. Por otro lado, los casos que en nuestro contexto suelen incluirse en el concepto de “orden público” (por ejemplo, por citar algunos, los combates de boxeo entre mujeres⁵⁷, o las apuestas de lanzamiento con personas de baja estatura)⁵⁸, se dan tan rara vez que están a años luz de las metas que se persiguen con el concepto de tolerancia cero. No se debe olvidar que la prevención policial del peligro está dominada por el concepto de “seguridad pública”, que deja poco espacio al de “orden público”. Este significado marginal es preci-

⁵⁵ Vid. *supra* III.2, V.1.b.

⁵⁶ Vid. *supra* V.2.a.

⁵⁷ *PrOVGE* 91, 140.

⁵⁸ *VG Neustadt, NVwZ* 1993, 98.

samente uno de los argumentos con los que se han criticado las distintas variantes del concepto de orden que se han dado, a la hora de determinar las tareas policiales considerándolas superfluas⁵⁹. A la exigencia de tolerancia cero se le podrán criticar muchas cosas, pero no que sea un concepto marginal.

La segunda explicación que se da del concepto de tolerancia cero, ni la confirmo ni la descarto, pero tampoco me gustaría aceptarla sin más. Esta explicación desemboca en una determinación estratégica de las metas que se tratan de conseguir: con el concepto "tolerancia cero" lo que se debe procurar es que no se debiliten las intervenciones de la policía y del derecho penal, eliminar las barreras de control y liberaras lo más posible de sus ataduras.

También esta explicación parece evidente y se adecua tanto al objeto del concepto como a la reacción práctica que recomienda.

Su objeto son las conductas que carecen de relevancia policial y penal (ya que si se tratara de conductas relevantes en estos ámbitos, el concepto de tolerancia cero no sería necesario; simplemente serían problemas que tradicionalmente pertenecen al ámbito de la intervención policial y del derecho penal). Por lo que se refiere a la reacción, el concepto de tolerancia cero significaría en el derecho alemán algo así como persecución penal sin excepciones. No está muy claro, sin embargo, lo que esto quiere decir para la praxis, y parece que más bien depende de la situación. En mi opinión, no se trata de otra cosa que de una masiva ampliación del arbitrio para decidir tanto el "sí" como el "cómo" de la intervención, ofreciendo un modelo de reacción desligado de las leyes o de cualquier otro tipo de normas, para conseguir mayor flexibilidad y eficacia.

Si esta es la interpretación que hay que dar al concepto de tolerancia cero, desde luego, es una interpretación que, desde el punto de vista del Estado de derecho, debe ser rechazada. El concepto "tolerancia cero" así entendido infringe los dos fuertes límites que el Estado de derecho impone y debe imponer a las intervenciones del poder estatal: la proporcionalidad entre el delito y la reacción al mismo, y la posibilidad de determinar los presupuestos y las consecuencias de la reacción. Y no solo eso, además los infringe de forma estratégica y premeditada, no ya como un suceso deplorable que se puede dar en algún caso, a sabiendas de su carácter anti-jurídico, sino como una regla aplicable en todo caso y con buena conciencia. El concepto "tolerancia cero" interpretado de esta manera no puede, por tanto, ser admitido tampoco por normas de orden jurídico constitucional.

⁵⁹ Gusy, *Polizeirecht*, párg. 3, marg. 101 y ss.

VI. RECOMENDACIONES

Después de todo lo dicho, solo queda, en mi opinión, una sola interpretación posible de la tolerancia cero: las infracciones de carácter policial o jurídico penal deben ser investigadas y castigadas plenamente y sin contemplaciones; tampoco debe tolerarse el quebrantamiento del derecho, ni pasar por alto los casos en que se lesione el derecho; en todo caso, hacer siempre que sea posible acto de presencia allí donde nace el peligro para algún bien que esté protegido jurídicamente.

Esta me parece también no solo la única interpretación que se adapta a las exigencias constitucionales, sino, igualmente, la única que puede ofrecer eficacia en la lucha contra la criminalidad. Esta es la concepción que yo propugnaría, aunque haciendo algunas puntualizaciones. En primer lugar, unas de carácter negativo y luego otras de carácter positivo, que permitan delimitar mejor las funciones que corresponden a la policía en nuestros días.

1. *La libertad y sus presupuestos*. Los argumentos negativos se aproximan a una opinión bastante extendida hoy en la filosofía del Estado y que ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE⁶⁰ la expresa diciendo que el Estado de libertades surge de unos presupuestos que el Estado, precisamente por el respeto que debe a la libertad, no puede garantizar⁶¹.

Se expresa así una experiencia llena de tensiones que todos conocemos: nuestra convivencia pacífica, ordenada jurídicamente, nuestra Constitución de libertades, solo pueden existir a la larga, en la medida en que las personas que viven bajo la Constitución quieran hacerlo en paz y libertad. Un mundo de diablos solo formalmente puede prescribir un derecho protector de libertades que de todos modos nunca podría imponerse en la realidad. Y todavía más: las garantías a la libertad que ofrece el derecho son un concepto limitado, que seguirá siéndolo así también en el futuro. A través de la coerción jurídica se puede todo lo más reprimir las lesiones a la libertad y, con suerte, incluso llegar a prevenir lesiones futuras; pero en ningún caso se pueden crear con ello los presupuestos de los derechos fundamentales⁶² que la Constitución necesita para sobrevivir: el acuerdo sobre el orden de libertades, el reconocimiento del otro como

⁶⁰ *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, en BÖCKENFÖRDE, *Staat-Gesellschaft-Freiheit*, 1976. págs. 42 y ss y 83.

⁶¹ GCSY, *Polizeirecht*, par. 3, marg. 101 y ss.

⁶² Al respecto, PAUL KIRCHHOF, *Der demokratische Rechtsstaat -die Strafform der ZuehOrigen*, en ISENSEE/KIRCHHOF (ed), *Handbuch des Staatsrecht*, vol. IX, 1997, par. 221, marg. 13, págs. 59 y ss.

sujeto de derecho y el sentido común⁶³. Estos presupuestos son indispensables para un derecho de libertades, pero no se pueden producir por el derecho mismo⁶⁴. Tampoco se pueden imponer jurídicamente, aunque sí se pueden perturbar o incluso dañar con un derecho inadecuado o por una incorrecta aplicación del derecho. No hay ninguna alternativa jurídica a este dilema, aunque quizás pueda haber alguna de carácter social. Así lo afirman los llamados “comunitaristas” americanos⁶⁵, que critican que el Estado de derecho liberal y sus fundamentos filosóficos son insuficientes, demasiados fríos, individualistas y mecanicistas, para dotar de la necesaria cohesión al reconocimiento y la obediencia jurídicas. Por eso consideran que esta tarea más bien puede realizarse con una praxis social concreta y con unas relaciones solidarias entre las personas. No es preciso que veamos ahora hasta qué punto tienen razón. Lo que aquí nos interesa es destacar que, a su manera, estos planteamientos conforman la experiencia europea: las condiciones de vida en libertad no se pueden producir por un derecho de libertades, sino que son anteriores al mismo.

Tras el análisis que hemos venido haciendo de todas estas cuestiones se puede ver con facilidad hasta qué punto están relacionados con la policía. Si se las quiere reunir en una imagen a grandes rasgos, se puede decir: la policía no es un instrumento para mejorar el mundo, sino para repararlo. Quien le exija que “ Cree orden”, no debe entender por “orden” los que la filosofía política denomina “presupuestos de los derechos fundamentales”, y que aquí hemos calificado como acuerdo en un orden de libertades, reconocimiento del otro y sentido común. La policía necesita de estos presupuestos como del aire para respirar; sin ellos no puede avanzar. Pero esos presupuestos no pueden ser creados por la policía misma con sus propios medios.

Para decirlo de forma más concreta: la policía no puede transformar una “sociedad de zancadillas” en una comunidad de individuos respetuosos. Tampoco puede con sus medios apoyar o sustituir normas sociales cambiantes o legales. Sí puede, en cambio, perseguir o impedir las in-

⁶³ Esta idea la he desarrollado con más profundidad en *Die Gerichtbarkeit der Paulkirche -und unsere*, en *Grünwald-Festschrift* (en prensa).

⁶⁴ De la misma opinión, en otro contexto, SCHILD, *Das Problem eines Hüters der Verfassung. Philosophische Ammerkungen zu einem juristischen Topos*, en GUGGENBERGER / WURTENBERGER (ed.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, 1998, págs. 13 y ss. y 25.

⁶⁵ En sentido similar, FRANKENBERG, *Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*, 1996, págs. 56, 180 y ss.; Un panorama del debate se encuentra en ZAILMANN, (ed.) *Kommunitarismus in der Diskussion*, 1992.

fracciones jurídicas que se dan en caso de ausencia de normas; pero en este caso se trata de las consecuencias externas y aprehensibles, no de colmar el proceso de formación normativa. Es más, no solo no puede dirigir este proceso, sino que incluso puede perturbarle, si procede inadecuadamente a crear con sus propios medios los presupuestos de la libertad o forzar el sentido común.

2. *Capacidad de comunicación.* Por supuesto, esto no es todavía la última palabra. No deja de ser una conclusión frustrante decir, como aquí hemos dicho, que la policía solo puede y debe prevenir peligros y perseguir el delito⁶⁶, y que ni puede ni debe crear un “orden” entendido como presupuestos de los derechos fundamentales⁶⁷. Por eso, me parece obligado intentar para terminar, hacer algunas reflexiones sobre cómo se pueden configurar las tareas policiales de forma concorde con los tiempos actuales, dominados por el miedo ante el peligro y el debilitamiento de las normas⁶⁸, y por una mayor necesidad de control y de coacción jurídica⁶⁹.

a) *Teoría.* Para poder llevar a cabo esta reformulación de las tareas policiales debe resaltarse ante todo las reservas que ya se han expresado anteriormente⁷⁰: que algo así no puede llevarse a cabo sin la intervención activa de quienes saben cómo es su profesión y qué es lo que se puede crear con ella y qué no.

Si la delimitación negativa que antes hemos hecho⁷¹ es exacta, es decir, si estamos de acuerdo en que la policía del Estado de derecho necesita de unas condiciones previas, que ella misma no puede crear con sus propios medios, de ello se deriva como determinación positiva que la policía debería tener o mantener los que me gustaría llamar *capacidad de comunicación*. Seguidamente, voy a concentrarme en qué es lo que entiendo por tal capacidad.

De modo general, se puede decir: si la policía tiene que contar con condiciones (como una actitud general de respeto por el derecho, o incluso por la propia policía), que no dependen de ella, entonces debe contar con factores que puedan influir favorablemente en esos factores, de los que a fin de cuentas depende su propia actividad. Esto significa que no puede proyectar aisladamente sus funciones, sino que debe verse como parte activa en una totalidad activa, desempeñando una función dentro de la

⁶⁶ *Supra* III.2., V.1.b.

⁶⁷ *Supra* V.2.d., VI.1.

⁶⁸ *Supra* IV.1.

⁶⁹ *Supra* IV.2.

⁷⁰ *Supra* V.1.a.

⁷¹ *Supra* V.2.d., VI.1.

totalidad a la que pertenece. También tiene que relacionarse con el mundo circundante, del que depende. Si desempeña mal este papel, ello no solo perjudica a la tarea común sino que la perjudica a ella misma. La capacidad de comunicación de una institución es la primera y más evidente consecuencia que se deriva del conocimiento de que la institución no es autárquica y que necesariamente está relacionada y tiene que cooperar con los demás. Esta capacidad es la que permite conseguir el consenso entre las diversas voces individuales.

b) *Praxis*. El entorno inmediato de la policía, y con esto avanza un paso más concreto, consiste en aquellas instituciones estatales y sociales, que están más relacionadas con la seguridad ciudadana, la prevención de peligros y la persecución de delitos, es decir, con los tribunales y el ministerio fiscal, pero también con los servicios secretos y de protección de la Constitución. Pero hay otros ámbitos que, aunque están más alejados, también están en el entorno policial, ya que de ellos depende en gran manera el trabajo policial. Me refiero no solo a los funcionarios de Hacienda que de algún modo tienen funciones policiales, sino también y sobre todo a instituciones de control social que elaboran normas, las aplican y sancionan su incumplimiento, como la familia o la escuela. Al final es la policía quien nota si estas instituciones cumplen o no con sus funciones.

“Capacidad de comunicación” significa en este ámbito la posibilidad de comprender que se es parte de un todo, de reconocer la propia posición en la orquesta, de adaptarse a las recíprocas exigencias que corresponden a cada parte en su atril. Esto ni es poco ni es fácil, y requiere un proceso continuo de cambio en el que se pueden cometer muchos errores. Y esto es para la policía especialmente difícil, precisamente en un momento en el que se le atribuyen tantas tareas⁷².

El concepto de capacidad de comunicación ofrece muchas y fructíferas sugerencias para modificaciones ajustadas al momento. Sobre todo para gente cuyo ámbito es la actuación. Solo para ejemplificar un poco lo que opino, voy a exponer para terminar algunos grupos de casos, en los que la capacidad de comunicación es importante.

Cuando se discute hoy en día de las funciones que incumben a la policía, se piensa generalmente en la defensa de la seguridad ciudadana entendida esta en su más amplio sentido, queriendo decir con ello que en esta orquesta, a la policía le corresponde tocar la tuba y el bombo⁷³. El

⁷² *Supra* IV., V.

⁷³ Cfr. por ej., LEHNE, *Stichwort “polizeiforschung”*, en *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3ª ed., (1993), págs. 392 y ss., 397 y ss.; BUSCH, *Die Polizei in der Bundesrepublik*, 1998, *passim*.

que esto sea así no se debe tanto a la propia policía como al entorno de la misma.

A estas razones pertenecen el enorme avance experimentado por la tecnología informática en los últimos años, que ocupa actualmente una importancia fundamental tanto en la defensa ante los peligros y la persecución de la criminalidad como en la ampliación del campo de acción policial, permitiéndole servirse de forma decidida y experta de esa tecnología en el cumplimiento de sus funciones. A través de este proceso ha conseguido la policía un avance importante en el conjunto de las instituciones de seguridad ciudadana. Entre estas razones se cuentan el moderno desarrollo de complejos y misteriosos métodos de investigación en manos de una policía especializada y profesionalizada —un proceso que no ha facilitado previamente la transparencia y las posibilidades de control de la policía por otras instituciones de seguridad ciudadana y que le ha dejado libertad para realizar experimentos—. Pero también se cuenta entre estas razones que la policía, si no me equivoco, a diferencia de lo que pasa con otras instituciones del mundo de la seguridad, ha desarrollado una clara y fuerte conciencia de sí misma y de sus funciones y las ha realizado ante la opinión pública.

Puedo imaginarme que esto alegre a los estrategas de la policía y satisfaga a los propios policías —fortaleciendo su posición en la jerarquía institucional y facilitando la adquisición de puestos y medios—. Además de ello está para mí fuera de duda que una policía experta y consciente de su propia importancia, que respete los límites del Estado de derecho, es indispensable para el mantenimiento de la seguridad ciudadana.

Este sentimiento de satisfacción podría sin embargo, perturbar el concepto de capacidad de comunicación. Desde este concepto hay que seguir preguntando por la coincidencia con el todo. Y es aquí donde se conectan otras reflexiones, a las que, para terminar, voy a añadir dos cosas:

La relación de la policía con el ministerio fiscal es actualmente cuando menos difusa; cito tres fenómenos muy conocidos en Alemania. Hay, por ejemplo, fuertes discusiones sobre si la administración de justicia cumple realmente lo que dice la ley o, por el contrario, la desobedece olímpicamente, infringiendo la praxis en la fase instructora del proceso penal el principio de división de poderes y el propio texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A diferencia de lo que pasa con la policía, el ministerio fiscal juega un difícil papel entre, por un lado, el interés en la investigación y, por otro, el control de su jurisdicción⁷⁴.

⁷⁴ Referencias y toma de posición en V. WEIBUR, *DrZ* 1998, págs. 320 y ss., en respuesta a un informe del sindicato de funcionarios policiales (*Bund der Kriminalbeamten*), 1997: "Gesetzgehorsam der Justiz".

Es evidente que no corresponde solo a la policía resolver estos problemas. Pero desde el punto de vista del concepto de capacidad de comunicación tampoco es claro que sea un interés urgente de la policía que los problemas se resuelvan. Pues tanto en la teoría como en la praxis policial se refleja inmediatamente lo que el vecino ministerio fiscal hace o no hace. Pero en todo caso es seguro que una competencia ruinosa con el ministerio fiscal solo puede dañar a la policía. Por tanto, a una policía moderna y con capacidad de comunicación le interesa también actuar cooperativamente y dentro del marco de sus propios límites de acción.

Abierto y necesitado de explicación es también el desarrollo que va a tener la policía en la época de la tecnología, la europeización y la globalización. Si lo veo bien, la policía procura con todas sus fuerzas adaptarse a estos procesos. En el marco de lo posible, procura servirse de la tecnología, constituyendo una red unificada y centralizada. Las funciones policiales se extienden para ello tanto hacia arriba como hacia fuera: es decir, hacia la Sede Central Federal, hacia la protección de fronteras federales y hacia los funcionarios policiales de otros países europeos.

Contra ello no hay nada que objetar. Es una reacción adecuada a los tiempos y a los cambios operados en el entorno policial. Lo único que cabe preguntar es si esto no debe ser contrapesado con elementos que parecen estar arjumbados en el cuarto trastero de la policía, pero que también configuran su imagen y pertenecen a la época de la globalización. No es una casualidad que la Constitución atribuya la facultad legislativa sobre la policía a los Estados miembros de la Federación y solo mantenga algunas materias concretas en manos del Estado federal⁷⁵. En ello se refleja —junto a otras cosas— la aspiración de mantener la capacidad de comunicación de la policía con su concreto campo de acción, colocando al nivel más “bajo” posible la regulación jurídica de sus funciones. No es, en mi opinión, casual que precisamente en los tiempos de la cooperación internacional en la lucha contra el delito vuelva a resurgir la idea del viejo policía próximo al contacto con el ciudadano⁷⁶. Esto constituye un contrapeso personal contra el enmohecimiento instrumental de la institución policial. Y, finalmente, también desempeñan la misma función experiencias tales como la policía de barrio (“community policing”), el trabajo preventivo en la base de la comunidad, la participación popular y la imagen del policía consejero⁷⁷. La policía debe, pues, ser también comunicativa

⁷⁵ BOLDT, *ob. cit.*, marg. 73 y ss.

⁷⁶ Por ej., LEHNE, *ob. cit.*, págs. 399 y ss.

⁷⁷ Referencias en los trabajos de STENSON (págs. 103 y ss.), FELTES (págs. 125 y ss.) y FEHEVARY (págs. 149 y ss.) en HAMMERSCHIK/KARAZMAN-MORAWITZ/STANGL (ed.); también en LEHNE, *ob. cit.*, págs. 398 y ss.

con “los de abajo”, contactar con los ciudadanos, explicarles su trabajo y permitirles dentro de lo posible y lo razonable su participación.

c) *Buen orden*. Ya he rechazado anteriormente⁷⁸ la idea de que la policía tenga que crear los presupuestos de los derechos fundamentales, como el respeto mutuo, o transformar una sociedad competitiva en una sociedad con sentido común. Y lo mismo pienso respecto de los caminos que directamente conducen a estas metas.

Pero en lo que se refiere a los caminos indirectos, esta valoración posiblemente no coincide; quizás puede la policía —igual que la administración de justicia— dar un buen ejemplo de respeto al Estado de derecho con respuestas al delito continuas y adecuadas a los que observan su trabajo⁷⁹. Con ello puede, en cierto modo, crearse y fortalecerse por sí mismo el sentido común⁸⁰: no empleando los medios policiales para fomentarlo sino más bien “respaldando” un trabajo policial sensible y, al mismo tiempo, decidido, que está obligado a la protección de bienes jurídicos. Ello supondrá un paso hacia un buen orden.

⁷⁸ Vid. VI.1.

⁷⁹ Estas reflexiones provienen del arsenal de la prevención general positiva como fin de la pena y misión de la justicia penal; cfr. mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed. (1990), párg. 30 III: *Muster alltäglicher Sozialkontrolle*.

⁸⁰ En este sentido, en relación al derecho penal, ya MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, 1985, págs. 125 y ss., 127 y ss.